



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Pasquale Chieco

Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 10/2004



© Pasquale Chieco 2004
Facoltà di Economia – Università di Bari
p.chieco@disag.uniba.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

Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*

**Pasquale Chieco
Università di Bari**

1. Il <i>nuovo</i> contratto di somministrazione di lavoro e l'abrogazione della L. 1369/1960 e degli artt. 1-11 della L. 196/1997.	3
2. Il contratto di somministrazione professionale di lavoro	8
2.1 La somministrazione professionale a tempo indeterminato..	9
2.2 La somministrazione professionale a tempo determinato. ..	12
2.3 Le due somministrazioni a confronto: conflitto funzionale e questioni di costituzionalità.....	17
2.4 Settori ammessi e ipotesi vietate.	21
3. La somministrazione non professionale: il distacco.	24
4. I requisiti formali del contratto di somministrazione professionale.	29
5. I contratti di lavoro finalizzati alla somministrazione professionale.	32
5.1 Le tipologie contrattuali e la (apparente) correlazione con la durata della somministrazione.	36
5.2 I contratti di lavoro: i requisiti, le obbligazioni, le tutele individuali e collettive.	40

* Si tratta del primo dei diversi contributi raccolti nel volume curato da Pietro Curzio dal titolo *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, in corso di pubblicazione presso l'editrice Cacucci, Bari.

5.3 I contratti di lavoro: il precetto di parità e le sue eccezioni.	49
6. Il regime sanzionatorio della somministrazione di lavoro non regolare: il quadro legale.	52
6.1 La somministrazione «irregolare»	55
6.2 ... (segue) e i limiti al controllo giudiziale.	59
6.3 La somministrazione fraudolenta.....	60
7. La nuova nozione di appalto.....	65
7.1 La <i>linea d'ombra</i> tra appalto e somministrazione (illecita) di lavoro.....	68
7.2 (segue)... ovvero della direzione e della organizzazione del lavoro.....	71
7.3 La responsabilità solidale.	77
7.4 La distinzione certificata tra somministrazione e appalto....	78
8. La disciplina transitoria.	80
9. Bibliografia	83

1. Il nuovo contratto di somministrazione di lavoro e l'abrogazione della L. 1369/1960 e degli artt. 1-11 della L. 196/1997.

La disciplina del contratto di somministrazione, pur se in gran parte concentrata nel titolo III del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (di seguito Decreto), è frutto di un mosaico i cui tasselli sono sparsi in parti diverse e non sempre secondo un chiaro disegno sistematico.

Di ciò vi è già traccia nella individuazione della fattispecie, laddove la «somministrazione di lavoro» viene definita (art. 1, comma 1, lett. a) come «fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'art. 20» il quale ultimo, però, non si spinge al di là dell'individuazione dei soggetti, delle «condizioni di liceità» e degli effetti del contratto.

In ogni caso, un'adeguata identificazione della fattispecie non può prescindere, per gli straordinari riflessi sistematici e regolativi che ne derivano, dalla collocazione nell'ordinamento (lavoristico e non) di questo nuovo contratto e dallo *spazio* che gli fa attorno il legislatore con l'art. 85 del Decreto .

La somministrazione di lavoro a tempo determinato e indeterminato, infatti, entra nel nostro sistema legislativo contemporaneamente all'abrogazione (salvo le "code" della disciplina transitoria: v par.fo 8.) degli artt. 1-11, L. 196/97, nonché dell'intera legge 1369/60¹.

Ce n'è quanto basta per un vera rivoluzione del diritto del lavoro, caratterizzata da un chiaro arretramento nell'interazione con i processi organizzativi dell'impresa, sin qui ritenuta modalità funzionale alla tutela, prima ancora che diretta, ambientale e di contesto dei diritti e degli *standard* di trattamento dei lavoratori². Vi è, infatti, che alla sostituzione di un generale (salvo eccezioni) divieto di interposizione con un sistema di libera, seppure regolata, fornitura di manodopera, si associano elementi quali l'ampliamento della nozione di trasferimento di parte

¹ Oltre che di «*tutte le disposizioni legislative e regolamentari incompatibili con il presente decreto*», art. 85, comma 1, lett. i), del Decreto.

² Sulla valenza di principio ordinatore di sistema della L. 1369/1960, MARIUCCI, 1979, 175 ss., nonché con particolare accento sulla sua funzione di regola di trasparenza del mercato del lavoro, DE SIMONE, 1995, 31 ss. V. tuttavia, DE LUCA TAMAJO, 1999, 384-392, sui nuovi modelli organizzativi delle imprese e sulla necessità di spostare la frontiera "*mobile*" tra liceità e illiceità tracciata dalla L. 1369/1960; DEL PUNTA, 2000, 60- 67, sulla dicotomia (ritenuta, peraltro, componibile) tra la disciplina giuridica e l'espressione economica dei fenomeni di esternalizzazione. In una prospettiva decisamente critica sulla capacità della L. 1369/1960, di reggere il passo dei tempi, maturi ormai per la somministrazione di lavoro ICHINO, 2000a, 77-78.

d'azienda (art. 32, comma 1) e l'alleggerimento di quella di appalto (art. 29, comma 1), accompagnate dall'eliminazione dell'ombrello protettivo della parità di trattamento e della responsabilità solidale rafforzata di cui all'art. 3 della L. 1369/1960³.

Ne risulta così decisamente incrementata la possibilità di procedere ad esternalizzazioni finalizzate alla ricerca di più vantaggiosi (e leciti), per l'impresa, livelli di scambio tra lavoro e trattamento economico-normativo⁴. Il legislatore delegato ha consapevolmente voluto avviare un meccanismo concorrenziale tra il nuovo contratto di somministrazione e l'appalto di servizi⁵, in un più ampio contesto normativo che rischia di innescare sequenze di segmentazione dell'impresa motivate da una corsa al ribasso dei trattamenti del lavoro dipendente piuttosto che da *"processi di specializzazione dell'apparato produttivo, che di per sè riscattano lo spettro della fraudolenza o della speculazione"*⁶.

Quanto questo rischio sia reale lo si vedrà all'esito dell'esame della disciplina: esame che, anticipiamo subito a mo' di avvertenza sistematica, si appunterà sulle molte e radicali innovazioni del Decreto, piuttosto che sulle disposizioni che ripropongono spezzoni della vecchia regolamentazione (già esaurientemente analizzati dalla dottrina che si è cimentata con la l. 196/1997, alla quale di volta in volta si rinvierà). E sarà nel corso dell'analisi di dettaglio che proveremo ad introdurre taluni elementi di riflessione sistematica così da ancorarli alla cruda concretezza della norma piuttosto che a valutazioni generali, che rischierebbero di apparire preconcepite (sul terreno scivoloso di una trasformazione profonda come quella qui esaminata)⁷.

Fatte queste avvertenze metodologiche, possiamo anzitutto ad occuparci della questione di legittimità costituzionale del Decreto in relazione al (discusso) mancato rispetto dei limiti oggettivi segnati dalla legge di delega e tutelati dall'art. 76 Cost.⁸

Al di là di ulteriori profili di dettaglio (sui quali ci soffermeremo nel corso dell'analisi delle norme *incriminate*), si è discusso in termini generali e radicali della illegittimità per eccesso di delega della abrogazione degli artt. 1-11 della l. 196/1997; abrogazione della quale, a

³ Sul significato del principio di parità di trattamento proprio nel contesto delle esternalizzazioni oltre che dei contratti della flessibilità, sia consentito rinviare a CHIECO, 2002, 767 ss.

⁴ Su questo effetto "non positivo" di accelerazione della frantumazione dell'impresa, GIUGNI, 2003.

⁵ Come evidenziato da TIRABOSCHI, 2003, 67-68.

⁶ Così gli auspici di DE LUCA TAMAJO, 1999, 391.

⁷ Ma v. GIUGNI, 1986, 354, sulla implicazione certamente politica di ogni proposta di modificazione delle istituzioni del mercato del lavoro e delle relazioni industriali.

⁸ In generale, sui molteplici rinvii in bianco della legge-delega, v. CARINCI, 2003, 14 ss.

differenza di quella riferita alla l. 1369/1960, non vi è esplicita menzione nella legge 14.2.2003, n. 30.

In proposito, ai dubbi sollevati da una parte della dottrina⁹, si è opposto, oltre che un argomento logico, apprezzabile ma consapevolmente non risolutivo, il richiamo alla lettera o) dell'art. 1, comma 2, della legge 30/2003 che consente la «*abrogazione espressa di tutte le norme, anche se non espressamente indicate nelle lettere da a) a n), che sono direttamente o indirettamente incompatibili con i decreti legislativi emanati ai sensi del presente articolo*»¹⁰.

Tuttavia, questa *via di fuga* risolve solo una parte delle questioni sollevate dall'abrogazione degli artt. 1-11 della l. 196/1997, in quanto non tutte le norme abrogate manifestano connotati o caratteristiche di incompatibilità con la nuova disciplina della somministrazione¹¹. Se, infatti, non vi è alcun dubbio sulla impossibile coesistenza del contratto di somministrazione a tempo determinato con quello di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo¹², nonché del contratto speciale per prestazioni di lavoro temporaneo con il rinvio regolativo alle ordinarie tipologie contrattuali¹³, altrettanto non può dirsi con riferimento, ad es., ai casi di divieto della fornitura di lavoro già previsti nell'art. 4, comma 1, lettera a)¹⁴ e lettera f)¹⁵, ovvero al principio generale e inderogabile di parità di trattamento tra prestatori somministrati e lavoratori comparabili dell'impresa utilizzatrice, stabilito dall'art. 4, comma 2, della l. 196/1997¹⁶. Si tratta di fattispecie¹⁷ la cui abrogazione è davvero

⁹ V. in particolare GAROFALO M.G., 2003, 359 ss.

¹⁰ Il riferimento è a DEL PUNTA, 2003, 64-66, il quale -oltre a richiamarsi alla *via di fuga* della abrogazione per incompatibilità ricordata nel testo- ha sostenuto che la necessità di porre mano alla modificazione, in tutto o in parte, della l. 196/1997 derivava dal nesso indissolubile della l. 196 con la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e determinato, oggetto della delega: attuare questa non poteva non comportare l'abrogazione (in tutto o in parte) di quella.

¹¹ Contrariamente a quanto ritenuto da TIRABOSCHI, 2003, 69, il quale, nel rifarsi alla tesi (sopra ricordata) di Del Punta, afferma che tutta la legge 196/1997 è risultata incompatibile con i pilastri della nuova somministrazione di lavoro.

¹² Cfr., sulle caratteristiche essenziali di questo contratto e delle esigenze temporanee alla cui soddisfazione era preordinato ROMEI, 1999b, 110-119.

¹³ Cfr. sugli elementi derogatori e di deviazione funzionale insiti nella disciplina di questo contratto rispetto alla fattispecie dell'art. 2094 c.c. SPEZIALE, 1999, 243-248.

¹⁴ Che, come si ricorderà, concerneva le mansioni individuate dai contratti collettivi con particolare riferimento a quelle il cui svolgimento poteva rappresentare maggiore pericolo per la sicurezza dei lavoratori o dei terzi.

¹⁵ In tale lettera rientravano le lavorazioni che richiedano sorveglianza medica speciale e i lavori particolarmente pericolosi individuati con decreto del Ministro del lavoro.

¹⁶ Peralto, come si vedrà più in dettaglio quando si affronterà nello specifico l'analisi della regola paritaria e delle molte eccezioni introdotte dall'13 del Decreto, si avrà modo di

espressione di una scelta arbitraria del legislatore delegato in quanto non sostenuta da alcun criterio -direttamente o indirettamente (l'incompatibilità di cui si è detto)- riconducibile alla legge delegata e, pertanto, in contrasto con la regola costituzionale dell'art. 76 cost.

Non del tutto convincente è, invece, la prospettazione dell'eccesso di delega con riferimento all'abrogazione del principio di parità di cui all'art. 3 della l. 1369/1960 sostenuta in base al rilievo che la parità in questione non riguarda l'interposizione ma la disciplina dell'appalto (interno)¹⁸. In realtà la lettera m) dell'art. 1, comma 2, della legge n. 30/2003 consente l'abrogazione della l. 1369 nella sua interezza senza distinguere in ragione del diverso oggetto delle singole norme.

L'abrogazione dell'art. 3 l. 1369/60 sembra, invece, provocare una grave violazione dell'art. 43 trattato CE sulla libertà di stabilimento in relazione al permanere di un obbligo di parità di trattamento negli appalti interni solo a carico della imprese stabilite in uno stato membro dell'Unione europea (diverso dall'Italia).

Invero, nel disciplinare (in attuazione della direttiva comunitaria 96/71/CE) la materia dei distacchi transfrontalieri, il D. lgs 25 febbraio 2000, n. 72 detta disposizioni che, tra l'altro, si riferiscono anche al caso degli appalti eseguiti in Italia da imprese straniere mediante il *distacco*¹⁹ dei propri dipendenti .

Ebbene, in questo più ampio contesto, l'art. 3, comma 1, impone all'impresa straniera di applicare ai propri dipendenti i trattamenti economici e normativi, anche di fonte collettiva, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni di lavoro analoghe nel luogo in cui operano i lavoratori distaccati. Prescrizione che diviene più stringente in caso di appalti di servizi da «*eseguirsi all'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria di un appaltatore transnazionale*» (art. 3, comma 2, d. lgs n. 72/2000). In questi casi, infatti, l'appaltatore transazionale è tenuto ad applicare a *tutti* i propri dipendenti (stranieri e italiani) un trattamento minimo inderogabile retributivo e normativo non inferiore a quello spettante ai dipendenti dell'appaltante, il quale ultimo rimane

constatare come tali deroghe risultano non solo eccedenti la delega (nei termini suddetti) ma anche in diretto contrasto con la lettera m), n. 5, dell'art. 1, comma 2, l. 30/2003.

¹⁷ Che, peraltro, non sono le uniche, come si avrà modo di osservare in occasione dell'esame analitica delle nuove disposizioni in raffronto con quelle abrogate.

¹⁸ In questi termini è ancora GAROFALO M.G., 2003, 365, che prospetta la questione in coerenza con i dubbi allo stesso titolo sollevati per la modificazione della nozione di appalto (sulla quale v. par. 6.).

¹⁹ Si tratta di un distacco improprio poiché, in realtà, il lavoratore esegue la prestazione (per lo svolgimento dell'appalto acquisito dalla impresa straniera da cui continua a dipendere) sotto la direzione del *proprio* datore di lavoro (art. 1, comma 1, d. lgs. n. 72/2000).

obbligato in solido con l'appaltatore straniero fino ad un anno dalla cessazione dell'appalto (art. 3, commi 3 e 4, d. lgs. n. 72/2000).

E' evidente, allora, che l'abrogazione dell'art. 3 della l. 1369/1960 fa assumere una luce completamente diversa a quest'obbligo di parità di trattamento che, è bene ricordare, ci è imposto dalla direttiva comunitaria la quale, però, non certo casualmente, ne identifica l'ambito di applicazione includendovi «*anche le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga*».

In altri termini, la sottrazione delle imprese italiane alla regola paritaria per un verso realizza una evidente distorsione della concorrenza direttamente fondata sulla nazionalità e, perciò, discriminatoria; per altro verso, pone il nostro ordinamento in una situazione di contrasto con gli obblighi di corretta attuazione della norme comunitarie, in quanto la direttiva 96/71/CE prescrive la regola paritaria²⁰.

Ne deriva che l'abrogazione dell'art. 3, commi 1 e 3, della l. 1369/1960, come disposta dall'art. 85, lett. c) del Decreto, va anzitutto disapplicata dal giudice del lavoro in quanto immediatamente e direttamente produttiva di una discriminazione basata sulla nazionalità vietata ai sensi degli artt. 49 e 50, comma 3, del trattato CE²¹. A ciò si aggiunge, sulla scorta di quanto mirabilmente sostenuto dalla Corte costituzionale nelle note sentenze n. 41 e n. 45 del 7.2.2000²², che l'abrogazione di una norma "*avente contenuto tale da costituire per lo Stato italiano un preciso obbligo derivante dall'appartenenza all'Unione europea*" viola il dovere di leale collaborazione sancito dall'art. 10 del trattato CE che può essere sanzionato sia dalla Corte di giustizia, in base alle norme citate, sia dalla nostra Corte costituzionale, ai sensi degli artt. 11 e 117, comma 1, cost. In ogni caso, poiché l'abrogazione della norma *de qua* determina una "*lacuna di collisione*" dell'ordinamento interno rispetto a quello comunitario²³ può ben legittimare la proposizione dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato italiano da parte di tutti i soggetti lesi dalla mancata applicazione (*alias*, dall'abrogazione) del principio di parità di trattamento.

²⁰ Per ulteriori dettagli e approfondimenti della questione sia consentito rinviare a CHIECO, 2002, 796-801.

²¹ Cfr. ARRIGO, 1998, 64-67; ROCCELLA, TREU, 2002, 47-49.

²² Entrambe in *Foro it.*, 2000, I, 669-701. Si tratta dei pronunciamenti che dichiararono inammissibili (*ex art. 75, comma 2, cost.*) i referendum abrogativi relativi alla disciplina del contratto a tempo determinato e di quello *part time* in quanto l'effetto che ne sarebbe derivato avrebbe comportato l'insorgenza di un contrasto della normativa interna con quella europea, esponendo lo Stato italiano ad una situazione di inadempienza e di responsabilità per violazione degli impegni assunti in sede comunitaria

²³ Secondo l'efficace espressione suggerita da ARRIGO, 1998, 66-67.

Entro queste coordinate generali possiamo allora procedere all'analisi della nuova disciplina della somministrazione, a cominciare dalla tipizzazione di questo nuovo contratto.

2. Il contratto di somministrazione professionale di lavoro

Come si è già anticipato, la somministrazione di lavoro viene definita (art. 1.1, lett. a) come «*fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'art. 20*» del Decreto.

In particolare, quest'ultima disposizione, al di là delle diverse causali, individua quale elemento del contratto professionale soltanto il soggetto abilitato (mercè autorizzazione) ad esserne parte necessaria, mentre nessuna limitazione pone all'altro contraente, l'utilizzatore. Curioso è, poi, il fatto che sia qui stabilito, a mo' di effetto di questo contratto commerciale, che «*Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*» (art. 20, comma 2).

In altri termini, piuttosto che individuare gli elementi costitutivi della fattispecie, il legislatore descrive la prestazione di una delle parti contraenti (il somministratore di manodopera) e le sue caratteristiche professionali di soggetto autorizzato nonché, in seconda battuta, gli effetti che dalla prestazione derivano in capo ai terzi-lavoratori.

Sul punto, tuttavia, in ausilio al legislatore delegato soccorre la nozione del contratto di somministrazione di cui all'art. 1559 c.c. e, quindi, la sua strutturazione quale contratto di scambio tra prestazioni periodiche o continuative regolato dalle molteplici clausole che ne costituiscono la rete della disciplina legale (tra le quali, ad es., quelle in tema di esclusiva e di recesso). Si tratta di disposizioni in buona parte applicabile alla fornitura professionale di lavoro (v. oltre) secondo un processo che, peraltro, trova un rilevante antecedente nella somministrazioni di servizi "personali", caratterizzata dalla fornitura continuata (non di beni, ma) di attività e prestazioni professionali²⁴.

Ne discende, allora, che se l'obbligazione del debitore della fornitura di lavoro della l. 196/1997 consisteva e si esauriva nella *messa a disposizione* di lavoratori²⁵, quella del somministratore del Decreto sembra essere più pregnante (o forse solo meglio definibile) grazie al rinvio al contratto tipico dell'art. 1559 c.c. in quanto consiste

²⁴ V. BOCCHINI, 2000, 1106.

²⁵ Ex art. 1, comma 1, L. 196/1997. Sul significato di questa obbligazione v. ROMEI, 1999b, 112 ss., nonché MARESCA, CIUCCIOVINO, 2000, 183-184. Ma v. nota successiva.

nell'assicurare (non la disponibilità a prestare, ma) la effettiva prestazione dei lavoratori somministrati²⁶.

2.1 La somministrazione professionale a tempo indeterminato.

Come si è già anticipato, la somministrazione di lavoro può essere anzitutto a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*) configurandosi quale contratto commerciale mercé il quale una agenzia c.d. «generalista»²⁷ ovvero «specializzata»²⁸ si obbliga dietro corrispettivo a fornire continuativamente ad un utilizzatore (imprenditore e non) prestatori di lavoro da destinare all'esclusivo svolgimento delle attività e dei servizi elencati e tipizzati dall'art. 20, comma 3. Alcuni di questi²⁹ sono espressione dei fenomeni tradizionali di segmentazione dell'impresa e risultano, non certo casualmente, come la trasposizione (quasi alla lettera) delle ipotesi di appalti "interni" elencate negli artt. 3 e 5, lettere da a) a g), della l. 1369/60.

In tal modo, risulta quasi palpabile il trapasso da un sistema fondato sul principio generale del divieto di interposizione, nel quale il legislatore aveva avvertito la necessità di menzionare e, così, tipizzare taluni *appalti di servizi* nei quali l'apporto di mezzi e di organizzazione

²⁶ Sul punto, v. TIRABOSCHI, 1999, 319 ss., il quale già con riferimento alla l. 196/1997 aveva inquadrato la fattispecie della fornitura di lavoro nella somministrazione di energie lavorative (p. 300) traendone conseguenze sistematiche ed effetti regolativi; ma *adde*, MAGNANI, 1998, 1190, per l'affermazione che oggetto dell'obbligo del contratto di cui all'art. 1, L. 196/1997, era la fornitura di prestazioni di lavoro e non di una mera disponibilità all'esecuzione dell'attività lavorativa.

²⁷ Quella agenzia, cioè, abilitata a svolgere «*tutte le attività di cui al successivo articolo 20*» (art. 4, lett. a) e quindi ad effettuare la somministrazione a tempo determinato e quella a tempo indeterminato in tutte le ipotesi legali e contrattuali previste dall'art. 20 del decreto (v. oltre nel testo). L'attributo di generalista si spiega inoltre per il fatto che con l'iscrizione nell'albo nazionale, l'agenzia abilitata a svolgere tutte le attività di somministrazione a tempo determinato e indeterminato è altresì automaticamente legittimata (e iscritta nelle relative sezioni dell'albo) a svolgere le attività di intermediazione (art. 4.1, lett. c), di ricerca e selezione del personale (art. 4.1, lett. d), di supporto alla ricollocazione del personale (art. 4.1, lett. e). Per ulteriori e più analitiche indicazioni si veda il contributo di GAROFALO D., 2004, par.fo 7.

²⁸ Agenzia definita «*di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*», abilitata a «*svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'art. 20, comma 3, lettere a) a h)*», con esclusione quindi dei casi di somministrazione di cui alla lettera i), introdotti cioè dai contratti collettivi (v. oltre).

²⁹ Quali: servizi di pulizia, custodia e portineria; trasporti da e per lo stabilimento; costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti ovvero installazione o smontaggio di impianti e macchinari; attività produttive, specie edilizia e cantieristica, che richiedano fasi di lavorazione con impiego di manodopera specializzata diversa da quella normalmente impiegata nell'impresa.

dell'appaltatore era non poco dubbio³⁰, ad un sistema che, abrogato il divieto, mette in concorrenza (v. par.fo 1) i contratti commerciali di somministrazione di manodopera e di appalto (anche) ai fini della esecuzione di servizi e di attività da sempre esternalizzati dalle imprese.

Peraltro, va subito segnalato che a questo effetto se ne accompagna un altro, implicito ma di grande rilevanza (non solo sistematica): l'abbassamento degli *standard* minimi di trattamento dei dipendenti di tutti gli appaltatori titolari di contratti già qualificati (o qualificabili) come "*appalti interni*" (ex art. 3 L. 1369/60)³¹ per effetto dell'abrogazione del precetto di parità di trattamento nonché del principio di responsabilità solidale illimitata tra appaltante e appaltatore in ordine ai trattamenti retributivi, assicurativi e previdenziali dei dipendenti di quest'ultimo.

Sicché l'attivazione di un sistema di concorrenza commerciale tra agenzie di somministrazione e imprese appaltatrici per lo svolgimento di servizi e attività per le imprese (e non) appartenenti al loro "normale" ciclo produttivo, si accompagna ad un riposizionamento dei margini positivi di transazione per gli appaltatori a scapito dei trattamenti economici e delle garanzie dei loro dipendenti (v oltre). In altri termini, il Decreto mette in concorrenza la somministrazione con l'appalto al fine di ottenere un "*significativo innalzamento delle tutele dei lavoratori*"³², ma nello stesso tempo rende meno oneroso ricorrere a quest'ultimo strumento in quanto elimina l'obbligo della parità di trattamento e della più ampia responsabilità solidale³³. In definitiva, si introduce uno strumento nuovo (lo *staff leasing*) per far concorrenza ad uno strumento vecchio e meno garantista di esternalizzazione (l'appalto di servizi), depotenziando immediatamente questa operazione con un'iniezione rinvigorente dell'appetibilità economica degli appalti. Per di più in un quadro di deciso ampliamento della loro fruibilità giuridica grazie ad una nuova e più agibile nozione legale di appalto (v. oltre par. 7.).

³⁰ Tanto da indurre alcuni Autori a leggere nelle ipotesi elencate dall'art. 5 della L. 1369/60, altrettante eccezioni al divieto di interposizione dell'art. 1 della L. 1369/60: v. oltre.

³¹ Inclusi gli appalti per servizi di facchinaggio, pulizia e manutenzione ordinaria degli impianti nonché quelli concessi dalle imprese esercenti pubblici servizi (ex art. 3, commi 1 e 2, L. 1369/60), con esclusione, ovviamente, degli appalti elencati dall'art. 5 della L. 1369/60 già sottratti ai principi della parità di trattamento e della solidarietà di cui all'art. 3 della legge.

³² Così, ancora TIRABOSCHI, 2003, 68, in linea peraltro con l'art. 1, comma 1, del Decreto il quale afferma che le disposizioni emanate, oltre ad essere finalizzate ad aumentare il tasso di occupazione, mirano a promuovere «*la qualità e la stabilità del lavoro*».

³³ Ovviamente il riferimento è a tutti gli appalti diversi da quelli elencati dall'art. 5 della L. 1369/1960 e, quindi, a tutte le nuove causali introdotte dalla somministrazione a tempo indeterminato che certamente sarebbero rientrate nella nozione di appalti *interni* dell'art. 3 della L. 1369/1960.

Questa conclusione, peraltro, vale anche per la gran parte degli ulteriori casi di somministrazione a tempo indeterminato elencati nel comma 3 dell'art. 20 del Decreto i quali, oltre ad includere ipotesi capaci di assorbire per intero il complesso dell'attività di talune aziende (*call center*, biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini) ovvero delle nuove imprese in fase di avvio nelle aree Obiettivo 1 (ex Regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio del 21.6.1999), concernono non pochi dei servizi strategici delle imprese già oggetto di esternalizzazione (da quelli di consulenza e assistenza nel settore informatico a quelli di economato; dalla consulenza direzionale alla ricerca, selezione e gestione del personale; dalla programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento alla assistenza alla certificazione; dall'attività di marketing e analisi di mercato alla organizzazione della funzione commerciale) intorno alle quali si era coagulato il dibattito sulla crisi e sui punti di fuga del divieto di interposizione³⁴.

A questi casi vanno poi aggiunti (lett. i) quegli altri (eventualmente) previsti dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e lavoratori comparativamente più rappresentative.

Con la precisazione che in questi casi il contratto di somministrazione a tempo indeterminato può essere concluso solo da una agenzia «generalista», stante la preclusione stabilita dall'art. 5, comma 3, del Decreto per le agenzie specializzate; preclusione forse legata al fatto che si tratta di una casistica eventuale, variabile nel tempo³⁵ e nello spazio³⁶, e quindi inadatta a costituire l'attività tipica di una agenzia specializzata.

Il rinvio alla contrattazione collettiva, che -secondo lo schema standard del Decreto- formalizza la sottoscrizione di contratti *separati* secondo un principio di concorrenza tra i soggetti collettivi³⁷, assume un evidente ruolo marginale e residuale dopo la lunga e pregnante serie di casi di somministrazione a tempo indeterminato assicurati direttamente dalla legge. Esso si segnala anche perché abilita ad introdurre specifici casi il livello negoziale nazionale e quello decentrato, inclusivo di tutte le possibili articolazioni territoriali (interregionale, regionale, provinciale, distrettuale, metropolitana), ma non di quella aziendale.

³⁴ Cfr., v. per tutti, ICHINO, 2000a, 3 ss.; BONARDI, 2001; DE LUCA TAMAJO, 2001, 9 ss.; DEL PUNTA, 2002, 297; RICCI, 2003, 351 ss.

³⁵ In quanto legata alla durata del contratto collettivo e alle decisioni in proposito adottate dalle parti sociali in occasione dei rinnovi contrattuali.

³⁶ In quanto individuata da contratti collettivi applicati solo in un certo territorio.

³⁷ Cfr. CURZIO, 2004, 14.

Si tratta di una scelta che è stata valutata positivamente³⁸, ma che apre non pochi interrogativi ove se ne ipotizzi l'effettiva attuazione. Posto, infatti, che il contratto collettivo è solo la fonte di regolazione della fattispecie, non si può escludere che i casi introdotti in una certa area (in ipotesi, regionale) abilitino ad es. le agenzie di somministrazione di quel territorio a stipulare contratti di somministrazione che, però, potrebbero riguardare utilizzatori con imprese ubicate in altre zone del paese, innescando così processi di concorrenza tra territori dagli sviluppi imprevedibili.

In ogni caso, va sottolineato come alla abilitazione di diversi livelli contrattuali ai fini dell'introduzione di nuovi casi di somministrazione a tempo indeterminato, faccia riscontro il restringimento della legittimazione alla sola sede nazionale quando si tratta di apportare limitazioni quantitative («*anche in misura non uniforme*») alla utilizzazione della somministrazione, questa volta a tempo determinato (art. 20, comma 4, del Decreto).

Sembra quasi che la contrattazione collettiva venga incentivata o, viceversa, disincentivata a seconda che sia finalizzata ad allargare ovvero a restringere l'utilizzazione della somministrazione.

2.2 La somministrazione professionale a tempo determinato.

Il contratto commerciale di somministrazione a termine, a differenza dello *staff leasing*, non è ancorato a causali elencate e tipizzate dal legislatore (eventualmente estensibili dalla contrattazione collettiva), ma risulta legittimamente stipulabile in presenza di «*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*» (art. 20, comma 3).

Com'è evidente, è grande la distanza rispetto alla fornitura di lavoro regolata dalla l. 196/97 -che pure ne costituisce l'antecedente- giacché si passa da prestazioni fornite per il soddisfacimento di *esigenze di carattere temporaneo* ad una somministrazione di lavoro causalmente fondata su clausole generali, idonee a soddisfare qualsiasi esigenza dell'impresa³⁹.

Ne consegue, il venir meno della contrattazione collettiva quale fonte abilitata dalla legge ad individuare, integrando le due ipotesi

³⁸ DEL PUNTA, 2003, 79, il quale, con riferimento alla formula già presente nella legge-delega, ritiene che il rinvio al contratto territoriale recepisce e cerca di incentivare le tendenze al decentramento del sistema contrattuale in sintonia con il decentramento "federalista".

³⁹ Sull'indeterminata ampiezza della clausola in questione, già formulata nella legge delega (seppure con altra valenza: v. infra), CARINCI, 2002, 25; cfr., PINTO, VOZA, 2002, 477.

legali⁴⁰, i casi di legittima conclusione del contratto di fornitura, nonché quelli vietati a causa del contenuto delle mansioni (specie quando pericolose per la sicurezza del lavoratore o dei terzi)⁴¹. Nella nuova somministrazione a termine ai contratti collettivi nazionali (stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi) è riservata esclusivamente la facoltà di introdurre «*limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato*»⁴², nel rispetto però delle esenzioni stabilite dall'art. 10 del D. lgs. 368/01 in materia di limiti quantitativi alla stipulazione di contratti a tempo determinato, che il Decreto espressamente richiama⁴³.

E con questo rinvio espresso prende definitivamente corpo l'evidente ispirazione della disciplina della somministrazione a termine alla regolamentazione del contratto a tempo determinato, dal quale viene anzitutto mutuato, come si è visto, il rinvio alle causali generali che, tuttavia, non si limita alla semplice riproposizione della formula dell'art. 1, comma 1, d. lgs. 368/2001. La specificazione contenuta nell'inciso

⁴⁰ E cioè la sostituzione di lavoratori assenti e la temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi dell'impresa, già previste dall'art. 1, comma 2, l. n. 196/97.

⁴¹ Sul punto, che ingenera seri dubbi di legittimità costituzionale, v. il par.fo 2.4.

⁴² Analoga facoltà non è espressamente prevista in relazione alla somministrazione a tempo indeterminato e, tuttavia, il principio costituzionale di libertà di azione sindacale in uno con la insussistenza in materia di una riserva di legge, consentono di concludere per la piena legittimità di eventuali contratti collettivi che introducessero limiti quantitativi alla utilizzazione dello *staff leasing*.

⁴³ L'introduzione di limiti quantitativi non è consentita: nella fase di avvio di nuove attività per i periodi definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro, anche in misura non uniforme, con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525; per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno; per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi. A tali ipotesi devono aggiungersi le somministrazioni stipulate a conclusione di un periodo di tirocinio o di *stage*, ovvero quelle stipulate con lavoratori di età superiore ai cinquantacinque anni, o conclusi quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale e, infine i contratti di somministrazione a tempo determinato non rientranti nelle precedenti tipologie, di durata non superiore ai sette mesi, compresa la eventuale proroga, ovvero non superiore alla maggiore durata definita dalla contrattazione collettiva con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche. Con riferimento alla disciplina dell'art. 10 del d. lgs. 368/2001, VALLEBONA, PISANI, 2001, 42, nel sostenere l'ampia fruibilità del contratto a termine in quanto oramai sganciato da ogni requisito di temporaneità causale (v. oltre testo e note per la discussione sul punto), hanno però affermato -tesi di grande interesse ma rimasta isolata- che l'introduzione dei limiti quantitativi, quale unico vero limite all'accesso al contratto a tempo determinato, ad opera della contrattazione collettiva costituisce una vera e propria condizione legale per la sottoscrizione dei contratti individuali di lavoro a termine.

dell'art. 20, comma 3, del Decreto consente infatti di riferire le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo alla «*ordinaria attività dell'utilizzatore*», così troncando di netto l'affannoso dibattito in corso sulla temporaneità o meno della causali legittimanti la conclusione di un contratto a termine⁴⁴.

In altri termini, il nostro legislatore delegato, memore delle incertezze provocate dalla formula utilizzata nel modello normativo di riferimento, si è preoccupato di specificare che la temporaneità del contratto di somministrazione non è conseguente alla (*alias*, giustificata dalla) temporaneità dell'attività che l'utilizzatore intende svolgere attraverso la fornitura di lavoro⁴⁵, bensì è frutto di una scelta ancorata a parametri diversi, seppure oggettivi⁴⁶, riconducibili ad ogni possibile esigenza rientrante nella sfera tecnico-produttiva ovvero organizzativo-sostitutiva dell'attività (imprenditoriale e non) dell'utilizzatore.

Il *causalone* (secondo l'espressione gergale che pare invalsa per definire riassuntivamente le clausole generali in esame⁴⁷) consente allora di utilizzare questo nuovo strumento di esternalizzazione a fronte di qualsiasi motivazione, occasione, bisogno ecc.⁴⁸, riferibile all'attività dell'utilizzatore. Sicché, proprio in considerazione di tale indeterminata ampiezza, è possibile riconoscere nella somministrazione a termine una tendenziale natura "*acausale*", nel senso di essere svincolata da esigenze tipiche e precostituite -in funzione limitativa- dalla legge, coincidendo quelle indicate nel comma 3 dell'art. 20 con ognuna delle infinite ragioni *non arbitrarie né illecite*⁴⁹ ispirate all'interesse d'impresa e alla libera interpretazione che dello stesso ne dà l'imprenditore⁵⁰.

⁴⁴ Per un recente riepilogo del dibattito v. RICCARDI, 2003, 51 ss.

⁴⁵ Cfr. TIRABOSCHI, 2003, 70.

⁴⁶ Cfr., con riferimento al contratto a termine, SANTORO PASSARELLI G., 2002, 178-180.

⁴⁷ Ma v. sul punto SPEZIALE, 2003, 420, il quale riconduce la clausola del d. lgs. 368/2001 (piuttosto che alle clausole generali) alle categorie riassuntive risalenti all'insegnamento di MENGONI, 1986, 9.

⁴⁸ Cfr. PINTO, 2003. Per la "*totale libertà*" nella stipulazione del contratto a termine quale effetto delle clausole generali di giustificazione di cui all'art. 1.1, d. lgs. 368/2001 (intese ovviamente come svincolate dal requisito della temporaneità), CARABELLI, 2001, 2; per una decisa critica alla acausalità del contratto a termine condotta alla stregua della necessaria temporaneità della causali giustificative di cui all'art. 1.1 d. lgs. 368/01, SPEZIALE, 2003, 440/441; SALVATORI, 2002, 31 ss. Ma sul punto v. oltre nel testo.

⁴⁹ Secondo le espressioni di VALLEBONA, PISANI, 2001, 26, ancora una volta con riferimento alle clausole generali di cui all'art. 1.1 d. lgs. 368/2001.

⁵⁰ In proposito, è significativa la circostanza che, contrastato il requisito della temporaneità quale chiave di lettura delle clausole generali di cui all'art. 1.1 d. lgs. 368/2001, sono risultati sostanzialmente vani i tentativi di delimitare in termini causali l'ambito di applicazione delle clausole generali: v. ad es. TIRABOSCHI, 2002, 104, il quale argomenta che "*Il contratto a termine dovrà essere considerato lecito in tutte le circostanze individuate dal datore di lavoro sulla base di criteri di normalità tecnico-organizzativa ovvero per ipotesi*

E che questo sia il senso e la portata del «causalone» è ulteriormente sottolineato dal legislatore nell'art. 27, comma 3. Qui si prescrive che il controllo giudiziale è limitato esclusivamente («*in conformità ai principi generali dell'ordinamento*») all'esistenza delle ragioni che giustificano la somministrazione «*e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito le valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore*».

Manca il riferimento alle ragioni di carattere *sostitutivo*⁵¹. Ma questo evidentemente non significa che in tal caso il giudice possa sindacare nel merito le scelte dell'impresa. Semmai tale -scontata-conclusione testimonia della sostanziale inutilità regolativa della norma⁵² che sembra, piuttosto, una sorta di memento dal sapore vagamente ideologico.

Infatti, dichiarare che il controllo giudiziale è ammesso nei limiti dell'accertamento della veridicità, della effettività delle ragioni addotte per "giustificare" la somministrazione altro non significa che rimanere sul piano della rispondenza formale del negozio al paradigma legale che vuole nel contratto di somministrazione espressamente indicate "*le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*" (art. 20, comma 4), senza alcuna possibilità di spingere il controllo alla ragionevolezza ovvero alla meritevolezza delle valutazioni o delle scelte.

In altri e definitivi termini, il controllo giudiziale e il relativo meccanismo sanzionatorio vengono relegati all'esclusivo ruolo di garanti, in primo luogo, della puntualità e della specificità della motivazione del contratto (che non potrà evidentemente richiamarsi genericamente alla

sostitutive, nelle quali non si può esigere che il datore di lavoro assuma necessariamente a tempo indeterminato o, il che è lo stesso, l'assunzione a termine non assume una finalità chiaramente fraudolenta sulla base di criteri di ragionevolezza desumibili dalla combinazione tra durata del rapporto e attività lavorativa dedotta in contratto".

⁵¹ Va rimarcato come il riferimento alle ragioni sostitutive che *giustificano* (non un contratto di lavoro subordinato, ma) un contratto commerciale come la somministrazione risulta del tutto ultronea. Le carenze di organico, infatti, quale che ne sia il motivo (salvo i casi espressamente vietati dall'art. 20, comma 5, del Decreto), determinano sempre una esigenza organizzativa e/o produttiva che abilita l'impresa a soddisfarla attraverso uno qualsiasi dei contratti commerciali di cui può disporre: appalto, acquisto di semilavorati, somministrazione di lavoro ecc. Qui si intravede, in altri termini, l'impropria sovrapposizione di tematiche e regolazioni che hanno un senso nella disciplina inderogabile del lavoro, con le questioni -del tutto diverse- che si pongono con riferimento alla disciplina dei contratti commerciali tra imprese. Ma sul punto v. oltre

⁵² Non a caso, proprio con riferimento alla disciplina-modello del D. lgs. 368/2001, scontato a monte il contrasto in ordine alla natura temporanea o meno del contratto a termine, non si è dubitato della impossibilità per il giudice di scendere nel merito delle scelte (fondate sulle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive) esplicitate dal datore di lavoro sindacando sulla opportunità/inevitabilità della conclusione di un contratto a termine: cfr. CARABELLI 2001, 2-3; VALLEBONA, 2002, 62; TIRABOSCHI, 2002, 99.

sussistenza di ragioni tecniche, organizzative o produttive) e, quindi, della corrispondenza formale tra quanto dichiarato e quanto effettivamente esistente, in ossequio ad un principio di *trasparenza* implicato nell'obbligo di motivazione⁵³.

Il tutto con espressa rinuncia ad una verifica (seppure a partire dalla *voluntas* dichiarata dall'utilizzatore) in termini di rapporto di causalità tra la ragione dichiarata e accertata e il contratto di somministrazione concluso. Infatti, un rapporto di causa-effetto nella specie non è astrattamente ravvisabile né in termini automatici né in termini di consequenzialità necessaria, in quanto la ragione in ipotesi adottata dall'impresa (es. scelta di procedere ad una riorganizzazione, ad un incremento di produzione ecc.) potrebbe giustificare non solo l'adozione di un contratto di somministrazione a termine ovvero a tempo indeterminato, ma anche altre soluzioni esterne (dall'appalto all'acquisto dei beni, alla fusione con altra impresa ecc.), piuttosto che interne, all'organizzazione dell'impresa.

Questi rilievi mettono in risalto quella che appare come una sorta di diffrazione concettuale indotta dalla (dichiarata) adozione, come modello normativo, del contratto a termine del d. lgs. 368/2001. Se, infatti, quel modello è costruito ed inserito in un più ampio e complesso sistema normativo retto da pesi e contrappesi espressione dei diritti fondamentali coinvolti nella prestazione di lavoro, è evidente che la sua traslazione entro un contratto commerciale produce gli effetti stranianti che si dicevano. Una cosa è, infatti, discutere di limiti causali (e non) alla stipulazione di un contratto di lavoro a termine che deve confrontarsi con un assetto, anzitutto costituzionale, a tutela della stabilità dell'occupazione del lavoratore e di un altro grappolo di diritti della persona; altra cosa è discutere degli stessi limiti riferiti, questa volta, alla stipulazione di un contratto tra imprese (com'è la somministrazione di lavoro), che si inserisce entro un sistema di rapporti tra soggetti paritari governati dalle regole proprie delle istituzioni economiche, a cominciare dalla libertà dell'art. 41 cost.

⁵³ Cfr. CARABELLI, 2001, 4. Sostiene, invece, che un obbligo di motivazione non avrebbe senso in presenza di una libertà di scelta del datore di lavoro (sempre con riferimento alla norma-modello del contratto a termine) SPEZIALE, 2003, 440-441. Si tratta tuttavia di una posizione estrema che sottovaluta fino ad annullare gli effetti giuridici in termini di auto-limitazione che derivano dall'obbligo di motivazione nonché i controlli conseguenti alla specificazione (tra tutte quelle astrattamente ascrivibili alle clausole generali) della concreta ragione della libera scelta contrattuale.

2.3 Le due somministrazioni a confronto: conflitto funzionale e questioni di costituzionalità

La libertà offerta alla somministrazione a termine, una libertà senza altri confini che quelli conseguenti alla libera autodefinizione delle esigenze e delle ragioni dell'impresa, costruita (al pari di quella della libera determinazione del livello occupazionale) in termini tali da introdurre limitazioni solo formali e *conseguenti* alle scelte dell'impresa, sembra tuttavia andare in una direzione sbagliata, forse illegittima e, comunque, diversa da quella delle legislazioni degli altri paesi europei (che pure l'avrebbero ispirata).

A tal fine, di grande interesse è l'approfondita riflessione di quella dottrina⁵⁴ che, dall'analisi comparata della legislazione dei maggiori partner europei, ha tratto motivo per sostenere che il regime dei limiti al ricorso della fornitura di lavoro temporaneo manifesta delle costanti (con la sola eccezione dell'Inghilterra). Invero, lì dove (come in Germania) si riscontra un'ampia libertà causale nell'accesso al lavoro interinale, operano precisi limiti di durata alla fornitura che, invece, sono più blandi o del tutto assenti quando (come in Francia o in Spagna e, fino a poco tempo fa, in Italia) valgono causali delimitate e tipizzate.

Ebbene, come si è visto, il nostro legislatore si è mosso diversamente, cumulando un'ampia libertà causale con una illimitata durata temporale della somministrazione *a termine* che non ha tetti, né di tempo né di proroghe.

Ne esce un quadro normativo preoccupante, perché consente una profonda destrutturazione dell'organizzazione produttiva promuovendo in termini illimitati quel processo -già segnalato- di «*contrattualizzazione dell'impresa*» che potrà certamente affidare all'esterno anche le parti fondamentali del proprio ciclo produttivo.

In questa direzione di «stabile» fluidificazione dei confini dell'impresa, di perdita di consistenza materiale della struttura produttiva, di negazione della *necessità giuridica di coagularsi dell'organizzazione*, si muovono certamente alcuni dei casi di fornitura di lavoro a tempo indeterminato (v. sopra) in relazione ai quali la *specializzazione* dell'agenzia non è limitata a fasi produttive o a particolari servizi, ma investe l'impresa nella sua totalità, consentendo così una completa esternalizzazione dell'attività ad essa formalmente imputabile.

Tuttavia, nella medesima direzione, addirittura in termini più marcati e decisi, si muove la regolamentazione legale della somministrazione a tempo determinato che, alla possibilità di investire qualsiasi fase produttiva o servizio aziendale ovvero di riguardare una

⁵⁴ CARABELLI, 1999, 67 ss e 91; PERULLI, 2003a, 76-81.

parte o la totalità dell'impresa, aggiunge una predeterminazione temporale che -proprio per il fatto di essere connessa a causali di *ordinaria* attività dell'impresa- si risolve nella mera necessità formale di indicare un termine finale il quale, oltre a poter essere indefinitamente lungo (ad es. 30 anni, salvo opportuna disdetta che le parti possono liberamente pattuire), è sempre suscettibile di essere prorogato.

A dirla tutta, anzi, si ha l'impressione che l'amplissima libertà di azione dell'agenzia "generalista" nell'utilizzazione della somministrazione a tempo determinato rischi di provocare un vero e proprio corto circuito nel sistema poiché è capace di mandare in *tilt* la fornitura a tempo indeterminato che, nel confronto, perde molte delle sue attrattive. Fatte salve, forse, le agenzie altamente specializzate e quelle operanti a livello territoriale, tutte le altre saranno spinte ad operare sotto la veste di agenzia abilitata a svolgere (anche) la somministrazione a tempo determinato, che offre la libertà di azione di cui si è detto e una illimitata area di intervento. Il tutto a costi decisamente convenienti (v. art. 5, comma 2, del Decreto) rispetto a quelli che devono sostenere le agenzie specializzate e perciò abilitate a somministrazioni a tempo indeterminato per singole causali, ognuna delle quali comporta (ex art. 5, comma 3, del decreto) un onere finanziario tale che l'abilitazione a svolgere *due* delle attività elencate dall'art. 20, comma 3 (lettere da *a* a *h*) supera già quello necessario ad ottenere l'abilitazione come agenzia generalista.

Tuttavia, al di là della tenuta interna del sistema così congegnato, resta il quadro preoccupante di cui si è detto. Certo, in proposito sono note le diverse valutazioni di chi guarda il fenomeno da un altro punto di vista e obietta che l'agenzia di somministrazione può diventare un soggetto che dà maggiore sicurezza non solo di solvenza economica, ma anche di continuità occupazionale, perché opera in un mercato che sopravanza quello della singola impresa, alle cui sorti sono legati mani e piedi i dipendenti. Si può garantire più efficacemente la continuità occupazionale somministrando lavoratori per lo svolgimento di specifici servizi o fasi a diverse imprese, piuttosto che puntando il destino lavorativo su di un unico soggetto economico.

Si tratta di obiezioni rilevanti, alle quali oggi possono essere date le risposte fornite dal preciso quadro normativo definito dal d. lgs. n. 276/2003.

E qui si constata, in primo luogo, che la normativa italiana si è spinta molto oltre, consentendo fenomeni di destrutturazione che vanno decisamente al di là del sostegno a processi di alta specializzazione produttiva e che, in prospettiva, sono in grado di mettere in crisi lo stesso principio di parità di trattamento, baluardo di contenimento al

ricorso indiscriminato alla somministrazione, che rischia di crollare per ... mancanza di dipendenti comparabili dell'utilizzatore.

In secondo luogo, la possibilità di un uso indiscriminato della somministrazione mette (ancor più) in primo piano il fatto che il lavoratore alle dipendenze dall'agenzia è un soggetto particolarmente debole, anzitutto perché assunto -nella quasi totalità dei casi- con contratto a termine per causali "automaticamente" giustificate dalle esigenze (liberamente determinate: v. sopra) del contratto commerciale tra fornitore e utilizzatore. Ma debole anche perché, non essendo assunto per lavorare e strutturarsi nell'organizzazione del proprio datore di lavoro, si trova ad essere esposto, senza possibilità di reazione, agli effetti delle decisioni adottate con riferimento al contratto commerciale: una modificazione dell'oggetto della fornitura presso l'azienda in cui si è in missione; il richiamo da una missione per essere inviato in un'altra impresa⁵⁵ (magari in luogo più difficile da raggiungere, più lontano ecc.) sono alcune delle tante modalità di aggiramento/annullamento dei diritti dei lavoratori.

Una volta che la prestazione di lavoro è divenuta "oggetto" del contratto di somministrazione, tutti i diritti e le tutele costruiti dall'ordinamento giuslavoristico sono filtrati attraverso il ruolo che un soggetto, l'utilizzatore, assume ed esercita non in qualità di datore di lavoro, ma quale parte del contratto commerciale stipulato con l'agenzia, con la conseguenza che l'effettività di quei diritti e tutele deve concretamente misurarsi con la libertà propria di questo contratto.

In definitiva, la sfera protettiva costruita dalla legge attorno alla persona del lavoratore subordinato è esposta non direttamente e visibilmente all'esercizio dei poteri del datore di lavoro bensì a prerogative imprenditoriali che operano ad un livello non attingibile né controllabile dalle norme lavoristiche, lì dove si esercita la libertà dell'impresa utilizzatrice (magari in "sintonia" con l'esercizio della uguale libertà dell'impresa somministratrice) che consente di adottare decisioni capaci di travolgere il lavoratore, le sue condizioni di lavoro e in ultimo il suo contratto.

Ma al di là di questi motivi di preoccupazione, indotti da un regime della fornitura di lavoro a maglie larghissime, va rilevato che la clausola

⁵⁵ Come si vedrà più avanti, non è stata riproposta la previsione dell'art. 3, comma 4, seconda parte, l. 196/97 lì dove riconosceva il «diritto» del lavoratore «di prestare l'opera lavorativa per l'intero periodo di assegnazione, salvo il caso del mancato superamento della prova o della sopravvenienza di una giusta causa di recesso». Si tratta di un ridimensionamento secco delle posizioni giuridiche attive del lavoratore e, in termini correlati, di un implicito incremento del potere direttivo del somministratore in capo al quale si consolida il *libero potere di richiamo* del lavoratore.

della somministrazione a tempo determinato -motivo di non pochi dei rilievi critici sin qui avanzati- è affetta da un evidente eccesso di delega e risulta, quindi, palesemente incostituzionale ai sensi dell'art. 76 cost.

In proposito, il mandato assegnato dal Parlamento al Governo era quello di introdurre una nuova disciplina basata, tra gli altri, sul criterio direttivo consistente nella «*ammissibilità della somministrazione di manodopera, anche a tempo indeterminato, in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, individuate dalla legge o dai contratti collettivi nazionali o territoriali*» (art. 1, comma 2, lettera m), n. 2, l. 30/2003).

In altri termini il legislatore delegante ha prioritariamente delimitato un ambito oggettivo di riferimento (le ragioni tecniche, produttive o organizzative) entro il quale il delegato è stato incarico di procedere, direttamente o a mezzo rinvio ai contratti collettivi, ad individuare le concrete condizioni di ammissibilità della somministrazione di manodopera. Con la precisazione che, seppure non espressamente nominata, la somministrazione a tempo determinato è probabilmente inclusa nella formulazione della delega in quanto implicitamente richiamata dalla congiunzione *anche* che, associata alla somministrazione a tempo indeterminato, non può che evocare quella a tempo determinato⁵⁶.

Del resto, la regolamentazione *ex novo* della (non espressamente menzionata) somministrazione a termine non può che essere ricondotta a *quella* delega .

Ebbene, così stando le cose, è evidente che il legislatore delegato mentre ha fatto il suo mestiere individuando i casi di ammissibilità della somministrazione a tempo indeterminato, ha decisamente male operato in quella a termine, ripetendo e anzi allargando (alla sostituzione) le ragioni dettate dalla legge delega. Queste ultime, infatti, da delimitazione dell'ambito di determinazione delle cause *concrete* di ammissibilità della fornitura di lavoro, sono diventate esse stesse le generiche e indistinte ragioni di concreta fruibilità della somministrazione a tempo determinato.

E' come se, in realtà, la delega non fosse stata esercitata, in quanto l'art. 20, comma 4, del Decreto ne ha semplicemente (ri)proposto

⁵⁶ Come si osserva nel testo, questa conclusione è probabile ma non certa in quanto la lettera della legge delega consente anche di pensare alla possibilità che il legislatore delegante, non menzionando la fornitura temporanea, volesse semplicemente aggiungere a questa (già regolamentata dalla L. 196/1997) la somministrazione a tempo indeterminato.

la lettera, quasi che ci si trovasse di fronte ad una regolamentazione diretta e sufficiente a se stessa, piuttosto che ad una delega⁵⁷.

Ma in questo modo sono stati pesantemente traditi lo spirito e la lettera della legge n. 30/2003 nella quale la somministrazione (a tempo determinato e indeterminato) doveva essere un contratto fondato su causali tipizzate e selettive, idonee cioè a prestabilire in quali specifici casi e per quali concrete ragioni l'impresa utilizzatrice fosse legittimata a farsi fornire forza lavoro, piuttosto che assumerla direttamente. Così non è per il contratto di somministrazione a tempo determinato, vero e proprio *free rider* del sistema.

2.4 Settori ammessi e ipotesi vietate.

La disciplina della somministrazione di lavoro e, specificamente, la previsione delle sue "condizioni di liceità" (secondo la rubrica dell'art. 20 del decreto) si completa con l'individuazione dei settori produttivi ammessi e dei casi vietati, tra i quali si segnalano, rispetto alla disciplina previgente, alcune novità e molte altre conferme.

Un primo elemento di novità è dato dall'espresa possibilità di ricorrere alla somministrazione sia in agricoltura sia in edilizia, settori nei quali la fornitura di lavoro della L. n. 196/1997 era ammessa solo "*in via sperimentale previa intesa tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*" (art. 1, comma 3)⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. DEL PUNTA, 2003, 79, il quale, interpretando la delega, sostiene che essa impone di specificare le ragioni giustificative, "*altrimenti la formula della delega sarebbe stata sufficiente a se stessa*".

⁵⁸ Va ricordato che le limitazioni in proposito previste dall'art. 1, co. 3°, L. n. 196/1997, sin dall'origine inapplicabili ai dirigenti, erano già state eliminate per gli impiegati di questi settori ad opera dell'art. 64, co. 1°, L. n. 488 del 1999 (*Legge finanziaria per il 2000*). Se a ciò si aggiunge che la maggior parte dei contratti collettivi stipulati nei due settori avevano da tempo provveduto all'introduzione della fornitura di lavoro temporaneo (v. per il settore agricoltura, ccnl cooperative e consorzi agricoli; impiegati – già prima dell'esclusione dalla limitazione; sistemazioni idraulico forestali; per il settore edilizia, ccnl edili artigiane; cooperative; industrie; PMI) e in alcuni casi, era stata perfino superata la fase sperimentale (v. ccnl agricoltura – operai e florovivaisti), se ne può dedurre che l'innovazione introdotta dal D. Lgs. n. 276 del 2003 non è di così rilevante impatto.

Peraltro, l'estensione così operata dal legislatore delegato è segnata dall'art. 23, co. 1° del Decreto che (con previsione aggiunta nell'ultima versione) stabilisce la vigenza e la salvezza delle clausole di cui ai contratti nazionali sperimentali previsti dal citato art.1, co. 3° della L. n. 196/97. Si tratta di una salvezza dalla portata tutt'altro che chiara perché sembra formulata in termini generali anche se inserita a ridosso della prescrizione sulla parità di trattamento. Sembrerebbe che il legislatore delegato si sia preoccupato di non caducare gli effetti di clausole derogatorie del principio di parità inserite nei suddetti contratti collettivi sperimentali. Tuttavia, in nessuno di tali contratti si rinvergono eccezioni all'operatività del principio di parità. Né pare che simile potere fosse concesso all'autonomia collettiva dal

Un secondo aspetto di rilievo concerne le pubbliche amministrazioni che l'art. 6 della legge delega ha escluso dall'applicazione della riforma «*ove non siano espressamente richiamate*»⁵⁹. Ebbene, mentre l'art. 1, comma 2, del Decreto conferma che «*non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e il loro personale*», diversamente dispone il successivo art. 86, contenente le disposizioni transitorie.

Qui, con una formula tutt'altro che lineare, si introduce una sorta di eccezione a detta esclusione stabilendosi che, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, «*la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato*» (art. 86, comma 9), mentre resta esclusa la sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro connessa alla somministrazione irregolare (art. 27, comma 1).

In proposito si è sostenuto che si tratta di un'eccezione che, stante l'abrogazione degli artt. 1-11 L. 196/97, mira a fare «*salvo il regime quo ante*»⁶⁰. La rassicurante conclusione è tuttavia smentita dalle profonde differenze tra il (restrittivo) regime della fornitura di lavoro temporaneo e l'indubbio ampliamento del mercato della somministrazione di lavoro (anche) a tempo determinato (v. *supra*).

Introdotta l'eccezione, il comma 9 dell'art. 86 si cura di precisare che si applicano nei confronti delle pp.aa. le sanzioni amministrative di cui all'art. 19. Si tratta di una precisazione inutile e anzi fuorviante, perché non vengono richiamate le sanzioni penali previste dall'art. 18, nonché quelle per la somministrazione fraudolenta, che sono certamente applicabili anche quando soggetto attivo del reato sia la pubblica amministrazione.

La parziale inclusione delle pp.aa. nella disciplina della somministrazione (e non solo) è accompagnata dalla previsione dell'art. 86, comma 8, in base alla quale entro sei mesi dalla emanazione del

legislatore del 1997 (e certamente, l'autonomia collettiva non può spingersi fino al punto di derogare arbitrariamente ad una norma imperativa).

⁵⁹ Quali siano queste norme e sulla base di quali criteri la legge-delega non dice sicché anche qui si tratta di una vera e propria delega *in bianco*. Trova conferma ancora una volta la redazione a dir poco approssimata della legge n. 30/2003, nella quale il potere legislativo è stato affidato al Governo senza avere ben chiare le implicazioni che l'esercizio della delega avrebbe avuto su altre materie e istituti dell'ordinamento. Come in questo caso, nel quale l'estensione della somministrazione a tempo determinato alla P.A. si è resa necessaria in corso d'opera per effetto della decisione (del Governo) di abrogare gli artt. 1-11, della L. 196/1997 che avrebbero comportato la preclusione della possibilità di utilizzare la fornitura di manodopera in tutte le pubbliche amministrazioni: cfr. TIRABOSCHI, 2003, 66-67. Per l'affermazione della incostituzionalità della legge-delega nella parte in cui esclude il lavoro pubblico dal suo ambito di applicazione v. CARINCI, 2003, 16-17.

⁶⁰ TIRABOSCHI, 2003, 67.

Decreto, il Ministro della funzione pubblica convoca i sindacati maggiormente rappresentativi dei dipendenti della pubblica amministrazione per esaminare *"i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto ... anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia"*.

Si cerca in questo modo di porre riparo al *vulnus* di una legislazione che dichiaratamente e ingiustificatamente tradisce il processo di avvicinamento tra lavoro pubblico e privato.

Venendo, allora, all'individuazione dei casi in cui la somministrazione di lavoro è vietata, l'elencazione contenuta nell'art. 20, comma 5, del Decreto ripropone il costante riferimento del legislatore delegato alla struttura ed alle scelte regolative del d. lgs. 368/2001, mentre viene in parte -ma significativamente- manomesso il sistema dei divieti di fornitura di lavoro dell'art. 1, comma 4, L. 196/1997.

Il contratto di somministrazione non è consentito nei casi (classici) di sostituzione di lavoratori in sciopero⁶¹ e di mancata valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori da parte dell'impresa utilizzatrice⁶².

Ancora vietata è la fornitura di lavoro presso unità produttive nelle quali si sia proceduto a licenziamenti collettivi nei sei mesi precedenti (i mesi erano dodici nella vecchia disciplina del lavoro temporaneo), ovvero presso le quali sia in atto una sospensione o riduzione di orario di lavoro con trattamento di integrazione salariale: in entrambe le ipotesi la limitazione concerne i soli lavoratori adibiti alle stesse mansioni oggetto del contratto di somministrazione⁶³. Tuttavia, a differenza di quanto stabiliva la L. 196/1997, il divieto connesso a situazioni di crisi dell'unità produttiva può essere rimosso ad opera di non meglio precisati *«accordi sindacali»*. La norma, anche per l'indeterminatezza dei soggetti abilitati ad introdurre la deroga, si presta a possibili elusioni e deve perciò essere interpretata e applicata in termini particolarmente stringenti. Peraltro, proprio il fatto che si parli di *accordi sindacali* nell'ambito di un contesto regolativo che richiama le procedure di cui agli artt. 4 e 24 della L. 223/1991, consente di ritenere che la deroga si riferisca proprio agli

⁶¹ Art. 20, comma 5, lett. *a*), del Decreto, formulato in termini identici sia all'art. 1, comma 4, lettera *b*), L. 196/1997, e all'art. 3, lettera *a*), d. lgs. 368/2001.

⁶² Art. 20, comma 5, lettera *c*), del decreto, identico all'art. 3, lettera *d*), d. lgs. 368/2001. Va evidenziata una differenza formale nel testo corrispondente dell'art. 1, comma 4, lettera *e*), L. 196/1997, dove si faceva riferimento all'obbligo di dimostrare alla Direzione provinciale del lavoro la effettiva valutazione del rischio.

⁶³ Art. 20, comma 5, lett. *b*), del Decreto, formulato in termini pressoché identici (salvo le differenze evidenziate nel testo: v. sopra) all'art. 1, lettere *c*) e *d*), L. 196/1997 e, in modo del tutto identico, all'art. 3, lett. *b*), D. Lgs. n. 368 del 2001.

accordi *gestionali* previsti e disciplinati dai suddetti artt. 4 e 24, anche in ordine ai soggetti collettivi abilitati a sottoscriverli.

Non risultano invece riproposti (*alias*, sono risultati abrogati con l'abrogazione dell'intero art. 1 della l. 196/97) i divieti di fornitura di manodopera per lo svolgimento di attività lavorative pericolose⁶⁴.

Si tratta di una scelta decisamente censurabile in considerazione delle finalità di tutela perseguite dai divieti oggi abrogati che, peraltro, mostra di ignorare la grave incidenza degli incidenti sul lavoro proprio con riferimento ai lavoratori c.d. flessibili⁶⁵.

In ogni caso, come si è già avuto modo di osservare (v. par. 1.), si tratta di una abrogazione nella quale può ravvisarsi una violazione dell'art. 76 Cost. per eccesso di delega. E' vero, infatti, che, l'art. 1, comma 2, lett. o), della legge 30/2003 consente l'abrogazione di tutte le norme che, anche se non espressamente menzionate, siano (direttamente o indirettamente) incompatibili con il decreto attuativo della delega. Tuttavia, pare fin troppo ovvio che nessuna incompatibilità è nella specie ravvisabile tra le ulteriori ipotesi di divieto abrogate e il contratto di somministrazione.

3. La somministrazione non professionale: il distacco.

La *normalizzazione* dell'attività professionale di somministrazione di *mere* prestazioni di lavoro ha reso inevitabile una espressa regolamentazione (anche) del distacco del lavoratore.

Certo, in questa direzione ha spinto anzitutto il *mandato* (qui come altrove) *in bianco* della l. n. 30/2003 con il quale il legislatore delegato è stato incaricato di *chiarificare* i criteri di distinzione tra appalto e interposizione illecita "*ridefinendo contestualmente i casi di comando e di distacco*"⁶⁶.

Tuttavia, si può ben dire che l'ancoraggio normativo di questa fattispecie generale di deviazione funzionale del contratto di lavoro a

⁶⁴ Si tratta delle mansioni pericolose individuate dalla contrattazione collettiva, delle lavorazioni che richiedono sorveglianza medica ovvero dell'esecuzione dei lavori pericolosi individuati con decreto del Ministro del lavoro: art. 1, comma 4, lett. a) e f), L. n. 196/1997.

⁶⁵ In generale sulla rilevanza nella fornitura di lavoro degli aspetti concernenti la sicurezza dei lavoratori v. BORTONE, 1999, 324-235.

⁶⁶ Così l'art. 1, comma 2, lett m), n. 2, della legge delega. Come si vede la formula della norma richiedeva che l'intervento normativo riguardasse anche il comando e (correlativamente) gli elementi atti a distinguerlo dal distacco, ma sul punto il Decreto nulla dice. Non solo. La legge-delega lasciava inoltre intendere, sia pure nell'ampiezza sconfinata del mandato, che il legislatore delegato dovesse procedere ad una sorta di individuazione casistica delle ipotesi di comando e di quelle di distacco, ma -come si vedrà- l'art. 30 del decreto si muove in tutt'altra direzione.

favore del terzo⁶⁷ è il precipitato logico-giuridico della tipizzazione nell'ordinamento della somministrazione di lavoro.

E che questo sia stato per il legislatore delegato lo stato necessitato delle cose lo si evince proprio dall'art. 30 del decreto. Infatti, l'attività del datore di lavoro che «*pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa*» (comma 1) rimanendo «*responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore*» (comma 2), è del tutto sovrapponibile a quella del somministratore a tempo determinato. E anche se a connotare ulteriormente il distacco vi è la precisazione che esso viene posto in essere dal datore di lavoro «*per soddisfare un proprio interesse*» (comma 1), l'impressionante impatto di quella sovrapposizione non viene meno, specie ove ci si soffermi a considerare che anche il somministratore ha un evidente interesse a fornire manodopera⁶⁸ (ma v. *infra*).

Del resto, a rafforzare queste considerazioni vi è l'opinione, maturata con riferimento alla fornitura di lavoro della l. 196/1997, secondo la quale la fattispecie che si configura nella messa a disposizione del lavoratore in favore dell'utilizzatore è proprio quella del distacco o comando⁶⁹ intesa come cessione non tanto della prestazione di lavoro quanto «*della stessa disponibilità del comportamento del lavoratore*»⁷⁰. Posizione in qualche misura reciproca a quella secondo cui il comando costituiva una eccezione all'interposizione illecita, in quanto perimetrava una sorta di *zona franca* nell'area del divieto⁷¹.

Preso atto, allora, degli stretti legami tra somministrazione di lavoro e distacco, con tutto ciò che ne consegue in termini di necessaria delimitazione delle due fattispecie, ad una prima analisi la nozione dell'art. 30 del Decreto sembra stabilire soltanto che il distacco esiste ed è legittimo ma non ancora, in termini espliciti e chiari, in che cosa si differenzia dalla somministrazione. In altri termini, non è esplicitamente ripetuta l'operazione di selezione degli elementi differenziali che il vicino art. 29 del Decreto compie con riferimento all'altra fattispecie capace di (seppure parziale) sovrapposizione con la somministrazione: l'appalto di servizi (v. par.fo 7.)

⁶⁷ In proposito va evidenziato che il comma 4 dell'art. 30 del Decreto va comunque salva la diversa ipotesi di distacco disposto per ragioni legate alle crisi d'impresa (ex art. 8, comma 3, L. n. 236/1993) e, quindi, per finalità di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori: sulla *specialità* di questa ipotesi di distacco v. ESPOSITO, 2002, 59-60 e 163 ss.

⁶⁸ Non è un caso, del resto, che CARINCI, 2000, 184-185, abbia ritenuto il distacco irresolubilmente in contrasto con il divieto di interposizione di cui alla L. n. 1369/1960.

⁶⁹ Cfr. MISCIONE, 1997, 2073; RIGANO, 1997, 214; LANOTTE, 2000, 225.

⁷⁰ Così, MAGRINI, 1980, 62.

⁷¹ DEL PUNTA, 1995, 645.

Certo, vi è la qualità soggettiva che contraddistingue il datore di lavoro *autorizzato* (*alias*, l'agenzia di somministrazione) ma questo elemento formale, ovviamente, non basta al bisogno di meglio delimitare la nostra fattispecie. Se, infatti, il datore di lavoro *non* autorizzato abilitato a realizzare il distacco dei propri dipendenti potesse liberamente operare in tal senso, si creerebbe un evidente quanto insostenibile mercato alternativo e più vantaggioso (normativamente ed economicamente) a quello della somministrazione regolare.

D'altro canto, la fornitura non autorizzata è illegittima e illecita (v. par.fo 6.) sicché -anche da questo punto di vista - occorre stabilire quando e perché la prestazione a favore di terzi oggetto di un distacco è estranea al reato di somministrazione illecita e -conseguenzialmente- non consente al lavoratore coinvolto di proporre l'azione civile (ex art. 27 del Decreto) per farsi dichiarare alle dipendenze del beneficiario. Non c'è dubbio, infatti, che il distacco di un lavoratore senza il rispetto dei requisiti legali "cada" nel regime sanzionatorio dell'art. 27, comma 1, del Decreto (par.fo 6.1).

E' possibile ritenere che, sia pure entro una costruzione dell'istituto piuttosto scarna, il nostro legislatore (rifacendosi al mandato di *chiarificazione* della legge delega) abbia, implicitamente, voluto rinviare allo *aquis* giurisprudenziale in materia⁷².

Per un verso, infatti, viene confermato il criterio della *temporaneità* del distacco, mentre per altro verso -come si diceva- si mette in risalto che la prestazione di lavoro in favore del terzo deve rispondere ad un interesse *proprio* del *datore di lavoro*. Questo spunto, essenziale nella decriptazione dell'istituto, deve essere adeguatamente approfondito in quanto capovolge il punto di vista dal quale muove la nozione di somministrazione di lavoro.

Mentre quest'ultima, come conviene ad un contratto commerciale, assume quale perno regolativo della fattispecie le esigenze dell'utilizzatore da soddisfare con la fornitura di manodopera, il punto di vista che emerge nella nozione di distacco è, viceversa, quello dell'interesse del soggetto che dispone l'esecuzione delle prestazione di lavoro a favore del terzo-beneficiario (figura marginale quest'ultima, assente dal proscenio della norma).

Ma vi è di più. Proprio partendo da questo elemento differenziale può ulteriormente osservarsi come il distacco abbia a che fare con l'interesse *proprio* del *datore di lavoro*, direttamente soddisfatto dall'esecuzione della prestazione presso il terzo. Ne risulta un altro elemento della linea di demarcazione rispetto alla posizione del

⁷² Cfr. CHIECO, 1996, 372 ss.

somministratore per il quale la prestazione a favore l'utilizzatore è fonte di utilità che lo riguardano (non nella sua qualità di datore di lavoro, ma) quale imprenditore che trae profitto dalla fornitura di lavoro a terzi⁷³.

Ed è qui il cuore della fattispecie sinteticamente disegnata dall'art. 30 del Decreto, in questo interesse del distaccante che, nella varietà delle situazioni che possono determinarlo (tipiche quelle legate alle relazioni di gruppo tra le imprese), si lascia apprezzare per la sua attitudine ad esaurire l'aspettativa creditoria del datore di lavoro e solo mediamente a favorire l'interesse dell'impresa datoriale⁷⁴.

In proposito, e conclusivamente, si è detto che l'interesse del distaccante è "non *al distacco, come stancamente viene «tramandato»* bensì *al contratto con il lavoratore, ovvero - per essere ancora più precisi - al mantenimento del relativo rapporto*"⁷⁵.

In piena sintonia con quest'ordine di considerazioni è il fatto che il distaccante pone il lavoratore *a disposizione* del terzo, secondo una formula che ricalca quella dell'art. 1 della L. 196/1997 ma, nello stesso tempo, si distanzia dalla fornitura di prestazioni di lavoro che contraddistingue la somministrazione di lavoro degli artt. 1, lett. a), e 20 del Decreto (v. par.fo 2.)

In ogni caso, fruendo dell'illimitata libertà concessa dalla legge-delega ma in coerenza con il consolidato orientamento giurisprudenziale⁷⁶, l'art. 30 del Decreto esclude che il distacco sia condizionato dal consenso del lavoratore. Ciò si evince sia perché la norma ne omette la menzione nella individuazione degli elementi della fattispecie, sia perché richiede espressamente il consenso nel solo caso in cui il distacco *comporti un mutamento di mansioni* (ovviamente nel rispetto dei limiti di cui all'art. 2103 c.c.).

Al di là del merito di questa soluzione (v. infra), il legislatore delegato ha pertanto optato per la riconduzione del distacco al potere unilaterale del datore di lavoro di specificazione del comportamento solutorio del lavoratore⁷⁷ con ciò confermando che la dissociazione

⁷³ Cfr., l'analisi sul punto di MAZZOTTA, 1998, 188/189.

⁷⁴ Così, ad es. se il lavoratore diviene più capace e bravo per effetto delle esperienze acquisite in ragione del distacco, il datore di lavoro ottiene una prestazione più efficiente e produttiva sicché, in via derivata, l'impresa ne ricava vantaggi (anche economici). Insomma, nel distacco quest'ultimo profilo è concretamente ottenuto attraverso la soddisfazione dall'interesse del datore di lavoro che non esclude ma è un *prius* rispetto a quello imprenditoriale (*posterius*).

⁷⁵ Così ESPOSITO, 2002, 178.

⁷⁶ Di recente Cass. 21. 5. 1998, n. 5102, in *Orient. Giur. lav.*, 1998, I, 584.

⁷⁷ Cfr., tra gli altri, GRANDI, 1972, 219; GENGHINI, 1992, 240 ss.; *contra*, per l'affermazione che il distacco travalica i limiti del "*contenuto obbligatorio naturale del rapporto*" sicché può essere posto in essere solo sulla base di un patto (variamente tipizzato) di distacco, v.

temporanea tra la titolarità del contratto di lavoro e la effettiva utilizzazione della prestazione di lavoro è possibilità implicata e non contrastante con il modello dell'art. 2094 c.c. (v. par.fo 5.)

Nel merito la necessità di richiedere il consenso nel caso di modificazione delle mansioni è piuttosto oscura perché introduce un limite all'esercizio dei *normali* poteri datoriali proprio nel momento in cui viene ricondotto a tale normalità il potere di disporre il distacco. Non solo. Una perplessità ancora più marcata deriva poi dal fatto che il consenso non è richiesto nel caso in cui il distacco comporti il trasferimento del lavoratore. Qui, infatti, la norma prescrive la sussistenza di «*comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*» ma solo nel caso in cui il trasferimento sia disposto verso una unità produttiva distante più di 50 km dalla sede attuale di lavoro⁷⁸.

Sicché, assistiamo ad una sorta di *elasticizzazione* dei poteri datoriali i quali, rispetto alla loro ordinaria delimitazione, si restringono (mansioni) oppure si allargano (trasferimento) senza che emerga alcuna apprezzabile ragione per l'andamento ondivago della norma.

In ogni caso, al di là di queste poche (e discutibili) indicazioni, nessun altro elemento viene introdotto dal legislatore per disciplinare in concreto la relazione trilaterale che si instaura tra datore di lavoro, lavoratore distaccato e beneficiario in ordine alla quale, come si è detto, si ribadisce soltanto la *responsabilità* del datore di lavoro per il trattamento economico e normativo spettante al lavoratore.

In proposito, quale prima reazione al silenzio del legislatore, verrebbe di rifarsi alla lunga elaborazione giurisprudenziale in materia la quale, introdotto l'istituto, lo ha via via corredato di elementi regolativi variamente fondati⁷⁹. Tuttavia, ragionando in tal modo, si sottovaluterebbero i profondi effetti prodotti dalla normazione dell'istituto e, correlativamente, dal più ampio intervento legislativo in cui essa viene inserita.

Più fondato, allora, è partire dall'introduzione della disciplina generale della somministrazione di lavoro e, specificamente, dalla regolamentazione degli effetti provocati sul "*normale*" contratto di lavoro dalla dissociazione autorizzata tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione lavorativa (v. par.fi 5. e 5.2). E' da ritenere, infatti, che proprio questi nuovi elementi normativi e (ancor più) sistematici consentono oggi di farvi opportuno riferimento per colmare le lacune - a

MAGRINI, 1980, 64-66; VALLEBONA, 1990, 5, e da ultimo ESPOSITO, 2002, 92 ss. e 174 ss., ed ivi per ulteriori approfondimenti.

⁷⁸ Si tratta di soluzioni che, in parte, ricalcano la casistica giurisprudenziale ma che, assunte a regolamentazione legale, manifestano la parzialità e i limiti evidenziati.

⁷⁹ Cfr. CHIECO, 1996, 381-384.

cominciare dal principio di parità di trattamento - nella disciplina di un istituto (il distacco) che viene posto in essere entro un "normale" contratto di lavoro quale esercizio di un altrettanto "normale" potere di disporre che l'esecuzione della prestazione di lavoro venga espletata in favore di un soggetto diverso dal datore di lavoro⁸⁰.

4. I requisiti formali del contratto di somministrazione professionale.

Il legislatore delegato si è occupato della forma del contratto di somministrazione nell'art. 21, comma 1, richiedendo innanzitutto la stipulazione per iscritto e, quindi, elencando analiticamente gli elementi che deve contenere.

In particolare, questo contratto commerciale deve contenere: gli estremi dell'autorizzazione, il numero dei lavoratori da somministrare e le loro mansioni e inquadramento; il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative; i casi e le ragioni della somministrazione nonché la data di inizio e la sua durata; l'indicazione degli eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione; l'assunzione dell'obbligo del somministratore di pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali; l'assunzione degli obblighi dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti, di assumere la solidarietà passiva (salvo rivalsa) nel pagamento di retribuzioni e contributi previdenziali in caso di inadempimento del somministratore e, infine, l'obbligo di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili.

Molti di tali elementi sono la riproposizione, con taluni adattamenti terminologici, di quelli che la L. n. 196/97 richiedeva per la validità del contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo⁸¹.

⁸⁰ La soluzione non è nuova (cfr. ICHINO, 2000b, 496-497) ma è oggi convalidata proprio in virtù degli elementi sistematici indicati nel testo.

⁸¹ In particolare, così è:

- per l'indicazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore/fornitore, art. 21, comma 1, lett. a), D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. i), L. n. 196/1997; - per il numero dei lavoratori da somministrare, art. 21, comma 1, lett. b), D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. a), L. n. 196/1997; - per le mansioni assegnate ai lavoratori e per il loro inquadramento, art. 21, comma 1, lett. f), D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. b), L. n. 196/1997; - per il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative, art. 21, comma 1, lett. g), D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. c), L. n. 196/1997; - per l'assunzione dell'obbligo del somministratore di pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali, art. 21,

Nuova è, invece, la previsione di cui alla lett. c) dell'art. 21, comma 1, contenente l'obbligo di indicare nel contratto di somministrazione «*i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo dei cui ai commi 3 e 4 dell'art. 20*». Nella L. n. 196/97 l'indicazione dei motivi del ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo era richiesta solo nel contratto scritto per prestazioni di lavoro temporaneo⁸².

Si tratta di una aggiunta per un verso opportuna, in quanto evidenzia nella giusta sede, il contratto commerciale tra agenzia e utilizzatore, le specifiche ragioni del ricorso alla somministrazione; per altro verso necessitata dalla scelta del legislatore delegato di eliminare la tipizzazione e lo speciale assetto formale del contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore sostituito dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 21, comma 3, del Decreto (v. par.fo 5.). In altri termini mancherebbe oggi la cornice negoziale formale entro la quale inserire le ragioni della somministrazione.

Nuovo è anche l'obbligo di indicare «*la presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate*» previsto dalla lett. d) dell'art. 21, comma 1. La ragione dell'indicazione di tale ulteriore elemento nel contratto di somministrazione sembrerebbe da ricondurre all'eliminazione del divieto di fornitura - previsto dalla L. 196/97 - per le mansioni di maggiore pericolo⁸³.

In altri termini, poiché rimane fermo il divieto di somministrazione per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi⁸⁴, se ne deve dedurre che quegli stessi rischi che prima potevano determinare, in sede di contrattazione collettiva, l'esclusione delle relative mansioni dalla fornitura di lavoro temporaneo, oggi, alla luce della disciplina della

comma 1, lett. h), D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. d), L. n. 196/1997; - per l'assunzione degli obblighi dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti in favore dei prestatori, art. 21, comma 1, lett. i), D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. f), L. n. 196/1997; - per l'assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, art. 21, comma 1, lett. k), D.lgs. n. 276/2003 e art. 1, comma 5, lett. g), L. n. 196/1997. Seppure con una diversa e più precisa formulazione, all'art. 21, comma 1, lett. j,) il D.lgs. n. 276/2003 ripropone l'obbligo contenuto nell'art. 1, comma 5, lett. e), L. n. 196/1997 in virtù del quale l'utilizzatore deve comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili.

⁸² Cfr. art. 3, comma 3, lett. a), L. 24 giugno 1997, n. 196.

⁸³ Cfr. art. 1, comma 4, lett. a), L. 24 giugno 1997, n. 196.

⁸⁴ Obbligo imposto dall'art. 4, D. Lgs. n. 626 del 1994 ed espressamente richiamato dall'art. 20, comma 5, lett c), del Decreto.

dettata dal D. Lgs. n. 276/2003, devono essere espressamente indicati quando attengono alle mansioni oggetto della somministrazione.

Previsione meritoria⁸⁵, questa, anche perché tale elemento è essenziale ai fini della legittimità del contratto di somministrazione⁸⁶ e, quindi, dovendo essere necessariamente indicato (in presenza di «*eventuali rischi*»), sarà sempre oggetto di specifica conoscenza del lavoratore per effetto dell'obbligo di comunicazione dell'art. 21, comma 3.

Importante è, infine, la previsione della lett. e) dell'art. 21, comma 1, secondo la quale nel contratto di somministrazione vanno indicate «*la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione*». Essa sostituisce la lett. h) del vecchio art. 1, comma 5, L. n. 196/1997, in base alla quale il contratto di fornitura doveva contenere l'indicazione della «*data di inizio*» e del «*termine del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*».

In altre parole, ciò che conta e che va collocato temporalmente è il contratto di somministrazione e non l'inizio e la durata del rapporto di lavoro del lavoratore somministrato, in quanto questo elemento rimane nella esclusiva dimensione organizzativa e di scelta dell'agenzia la quale, nella copertura del contratto di somministrazione, potrà utilizzare sempre lo stesso lavoratore (assunto a termine o a tempo indeterminato) ovvero più lavoratori (assunti a termine o a tempo indeterminato).

Come si vedrà tra breve, infatti, non vi è una correlazione necessaria tra la natura (a tempo indeterminato o determinato) della somministrazione e la tipologia (a tempo indeterminato o determinato) del contratto di lavoro (v. par.fo 5.1)

Va segnalato, in chiusura, che nella disposizione del Decreto -qui esaminata- dedicata ai requisiti formali e contenutistici del contratto di somministrazione vi è anche il meccanismo sanzionatorio per le sue violazioni. Stabilisce, infatti, il comma 4 dell'art. 21, che «*In mancanza di forma scritta con indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 1, il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*». Ragioni sistematiche, tuttavia, consigliano di rinviare l'analisi di questa disposizione nel contesto del complessivo apparato sanzionatorio

⁸⁵ E' vero, infatti, che nel sistema della L. 196/1997 le mansioni rischiose potevano essere escluse ma è altrettanto vero che ciò non sempre è avvenuto e non per tutte le mansioni soggette a rischio (anche) grave, come si evince a chiare lettere dal disposto dell'art. 6, comma 1, L. 196/97 che regolava l'ipotesi dei prestatori di lavoro temporaneo adibiti a mansioni per le quali era richiesta la sorveglianza medica speciale o che comportassero rischi specifici per la salute.

⁸⁶ Cfr. art. 21, comma 4, del Decreto.

introdotto dal legislatore delegato a tutela dell'osservanza delle regole formali e sostanziali della somministrazione di lavoro (v. par.fo 6.).

5. I contratti di lavoro finalizzati alla somministrazione professionale.

L'art. 22, comma 1, del decreto stabilisce che «*In caso di somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*». Ugualmente in termini di rinvio, sia pure ad un diversa tipologia contrattuale, si esprime il successivo comma 2, in base al quale «*In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile*».

Oltre che mostrare una diversa articolazione del rinvio per i due tipi di somministrazione (sulla quale v. par.fo successivo), le disposizioni richiamate segnalano come nell'approccio alla questione, certo strategica nell'economia della nuova fornitura di manodopera, della regolazione da riservare al contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore, il Decreto sembra ispirarsi al tipo contrattuale «Della somministrazione» (artt. 1559-1570 c.c.) cui appartiene il sub-tipo della somministrazione di lavoro.

Il pensiero va specificamente a quell'art. 1570 c.c. che alla somministrazione (ovvero ai rapporti oggetto di somministrazione) dichiara applicabili, in quanto compatibili, le «*regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni*»⁸⁷.

In altri termini, il legislatore delegato propone in maniera esplicita una costruzione normativa del contratto di lavoro tra agenzia e dipendente che esclude il benché minimo carattere di specialità in quanto suscettibile di strutturarsi secondo i contenuti tipici del contratto di lavoro subordinato dell'art. 2094 c.c. e delle sue varianti, ivi inclusa quella connessa all'apposizione del termine. Accanto a questa opzione, tuttavia, emerge sul piano della concreta regolazione la consapevolezza che il contratto di lavoro subordinato disciplinato dall'art. 2094 c.c. e segg. (e poco importa se sottoposto o meno a termine finale), quando diviene "oggetto" di un contratto di somministrazione, soffre di una serie di

⁸⁷ Si tratta di una norma di *sistema* nell'economia del contratto tanto da far ritenere che la disciplina della somministrazione non è una disciplina unitaria, ma risulta da un complesso di norme comuni e da una somma di norme variabili costituite dalla regole concernenti il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni, Nuzzo, 1990, 1277.

alterazioni strutturali⁸⁸ che impongono una specifica e densa disciplina a partire dalla scissione tra il datore di lavoro e l'utilizzatore/gestore dell'attività lavorativa.

Su tale questione torneremo poco più avanti, poiché è necessario qui rimarcare che il legislatore delegato -coerente con la propria opzione, ma non per questo meno criticabile⁸⁹- abroga l'obbligo di stipulazione in forma scritta del contratto di lavoro già previsto dall'art. 3, comma 3, della l. 196/1997. La sottoscrizione formale del contratto (speciale) di lavoro tra agenzia e dipendente è ora sostituita da un semplice obbligo di comunicazione dei contenuti del contratto di somministrazione, con l'aggiunta della data di inizio e della durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore (art. 21, comma 3), che scatta all'atto della stipulazione del contratto di lavoro (o all'inizio della missione), il quale dovrà avere i requisiti formali e contenutistici propri del tipo contrattuale concretamente prescelto.

La scelta di regolare il rapporto di lavoro mediante rinvio piuttosto che con apposita disciplina -raccolta sotto un *nomen*- produce, sul piano sistematico, l'effetto di una seppure parziale frantumazione della specifiche regole che nel decreto sono pur dedicate al contratto tra somministratore e lavoratore.

In proposito, è emblematico il fatto che l'elemento tipizzante di questo contratto di lavoro (e non solo quello: v. *infra*) sia contenuto, piuttosto che nell'art. 21 del Decreto, che si occupa della disciplina dei rapporti di lavoro, nel comma 2 dell'art. 20 e, cioè, nella norma che delinea soggetti, casi, ragioni e divieti per la stipulazione del contratto di somministrazione. E' qui infatti che si stabilisce che «*Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*».

Una clausola di quasi analogo contenuto era contenuta nell'art. 3, comma 2, della l. 196/97 e, quindi, nella norma dedicata alla tipizzazione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, nella quale lo svolgimento dell'attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo

⁸⁸ Già con riferimento al contratto di lavoro tra agenzia di fornitura e lavoratore temporaneo della l. 196/97, v. tra gli altri, sia pure con motivazioni tra loro diverse, GHERA, 1998, 943; MAZZOTTA, 1998, 185 e 187 ss., il quale parla di profili di specialità del contratto di lavoro tanto da ricondurlo all'ampio *genus* del contratto a favore di terzo (190 ss.); DEL PUNTA, 1998, 215; SPEZIALE, 1999, 243-248; TIRABOSCHI, 1999, 291; PELLACANI, 2000, 37-38, sia pure limitatamente al contratto a tempo indeterminato; FERRARO, 2001, 256; *contra*, ICHINO, 2000b, 402/405 e 473/474, salvo tuttavia a rimodellare tale conclusione muovendo dal collegamento negoziale così da aderire alla nozione di "*co-impiego*" di TIRABOSCHI, 1999, 494-495; ALESSI, 1998, 1206-1207. Una peculiare ricostruzione dei fenomeni in questione è in SUPPIEJ, 1998, 17 ss.

⁸⁹ V. oltre par.fo 5.2.

dell'utilizzatore era strutturalmente regolato nell'ambito del contratto di lavoro tra prestatore e agenzia.

Tuttavia, ciò che emerge dalle norme richiamate è non tanto la stranezza della collocazione nel Decreto della disposizione nella quale trova espressione la dissociazione dei poteri del datore di lavoro, vera e propria architrave della specificità del contratto di lavoro alle dipendenze del somministratore. A colpire è ancor più la circostanza che la titolarità del potere direttivo e di controllo dell'utilizzatore sembra essere oggi un elemento negoziale *implicito* nel contratto di somministrazione di lavoro di cui all'art. 20 del Decreto: appare, cioè, come il frutto legale (e non convenzionale) di un contratto commerciale, che produce effetti diretti sul contenuto tipico della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.⁹⁰

In altri termini, risulta oggi di difficile riproposizione la costruzione che, nel vigore della l. 196/1997, riconduceva all'esercizio del potere direttivo datoriale *ceduto* all'utilizzatore il fondamento dei poteri di organizzazione e di controllo della prestazione⁹¹. Chiuso il trilatero dei rapporti tra somministratore, utilizzatore e lavoratore, è il contratto commerciale e non quello di lavoro che fonda i poteri *simil-datoriali* dell'utilizzatore⁹².

Certo, per perfezionare la fattispecie occorrerà pur sempre che il lavoratore sia assunto e inviato in missione dall'agenzia; ma una volta che ciò sia avvenuto l'utilizzatore sembra essere titolare in proprio e per tutta la durata della somministrazione dei poteri organizzativi e di controllo del prestatore di lavoro.

Assunto, allora, questo peculiare effetto legale del contratto di somministrazione e tornando alla tecnica di rinvio utilizzata nei commi 1 e 2 dell'art. 22 del Decreto, va rimarcato il significato -già anticipato- che essa assume circa l'intendimento del legislatore delegato di dire l'ultima parola sulla discussa "specialità" del rapporto di lavoro legato alla (ieri fornitura, oggi) somministrazione di lavoro. Vengono, infatti, avallate quelle ricostruzioni dottrinali che già nella vigenza della l. 196/1997

⁹⁰ In proposito, sovvienne quanto incisivamente rilevato da LISO, 1999, 12, il quale, con espresso riferimento alla nota costruzione di Mattia Persiani, osserva come la peculiarità più profonda dei contratti di lavoro del datore-somministratore e, quindi, del complesso della sua organizzazione (rispetto alla connotazione "ordinaria" dei contratti di lavoro facenti capo al datore di lavoro-appaltatore) sta nel fatto che sembrano rinnegare la finalità organizzativa propria della fattispecie dell'art. 2094 c.c. In un ordine di idee non dissimile GHERA, 2003, 658-660.

⁹¹ V. ad es. MISCIONE, 1997, 2071 ss, e DEL PUNTA, 1998, 210, i quali qualificano in termini di comando l'invio in missione del lavoratore da parte dell'agenzia; ma *contra* sul punto, convincentemente, MAZZOTTA, 1998, 188-189.

⁹² Già in questo ordine di idee con riferimento al contratto per fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo della l. 196/1997, RUSCIANO, 1999, 91-95.

avevano sostenuto che lo svolgimento della prestazione di lavoro a favore di un soggetto diverso dal datore di lavoro non alterava la struttura tipica del contratto di lavoro⁹³. La riconduzione al tipo dell'art. 2094 c.c. del contratto tra agenzia e lavoratore finalizzato alla esecuzione di una somministrazione di lavoro consente oggi di confermare le letture che ritengono tollerato dalla norma codicistica lo svolgimento della prestazione a favore e sotto la direzione di un soggetto diverso dal datore di lavoro.

Tuttavia, un elemento di riflessione circa la tenuta dell'operazione sistematica sottesa alla clausola di rinvio alle ordinarie tipologie contrattuali viene dalla contestuale riproposizione, pressoché letterale, delle clausole legali introdotte dalla L. 196/1997 per la regolamentazione del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo. Non c'è dubbio, in proposito, che per il legislatore del 1997 il contratto finalizzato alla fornitura di lavoro avesse una marcata connotazione differenziale rispetto al contratto di lavoro *ordinario*, tanto da farne oggetto di una espressa denominazione e di una specifica regolamentazione legale, frutto non solo della dissociazione tra la titolarità del contratto e l'utilizzazione della prestazione, ma anche della correlata frantumazione dei poteri datoriali scissi tra agenzia e utilizzatore⁹⁴.

Ebbene, la riproposizione pressoché invariata nel Decreto di questo specifico assetto regolativo sembra contraddire l'operazione di "normalizzazione" del contratto di lavoro finalizzato alla somministrazione⁹⁵, il quale, viceversa, si impone ancora oggi come una tipologia che *disfunziona* ove manchino clausole legali capaci di adattarlo a soddisfare interessi organizzativi e produttivi diversi da quelli del datore di lavoro.

Non solo. Quantomeno con riferimento al contratto di lavoro a termine, emerge che proprio il collegamento con la somministrazione a tempo determinato voluto dall'art. 22, comma 2, del Decreto (sul cui esatto significato rinviamo al prossimo par.fo) vale a configurare un importante elemento di specialità che va ben al di là della sola inapplicabilità del regime della proroga di cui all'art. 5 del d. lgs. 318/2001. Il contratto di lavoro, infatti, risulta essere strumentale ad una somministrazione che, pur avendo un termine finale, non è fondata in alcun modo -come si è visto- su esigenze di natura temporanea. Ne consegue che, per effetto della sovrapposizione causale del contratto

⁹³ Cfr. ICHINO, 2000b, 402-405; PERULLI, 1999a, 146; CARINCI, 2000, 364-365; BELLOCCHI, 2001, 178.

⁹⁴ V., per tutti, CARINCI, 2000, 334 ss., ed ivi ampi richiami alle diverse costruzioni dottrinali.

⁹⁵ Nello stesso ordine di idee PINTO, 2003, p. 2.

commerciale sul quello di lavoro⁹⁶, l'apposizione del termine al contratto di lavoro potrà avvenire per causali connesse alla ordinaria attività dell'impresa utilizzatrice e sarà suscettibile di illimitati rinnovi.

Anche questa osservazione conferma che si può ritenere tutt'altro che chiusa la questione della specialità del contratto di lavoro tra somministratore e prestatore la cui ulteriore analisi esula, evidentemente, dai limiti di questo contributo ma che, non è difficile prevedere, costituirà motivo di rinnovata attenzione e discussione.

5.1 Le tipologie contrattuali e la (apparente) correlazione con la durata della somministrazione.

Abbiamo già richiamato nel paragrafo precedente il curioso disposto dell'art. 22 del Decreto che distingue tra rapporti di lavoro relativi alla somministrazione a tempo indeterminato, regolati mediante un generico rinvio alla «*disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*» (comma 1), e rapporti di lavoro in caso di somministrazione a tempo determinato. Per questi ultimi la regolazione si fa più dettagliata e stringente in quanto il comma 2 dell'art. 22 prescrive che i rapporti di lavoro siano regolati secondo la disciplina, «*per quanto compatibile*», dei contratti a termine del d. lgs. 368/2001, con espressa esclusione dei limiti previsti per le assunzioni successive⁹⁷, nonché con il riconoscimento della possibilità di proroga del termine iniziale (con atto scritto e con il consenso del lavoratore) «*nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore*»⁹⁸.

Queste due prime disposizioni, pertanto, sembrano affermare la regola che mentre nello *staff leasing* sono ammesse assunzioni con qualunque tipologia di contratti di lavoro subordinato⁹⁹ altrettanto non

⁹⁶ V. DEL PUNTA, 1998, 208/209, il quale osservava come le fattispecie di legittimo ricorso alla fornitura sono anche le fattispecie di legittima apposizione del termine; di analogo tenore le considerazioni di SPEZIALE, 1999, 250, per il quale la L. 196/1997 introduceva una nuova "forma" di contratto a termine nella quale la determinazione delle causali avveniva per *relationem*. Si tratta di un elemento sistematico evidenziato in relazione alla L. 196/1997 (e quindi ad un sistema che faceva della temporaneità della fornitura la sua caratteristica) ma che oggi cambia decisamente di tono e di significato.

⁹⁷ Viene infatti esclusa l'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 5 del D. lgs. 368/2001. V. nota successiva.

⁹⁸ Si tratta di una previsione già presente nell'art. 3., comma 4, L. 196/97 ma che, alla luce del quadro normativo conseguente all'entrata in vigore del d. lgs. 368/2001, sembra introdurre una deroga al regime di cui all'art. 4 di quest'ultimo decreto. Sugli effetti della sovrapposizione causale del contratto commerciale di somministrazione (*prius*) sul contratto di lavoro a tempo determinato (*posterius*) si v. par.fo precedente.

⁹⁹ In realtà l'art. 21, comma 1, del Decreto non parla espressamente di contratti di lavoro subordinato in quanto rinvia alla disciplina generale dei rapporti di cui al codice civile e alle leggi speciali, così includendovi in apparenza anche il contratto di lavoro autonomo di cui

vale per la somministrazione a tempo determinato, che dovrebbe essere eseguita da lavoratori assunti solo con contratto a tempo determinato¹⁰⁰.

La conclusione, però, oltre ad essere sbagliata (v. oltre), risulta davvero irragionevole in quanto restringe le libertà di azione dell'agenzia e contemporaneamente diminuisce la facoltà di accesso dei lavoratori al contratto a tempo indeterminato, incidendo così al ribasso sui maggiori tassi di stabilità che il sistema potrebbe concretamente raggiungere. In altri termini, alla limitazione della libertà d'impresa corrisponde non un allargamento, ma un restringimento del patrimonio di diritti e di tutele che il lavoratore potrebbe acquisire nel suo rapporto con l'agenzia (ove non vi fosse la limitazione in questione).

Non solo. Escludendo la possibilità di utilizzare (e quindi fornire) lavoratori assunti a tempo indeterminato per l'esecuzione di contratti di somministrazione a termine avremmo l'effetto di modificare arbitrariamente il diverso sistema previsto dalla L. 196/1997 (con la conseguente illegittimità costituzionale già evidenziata nel par.fo 1.) e di creare un vero caos organizzativo in danno delle agenzie generaliste che dovrebbero dotarsi di un doppio gruppo di lavoratori: quelli assunti a termine, destinabili a missioni per somministrazione di qualunque genere, e quelli assunti a tempo indeterminato, utilizzabili solo per lo *staff leasing*.

Tuttavia, ad evitare queste paradossali e irragionevoli conseguenze sovviene il comma 3 dell'art. 22 del Decreto il quale, nel disciplinare espressamente l'assunzione a tempo indeterminato (v. *infra*), non definisce il proprio ambito di applicazione in rapporto alle due tipologie di somministrazione, contraddicendo -quantomeno con riferimento al rapporto standard a tempo indeterminato- la regola in prima battuta deducibile dai due commi precedenti.

Può dedursene, allora, che il somministratore a termine (al pari di quello a tempo indeterminato) può assumere *anche* con contratto di lavoro a tempo indeterminato in applicazione della disciplina dell'art. 22, comma 3, ove si dettano regole in tema di periodi di inattività e di relativa indennità di disponibilità le quali costituiscono ulteriore riprova di questa costruzione. Non avrebbe molto senso, infatti, disciplinare (in termini significativamente simili a quelli della L. 196/1997)¹⁰¹ il

all'art. 2222 c.c. Tuttavia, la delimitazione del rinvio al solo lavoro subordinato si deduce dal fatto che la somministrazione deve concernere la fornitura di lavoro sulla base di contratti che pongano i lavoratori «*sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore*» (art. 20, comma 2).

¹⁰⁰ In questi termini TIRABOSCHI, 2003, 73.

¹⁰¹ Il riferimento è alla disciplina dell'art. 4, comma 3, della L. 196/1997, che viene ripresa dall'art. 22, comma 3, del Decreto salvo due precisazioni. Nella sua ultima parte la norma

trattamento economico-normativo che compete, tra un'assegnazione e l'altra, al dipendente a tempo indeterminato dell'agenzia, se tale disciplina non fosse riferita proprio ai contratti di somministrazione a termine¹⁰².

Dalla lettura incrociata, allora, del rinvio generale del comma 1 dell'art. 22 del decreto, di quello dettagliato e prescrittivo del suo comma 2 (*"In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368"*, la sottolineatura è ns.) e, infine, della regolamentazione indifferenziata del comma 3 riferita alla somministrazione *tout court*, sembra si possa concludere per la *insussistenza di una correlazione tipologica necessaria* tra i contratti di lavoro e i contratti di somministrazione.

In altri termini, nonostante l'andamento ondivago del legislatore e taluni effetti di regolamentazione differenziata di dubbia ragionevolezza che ne derivano¹⁰³, il quadro che alla fine si delinea è quello di una completa e indistinta agibilità nell'esecuzione di entrambi i tipi di somministrazione sia del contratto a termine, sia di quello a tempo indeterminato.

D'altro canto e ragionando su quello che sarebbe potuto essere (e non è stato), decisamente più ragionevole (e auspicabile) sarebbe stata, semmai, la soluzione esattamente inversa a quella della quale si è sin qui discusso, consistente cioè, nel collegare -in termini legalmente necessari- l'esecuzione della somministrazione a tempo indeterminato con l'assunzione a tempo indeterminato dei lavoratori somministrati. Questo collegamento, però, non è proposto né è prospettabile, stante l'assoluta chiarezza dell'art. 22, comma 1, del Decreto nell'ammettere per lo *staff leasing* qualsiasi tipologia contrattuale, anche contenuta in leggi speciali (come il d. lgs. 368/2001)¹⁰⁴.

precisa infatti che l'indennità di disponibilità «è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto» ed ancora che essa è proporzionalmente ridotta, oltre che nei casi di assegnazione del lavoratore ad attività lavorativa a tempo parziale presso terzi, anche nel caso in cui tale assegnazione avvenga «presso il somministratore».

¹⁰² In altri termini, è nell'*alternarsi* dei contratti di somministrazione a termine (e non nella *continuità* della somministrazione a tempo indeterminato) che possono verificarsi quelle pause di inattività per il dipendente a tempo indeterminato che gli danno titolo a percepire l'indennità di disponibilità.

¹⁰³ Così è per il contratto a termine connesso ad una somministrazione a tempo indeterminato al quale non si applica il regime più vantaggioso della proroga riservato dall'art. 22.2 del decreto alla somministrazione a tempo determinato.

¹⁰⁴ E' questa la ragione per cui, pur comprendendo le motivazioni, ritengo non sia condivisibile la diversa opinione di ALLEVA, 2003, 10, secondo il quale l'espressa menzione del contratto a termine nel comma 2 dell'art. 22 varrebbe ad escludere che ad esso rinvii, mediante la ricordata formula generale, anche il comma 1 del medesimo articolo.

Si può allora affermare che, per dare esecuzione ad un contratto di somministrazione a termine, l'agenzia può assumere lavoratori da inviare in missione a tempo indeterminato o determinato e che altrettanto vale per la somministrazione a tempo indeterminato, il cui contratto potrà essere eseguito inviando, per l'assolvimento di una specifica mansione, un solo e unico lavoratore ovvero più lavoratori in alternanza assunti con altrettanti contratti a termine.

A quest'ultimo proposito, possono però insorgere non poche difficoltà per l'agenzia di somministrazione ad individuare una *propria*, effettiva e non arbitraria, ragione tecnica, produttiva o organizzativa (ex art. 1.1, d. lgs. 368/2001) idonea a giustificare l'utilizzazione di diversi contratti a tempo determinato per l'esecuzione di una somministrazione a tempo indeterminato.

In tal caso, infatti, si realizza una evidente *disconnessione* tra il contratto di lavoro e la causa a tempo indeterminato dello *staff leasing*, con conseguente venir meno della speciale sovrapposizione causale innanzi descritta (par.fo 5.). L'apposizione del termine, pertanto, dovrà trovare *autonomo fondamento* -ex art. 1 D. lgs. 368/2001- in una *specifica causa* tecnico-produttiva o organizzativo-sostitutiva direttamente riferita all'esecuzione dell'attività di fornitura dell'agenzia¹⁰⁵, salvo il verificarsi di comportamenti frodatori sanzionabili con la somministrazione fraudolenta (v. par. 6.3). Con l'ulteriore "complicazione" che, trattandosi di *staff leasing*, non potrà essere utilizzato il vantaggioso meccanismo dei rinnovi (illimitati) del contratto a termine riservato dall'art. 22, comma 2, del Decreto ai soli casi di somministrazione a tempo determinato.

Un ulteriore profilo problematico, frutto della improvvida tecnica di rinvio adottata dal legislatore delegato, emerge poi dal comma 1 dell'art. 22 il quale, nel rinviare alla "*disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*", lascia intendere che soltanto nella somministrazione a tempo indeterminato sia possibile utilizzare contratti di lavoro speciale (come ad. es. il *part time*) che, viceversa, rimarrebbero preclusi nelle somministrazioni a termine. Si tratta di un'ipotesi certamente plausibile in base alla lettera della norma che, tuttavia, per il contratto a tempo parziale può essere scongiurata grazie all'espressa previsione secondo cui le assunzioni a termine di cui al d. lgs. 368/2001 «*possono essere effettuate con rapporto a tempo parziale*» (art. 46,

¹⁰⁵ Quali, ad es., la necessità di sostituire un lavoratore a tempo indeterminato richiamato temporaneamente dalla missione per esigenze dell'agenzia; l'esigenza di inserire professionalità diverse in relazione alle diverse fasi di una campagna di marketing, ecc.

comma 1, lett. c)¹⁰⁶. La questione, però, rimane aperta per tutte le altre tipologie contrattuali richiamate dall'ampissima formula dell'art. 22, comma 1, e viceversa inutilizzabili nella somministrazione a tempo determinato, come ad es. per il lavoro ripartito la cui preclusione, in questo segmento del mercato del lavoro, rischia però di entrare in rotta di collisione con il divieto di discriminazione di cui all'art. 44 del decreto.

Non si vede perché, infatti, l'agenzia dovrebbe poter stipulare un contratto di lavoro ripartito per eseguire una somministrazione continuativa, mentre analoga possibilità dovrebbe esserle preclusa per l'esecuzione di una somministrazione a termine. Esempio, quest'ultimo, che ancora una volta mette in evidenza, prima che la palese irragionevolezza della differenziazione, la incongruità della correlazione tipologica tra contratti di lavoro e contratti di somministrazione.

5.2 I contratti di lavoro: i requisiti, le obbligazioni, le tutele individuali e collettive.

Come si è anticipato, il legislatore delegato ha sostituito con un obbligo di comunicazione degli elementi della somministrazione (art. 21, comma 3) l'obbligo di stipulazione in forma scritta del contratto di lavoro già previsto dall'art. 3, comma 3, della l. 196/1997, rinviando per ciò che concerne la forma e gli altri elementi contenutistici ai requisiti propri del tipo contrattuale concretamente prescelto.

Si tratta di una scelta davvero poco comprensibile tenuto conto che l'art. 21, comma 3 impone al somministratore di comunicare in forma scritta tutti i dati oggetto del contratto di somministrazione, unitamente all'inizio e alla prevedibile durata dell'attività lavorativa, "*all'atto della stipulazione del contratto di lavoro*" (e cioè di un contratto a termine che *ex se* impone la forma scritta) ovvero "*all'atto dell'invio presso l'utilizzatore*" (nel caso di lavoratori già assunti dal somministratore con contratto di lavoro a tempo indeterminato).

Del resto, osservando analiticamente il contenuto dell'obbligo di comunicazione sostitutivo del contratto scritto di lavoro, si scopre che sono presenti pressoché tutti gli elementi già richiesti nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo dall'art. 3, comma 3, della l. 196/1997¹⁰⁷, con in più altri elementi propri del contratto di

¹⁰⁶ Questo riferimento consente -seppure per via indiretta- di risolvere una questione che, diversamente, avrebbe manifestato un evidente contrasto con il divieto di discriminazione di cui all'art. 4, comma 1, del d. lgs. 25.2.2000, n. 61, in quanto ai lavoratori *part timers* sarebbe risultato irragionevolmente precluso l'accesso ad un segmento del mercato del lavoro, quello concernente del somministrazioni a termine, riservato ai *full timers*.

¹⁰⁷ Si tratta in particolare degli estremi dell'autorizzazione -anche se non degli estremi della cauzione o fidejussione-; dei motivi della fornitura, delle mansioni e dell'inquadramento da

somministrazione¹⁰⁸. Tuttavia, a questo più ampio ventaglio di informazioni fa riscontro la carenza di indicazioni specifiche circa il contenuto del rapporto obbligatorio concernente il lavoratore concretamente assunto e inviato in missione, il quale ad es. saprà le mansioni e l'inquadramento dei lavoratori da somministrare, ma non specificamente le proprie. Si tratta di una conseguenza, certo evitabile, del meccanismo (comunicazione) prescelto dal legislatore che ne evidenzia la poca affidabilità. Anche se il lavoratore potrà acquisire le specifiche informazioni concernenti il proprio contratto in seguito all'adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di comunicazione di cui al d. lgs. 26 maggio 1997, n. 152.

Il differente impianto del Decreto comporta altresì una conseguenza di non poco conto rispetto al regime formale del contratto scritto e dei relativi contenuti imposti dal vecchio art. 3, l. 196/1997. Invero, la mancanza della forma scritta ovvero l'omessa indicazione scritta dell'inizio e del termine della fornitura determinava la trasformazione del rapporto di lavoro in un contratto a tempo determinato alle dipendenze della fornitrice; sanzione che è ovviamente scomparsa nel Decreto il quale, come si vedrà più avanti (par.fo 6.), punisce la violazione dell'obbligo di comunicazione al lavoratore, prescritto dall'art. 21, comma 3, con la sola sanzione amministrativa (art. 18, comma 3), mentre nessun effetto ne consegue sul piano civilistico della somministrazione irregolare.

La specificità della posizione riconosciuta al prestatore di lavoro e lo speciale contenuto regolativo del contratto di lavoro finalizzato alla somministrazione vengono definiti dal Decreto -come si è anticipato - mediante un *collage* delle disposizioni della l. 196/1997 spesso riprese alla lettera¹⁰⁹.

assegnare al lavoratore parte del contratto; dell'indicazione dell'impresa utilizzatrice -che manca oggi-; dell'eventuale periodo di prova e della sua durata -che oggi mancano ma che, com'è noto vanno inseriti nel contratto se devono valere tra le parti-; del luogo, dell'orario e del trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative; della data di inizio e della durata dell'attività lavorativa; dell'indicazione delle misure di prevenzione necessarie in relazione al tipo di attività.

¹⁰⁸ In dettaglio: assunzione dell'obbligo del somministratore di pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali; assunzione degli obblighi dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti, di solidarietà passiva nel pagamento di retribuzioni e contributi previdenziali in caso di inadempimento del somministratore e, infine, di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili.

¹⁰⁹ Sulla portata di gran parte di queste disposizioni che nello schema della l. 196/1997 venivano raggruppate nell'art. 6, concernente le obbligazioni dell'utilizzatore, v. per tutti BORTONE, 1999, 323 ss.

Così è per il principio di parità di trattamento¹¹⁰ (salvo che per la disciplina delle eccezioni, sulla quale v. *infra*, par. 5.3), che ricomprende il diritto dei lavoratori somministrati a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore¹¹¹ e che viene rafforzato dall'obbligo dell'utilizzatore¹¹² di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili.

Ma lo stesso può sostenersi riguardo ad una serie di altri profili inerenti al contratto tra agenzia e dipendente. E' il caso della responsabilità solidale per i trattamenti retributivi e previdenziali, riguardo alla quale, peraltro, si ravvisa una notevole semplificazione nella formulazione della norma¹¹³; ma è anche il caso del diritto alle erogazioni economiche correlate ai risultati¹¹⁴; degli obblighi di sicurezza del somministratore¹¹⁵ e di quelli dell'utilizzatore¹¹⁶; del potere disciplinare del somministratore da esercitare sulla base degli elementi forniti dall'utilizzatore¹¹⁷; del meccanismo del non computo nell'organico dell'impresa utilizzatrice ai fini dell'applicazione di normative di legge e di contratto collettivo, con la sola eccezione di quelle relative all'igiene e alla sicurezza sul lavoro¹¹⁸; dell'esclusione dalla disciplina delle assunzioni obbligatorie e della riserva (art. 4-bis, co. 3°, D. Lgs. n. 181 del 2000) "*in caso di somministrazione*"¹¹⁹; dell'obbligo per il somministratore di versare ad un fondo bilaterale destinato a finanziare iniziative per i lavoratori assunti dall'agenzia -a tempo determinato e indeterminato- un contributo pari al 4 per cento della retribuzione ad essi corrisposta¹²⁰;

¹¹⁰ Cfr. art. 23, comma 1, d. Lgs. 276/2003 e art. 4, comma 2, L. 196/1997. In proposito va segnalato che quest'ultima disposizione, ai fini dell'individuazione del trattamento comparabile spettante al lavoratore per effetto del principio di parità, prevedeva che «*Al prestatore di lavoro temporaneo non può comunque essere corrisposto il trattamento previsto per la categoria di inquadramento di livello più basso quando tale inquadramento sia considerato dal contratto collettivo come avente carattere esclusivamente transitorio*». Si tratta di una previsione che non risulta riproposta in nessuna parte del Decreto.

¹¹¹ Cfr. art. 23, comma 4, ult. parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 4, L. 196/1997.

¹¹² Adempimento che il legislatore include nel contenuto obbligatorio del contratto di somministrazione, giusta la previsione di cui all'art. 21, comma 1, lett. j), del Decreto.

¹¹³ Cfr. art. 23, comma 3, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 3, prima parte, L. 196/1997.

¹¹⁴ Cfr. art. 23, comma 4, prima parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 4, comma 2, ult. parte, L. 196/1997.

¹¹⁵ Cfr. art. 23, comma 5, prima parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 3, comma 5, L. 196/1997.

¹¹⁶ Cfr. art. 23, comma 5, seconda parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 1, L. 196/1997.

¹¹⁷ Cfr. art. 23, comma 7, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 6, L. 196/1997.

¹¹⁸ Cfr. art. 22, comma 5, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 5, L. 196/1997.

¹¹⁹ Cfr. art. 22, comma 6, d. Lgs. 276/2003 e art. 2, comma 8, L. 196/1997.

¹²⁰ Cfr. art. 12, d. Lgs. 276/2003 e art. 5, L. 196/1997.

della responsabilità civile dell'utilizzatore¹²¹; del trattamento previdenziale¹²²

Due novità, invece, emergono in relazione ad aspetti che nella legge 196/1997 costituivano una sorta di tabù.

La prima è rappresentata dalla nullità della clausole dirette a limitare -anche indirettamente- la facoltà dell'utilizzatore di assumere i lavoratori una volta cessato il contratto di somministrazione a tempo determinato¹²³. Ovviamente, la novità non sta nel divieto (già presente nell'art. 1, comma 6, della l. 196/1997) bensì nella previsione che la nullità può non trovare applicazione¹²⁴ e, quindi, il patto limitativo dell'assunzione può essere validamente convenuto quando, usufruendo di una apposita e necessaria clausola "autorizzatoria" del contratto collettivo applicabile al somministratore, sia corrisposta al lavoratore «una adeguata indennità»¹²⁵. Questa sorta di clausola di *fidelizzazione* del lavoratore richiama in qualche misura il patto di non concorrenza dell'art. 2125 c.c. anche se, a differenza di questo, la limitazione è *mirata* ad un soggetto preciso e determinato (l'utilizzatore).

La seconda novità è contenuta nell'art. 11 del decreto il quale, ribadito il divieto per il somministratore di esigere o comunque percepire -direttamente o indirettamente- compensi dai lavoratori, prevede la possibilità che il divieto sia rimosso «per specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati» ovvero «per specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati o accreditati» anche in tal caso ad opera di contratti collettivi stipulati da associazioni datoriali e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale.

Non è stata invece riproposta la vecchia previsione dell'art. 3, comma 4, seconda parte, l. 196/97 lì dove riconosceva il «diritto» del lavoratore «di prestare l'opera lavorativa per l'intero periodo di assegnazione, salvo il caso del mancato superamento della prova o della sopravvenienza di una giusta causa di recesso».

¹²¹ Cfr. art. 26, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 7, L. 196/1997.

¹²² Cfr. art. 25, d. Lgs. 276/2003 e art. 9, L. 196/1997.

¹²³ La nullità non è prevista per le ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato e la cosa è davvero strana, sia perché -come si è visto- per svolgere una somministrazione a tempo indeterminato l'agenzia può utilizzare più lavoratori assunti con contratti a termine; sia perché la clausola limitativa potrebbe essere presente e scattare quando la somministrazione cessa per qualsiasi causa: contratto a tempo indeterminato non significa contratto *eterno*.

¹²⁴ Il comma 9 dell'art. 23 del Decreto è formulato in termini di annullamento del divieto previsto dal precedente comma 8 che, come si è visto, concerne la nullità delle "clausole" dirette a limitare la facoltà di assunzione presso l'utilizzatore.

¹²⁵ Non è stato riproposto il divieto che l'art. 3, comma 6 della l. 196/1997 prevedeva in relazione alla clausola limitativa posta nel contratto il lavoratore circa la sua facoltà di accettare, dopo la scadenza del contratto, l'assunzione presso l'impresa utilizzatrice.

Si tratta di una soluzione che, per un verso, appare in linea con la scelta legislativa di *normalizzare* il contratto di lavoro tra agenzia e dipendente ricondotto al tipo dell'art. 2094 c.c. (v. sopra)¹²⁶; per altro verso ridimensionando le posizioni giuridiche attive del lavoratore, si risolve nell'incrementare implicitamente il potere direttivo del somministratore. Caduto infatti il baluardo del diritto a svolgere la missione per l'intero periodo, riemerge il *potere di richiamo* del somministratore destinato a produrre effetti, non tanto nell'ipotesi di contratto a termine¹²⁷, quanto in quella di contratto a tempo indeterminato, poiché determina il passaggio del lavoratore da un trattamento retributivo pieno alla mera indennità di disponibilità.

Menzione a parte merita la disciplina della modificazione delle mansioni ad opera dell'utilizzatore. Infatti, il legislatore, dopo aver riproposto la norma che attribuisce all'utilizzatore l'obbligo di comunicare per iscritto al somministratore l'adibizione del prestatore a mansioni superiori¹²⁸, estende tale adempimento anche all'ipotesi di assegnazione a "*mansioni non equivalenti*". Sicché *sembrerebbe* consentita l'adibizione a mansioni inferiori.

Una apparente conferma se ne trae dalla seconda parte della disposizione in esame, secondo la quale la violazione dell'obbligo di informazione viene sanzionata addebitando esclusivamente all'utilizzatore la responsabilità sia per le differenze retributive spettanti al lavoratore per lo svolgimento di mansioni superiori (riproposizione pressoché speculare di una norma già prevista dalla disciplina del lavoro temporaneo¹²⁹), sia per lo «*eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori*». In tal modo, seppure attraverso lo schermo della regolazione dell'assetto della responsabilità risarcitoria tra somministratore e utilizzatore, quest'ultima previsione *sembra* introdurre una modificazione di grande rilevanza nell'assetto delle posizioni soggettive e indisponibili delle parti nel contratto di lavoro. Essa, infatti, pare convalidare una lettura che, per effetto del combinato disposto della prima e dell'ultima parte del comma 6 dell'art. 23 del Decreto, fa transitare la modificazione *in peius* delle mansioni del lavoratore da atto negoziale nullo, perché assunto in violazione di una

¹²⁶ In proposito SPEZIALE, 1999, 334, osservava che il diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione presso l'utilizzatore costituiva una notevole deviazione funzionale rispetto al normale rapporto di lavoro.

¹²⁷ Per il quale il richiamo dalla missione non produce effetti sulla persistenza del contratto e delle obbligazioni che ne derivano in capo al somministratore il quale, peraltro, potrà sempre recedere in caso di mancato superamento della prova ovvero per giusta causa.

¹²⁸ Cfr. art. 23, comma 6, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 2, L. 196/1997.

¹²⁹ Cfr. art. 23, comma 6, seconda parte, d. Lgs. 276/2003 e art. 6, comma 3, seconda parte, L. 196/1997.

norma imperativa, a mera irregolarità gestionale, suscettibile di provocare un mero obbligo di risarcimento dei danni¹³⁰.

In definitiva, *sembra* che il legislatore delegato, utilizzando l'occasione della precisazione circa la esclusione di una *culpa in vigilando* del somministratore tutte le volte che non sia stato debitamente informato dall'utilizzatore, abbatta un vero e proprio caposaldo del trattamento normativo inderogabile del lavoratore, per giunta per effetto dell'esercizio di poteri gestionali da parte di un soggetto diverso dal suo datore di lavoro.

A dire il vero, non si vede che altro senso si possa dare al meccanismo previsto il quale -si badi bene- introduce un regime speciale rispetto a quello ordinario, frutto della strutturale dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore, come tale idoneo a sostituirsi interamente ed integralmente a quello dell'art. 2103 c.c. Semmai, posto che quest'ultima norma obbliga il datore di lavoro (nella specie l'agenzia) ad utilizzare correttamente e secondo contratto il prestatore di lavoro, si potrebbero ipotizzare (in seguito alla comunicazione prevista dalla norma) reazioni "dovute" del somministratore sul piano del contratto commerciale di fornitura (a cominciare dal richiamo del lavoratore, ponendo a carico dell'utilizzatore -quale risarcimento del danno- la retribuzione del lavoratore stesso).

In ogni caso, se abbiamo correttamente inteso la lettera tutt'altro che limpida della norma e, quindi, se il regime descritto fosse davvero quello voluto dal legislatore delegato, esso sarebbe decisamente censurabile.

In primo luogo, perché introduce una importante quanto gratuita modificazione nel regime ordinario e inderogabile della disciplina delle mansioni dell'art. 2103 c.c. che, com'è noto, sancisce in termini di nullità le modificazioni peggiorative. Di qui, e dalla *mancaza di qualsiasi motivazione o giustificazione a tale diverso regime sostanziale e sanzionatorio*, la sua palese illegittimità per violazione del principio di eguaglianza dell'art. 3 Cost., in quanto crea una irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori *ordinari* e lavoratori somministrati. Il tutto, peraltro, nel momento stesso in cui si stabilisce la *ordinarietà* del contratto di lavoro ad essi riferito (v. *supra* par. 5.).

¹³⁰ Peraltro, a questo effetto (già di per sé rilevante) di monetizzazione dell'illegittima variazione delle mansioni del lavoratore somministrato sembra affiancarsi quello che impedisce l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 27, comma 1, del Decreto (v. par.fo 6.), che è ordinariamente connessa al mancato rispetto degli elementi necessari del contratto di somministrazione, tra i quali vi è, appunto, l'individuazione delle mansioni cui saranno assegnati i lavoratori somministrati ed il relativo inquadramento.

In secondo luogo la norma appare censurabile perché abroga e sostituisce la diversa disposizione della l. 196/1997 senza che vi sia alcun mandato specifico in tal senso da parte della legge delega e nella insussistenza di quella incompatibilità tra l'ordinaria applicazione dell'art. 2103 c.c. e il nuovo contratto di somministrazione che, come abbiamo visto, consente la *via di fuga* per il legislatore delegato (v. par.fo 1.).

Di grande impatto è, poi, il disposto, del tutto nuovo, dell'art. 22, comma 4, del Decreto il quale stabilisce che nei confronti dei lavoratori licenziati «*anche nel caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato*» non trova applicazione la messa in mobilità di cui all'art. 4, l. 223/1991, bensì la disciplina del licenziamento individuale per g.m.o. dell'art. 3, l. n. 604/1966, nonché «*le tutele di cui all'art. 12*».

In tal modo, l'inapplicabilità della disciplina della messa in mobilità viene bilanciata dalla partecipazione dei lavoratori licenziati, tra le altre misure previste dall'art. 12 del Decreto, alle «*iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori*» (art. 12, comma 2, lett. a). Quest'ultimo rinvio consente, peraltro, di meglio delimitare l'ambito soggettivo di riferimento di questa norma che, operando in termini di deroga alla disciplina ordinaria, deve essere interpretata e applicata con particolare rigore. Sicché proprio quel bilanciamento fondato sull'attribuzione della integrazione reddituale prevista dall'art. 12 del decreto in favore dei soli lavoratori a tempo indeterminato, porta a concludere che la disposizione in esame non riguardi i lavoratori assunti con contratto a termine, che pure possono essere utilizzati nello *staff leasing* (v. par.fo 5.1). Questa esclusione, tuttavia, non si traduce in un irragionevole doppio regime nel trattamento delle eccedenze di personale in quanto i lavoratori assunti con contratto a termine risultano già esclusi, in via generale e ordinaria, dall'applicazione della procedura di mobilità collettiva dell'art. 4, l. 223/1991.

Anche quest'ultimo rilievo conferma lo stretto collegamento tra il disposto del nostro art. 22, comma 4, Decreto, e il comma 14 dell'art. 4, l. 223/1991, il quale ultimo esclude dalla procedura di mobilità collettiva (oltre che «*i lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo determinato*») le eccedenze determinate da «*fine lavoro nelle imprese edili e nelle attività stagionali o saltuarie*».

Tuttavia, a differenza di quanto previsto nelle ipotesi da ultimo richiamate, la «*fine dei lavori*» a cui si riferisce l'art. 22, comma 4, del Decreto non riguarda direttamente e tipicamente l'attività del datore di lavoro (l'agenzia) bensì la cessazione di una fornitura di lavoratori connessa ad una somministrazione a tempo indeterminato. Ciò comporta un sorta di impropria sovrapposizione tra l'attività dell'agenzia di

somministrazione e la sorte del singolo contratto commerciale di fornitura che non è affatto implicata nello schema della somministrazione. Questo contratto anzi prefigura, quale condizione *ordinaria* dei lavoratori assunti a tempo indeterminato, dei periodi di inattività facendone derivare, quale parte del trattamento legalmente dovuto, l'obbligo del pagamento dell'indennità di disponibilità.

La profonda diversità delle eccezioni previste dall'art. 4 della L. 223/91 rispetto a quella introdotta dalla disposizione commentata espone a diverse e gravi censure (nonostante l'integrazione del reddito in ipotesi garantita dall'art. 12 del Decreto) la decisione del legislatore delegato di sottrarre i lavoratori assunti a tempo indeterminato e somministrati alla disciplina dei licenziamenti collettivi (ché di questo si tratta nonostante il riferirsi del decreto alla messa in mobilità dell'art. 4, L. 223/1991¹³¹).

Infatti, i dipendenti delle agenzie di somministrazione sono privati sia delle tutele derivanti dal preventivo esame in sede sindacale e amministrativa della decisione dell'agenzia di procedere a licenziamenti collettivi (ex art. 24 l. 223/1991); sia dell'applicazione dei criteri scelta, posti a garanzia della obiettività della selezione e nello stesso tempo della sua rispondenza al "bisogno di lavoro" dei lavoratori coinvolti.

Sicché, a tacere dell'assoluta carenza di delega sul punto, la norma introduce una differenziazione del tutto arbitraria tra lavoratori "ordinari" e lavoratori dipendenti dalle agenzie di somministrazione, come tale contrastante con l'art. 3 cost. Non solo. L'art. 22, comma 4, del Decreto configge altresì con le direttiva 98/59 CE del 20 luglio 1998¹³² (in materia di licenziamenti collettivi) dal cui ambito di applicazione sono escluse tre ipotesi, eccezionali e tassative¹³³, tra le quali non rientrano né i licenziamenti per *fine lavori*, né quelli posti in essere dalle agenzie di lavoro interinale.

Per ciò che concerne i diritti sindacali dei lavoratori delle imprese di somministrazione le previsioni dell'art. 24 del Decreto sono identiche a quelle già contenute nell'art. 7 della l. 196/1997 a favore dei lavoratori temporanei, salvo l'individuazione, come destinatarie della comunicazione in mancanza delle r.s.u., delle confederazioni sindacali comparativamente più (invece che maggiormente) rappresentative sul piano nazionale.

L'unico dato nuovo e interessante è contenuto nel primo comma dell'art. 24, che estende l'applicazione dei diritti sindacali, oltre che ai

¹³¹ Non è ipotizzabile, infatti, che l'agenzia si trovi nelle condizioni di collocare in mobilità i propri dipendenti in quanto, essendo inquadrata nel settore terziario, è esclusa dall'ambito di applicazione della GIGS: cfr. LAGALA, 2004, par.fo 2.

¹³² Attuata in Italia con la L. 223/1991 e successive integrazioni.

¹³³ Cfr., GAROFALO-CHIECO, 2001, 81.

lavoratori delle imprese di somministrazione, "ai lavoratori ... degli appaltatori".

Si tratta di una novità assoluta del Decreto collegata probabilmente alla consapevolezza dell'introduzione di una nozione di appalto di servizi che avvicina molto, sin quasi a sovrapporle, la posizione dei lavoratori somministrati e quella dei dipendenti degli appaltatori. Gli uni e gli altri, infatti, appaiono in certa misura *destrutturati* per effetto delle loro condizioni di lavoro che rendono particolarmente problematico l'esercizio dei diritti sindacali e, nello stesso tempo, rendono particolarmente urgente il coinvolgimento ed il controllo sindacale¹³⁴.

Ciò detto, rimane la non poca stranezza di una previsione inserita in un contesto normativo (capo I del titolo III) diverso da quello dedicato alla nozione e alla regolazione dell'appalto (capo II, del titolo III) in quanto attinente alla disciplina dei diritti sindacali dei lavoratori somministrati, ai quali sono espressamente e esclusivamente dedicate le prescrizioni di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 24, che alternano l'esercizio di quei diritti tra «*imprese utilizzatrici*» e «*somministratore*». Il tutto in un contesto che opera non una duplicazione, bensì un'articolazione delle tutele in ragione «*della pluralità di interessi e di relazioni giuridiche che legano il lavoratore temporaneo con gli altri due soggetti della triangolazione*»¹³⁵.

Sicché, l'enunciazione secondo cui ai lavoratori degli appaltatori «*si applicano i diritti sindacali previsti dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni*», senza che ad essa seguano l'attribuzione in capo ai medesimi lavoratori di diritti sindacali da esercitare presso l'impresa appaltatrice nonché gli obblighi di comunicazione del comma 4 dell'art. 24, appare in fine piuttosto sterile e dal contenuto regolativo in buona misura incerto. Invero, l'unico effetto normativo che sembra avere è quello di riconoscere a favore dei dipendenti dell'appaltatore i diritti sindacali anche al di fuori dei limiti dimensionali di cui all'art. 35 st. lav. Effetto che, peraltro, sembra destinato a prodursi a prescindere dalla caratteristiche dell'appalto e, quindi, anche quando si tratti dell'esecuzione di opere o servizi che non presentano un alto indice di *contatto* delle maestranze dell'appaltatore con l'organizzazione appaltatrice.

In buona parte immutate sono altresì le disposizioni in materia di trattamento previdenziale per i lavoratori somministrati, che l'art. 25 del

¹³⁴ Cfr. LECCESE, 1999, 347, con riferimento alla funzione complessiva delle disposizioni dell'art. 7 della l. 196/1997, che -come detto- sono state letteralmente riproposte nell'art. 24 del decreto.

¹³⁵ Così, LECCESE, 1999, 354.

Decreto riprende, spesso alla lettera, da quelle della l. 196/1997¹³⁶, ivi incluso l'inquadramento nel settore terziario del somministratore¹³⁷ che, in qualità di datore di lavoro è, ovviamente, il soggetto obbligato al versamento degli oneri contributivi, previdenziali e assicurativi.

Rimane pertanto confermato che un elemento di costo vantaggioso per l'acquisizione di prestazioni di lavoro nel settore industriale a mezzo del contratto commerciale di somministrazione, piuttosto che con il contratto di lavoro subordinato dell'art. 2094 c.c., è il trattamento previdenziale dei lavoratori, stante l'inquadramento dei datori di lavoro-somministratori nel settore terziario¹³⁸.

5.3 I contratti di lavoro: il precetto di parità e le sue eccezioni.

Si è già ricordato che, similmente a quanto previsto nella l. 196/1997 (art. 4, comma 2), anche per i dipendenti del somministratore vale il diritto a vedersi riconosciuto un trattamento economico e normativo *non inferiore* a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. Ora, al di là della concreta nozione di lavoratore comparabile assunta dalla norma, non vi è dubbio che il precetto di parità di trattamento abbia un grande valore sistematico, in quanto comporta che l'acquisizione di prestazioni di lavoro mediante somministrazione avvenga per i lavoratori a condizioni non inferiori a quelle che maturerebbero in caso di assunzione diretta da parte dell'utilizzatore¹³⁹. Il messaggio è chiaro, è generale -in quanto si ritrova in tutti i contratti di lavoro flessibili- ed è europeo -perchè fondato su precise scelte del legislatore comunitario. Esso può riassumersi nel promuovere un modello di concorrenza tra le imprese che si basi su

¹³⁶ L'art. 25, comma 1, è identico all'art. 9, comma 1, l. 196/97; l'art. 25, comma 2, è identico all'art. 9, comma 3^{ter}, l. 196/97; l'art. 25, comma 3, è identico all'art. 9, comma 2, l. 196/97 con la precisazione (forse superflua) che gli obblighi per l'assicurazione sono determinati in relazione al tipo e al rischio delle lavorazioni svolte. Viene eliminato il rinvio al decreto ministeriale previsto dall'art. 9, comma 3, 196/97.

¹³⁷ Salvo che per la somministrazione dei lavoratori domestici e per quelli agricoli per i quali l'art. 25, comma 4, similmente a quanto già stabilito dall'art. 9, comma 3bis, l. 196/97 (sia pure per i soli lavoratori domestici) stabilisce che si applicano «i criteri erogativi, gli oneri previdenziali e assicurativi previsti per i relativi settori».

¹³⁸ V. sul punto e con riferimento alla disciplina della l. 196/1997, ANDREONI, 1999, 388-389, che vede in questo inquadramento una violazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati e dipendenti dell'utilizzatore. Ulteriori osservazioni sul punto, in LAGALA, 2004, par.fo 2.

¹³⁹ Sulla fondamentale rilevanza del principio di parità di trattamento tra lavoratori permanenti dell'impresa utilizzatrice e prestatori di lavoro temporaneo v. ampiamente, anche con analisi di diritto comparato, TIRABOSCHI, 1999, 349, 350 e 351 ss.

fattori competitivi diversi da quelli concernenti il trattamento economico e normativo dei lavoratori¹⁴⁰.

Proprio le ragioni richiamate, e la loro connessione ad un modello sociale condiviso, rendono evidenti i motivi di critica all'intervento sul punto del legislatore delegato con riferimento in primo luogo all'abrogazione della clausola paritaria a favore dei dipendenti dell'appaltatore (art. 3 della l. 1369/1960), capace di provocare effetti rilevanti sulla *tenuta* del principio di parità di trattamento nella somministrazione. Quando, infatti, la fornitura professionale di manodopera venga effettuata verso un utilizzatore-appaltatore che utilizzi i lavoratori somministrati per l'esecuzione di un *vero* appalto di servizi - con organizzazione leggera, *ex art. 29 (par.fo 7.)*- presso un'impresa appaltante che garantisce *standard* di trattamento elevati ai propri dipendenti, è evidente che il principio di parità di trattamento spettante ai lavoratori somministrati ne esce frustrato (i lavoratori comparabili saranno infatti i dipendenti dell'appaltatore e non dell'appaltante, beneficiario finale dell'attività lavorativa).

Ma non è tutto. Ugualmente criticabile è l'eccezione al precetto della parità di trattamento prevista dal comma 2 dell'art. 23 che rinvia all'art. 13 del Decreto, rubricato *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*.

In particolare dal raccordo tra le due disposizioni emerge che, al fine di garantire l'inserimento o il reinserimento di lavoratori svantaggiati, si consente alle agenzie di somministrazione¹⁴¹ convenzionate con comuni, province o regioni (almeno fino all'entrata in vigore di una diversa disciplina regionale della materia, riservata dall'art. 117 Cost. alla competenza concorrente Stato-Regioni) di fornire le prestazioni di tali lavoratori ad un costo decisamente più basso e conveniente¹⁴². L'inserimento di questi lavoratori è reso ulteriormente vantaggioso dalla possibilità di determinare il trattamento retributivo dovuto detraendo

¹⁴⁰ Per un più ampio sviluppo di queste considerazioni sia consentito il rinvio a CHIECO, 2002, 779 ss

¹⁴¹ I meccanismi di cui all'art. 13 Decreto potranno essere utilizzati anche da «*appositi soggetti giuridici*» costituiti (in base ad una normativa regionale che verrà) mediante convenzione con le agenzie di somministrazione e accreditati dalla regione *ex art. 7* decreto, alle cui spese di costituzione e funzionamento potranno concorrere gli enti locali, i centri per l'impiego, le regioni, seppure nei limiti della loro disponibilità finanziaria (art. 13, commi 7 e 8, Decreto).

¹⁴² Convenienza che può essere ulteriormente accresciuta in ragione della possibilità per le agenzie di somministrazione di valersi dei fondi costituiti con il contributo del 4% sulle retribuzioni dei lavoratori assunti a tempo indeterminato (art. 13.2, lett. c), seppure nel quadro delle politiche individuate dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione o, in mancanza, stabilite dal decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

quanto percepito dai lavoratori medesimi a titolo di indennità di mobilità, di disoccupazione ecc. (art. 13, lett. b). In tal modo il datore di lavoro beneficia di una prestazione lavorativa pagata in parte dal bilancio dello Stato e dei suoi enti strumentali.

E ciò si badi bene non per agevolare l'occupazione stabile, ma in tutti i casi di conclusione di contratti a termine, seppure aventi durata non inferiore a sei o nove mesi, il che da ragione a chi ha ritenuto questa misura qualificabile come aiuto di stato contrastante con l'art. 87 del trattato CE¹⁴³.

Ma non è tutto.

L'eccezione al precetto di parità è dichiaratamente motivata con l'intento di agevolare l'occupazione di questi soggetti. E, tuttavia, la strada seguita è grandemente impegnativa sotto il profilo della politica del diritto in quanto si fonda sull'idea che rendere il costo del lavoro (in senso allargato) di questi soggetti più vantaggioso significhi consentire una loro migliore collocazione nel mercato del lavoro e, quindi, un più facile accesso all'impiego.

Si tratta di un'idea (economica) che ha avuto modo di esplicarsi sul piano giuridico proprio in merito alla critica rivolta alle norme antidiscriminatorie (*alias*, a quelle impositive della parità di trattamento in favore dei soggetti più deboli e svantaggiati), ritenute del tutto inidonee a perseguire il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei soggetti protetti e, in ogni caso, di ostacolo al loro accesso al lavoro¹⁴⁴. E tuttavia è un'idea che, aldilà delle molte critiche sollevate¹⁴⁵ (non rilevanti in questa sede), rinvia ad un disegno di politica del diritto sul quale il

¹⁴³ Così, PINTO, 2003, 3.

¹⁴⁴ Circa la questione della efficienza della legislazione antidiscriminatoria ad affrontare le differenziazioni odiose ed a raggiungere (seppure tendenzialmente) la parificazione auspicata tra i gruppi presi in considerazione ovvero se a tal fine basti, nel medio/lungo periodo, la spontanea tendenza del mercato a rimuovere le inefficienze prodotte dai comportamenti discriminatori, v. l'interessante saggio di SCHWAB, 2000, 3 ss., ove peraltro vengono mostrati i non pochi limiti e le molte divergenze tra i modelli di analisi proposti dagli economisti che, in ogni caso, sono concretamente segnati anche dallo specifico assetto della normativa presa in considerazione (nella specie il Titolo VII del *Civil Rights Act* 1964 – vol. 42, Sez. 2000 e, del Codice degli Stati Uniti).

¹⁴⁵ Cfr. di recente e seppure con riferimento alla finalità di incremento occupazionale perseguita dalla legge delega n. 30/2003, GAROFALO M.G., 2003, 361-312, nonché, con più ampio riferimento alla flessibilità, SPEZIALE, 2001, 362-368, ed ivi per riferimenti bibliografici. Può dedursene, per quel che ci riguarda, che la ricerca del tendenziale equilibrio nel mercato (nella specie del lavoro) porta a ritenere che all'ingresso a più basso costo di soggetti svantaggiati seguirebbe una risposta di analogo segno degli altri lavoratori così innescando nella forza lavoro una spirale di concorrenza al ribasso che costituisce proprio la negazione del ruolo del diritto del lavoro e della coalizione sindacale: cfr sul riconoscimento che la principale ragion d'essere del diritto del lavoro sia "*la limitazione e il controllo della concorrenza tra i lavoratori*" ICHINO, 2000b, 380.

Parlamento, nella legge delega, non si è in alcun modo pronunciato e, specificamente, non lo ha fatto con riferimento alla connessione (proposta nella norma qui analizzata) tra eccezione al precetto di parità di trattamento e agevolazione dell'occupazione dei lavoratori svantaggiati.

Ed anzi, a guardare fino in fondo, ciò che la delega ha esplicitamente detto è che tra i criteri direttivi della nuova disciplina vi è quello per il quale deve essere assicurato un trattamento «*ai lavoratori coinvolti nell'attività di somministrazione di manodopera non inferiore a quello a cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice*» (art. 1, comma 2, lettera m), n. 5, l. 30/2003). Previsione generale questa non derogata dalla delega con la quale si incentiva l'attuazione di «*forme di coordinamento e raccordo tra operatori privati e operatori pubblici, ai fini di un migliore funzionamento del mercato del lavoro, nel rispetto delle competenze delle regioni e delle provincie*» (art. 1, comma 2, lettera f).

Sussistono, pertanto, elementi formali contrari alla operazione giuridico-economica realizzata dal legislatore delegato, il cui intervento risulta essere ancora una volta in contrasto con l'art. 76 cost. per eccesso (*melius*, carenza) di delega.

6. Il regime sanzionatorio della somministrazione di lavoro non regolare: il quadro legale.

Quando la somministrazione di lavoro avvenga «*al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d), ed e)*», il lavoratore ha facoltà di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (art. 27, comma 1).

Grazie all'ampiezza del rinvio questa sanzione civile è in grado di dare copertura alle violazioni dei requisiti soggettivi e sostanziali del contratto di somministrazione (art. 20)¹⁴⁶ nonché alla gran parte di quelli formali (art. 21)¹⁴⁷ segnalandosi su queste ultime una totale sovrapposizione -sulla quale avremo modo di tornare più avanti- con la norma sanzionatoria contenuta nello stesso art. 21 (al comma 3) la

¹⁴⁶ Il riferimento è alla somministrazione posta in essere da soggetti privi di autorizzazione (art. 20.1), ovvero al di fuori dei casi e delle causali (art. 20, commi 3 e 4) o, ancora, nelle ipotesi espressamente vietate (art. 20.5).

¹⁴⁷ Il riferimento è al contratto di somministrazione: lett. a) privo dell'indicazione dell'autorizzazione; lett. b) privo dell'indicazione del numero dei lavoratori da somministrare ovvero (è da ritenere) somministrazione di uno o più lavoratori oltre il numero di quelli indicati nel contratto; lett. c) privo della indicazione dei casi e delle ragioni che consentono la somministrazione a tempo indeterminato (art. 20.3) e indeterminato (art. 20.4); lett. d) privo dell'indicazione della presenza di rischi eventuali per i lavoratori somministrati; lett. e) privo dell'indicazione della sua data di inizio e della sua durata.

quale, per le medesime violazioni formali¹⁴⁸ stabilisce che «*il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*».

Dalle sanzioni descritte rimangono fuori -oltre ad alcuni degli elementi contenutistici richiesti allo stesso contratto¹⁴⁹- l'obbligo di informativa al lavoratore di cui all'art. 21, comma 3. Queste ultime inosservanze, tuttavia, insieme con le violazioni già ricomprese nel meccanismo sanzionatorio dell'art. 27, comma 1, ricadono nella sanzione amministrativa dell'art. 18, comma 3, del Decreto¹⁵⁰.

Nei casi più gravi, alla sanzione civilistica si aggiunge quella penale che punisce l'esercizio non autorizzato della somministrazione (al pari delle altre attività di cui all'art. 4.1)¹⁵¹, collegandovi la misura accessoria, in caso di condanna, della confisca del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio abusivo (dall'art. 18, commi e 2¹⁵²).

Il regime penalistico è completato dalla sanzione congiunta dell'arresto (max 1 anno) e dell'ammenda (da 2.500 a 6.000 euro)

¹⁴⁸ Si tratta della «*mancanza di prova scritta, con indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b), c), d), ed e)*» del comma 1 dell'art. 21 del decreto.

¹⁴⁹ Si tratta dell'assunzione dell'obbligo del somministratore di pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali (art. 21, lett. h); dell'assunzione degli obblighi dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti (art. 21, lett. i); della solidarietà passiva nel pagamento di retribuzioni e contributi previdenziali in caso di inadempimento del somministratore (art. 21, lett. k) e, infine, dell'obbligo di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili (art. 21, lett. j).

¹⁵⁰ L'art. 18, comma 3, prevede l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria (da 250 a 1250 euro): per i contratti di somministrazione a tempo indeterminato (art. 21.3) ovvero a tempo determinato (art. 21.4) stipulati nei casi in cui non sono consentiti ovvero sono vietati (art. 21, comma 5); per il contratto di somministrazione privo della forma scritta o degli altri elementi contenutistici richiesti (art. 21, comma 1) ovvero che nell'indicazione di tali elementi non segua le indicazioni dei contratti collettivi (art. 21, comma 2); in caso di la mancata comunicazione scritta al lavoratore delle informazioni prescritte concernenti il contratto di somministrazione ovvero della durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore (art. 21, comma 3). In tal caso la sanzione si applica solo al somministratore e non -come negli altri casi- all'utilizzatore.

¹⁵¹ Tuttavia l'esercizio abusivo (alias non autorizzato) dell'attività di intermediazione è sanzionato più pesantemente: arresto fino a 6 mesi e ammenda da 1.500 a 7.500 euro.

¹⁵² Il comma 1 dell'art. 18, concerne il somministratore "abusivo" e stabilisce che la pena prevista è quella dell'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giorno. La pena è diminuita (solo ammenda da 500 a 2.500 euro) se non vi è scopo di lucro mentre è aumentata nel caso di sfruttamento di minori (arresto fino a 18 mesi e ammenda aumentata fino a 6 volte). Il comma 2 dell'art. 18, concerne invece l'utilizzatore che ricorra alla somministrazione da parte di soggetti non autorizzati ovvero "*al di fuori dei limiti previsti*" e commina l'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giorno. La pena è aumentata nel caso di sfruttamento di minori (arresto fino a 18 mesi e ammenda aumentata fino a 6 volte) mentre non è prevista alcuna diminuzione nel caso di mancanza di scopo di lucro.

comminata nel caso di richiesta ovvero di percezione di compensi dal lavoratore per «*avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione*»; pena alla quale si aggiunge la cancellazione dall'albo. La sanzione è ovviamente esclusa nei casi in cui il compenso sia previsto dai contratti collettivi (art. 11, comma 2, del Decreto). La formulazione di quest'ultima fattispecie -che peraltro riprende in termini pressoché analoghi l'art. 10, comma 3, l. 196/97- è piuttosto barocca, ma sembra possa essere riferita alla richiesta o alla percezione di corrispettivi per l'assunzione del lavoratore da parte di un'agenzia di somministrazione e, quindi, per un'attività di intermediazione tra il lavoratore e l'agenzia. In apparenza, sembrerebbe la medesima fattispecie penale oggetto della più grave sanzione del comma 1 dell'art. 18 (intermediazione abusiva a scopo di lucro). Tuttavia, il fatto che sia prevista, in aggiunta, la cancellazione dall'albo, lascia intendere che si tratti di un'attività illecita riferibile ad un'agenzia autorizzata (e quindi ad una intermediazione non abusiva, ma a scopo di lucro)¹⁵³.

Il complesso sanzionatorio descritto si completa con la fattispecie della somministrazione fraudolenta, che per la sua specificità, oltre che per delicatezza della relazione che si prospetta con la somministrazione irregolare, sarà oggetto di un apposita trattazione.

In chiusura merita segnalare il fatto che il Ministro del lavoro -con decreto da emanare entro 6 mesi dall'entrata in vigore della legge delegata- stabilisce «*criteri interpretativi certi per la definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro*» (art. 18, comma 6). Il riferimento (anche per la collocazione della previsione nella norma rubricata «sanzioni penali») è alle sanzioni penali in materia di collocamento e di interposizione. Tuttavia, proprio perché riferito a fattispecie penali, va rilevato che il criterio, in realtà, è già previsto dalla legge ed è quello posto dal principio del *favor* per l'imputato, principio cardine del nostro ordinamento, la cui applicazione è rimessa dal codice di rito al giudice. Sicché è da dubitare che una fonte amministrativa possa "disporre" specifiche modalità applicative.

¹⁵³ Ciò non toglie che in realtà se il compenso venisse richiesto da un'agenzia di somministrazione a tempo indeterminato (per la quale -a differenza dell'agenzia a tempo determinato- non vale l'automatica iscrizione all'albo delle imprese abilitate all'intermediazione) per assumere e mandare in missione il lavoratore si tratterebbe di un'attività abusiva oltre che a fine di lucro e, come tale, soggetta alla sanzione dell'art. 18, comma 1.

6.1 La somministrazione «irregolare» ...

Come si è visto, quando la somministrazione avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni sostanziali e formali individuate dagli artt. 20 e 21 del Decreto, scatta il meccanismo sanzionatorio dell'art. 27, comma 1, che il legislatore delegato ha significativamente denominato *somministrazione irregolare* così da evidenziare subito a chiare lettere il trapasso da un sistema fondato sul divieto di interposizione e su ipotesi eccezionali di legittima fornitura di lavoro¹⁵⁴, all'attuale assetto regolativo della materia che dà stabile ingresso alla fornitura di lavoro e colloca in un'area di mera irregolarità le ipotesi non conformi o estranee alla propria disciplina. Queste, infatti, rispetto al tipo contratto di somministrazione di lavoro, non sono altro da sé (com'era invece l'interposizione illecita¹⁵⁵), in quanto ricadono pur sempre nell'ambito della fattispecie tipizzata, seppure irregolare perché carente di taluno dei suoi elementi formali o costitutivi.

Del resto, una conferma di questo assetto che fa rifluire tutto nella somministrazione e nel suo sistema sanzionatorio, si evince dal fatto che è ancora una volta l'art. 27, comma 1, a presidiare il rispetto dei confini tra somministrazione e appalto ovvero tra somministrazione e comando. Infatti, anche nel caso in cui nelle fattispecie di confine manchi alcuno degli elementi costitutivi di tali altre tipologie contrattuali si ricadrà in una somministrazione di lavoro ovviamente posta in essere da parte di soggetto privo dei requisiti formali richiamati dall'art. 20, comma 1 e, quindi, oltre che "irregolare" anche illecita (art. 18, commi 1 e 2).

Pur entro tali nuove coordinate, l'art. 27, comma 1, del Decreto sembra ritagliato sul vecchio meccanismo sanzionatorio della l. 1369/60¹⁵⁶ in quanto stabilisce che il lavoratore ha facoltà di chiedere ex art. 414 c.p.c.¹⁵⁷ la «*costituzione di una rapporto alle dipendenze*» del «*soggetto che ne ha utilizzato la prestazione*», con «*effetto dall'inizio della somministrazione*».

¹⁵⁴ Sulla natura di eccezione al divieto generale della fattispecie introdotta dagli artt. 1-11, l. 196/1997, v. da subito LECCESE, PINTO, 1997, 10, nonché CARINCI, 2000, 210-211, ed ivi per più ampie indicazioni anche bibliografiche.

¹⁵⁵ Della quale, quasi a mo' di riflesso condizionato, vi è oramai solo un improprio richiamo nella rubrica dell'art. 84 del Decreto (v. oltre).

¹⁵⁶ Merita però segnalare che, a differenza del meccanismo sanzionatorio della legge del 1960 che aveva quale ambito soggettivo di riferimento le imprese, la sanzione dell'art. 27, comma 1, del Decreto opera anche nei confronti degli effettivi utilizzatori *non* imprenditori.

¹⁵⁷ Il comma 1 dell'art. 27 precisa inoltre che il ricorso può essere notificato anche soltanto all'utilizzatore della prestazione di lavoro rendendo così facoltativa la *vocatio in ius* del somministratore che, viceversa, la giurisprudenza più recente riteneva necessaria qualificando la posizione dell'interposto e dell'interponente come di litisconsorzio necessario.

Vi è però una differenza nella lettera dell'art. 27, comma 1, del Decreto lì dove stabilisce che, per fare operare tale sanzione, occorre una domanda del lavoratore (unico soggetto legittimato a proporla), mentre l'art. 1, comma 5, della l. 1369/1960 lasciava intendere una sorta di automatismo nell'applicazione del meccanismo sanzionatorio in quanto i lavoratori venivano «*considerati a tutti gli effetti*» alle dipendenze dell'effettivo imprenditore-utilizzatore.

Questo elemento differenziale è stato presentato, in una prima e significativa lettura, come l'espressione del fatto che "*il rapporto interpositorio irregolare rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro, che come tale produrrà gli effetti voluti da utilizzatore e somministratore, ma questo solo se -e fino a quando- il prestatore di lavoro non ne richieda la conversione ... in un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore*"¹⁵⁸.

Tuttavia, pur prendendo atto che questo era il presumibile intento del legislatore, mi sembra che la lettera della norma sia insufficiente a fondare una costruzione così dirompente del sistema che rimette alla decisione e all'azione del prestatore di lavoro e cioè al soggetto più debole della triade che occupa la scena, l'effettività del funzionamento di un sistema complesso, fondato (tra l'altro) su autorizzazioni che rinviano ad interessi pubblicistici inevitabilmente coinvolti nel sistema regolativo.

In altri termini, se tale fosse l'assetto della disciplina, avremmo come risultato che la tutela di tali interessi e, correlativamente, l'affermazione del modello trasparente perseguito dal legislatore verrebbe rimessa alla capacità di iniziativa di un privato e, per giunta, posto in una condizione di inevitabile debolezza (accentuata dalla presenza, in ipotesi, di un contratto *certificato*: v. oltre).

Ma la poca affidabilità della costruzione sopra riferita emerge non soltanto sul piano sistematico e dei principi ma anche in relazione alle ulteriori e concrete disposizioni del Decreto.

Per un verso, invero, l'art. 21, comma 4, dichiara formalmente nullo il contratto di somministrazione che sia privo della forma scritta ovvero che non contenga taluni degli elementi prescritti dal suo primo comma.

¹⁵⁸ Cfr. TIRABOSCHI, 2003, 75, che formula le sue osservazioni avendo a riferimento una formulazione della norma rimasta invariata nel d. lgs. 276/2003. Si tratta, peraltro, di osservazioni le quali, al di là di quanto si rileva nel testo, sembrano confondere due piani diversi, quello del contratto di somministrazione e quello del contratto di lavoro: il primo, infatti, non può convertirsi nel secondo a domanda del lavoratore. Peraltro, seppure in termini di ragionamento astratto e formale, i due piani potrebbero ben scindersi sicché le sanzioni sul versante del contratto di lavoro potrebbero operare a prescindere dall'ulteriore vigenza *inter partes* del contratto di somministrazione.

Per altro verso, la fornitura di lavoro senza la prescritta autorizzazione ministeriale, oltre che dare luogo ad una somministrazione irregolare, è sanzionata penalmente dai commi 1 e 2 dell'art. 18, a carico rispettivamente del fornitore e dell'utilizzatore; illiceità penale alla quale si associa una sanzione amministrativa pecuniaria (art. 18, comma 3) che scatta per il mancato rispetto delle causali, degli obblighi e dei divieti di cui all'art. 20, commi 1, 3, 4 e 5, nonché per le violazioni formali dei requisiti prescritti dall'art. 21, commi 1, 2 e 3 (v. sopra par.fo 6.).

Ebbene, ritenere che in presenza di queste violazioni tutto possa continuare come se niente fosse, salvo che il lavoratore promuova l'azione di cui al comma 1 dell'art. 27, sembra davvero insostenibile. Ci troviamo, infatti, di fronte ad un negozio illecito e illegittimo, e perciò palesemente e irrevocabilmente nullo, la cui persistente vitalità può occasionalmente darsi nella realtà dei fatti materiali, non ancora plasmata dal diritto e dalle sue scelte, ma non certo all'interno dell'ordinamento giuridico che non può coltivare anomalie capaci di minarne sino a tal punto la razionalità. E tale sarebbe un assetto "regolativo" che prevedesse la nullità e contemporaneamente la persistente validità ed efficacia di un negozio, seppure condizionando questa sorta di «convivenza degli opposti» all'inerzia di un terzo (il lavoratore è estraneo al contratto di somministrazione), unico legittimato a farla cessare.

In realtà, è ragionevole ritenere che la diversa formula utilizzata dall'art. 27, comma 1, del Decreto rispetto a quella del comma 5 dell'art. 1, l. 1369/1969 (ma anche del comma 4 dell'art. 21 del Decreto), rifletta non una sanzione strutturalmente diversa, bensì -più semplicemente- una *diversa descrizione del medesimo meccanismo sanzionatorio*. Si tratta, in altri termini, di una norma tipicamente processuale in quanto formulata a partire dalla posizione del lavoratore rispetto all'esercizio dell'azione civile la quale -al pari di quello che già avveniva nella vigenza della l. 1369/1960¹⁵⁹- può essere proposta soltanto dal prestatore di lavoro subordinato, unico soggetto legittimato a far accertare la natura interpositiva della fattispecie al fine di costituire il rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.

In definitiva, è proprio la costituzione di un contratto di lavoro di cui è parte necessaria il lavoratore a giustificare la "facoltà" di azione di cui parla il comma 1 dell'art. 27, di modo che quest'ultimo elemento -meramente evocativo della disponibilità del diritto all'azione nel processo- non può in alcun modo pregiudicare la riconduzione alla nullità originaria della somministrazione di lavoro irregolare, con tutti gli effetti ordinari

¹⁵⁹ Cfr. per tutti, CARINCI, 2000, 157, nonché CHIECO, 1996, 347, ed ivi per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

che ne conseguono: a cominciare dalla possibilità di dedurla ad opera di tutti gli interessati¹⁶⁰.

Il comma 1 dell'art. 27 del Decreto è altresì interessante perché parla espressamente di costituzione con effetto retroattivo del rapporto di lavoro tra utilizzatore e lavoratore lasciando così ipotizzare la nullità -al pari della somministrazione- anche del contratto tra somministratore (irregolare) e prestatore, al quale si sostituirebbe integralmente *ex lege* e *ab origine* un diverso contratto di lavoro, ovviamente "a domanda" del prestatore di lavoro stesso. La conclusione, però, è meno lineare di quel che appare a prima vista anche in considerazione di quanto stabilisce il comma 2 dello stesso art. 27 il quale, tuttavia, ha il merito di rendere ormai irrilevante sul piano pratico (*alias*, degli effetti regolativi) l'individuazione dei vizi dei negozi collegati e, quindi, della sorte del contratto di lavoro tra interposto e lavoratore che, invece, assumeva valore centrale nella vecchia disciplina della l. 1369/1960¹⁶¹.

Il comma 2 dell'art. 27 del Decreto dispone, infatti, che «*tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o per la gestione del rapporto ... si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione*».

In tal modo si stabilisce in maniera chiara ed espressa che l'utilizzatore subentra nei rapporti così come costituiti e poi gestiti dal somministratore. Sicché la costituzione del rapporto di lavoro non farà riferimento ad un rapporto virtuale ma a quello come voluto e amministrato da colui il quale risulta essere, agli effetti legali, un vero e proprio interponente reale in quanto si riconosce che ha posto in essere atti validi in nome e per conto dell'utilizzatore, salvo ovviamente le modificazioni e le integrazioni conseguenti al necessario rispetto delle norme inderogabili.

Ciò vale, pertanto, sia per quel che concerne la tipologia del contratto di lavoro che viene ricondotto in capo all'utilizzatore tal quale era stato voluto (e poi gestito)¹⁶² dal somministratore, sia per quel che concerne gli atti di gestione del rapporto di lavoro che produrranno tutti

¹⁶⁰ Oltre agli enti previdenziali, lo stesso somministratore avrebbe titolo e interesse ad eccepire la nullità della somministrazione irregolare di lavoro, secondo quanto già emerso nel vigore della l. 1369/1960: cfr. CHIECO, 1996, 332-334, ed ivi per riferimenti anche giurisprudenziali.

¹⁶¹ A causa della formulazione piuttosto criptica dell'art. 1, comma 5, estremamente carente quanto a natura e contenuto del "nuovo" contratto di lavoro tra effettivo utilizzatore e lavoratore.

¹⁶² Varranno cioè anche le variazioni tipologiche indotte dalla concreta (e, in ipotesi, difforme rispetto al tipo formalmente stabilito con il lavoratore) gestione che del rapporto di lavoro abbia fatto il somministratore.

gli effetti negoziali, anche modificativi, loro propri, ivi incluso il licenziamento¹⁶³.

6.2 ... (segue) e i limiti al controllo giudiziale.

Si è già anticipato che il terzo ed ultimo comma dell'art. 27, richiamando espressamente i casi della somministrazione a tempo indeterminato (art. 20, comma 3) e le ragioni di quella a termine (art. 20, comma 4), *segnala* i limiti che incontra il controllo giudiziale che deve svolgersi «*in conformità ai principi generali dell'ordinamento*» e deve riguardare «*esclusivamente*» l'accertamento della «*esistenza delle ragioni ... che giustificano*» il contratto di somministrazione, senza poter quindi «*sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore*».

Nonostante che in una delle prime letture della bozza del decreto delegato si sia ravvisata (anche) in questa disposizione la manifestazione di una «*(tendenziale) limitazione del controllo giudiziale quale canone di certezza e di definitività degli atti imprenditoriali*»¹⁶⁴, è da ritenere che in realtà essa nulla aggiunga e nulla tolga all'ordinario sindacato giudiziale sugli atti di esercizio della libertà contrattuale dell'imprenditore (ché di questo si tratta)¹⁶⁵. Conclusione, questa, peraltro confermata dal fatto che, nel passaggio della prima alla seconda bozza del decreto attuativo (rimasta poi invariata nella versione finale), è stata aggiunta la precisazione che il sindacato giudiziale nei limiti dell'art. 27, comma 3, deve svolgersi «*in conformità ai principi generali dell'ordinamento*», rimanendo così espressamente confermata l'ordinarietà dell'azione di accertamento e di qualificazione del giudice.

Semmai va qui richiamato (e ben delimitato) un possibile tentativo di collegamento tra i criteri e le attività d'indagine del giudice in tema di accertamento della fattispecie della somministrazione irregolare e il decreto del Ministro del lavoro previsto dal comma 2 dell'art. 84 del Decreto contenente «*codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino*», assunti anche sulla base di indicazioni contenute nei contratti collettivi, «*che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della*

¹⁶³ Pertanto, il licenziamento anche se intimato dal somministratore andrà irrevocabilmente impugnato nei 60 gg. successivi, pena la ordinaria decadenza dell'azione di annullamento anche rispetto all'utilizzatore. Sulla questione che nella vigenza della l. 1369/1960 aveva costituito motivo di opposte ricostruzioni sia consentito rinviare a CHIECO, 1996, 347-348, nonché, da ultimo, CARINCI, 2000, 150 ss.

¹⁶⁴ Così PINTO, 2003, 1.

¹⁶⁵ Ulteriori e più approfonditi rilievi nel par.fo 2.2.

assunzione effettiva del rischio tipico d'impresa da parte dell'appaltatore».

Come si vedrà (v. par.fo 7.3), infatti, i codici ministeriali delle buone prassi e degli indici presuntivi della liceità dell'appalto, anche ove frutto delle indicazioni di fonte collettiva, svolgono ed esauriscono la propria opera entro la procedura amministrativa di certificazione, stante l'impugnabilità in sede giudiziale della «*erroneità della qualificazione*» del contratto (ex art. 80, comma 2, del Decreto). Essi, perciò, non sono in grado di incidere in alcun modo sul principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge e, quindi, sul potere-dovere dell'autorità giudiziaria di procedere in via autonoma alla valutazione e qualificazione della fattispecie, anche in contrasto con le indicazioni ministeriali.

Ciò non toglie, tuttavia, che -nel tempo e con un'attività ponderata e condivisa in sede collettiva- l'individuazione degli indici presuntivi possa divenire un ausilio al quale il giudice potrebbe liberamente attingere per orientare la sua attività di indagine e di valutazione, secondo scienza e coscienza.

6.3 La somministrazione fraudolenta.

Una fattispecie ulteriore e diversa rispetto a quella delineata nell'art. 27 del Decreto è la somministrazione fraudolenta che il successivo art. 28 introduce per sanzionare penalmente¹⁶⁶, in aggiunta alle altre ipotesi di rilievo penale della somministrazione irregolare elencate nell'art. 18 del Decreto (v. par. 6.), i casi in cui «*la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore*».

Si tratta di una ipotesi in apparenza ripescata nel passato più lontano del divieto di interposizione¹⁶⁷ ma che oggi non è certamente evocata per sostenere e spiegare la struttura del divieto (ammesso che in passato sia valsa a tanto)¹⁶⁸.

Essa, come si accennava, sembra aggiungersi alla somministrazione illecita, in quanto viene introdotta dall'art. 28 del Decreto dopo la premessa «*Ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18*», così da apparire un'autonoma ipotesi di reato. Dubbio è se la

¹⁶⁶ Ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore e per ciascun giorno di somministrazione a carico sia dell'utilizzatore che del somministratore.

¹⁶⁷ Il riferimento è alla nota costruzione di CESSARI, 1959, NICOLINI, 1980.

¹⁶⁸ Com'è noto con l'introduzione del divieto di cui all'art. 1 della l. n. 1369/1960 il ricorso al negozio in frode alla legge per sanzionare le ipotesi di interposizione nelle prestazioni di lavoro perse significato. In proposito per riferimenti e approfondimenti sia consentito rinviare a CHIECO, 1996, 311-313.

somministrazione fraudolenta possa formalmente cumularsi con la fornitura di lavoro illecita (o soltanto irregolare *ex art. 27*, comma 1) quando, cioè, quest'ultima presenti un *carico antiggiuridico di particolare gravità* (la finalità elusiva dell'art. 28 del Decreto) seppure in concreto difficilmente misurabile¹⁶⁹. In proposito, stante la struttura del negozio in frode alla legge (v. *infra*) a cui la fattispecie penale si ispira, sarei incline a ritenere la non cumulabilità delle due ipotesi criminose.

In ogni caso, certamente di maggior interesse è la circostanza che la somministrazione fraudolenta si configura in presenza di una somministrazione formalmente regolare e, tuttavia, «*posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo*».

In proposito si può ipotizzare il caso di un lavoratore costretto a dimettersi in vista di un accordo tra datore di lavoro e agenzia di somministrazione in virtù del quale quest'ultima, assunto a termine il lavoratore, lo invii in missione presso l'ex datore di lavoro a svolgere la medesima attività lavorativa a fronte di un trattamento normativo, ma anche economico, più basso, per effetto del differenziale ammesso in caso di inserimento di lavoratori svantaggiati (ad es. ultracinquantenne, ovvero donna in area geografica ad alto tasso di disoccupazione femminile, ovvero soggetto privo di titolo di studio superiore ecc. v. par.fo 5.3).

Il meccanismo dell'art. 28 del Decreto richiama, seppure in termini in parte discordanti, il contratto in frode alla legge dell'art. 1344 c.c. caratterizzato da una causa *reputata* illecita perché strumento di elusione di una norma imperativa. Si tratta, in altri termini, di divieti e limiti posti all'autonomia privata che non sono violati direttamente ma solo elusi o aggirati dalle parti mediante accordi o procedimenti articolati in modo tale da rispettare la lettera della legge e, tuttavia, raggiungere risultati analoghi o identici a quelli proibiti, così da violarne lo «spirito»¹⁷⁰.

In particolare, il legislatore delegato sembra aver assunto e tipizzato una nozione «soggettiva» di negozio in frode alla legge in cui spicca il precipuo intento (la «*specifica finalità*») di eludere un complesso di norme inderogabili (di fonte legale e collettiva) che assume il ruolo di

¹⁶⁹ E' del tutto evidente, infatti, che nella gran parte dei casi la somministrazione di manodopera irregolare (e cioè operata al di fuori del paradigma degli artt. 20 e 21 del Decreto) non ha altra finalità che quella di speculare al ribasso sui trattamenti economici e normativi che sarebbero spettati ai lavoratori in caso di contratto "legittimo" (di somministrazione ovvero di assunzione diretta del lavoratore) sicché è *in re ipsa* la finalità di eludere le norme inderogabili applicate al lavoratore.

¹⁷⁰ Così, MORELLO, 1994, 501.

elemento costitutivo della frode in quanto capace di imprimere la torsione del contratto lecito in illecito¹⁷¹.

Ora, al di là del fatto che la impostazione soggettivista appare abbandonata dalla dottrina più moderna incline a superare le ragioni storiche del riferimento al motivo illecito¹⁷², va osservato che la prova dell'elemento psicologico non è quasi mai diretta in quanto può essere raggiunta attraverso strumenti indiretti, indizi oggettivi¹⁷³, elementi sintomatici¹⁷⁴ o inusuali¹⁷⁵ ecc. Ne risulta un quadro che, non a caso, richiama la teoria oggettiva del contratto *in fraudem legem* la quale svaluta l'elemento psicologico a fronte del risultato di fatto ottenuto mediante il collegamento negoziale¹⁷⁶; teoria che ha portato ad affermare un attento interprete del fenomeno come "*accertando obiettivamente una frode alla legge (per carenza di legittimo interesse delle parti all'operazione proposta) ritengo sussistente un intento elusivo*"¹⁷⁷.

Peraltro, pure a muoversi lungo la linea del fondamento soggettivo della frode, va osservato che, in merito all'operazione compiuta, occorre valutare se esiste un apprezzabile (ragionevole, legittimo) interesse delle parti oppure se il prevalente interesse è quello dell'aggiramento della norma elusa. Ciò significa, in altri termini, che l'intento frodatorio può accompagnarsi anche ad altri motivi sicché si produrranno o meno le conseguenze invalidanti della norma sanzionatoria (nella specie l'art. 28 del Decreto) a seconda che la finalità elusiva sia o non sia prevalente¹⁷⁸.

La somministrazione fraudolenta sembra proporre ulteriori profili problematici in quanto molte delle operazioni di esternalizzazione hanno

¹⁷¹ Cfr. Sulla teoria soggettiva in tema di frode alla legge SANTORO PASSARELLI F., 1966, 191.

¹⁷² Cfr., GAZZONI, 2000, 803. La causa si *reputa* illecita nella formulazione dell'art. 1344 c.c. perché non si poteva ammettere che essa fosse realmente illecita. In quanto propria di un contratto tipico la illiceità doveva derivare necessariamente da altro (il motivo, l'obiettivo perseguito) e poi in qualche misura riverberarsi sulla causa. Sennonché in una "*visione di causa concreta è invece proprio lo scopo della complessiva operazione economica che balza in primo piano cosicché ... ben può un contratto tipico essere illecito sul piano causale*" (così ancora GAZZONI, op. ult. cit., 804).

¹⁷³ Purchè gravi, precisi e concordanti, cfr. App. Napoli, 23.3.2001, in *Lavoro giur.*, 2001, 952, con nota di VENDITTI.

¹⁷⁴ V. ad es. Trib. Nocera Inferiore, 29.5.2001, con nota di TRIMBOLI, nella quale (aldilà della incertezza ricostruttiva che porta il giudice a tratti a sovrapporre il motivo illecito dell'art. 1345 c.c., all'art. 1344 c.c.) si individuano quali elementi sintomatici della natura frodatoria di un trasferimento d'azienda sia la debolezza economica dell'impresa acquirente che la sproporzione tra prezzo pagato e valore del bene ceduto.

¹⁷⁵ Può essere questo il caso di App. Milano, 5.10.2001, in *Giust. civ.*, 2002 I, 475, con nota di BONARDI, relativo alle ripetute proroghe di un contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo riguardanti lo stesso lavoratore e la medesima attività.

¹⁷⁶ Cfr. BIANCA, 1984, 587.

¹⁷⁷ Così, MORELLO, 1994, 505, nota 18.

¹⁷⁸ In questi termini ancora MORELLO, 504.

l'effetto (e quindi sono compiute in funzione) di mutare in termini più vantaggiosi per l'impresa le condizioni di svolgimento dei servizi che, in non pochi casi, si realizzano anche grazie ad un contenimento/abbassamento del trattamento economico e normativo del lavoro.

Si pensi, ad esempio all'ipotesi classica (oggi formalizzata nell'art. 32, comma 2, del Decreto) di esternalizzazione c.d. *intra moenia* realizzata mediante trasferimento di ramo d'azienda e successivo appalto eseguito attraverso il medesimo ramo d'azienda, sicché alla fine l'attività di cui trattasi viene svolta dagli stessi lavoratori che nel transito dall'interno all'esterno dell'impresa possono ritrovarsi con condizioni normative (ad es. tutela avverso i licenziamenti) ovvero economico-normative (ad es. diverso contratto collettivo applicato) decisamente più sfavorevoli¹⁷⁹.

E si badi bene: il fatto che si tratti di una operazione pienamente lecita ai sensi del nuovo ultimo comma dell'art. 2112 c.c. non esclude affatto la possibilità di ricostruire la fattispecie in termini di frode alla legge ove si dimostri che essa è stata posta in essere con la specifica finalità di pervenire alla cessazione nell'applicazione di norme di legge (in materia di licenziamento) o di contratto collettivo (in materia di trattamento economico e normativo) certamente concernenti diritti inderogabili¹⁸⁰.

Ebbene, l'ampia formulazione dell'art. 28 del Decreto sembra assegnare alla nuova fattispecie della somministrazione fraudolenta il ruolo di strumento attraverso il quale valutare e, se del caso, sanzionare le tecniche di esternalizzazione a partire dalla comparazione tra le condizioni di partenza e quelle di arrivo dei lavoratori coinvolti, secondo uno schema che ripercorre la finalità originaria della l. 1369/1960 che era quella di difendere i lavoratori dalle speculazioni realizzate in loro danno da somministratori di manodopera e loro committenti¹⁸¹.

¹⁷⁹ Tenuto conto altresì che oggi non possono più beneficiare del precetto di parità di trattamento né della garanzia della responsabilità solidale dell'appaltante (nel caso di c.d. "appalti di servizi": v. par.fo 7.4).

¹⁸⁰ Del resto questa era la strada che già in precedenza era stata ripetutamente indicata dalla dottrina per "contenere" operazioni di collocazione all'esterno dell'impresa di parti dell'azienda e dei lavoratori addetti quando queste fossero in sostanziale contrasto con la *ratio* dell'art. 2112 c.c. (sia che fosse individuata nella tutela dei lavoratori sia che fosse viceversa ascritta alla salvaguardia dell'interesse dell'impresa): cfr., tra gli altri, SANTORO PASSARELLI G., 2001, 575 ss., spec. 583; PERULLI, 2003b, 473 ss., spec. 479 e 483.

¹⁸¹ Così DEL PUNTA, 1995, 626, il quale osserva come nonostante tale finalità l'illecito dell'art. 1 l. 1369/1960 venne identificato nella violazione del principio di non dissociazione tra titolare e utilizzatore, a prescindere dalla lesione dei diritti sottostanti, ritenuta scontata e consequenziale. Di qui la conferma della conclusione indicata nel testo in quanto con la

Allora, una volta provato dai lavoratori interessati che l'esternalizzazione ha di fatto provocato una diminuzione quantitativa/qualitativa dei diritti inderogabili di fonte legale o contrattuale, dovranno essere gli attori economico-giuridici della transazione (e quindi il vecchio e il nuovo datore di lavoro) a dimostrare le ragioni e finalità *altre* che hanno determinato la scelta tecnico-economica della esternalizzazione. In caso contrario, scatterà (oltre al reato di cui all'art. 29 del Decreto) la nullità dei negozi che -a prescindere dalla tipologia formale assunta- abbiano nei fatti realizzato l'effetto di consentire l'utilizzazione dei lavoratori da parte di un soggetto diverso dal datore di lavoro a prezzo dei loro diritti inderogabili.

In altri termini, la fattispecie fraudolenta si configura non solo in caso di somministrazioni di lavoro in apparenza regolari e, tuttavia, caratterizzate dalla finalità di eludere i diritti inderogabili dei lavoratori, ma anche in presenza di un appalto lecito (ovvero di un comando lecito) in quanto rispondente al paradigma dell'art. 29 del Decreto e tuttavia strumento di una operazione fondata sull'intento di eludere i diritti inderogabili dei lavoratori.

La contraddizione tra la configurazione nel medesimo negozio di un appalto lecito e nello stesso tempo di una somministrazione di lavoro è solo apparente in quanto la molla causale effettiva dell'appalto (ovvero di qualunque altro contratto o atto sia stato posto in essere dalle parti), consistente nell'intento tipizzato dall'art. 29 del decreto di eludere i diritti inderogabili dei lavoratori, è in grado di azzerare gli elementi distintivi delle due fattispecie dando esclusivo vigore al fatto materiale della fornitura di lavoro a beneficio di un soggetto altro dal datore di lavoro.

In ogni caso, sia che si ritenga applicabile la fattispecie fraudolenta esclusivamente alla somministrazione (regolare ma frodatrice), sia che invece la si reputi suscettibile di applicazione anche nei confronti di contratti formalmente diversi, ma capaci di piegarsi e ridursi ad una fornitura di lavoro per effetto del perseguimento della specifica finalità frodatrice tipizzata nell'art. 29 del Decreto, è da ritenere che all'effetto sanzionatorio della nullità di diritto comune seguano quegli altri previsti dall'art. 27 del Decreto per la somministrazione irregolare. In altri termini, ottenuta la declaratoria di nullità del contratto per effetto della qualificazione della fattispecie in termini di reato di somministrazione fraudolenta, il lavoratore coinvolto avrà la facoltà di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

norma antifrodatrice dell'art. 28 del Decreto viene sanzionata non la dissociazione in quanto tale ma la sua finalità di eludere i diritti fondamentali dei lavoratori.

L'applicazione di questo regime sanzionatorio, piuttosto che di quello connesso ordinariamente alla nullità *ex artt.* 1418, comma 2, c.c. si giustifica con la circostanza -già innanzi evidenziata- che la somministrazione irregolare e le sanzioni per essa previste coprono senza residui tutta l'area della fornitura di lavoro esterna alle ipotesi di somministrazione legittima in quanto all'elemento materiale della fornitura di manodopera si accompagna sempre quello della carenza di almeno una delle "condizioni di liceità" dell'art. 20 del Decreto (ad es., dalla mancanza dei requisiti formali del somministratore, alla contraffazione causale del contratto)

7. La nuova nozione di appalto.

L'art. 29 del Decreto, sotto la rubrica «appalto», stabilisce che «*il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio dei poteri organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa*».

Si tratta di un intervento ampiamente previsto in quanto il progetto della legge delega n. 30/2003 di abrogare il divieto di interposizione e di ampliare la fornitura di lavoro non faceva venire meno la necessità di distinguere i casi di appalto genuino da quelli in cui lo stesso inclinava verso una somministrazione irregolare, salvo il riposizionamento della (tormentata) linea di *discrimen* tra le due fattispecie¹⁸².

In altri termini, la *chiarificazione* della distinzione tra appalto e *interposizione*¹⁸³ demandata al legislatore delegato comportava, seppure implicitamente, la necessità di mettere mano alla nozione di appalto: operazione, nonostante un'autorevole opinione contraria¹⁸⁴, in buona sostanza "autorizzata" dalla legge delega ed attuata nel suddetto art. 29, comma 1, ove, peraltro, si precisa subito che si tratta di una nozione

¹⁸² Cfr. DEL PUNTA, 2003, 67-68, per il quale nel nuovo schema la somministrazione di manodopera è illecita se non è autorizzata rimanendo così confermato il "*principio fondativo del sistema*", sicché la tanto vituperata l. n. 1369/1960 "*potrebbe insospettabilmente rivelarsi capace di risorgere, pur sotto altre spoglie, dalle sue ceneri*"; ma già nell'ambito di una più ampia riflessione ID, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione*, cit., 296-297.

¹⁸³ Secondo la terminologia utilizzata nell'art. 1, comma 2, lett. m), n. 3, della legge delega.

¹⁸⁴ GAROFALO M.G., 2003, 359 ss., spec. 365.

introdotta *ai fini dell'applicazione delle norme contenute nel titolo III* del Decreto stesso.

La cosa può far storcere il naso ai cultori di una dogmatica unitaria e razionale della categorie giuridiche che vedono con preoccupazione il maneggio disinvolto di istituti e definizioni che -come quelli dell'art. 1655 c.c.- sono collegati a traffici giuridici tutt'altro che settoriali¹⁸⁵. Tuttavia, quest'opera di assestamento normativo (v. *infra*) non deve scandalizzare tenuto conto che proprio nella materia delle esternalizzazioni il diritto del lavoro, in alcuni casi, ha operato per via legale (come ad es. per il trasferimento d'azienda¹⁸⁶), in altri ha rimodellato sul piano giurisprudenziale nozioni del diritto commerciale e civile per adattare e asservirle alle proprie specifiche esigenze e finalità. Ed è questo proprio il caso dell'appalto¹⁸⁷, espressione di ben più ampi e strutturati fenomeni di *contrattualizzazione dell'impresa*¹⁸⁸, la cui nozione l'art. 29 del Decreto riprende proprio da quella parte della giurisprudenza che negli ultimi anni aveva favorito i processi di esternalizzazione realizzati a mezzo di appalti di servizi forniti a basso (se non proprio inesistente) tasso di mezzi di produzione (v. oltre).

E tuttavia, mentre opera questa sorta di assottigliamento della nozione di appalto¹⁸⁹, il legislatore delegato, con l'abrogazione della l. 1369/1960, perde per strada le ipotesi di appalto di servizi individuate negli artt. 3 e 5 che avevano l'effetto implicito, ma importante, di escludere espressamente dal divieto taluni contratti che, in mancanza di tale espressa menzione, avrebbero potuto essere qualificati come appalti di "lavoro" e, quindi, vietati¹⁹⁰. Certo, oggi, venuto meno il divieto e acquisita la nuova nozione di appalto, la tipizzazione degli artt. 3 e 5 della legge del 1960 ha perso quanto di essenziale aveva in precedenza. Ciononostante, può rivelarsi significativo il fatto che, alla luce del nuovo e complessivo assetto regolativo della materia, nessun appalto (di

¹⁸⁵ Ma v. IRTI, 1999.

¹⁸⁶ Cfr. ROMEI, 2003, 51.

¹⁸⁷ Si v. sul punto P. ICHINO, 2000b, 450.

Di diverso avviso BELLOCCHI, 2001, 145, secondo la quale le previsioni lavoristiche nulla aggiungono o tolgono alla nozione civilistica di appalto (salvo la "deroga" del comma 3, art. 1, l. 1369/1960).

¹⁸⁸ V. per questo essenziale collegamento CARABELLI, 1999, 27 ed ivi per ulteriori indicazioni anche bibliografiche.

¹⁸⁹ L'immagine è di DEL PUNTA, 2003, 69.

¹⁹⁰ In questi termini già subito dopo l'emanazione della legge, FAVARA, 1961, 115 ss. V. tuttavia in termini critici verso questa operazione per gli effetti di frantumazione della fattispecie tali da renderne ancor più difficile una interpretazione sistematica VENTURA, 1962, 113. Sul punto cfr. altresì ICHINO, 2000b, 412, il quale parla di "*operazione di «salvataggio» mediante menzione negli artt. 3 e 5, di singole attività che rischierebbero altrimenti di essere colpite dal divieto*".

facchinaggio, di pulizia, di manutenzione ordinaria e straordinaria, ecc.) è al riparo, per volontà legale, da una possibile (ri)qualificazione in termini di somministrazione (illecita) di lavoro, specie in considerazione del fatto che -come si è già osservato- pressoché tutti questi servizi sono oggetto dei casi tipizzati di somministrazione a tempo indeterminato.

A questa conclusione fa eccezione (forse solo apparentemente: v. *infra*) l'art. 32, comma 2, del Decreto che si riferisce espressamente all'ipotesi di c.d. *insourcing* e, cioè, all'appalto stipulato tra alienante e acquirente «*la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione*». Anche se la tipizzazione di questo appalto è finalizzata ad affermare l'applicabilità del regime di solidarietà tra appaltatore e appaltante dell'art. 1676 c.c. (aspetto sul quale torneremo più avanti per analizzare le motivazioni di tale apparente ovvietà, considerato che tutti i contratti di appalto sono soggetti alle previsioni dell'art. 1676¹⁹¹), il dato implicito, ma significativo, della norma è la consacrazione in termini di legittimità formale della scelta organizzativa dell'impresa di riacquisire mediante appalto parti non coordinate né autonome cedute all'esterno mediante la nuova nozione di trasferimento di *parte* dell'azienda («*intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*», art. 32, comma 1, ultima parte, che modifica il comma 5 dell'art. 2112 c.c.)¹⁹².

Sul punto non possiamo che rinviare al commento appositamente dedicato a tale disposizione, per verificare se sia davvero irresistibile, anche alla luce delle direttive comunitarie¹⁹³, l'incontrollata espulsione di frazioni di reparti o uffici tra loro non coordinate che essa sembra consentire¹⁹⁴. Quel che qui è però necessario evidenziare è che la riacquisizione mediante appalto potrà usufruire solo in prima battuta del beneficio di legittimità fornito dal comma 2 dell'art. 32, in quanto occorrerà pur sempre che il contratto risponda ai requisiti di organizzazione di mezzi e di rischio d'impresa richiesti dall'art. 29 del Decreto per distinguere l'appalto dalla somministrazione illecita di lavoro. Sicché il rientro di mezzi e uomini privi di una vera (e non semplicemente dichiarata) identità economico-organizzativa si presterà ad essere

¹⁹¹ Per il periodo precedente, essendo il ramo l'azienda oggetto di trasferimento il cedente e il cessionario saranno soggetti al regime di solidarietà di cui all'art. 2112 c.c.

¹⁹² Si tratta di un'operazione giuridico-economica che nella vigenza della L. n. 1369/1960 era stata oggetto di valutazioni molti discordi da parte della dottrina: v. SCARPELLI, 1999, 356-357; che la ritiene l'*insourcing* illegittimo specie quando si risolve in un semplice cambio di "divisa" dei lavoratori; di diverso avviso, invece, DE LUCA TAMAJO, 2001, 22 ss.

¹⁹³ Cfr. SANTORO PASSARELLI G., 2003, 189 ss., spec. 202 ss.

¹⁹⁴ Così la definizione di CESTER, 2003, 88.

sanzionato come mera somministrazione di lavoro per carenza di una "vera" organizzazione imprenditoriale in quanto incapace di coagularsi nella fornitura di un *opus* ovvero di un servizio autonomamente apprezzabili.

In definitiva forse il comma 1 dell'art. 32 consente di trasferire fuori dall'impresa parti scoordinate prive di identità economico-organizzativa, ma il comma 2 non consente di farle meccanicamente e semplicemente rientrare mediante appalto, poiché i mezzi e le persone che le costituiscono potrebbero rivelarsi inadeguati a comporsi in una autonoma organizzazione aziendale, con il conseguente rischio di vedersi (ri)qualificare l'*insourcing* quale mera somministrazione (illecita) di lavoro.

7.1 La linea d'ombra tra appalto e somministrazione (illecita) di lavoro...

Al di là delle specifiche ragioni di perplessità sull'*insourcing* tipizzato nell'art. 32, comma 2, del Decreto, non vi è dubbio che -come si è già osservato- l'introduzione di un sistema normativo che dà forte impulso alle esternalizzazioni mediante una disciplina largamente favorevole alla somministrazione di lavoro e agli appalti anche con scarsa o nessuna presenza di mezzi di produzione, non ha fatto venire meno la necessità di tracciare una linea di separazione tra queste due forme di *outsourcing*¹⁹⁵.

Ovviamente, ai fini della distinzione sono irrilevanti gli elementi formali e soggettivi della somministrazione regolare in quanto l'appalto privo dei caratteri suoi propri, che per comodità espositiva possiamo chiamare *pseudo-appalto*, è una forma di somministrazione illecita (oltre che irregolare ai sensi dell'art. 27, comma 1). In altri termini, in una ipotetica collocazione spaziale delle diverse fattispecie a confronto, la linea di confine tra appalto e somministrazione di lavoro non toccherebbe in alcun modo la fornitura di lavoro regolare di cui agli artt. 20 e 21 del Decreto che coprirebbe un'area interna a quella più ampia della somministrazione di lavoro le cui zone più esterne, quelle poste a confine con l'appalto -ma anche con il distacco dell'art. 30 e con tutte le altre possibili ipotesi di fornitura di lavoro dissimulate con altre fattispecie negoziali-, sarebbero stabilmente ed esclusivamente occupate dalla

¹⁹⁵ Sulla riconducibilità, oltre che dell'appalto, anche della fornitura di lavoro tra i fenomeni di esternalizzazione v. CARABELLI, 1999, 33; DEL PUNTA, 2000, 55-56, 60.

somministrazione illecita (ex art. 18, comma 1, Decreto) perché posta in essere da soggetti privi di autorizzazione¹⁹⁶.

Occorre allora prendere le mosse dalla nozione di appalto e -per sottrazione dei suoi elementi costitutivi- dalla fattispecie di pseudo-appalto consegnateci dall'art. 29 del Decreto e, in particolare, dalla parte in cui, dopo aver (ri)affermato che l'appalto dell'art. 1655 c.c. si distingue dalla somministrazione di lavoro perché l'appaltatore provvede alla organizzazione dei mezzi necessari e assume il rischio d'impresa, specifica che tale organizzazione «*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*».

In tal modo, vengono collocati nell'area del «vero» appalto contratti che, per le caratteristiche intrinseche dell'opera ovvero del servizio appaltati, sono eseguiti con un'organizzazione che difetta di mezzi strumentali rilevanti e si caratterizza per l'impiego, anche esclusivo, di forza lavoro assunta e gestita a rischio dell'appaltatore.

Certo, occorrerà pur sempre che si tratti di una vera impresa e che quindi l'organizzazione, pur *smaterializzata*, sia oggetto dell'attività di un appaltatore che ne assuma in pieno il rischio economico, come si cura di ribadire l'art. 29 del Decreto. E tuttavia, preso in sé, l'elemento del *rischio*, inteso quale differenziale economico tra i costi e i ricavi dell'organizzazione, è di difficile enucleazione e dimostrazione¹⁹⁷. Esso si presta, infatti, a facili elusioni, tanto da far dire ad uno degli interpreti più autorevoli e pragmatici dei fenomeni di segmentazione dell'impresa che «*una sicura imputazione giuridica del rischio gestionale nella maggior parte dei casi è possibile soltanto all'esito dell'operazione qualificatoria e non prima*»¹⁹⁸. Conclusione confermata da un'acuta autrice, che ha sostenuto come l'elemento del rischio sia lo specchio di quello organizzativo, poiché «*organizzare un'attività produttiva significa appunto assumerne il rischio economico*»¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Tranne a voler ipotizzare un appalto di servizi fatto da una agenzia di somministrazione. Pure in tal caso però, ove l'appalto si dimostrasse piuttosto una somministrazione di lavoro questa sarebbe irregolare in quanto posta in essere, sì da un soggetto certamente autorizzato, ma comunque al di fuori delle tipologie e dei canoni formali del contratto di somministrazione.

¹⁹⁷ Fatta, ovviamente, eccezione per i casi smaccatamente «dichiarativi» dell'imputazione del rischio d'impresa al committente, come la pattuizione nel contratto di appalto di clausole di determinazione ovvero di adeguamento automatico del corrispettivo in relazione alle retribuzioni dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore.

¹⁹⁸ Così ICHINO, 2000b, 457, che rende evidente l'estrema labilità probatoria di questo elemento pur essenziale sul piano qualificatorio.

¹⁹⁹ Così CARINCI, 2000, 83.

Peraltro, l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e del suo art. 1, comma 3 (la c.d. presunzione di interposizione), comporta il venire meno di un elemento definitorio molto importante ai fini della sussistenza ovvero della esclusione dell'effettiva assunzione del rischio connesso all'organizzazione dell'impresa da parte dell'appaltatore. Oggi, infatti, la fornitura all'appaltatore -seppure dietro corrispettivo- di *capitali, macchine e attrezzature* ad opera dell'appaltante, emblematica della creazione di una struttura imprenditoriale a titolarità (solo) virtuale, non è più certamente sintomatica della mancanza del rischio e, quindi, del difetto di imprenditorialità dell'impresa appaltatrice. Né va trascurato che la sicura imputazione del rischio d'impresa è resa ulteriormente problematica dalla nuova disciplina (ex art. 32, comma 1) del trasferimento di parte dell'azienda²⁰⁰ seguito dalla riacquisizione mediante appalto dell'attività in precedenza svolta con i mezzi e gli uomini trasferiti (v. sopra)²⁰¹.

E nella stessa direzione di possibile supporto a fenomeni di diffrazione dell'imputazione del rischio si muove il contratto di subfornitura, ricondotto -secondo le opinioni correnti²⁰²- alla fattispecie dell'art. 1655 c.c., il quale può consistere nella fornitura di "*servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente*" così ricadendo in pieno nello schema dell'appalto di servizi. In questi casi dovremo ritenere che l'appaltatrice è vera impresa in quanto assolve al requisito del rischio d'impresa, pur in una situazione di monocommittenza ovvero di "*dipendenza economica*" dall'appaltante-committente, secondo i parametri individuati dalla l. 18.6.1998, n. 192²⁰³.

Nel complesso, allora, emerge che (anche) nella *nuova* nozione dell'art. 29 del Decreto valore decisivo per la qualificazione della fattispecie in termini di appalto ovvero di *pseudo-appalto* (*alias*, di somministrazione illecita) assume l'elemento dell'organizzazione che, nei casi di prevalenza/esclusività del fattore lavoro rispetto agli altri mezzi aziendali, dovrà risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo

²⁰⁰ Sulla questione, v. CORAZZA, 1999b, 416, ed ivi per indicazioni giurisprudenziali.

²⁰¹ Che, peraltro, con il venire meno della presunzione legale dell'art. 1, comma 3, della l. 1369/60, potrà essere realizzata dal cessionario-appaltatore senza essere costretto ad acquisire in modo definitivo la parte d'azienda trasferita (e, quindi, mediante affitto, comodato ecc.) ovvero utilizzando capitali forniti (ad es. a mutuo) dal cedente-appaltante: sulla rilevanza di questi limiti nella vecchia disciplina v. DE LUCA TAMAJO, 2001, 57-58, il quale tuttavia non sembra farsi carico di riconfermarne l'efficacia (sia pure limitatamente alla ipotesi della esternalizzazione *intra moenia*) nell'avanzare le ipotesi di realizzazione della riforma (p. 59 ss.)

²⁰² Cfr. MUSSO, 1993, 75 ss.; LECCESE, 1998, 243.

²⁰³ Cfr. SALA CHIRI, 2003, 227 ss., spec. 227, ed ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'esecuzione del contratto commerciale.

In tal modo, la "nuova" nozione di appalto ribalta decisamente le diverse indicazioni venute di recente, dopo talune aperture di segno opposto, dalla giurisprudenza di legittimità²⁰⁴, secondo la quale per affermare la liceità dell'appalto non è sufficiente che l'organizzazione dell'imprenditore si svolga nella *mera assunzione, retribuzione e gestione amministrativa dei lavoratori*²⁰⁵.

Tuttavia, essa appare in piena sintonia con un sistema retto non più dal divieto generale di interposizione della abrogata l. 1369/1960, bensì dal principio della ordinaria somministrabilità delle prestazioni di lavoro²⁰⁶, seppure nel rispetto dei canoni formali richiesti dagli artt. 20 e 21 del Decreto.

7.2 (segue)... ovvero della direzione e della organizzazione del lavoro.

La piena congruità della nozione al nuovo assetto della disciplina della somministrazione di lavoro consente di passare ad una sua analisi più approfondita. E qui emerge in primo luogo che la *mera direzione e gestione amministrativa dei lavoratori* non è ancora sufficiente ad integrare l'organizzazione dei mezzi richiesta dall'art. 29 del Decreto.

Da lungo tempo, infatti, la letteratura in materia ha evidenziato ipotesi di fornitura di manodopera integrata con la prestazione da parte del somministratore di un'attività di direzione dei lavoratori che arricchisce, ma non cambia la sostanza del fenomeno.

Il che, detto in altri termini, significa che l'effettivo utilizzatore della somministrazione irregolare (*ex art. 27 del Decreto*) può valersi di *prestazioni di lavoro somministrate e dirette dal fornitore*. Circostanza, questa, pienamente compatibile con il contratto di somministrazione di lavoro sia perché la direzione e il controllo dei lavoratori da parte dell'utilizzatore costituiscono elementi estranei al profilo causale del contratto commerciale che l'art. 1, lett. a) del Decreto definisce di «*fornitura professionale di manodopera*»²⁰⁷ (*v. supra*); sia perché la

²⁰⁴ Il riferimento è a Cass. 30.10.2002, n. 15337, con nota di D'ORONZO, 2003, 255 ss. In decisa sintonia con questa impostazione v. in particolare ESPOSITO, 2002, 47-48; BONARDI, 2001, 345, con ivi ulteriori indicazioni.

²⁰⁵ Per un esame della più recente giurisprudenza in materia v. ALBI, 2003, 536 ss.

²⁰⁶ Cfr. le illuminanti riflessioni e i preziosi suggerimenti per il legislatore delegato di DE LUCA TAMAJO, 2003, 177-181.

²⁰⁷ In proposito è certamente ipotizzabile che la somministrazione includa anche prestazione di soggetti con il compito di organizzare e coordinare, nell'interesse dell'utilizzatore, la prestazione dei lavoratori somministrati (*v. oltre*).

fruizione delle prestazioni di lavoro da parte dell'utilizzatore può avvenire (con interposizione fittizia, certo, ma anche) a mezzo di una interposizione reale, secondo i canoni classici dell'antico (e mai debellato) caporalato oppure del capo-cottimo (la cui attività non può certo dirsi lecita sol perché organizza e dirige la propria squadra²⁰⁸).

Ciò comporta che l'analisi deve oggi spostarsi su di un fronte solo in parte diverso e, comunque, non meno impegnativo di quello segnato dall'art. 1 della l. 1369/1960 in quanto ciò che distingue le fattispecie a confronto è una sorta di sottile *linea d'ombra*, chiara e netta da lontano ma che, osservata da vicino, perde nitidezza, sfuma, segnala un passaggio fatto di graduazioni cromatiche che danno il senso delle aderenze, delle vischiosità e, nello stesso tempo, della complessità dei fenomeni che si fronteggiano.

Nel vigore del divieto di interposizione, infatti, era sufficiente accertare che il datore di lavoro formale non andasse al di là della *mera* organizzazione del lavoro per dedurre la carenza di autonomia imprenditoriale; oggi, invece, la sola organizzazione e direzione del lavoro integra, per volontà legale, quella organizzazione di mezzi che (insieme al rischio) connota la vera impresa.

In altri termini, il *discrimen* tra appalto e pseudo-appalto si colloca oramai pienamente (e indiscutibilmente) *dentro* l'organizzazione e la direzione del lavoro, così che occorre chiedersi che cosa distingue la prestazione di un'attività lavorativa *organizzata a impresa* da una somministrazione di lavoro, ovvero dove si colloca la "*soglia minima di imprenditorialità*"²⁰⁹ che consente di separare l'appalto di servizi dall'appalto di manodopera²¹⁰.

Ebbene, importanti indicazioni vengono sul punto dall'art. 84, comma 2, del Decreto che -come vedremo poco avanti- nell'ambito della procedura di certificazione consente l'emanazione di un decreto del Ministro del lavoro contenente buone pratiche e indici presuntivi atti a distinguere la somministrazione dall'appalto genuino in base alla «*rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore*» (la sottolineatura è nostra) .

²⁰⁸ Così, ICHINO, 2000b, 457/458, prima della riforma ma con una conclusione che, come vedremo, vale anche nel nuovo schema dell'art 29, comma 1, del Decreto.

²⁰⁹ L'espressione è di DEL PUNTA, 1995, 634. Negli stessi termini, BELLOCCHI, 2001, 140, per la quale i problemi dell'interposizione sono "*problemi di diritto dell'impresa e di ricerca della genuina imprenditorialità*".

²¹⁰ Di diverso avviso è ALLEVA, 2003, 11-12, il quale sembra ritenere che la formulazione della norma legittimi l'appalto di manodopera. Le ragioni che ci portano a dissentire da questa opinione sono espresse nel testo.

In tal modo, il legislatore delegato (in attuazione dello specifico mandato della legge delega²¹¹) fonda la distinzione tra appalto e *pseudo-appalto* sulla reale sussistenza, sulla effettività della organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore implicata nell'esecuzione dell'opera o del servizio oggetto del contratto. Viene confermato, pertanto, l'elemento fondante della distinzione tra interposizione e appalto dell'art. 1 della l. 1369/1960 così come la sua connessione con l'effettiva utilizzazione del prestatore di lavoro alla quale fa (non a caso) espresso riferimento il comma 2 dell'art. 27 del Decreto. Quando, infatti, l'appalto si riveli uno *pseudo-appalto* scatta -come si è visto- la sanzione della somministrazione di lavoro irregolare che comporta l'imputazione all'*effettivo utilizzatore* del contratto e degli atti di gestione del rapporto di lavoro (*alias*, di esercizio del potere direttivo) posti in essere dallo pseudo-appaltatore. Ne risulta implicitamente ma, chiaramente, la consapevolezza che l'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore non preclude la possibilità di (ri)qualificare il contratto come una *mera* somministrazione di lavoro.

In questa direzione si muove inoltre lo stesso art. 29 del Decreto, che attiene propriamente alla distinzione tra due contratti commerciali tipizzati (appalto e somministrazione di lavoro) e consente di identificare l'organizzazione dei mezzi dell'appalto *anche* nell'esercizio del *potere organizzativo e direttivo* nei confronti del complesso dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione del contratto. E' evidente, infatti, che mentre il potere direttivo evoca la posizione creditoria del datore di lavoro²¹², il potere organizzativo rinvia piuttosto alla figura dell'imprenditore e, quindi, alla sfera in cui gli uomini e le loro prestazioni lavorative si fanno mezzi di attuazione e di affermazione, anche identitaria, dell'intrapresa economica²¹³.

Così impostati i termini della questione, risulta segnato da (sopravvenuta) parzialità quell'approccio che nella vigenza della l. 1369/1960 suggeriva di risolvere l'individuazione del vero organizzatore del fattore-lavoro identificando "*chi in altre parole eserciti il potere direttivo nei confronti dei lavoratori*" ricorrendo ai criteri che rilevano in materia di subordinazione al fine di decidere "*non se ma a chi il lavoratore è subordinato*"²¹⁴. Se è vero, infatti, che pur nella diversità dei

²¹¹ Il riferimento è all'art. 1, comma 2, lettera m, n. 7, della l. n. 30/2003.

²¹² Cfr. PERSIANI, 1966, 160, lo definisce come "*un onere coordinato al credito di lavoro*".

²¹³ Per una recente rivisitazione articolata in quest'ottica delle posizioni giuridiche attive del datore di lavoro-imprenditore v. MARRAZZA, 2002, ed ivi per più ampie indicazioni bibliografiche.

²¹⁴ Così, CARINCI, 2001, 86/87, ed ivi per ulteriori riferimenti anche bibliografici. Negli stessi termini, DE LUCA TAMAJO, 2001, 55, il quale, con specifico riferimento alle nuove ipotesi di

fini che la caratterizza, la distinzione tra appalto e pseudo-appalto evoca criteri e tecniche proprie della nozione di subordinazione²¹⁵, non può tuttavia negarsi che l'etero-direzione rappresenta solo *uno* degli elementi costitutivi della nozione delineata dall'art. 2094 c.c.²¹⁶

Ma c'è di più in quanto non si tratta *solo* di dubitare della intrinseca idoneità dell'esercizio del potere a dare prova, in via autonoma, della natura imprenditoriale dell'attività dell'appaltatore²¹⁷.

Si può infatti e più radicalmente osservare che, oggi in termini espressi e più chiari di ieri, non basta essere *formalmente* diretto (*alias*, subordinato) ad un soggetto per essere certi che quest'ultimo sia un vero imprenditore-appaltatore, in quanto la sorte e la titolarità del rapporto di lavoro sono legate ad ulteriori valutazioni che travalicano la ristretta dimensione del contratto individuale (e dei connessi poteri datoriali) e riguardano la sfera dei rapporti commerciali, investendo il concreto intersecarsi e coordinarsi delle due organizzazioni a confronto²¹⁸.

Ciò del resto è del tutto ragionevole in quanto non si può cogliere la natura di un contratto commerciale con l'esame di uno (etero-direzione) o più elementi che attengono e si manifestano in riferimento ad un contratto di lavoro. Qui si tratta, infatti, di accertare la sussistenza di una vera organizzazione d'impresa e, quindi, ciò che conta davvero è la

frammentazione dell'impresa, sostiene che l'art. 1 della l. 1369/60 postula(va) una nozione di appalto il cui apporto risulta arricchito dall'amalgama di altri strumenti di produzione o, in difetto di questi, dalla direzione e coordinamento dell'appaltatore.

²¹⁵ Cfr. sul punto, DEL PUNTA, 1995, 625 ss.

²¹⁶ Cfr. MAZZOTTA, 2003, 277-288, a parere del quale la tendenza a far coincidere la subordinazione con i poteri di etero-direzione oblitera gli ulteriori elementi prefigurati dall'art. 2094 c.c. (collaborazione, dipendenza) e l'ampia letteratura esplicativa ad essi relativa.

²¹⁷ Negli stessi termini, già con riferimento all'art. 1 della l. 1369/1960, BELLOCCHI, 2001, 166, nonché BONARDI, 2001, 41. Di diverso avviso DE LUCA TAMAJO, 2001, 50-51 che, sempre con riferimento alla vecchio divieto di interposizione, ha ritenuto di dare prevalenza al potere direttivo piuttosto che all'organizzazione del lavoro puntando, nella distinzione tra appalto e *pseudo-appalto* su di una impostazione lavoristica piuttosto che commercialistica.

²¹⁸ Oltre alle Autrici citate nella nota precedente, v. altresì le considerazioni DEL PUNTA, 1995, 643, per il quale occorre valutare "*l'intero spettro dei rapporti tra i due contraenti, soprattutto per individuare se l'appaltatore ha esercitato un vero ruolo decisionale imprenditoriale*" nella consapevolezza che "*l'oggetto dell'accertamento rimane pur sempre l'esistenza o non dell'impresa appaltatrice e non la subordinazione in quanto tale*" (644/645); ROMEI, 2003, 61, il quale vede l'organizzazione delle singole prestazioni di lavoro in un collegamento funzionale capace di rappresentare "*un qualcosa di aggiuntivo rispetto alla singole prestazioni*"; BELLAVISTA, 1998, 3228 ss., il quale osserva che non basta essere vero datore di lavoro ma occorre comportarsi come un vero imprenditore. Ma già in questi termini, MAZZOTTA, 1979, 311 ss., il quale ricollegava l'effettiva utilizzazione del prestatore di lavoro al piano dei rapporti di produzione. Di diverso avviso è invece DE SIMONE, 1995, 63, ma con argomentazioni che si prestano alla critica compitamente messa a punto da DEL PUNTA, 1995, 644, cui si rinvia.

dimensione complessa dell'agire imprenditoriale sia con riferimento al fascio di rapporti di lavoro da integrare e coordinare al fine di raggiungere il risultato produttivo atteso, sia con riferimento all'interazione con l'organizzazione imprenditoriale del committente.

In ogni caso, il prioritario accertamento della reale sussistenza dell'organizzazione del lavoro piuttosto che della effettiva direzione (*alias*, utilizzazione) della prestazione di lavoro è il frutto del nuovo quadro regolativo e, nello stesso tempo, è la conseguenza necessaria dell'introduzione della somministrazione ordinaria di lavoro.

Invero, all'indomani del D. lgs. 276/2003, l'attività o il servizio consistente nella *sola* fornitura di prestazioni di lavoro deve essere oggetto del nuovo contratto di somministrazione a tempo determinato o indeterminato che il legislatore delegato ha introdotto e tipizzato in sostituzione del divieto di interposizione; contratto di somministrazione che ben può comprendere la prestazione di un soggetto fornito per coordinare (nell'interesse e sotto la direzione dell'utilizzatore) le prestazioni degli altri lavoratori somministrati (ipotesi peraltro implicita in non pochi casi di fornitura a tempo indeterminato elencati nel comma 3 dell'art. 20 del decreto).

Ebbene, proprio lo spazio occupato da questo nuovo e legittimo oggetto dei traffici giuridici mette a fuoco l'impossibilità di interpretare la nozione di appalto dell'art. 29 del Decreto come abilitante alla stipulazione di contratti di fornitura di manodopera seppure diretta dall'appaltatore in quanto oggi tutte le attività caratterizzate dall'assenza di fattori produttivi diversi dal lavoro risultano formalmente interdette all'esercizio di una impresa diversa dall'agenzia autorizzata (*ex art. 4 del Decreto*)²¹⁹.

Ciò significa che l'appalto deve necessariamente caratterizzarsi per la fornitura di un *quid pluris* che non può consistere nella mera direzione dei lavoratori, la cui connotazione qualificatoria è destinata ad essere assorbita e, in non pochi casi, vanificata dai poteri di direzione e di conformazione che l'impresa committente è in grado di esercitare nei confronti dell'appaltatrice, quando l'oggetto dell'appalto sia fortemente integrato nell'impresa committente.

In conclusione, l'affidamento in appalto di un servizio svolto con l'impiego prevalente o esclusivo di manodopera sarà possibile (*ex art. 29 Decreto*) a condizione che l'organizzazione e la direzione dei lavoratori

²¹⁹ In questi termini ritengo possa essere oggi ripresa e capovolta una obiezione di DE LUCA TAMAJO, 2001, 47. Il che vuol dire anche che un'impresa la quale non abbia altra abilità che quella di fornire prestazioni di lavoro organizzate deve oggi assumere la qualità di agenzia specializzata e operare quindi nell'ambito della somministrazione di lavoro, pena la configurazione del reato di cui all'art. 18 del Decreto.

coinvolti sia espressione di un *vero* imprenditore che utilizzi in piena autonomia un preciso e identificabile patrimonio di conoscenze, esperienze, professionalità, del quale il committente sia privo²²⁰.

Elemento, quello della professionalità (nei suoi diversi componenti) che, in fin dei conti, dà contenuto e spessore alla vera impresa la quale deve essere tale anche quando si caratterizzi per una esclusiva attività di organizzazione e di direzione dei propri dipendenti da misurare non in astratto poiché la genuinità dell'imprenditore-appaltatore deve essere apprezzata in concreto²²¹.

Ne deriva che, nei casi più complessi, occorrerà valutare l'impresa appaltatrice non soltanto dal punto di vista prettamente lavoristico dell'amministrazione e gestione dei contratti di lavoro, ma anche da quello più strettamente commercialistico e aziendalistico (mercato di riferimento e rapporti con esso, assetti proprietari e finanziari, bilanci e composizione delle entrate/uscite, professionalità di personale e dirigenza ecc.). Il tutto senza dimenticare il reato di somministrazione fraudolenta e, quindi, la necessità di individuare e sanzionare quelle tecniche di frantumazione dell'impresa che -seppure formalmente legittime- abbiano lo scopo precipuo di eludere i diritti inderogabili dei lavoratori coinvolti (v. par.fo 6.3).

In ogni caso, un ulteriore e importante elemento di valutazione dell'appalto con scarsa o nessuna presenza di mezzi produttivi attiene alla natura dell'opera o del servizio oggetto del contratto, che devono essere tali da "giustificare" l'esecuzione a mezzo di un vero appaltatore provvisto esclusivamente di prestazioni organizzate di lavoro.

Si tratta di un elemento già sottolineato dalla dottrina nel vigore della l. 1369/1960²²² e che oggi trova esplicita collocazione nell'art. 29 del Decreto, lì dove la possibilità che l'organizzazione dei mezzi dell'art. 1655 c.c possa risultare dall'esercizio dei poteri organizzativo e di direzione dei lavoratori è funzionalmente collegata alle «*esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto*». Ciò significa, in altri termini, che l'eseguibilità con scarsa o nessuna presenza di mezzi di produzione è la condizione espressa, specifica e oggettiva che deve connotare, in termini di normalità tecnica, l'opera o il servizio concesso in appalto ad una (vera) impresa sprovvista di mezzi produttivi.

²²⁰ Cfr. già prima della riforma ICHINO, 2000b, 460. Negli stessi termini con riferimento al Decreto attuativo della legge delega n. 30/2003, TIRABOSCHI, 2003, 77, per il quale occorre "una professionalità specifica relativa alle esigenze tecniche della prestazione dedotta in contratto".

²²¹ Cfr. Cass. Sez. un., 21.3.1997, n. 2517, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 851, con nota di CAMALLIERI.

²²² Cfr., per tutti, DEL PUNTA, 1995, 643; DE LUCA TAMAJO, 2001, 46.

7.3 La responsabilità solidale.

Dopo aver introdotto la nuova nozione di appalto sulla quale si siamo sin qui soffermati, l'art. 29 del decreto, nel comma 2, stabilisce che «*Nel caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti*».

Tralasciando le oscurità e le improprietà della lettera della norma²²³, va osservato come questo regime della responsabilità costituisca ulteriore elemento di convenienza per quegli appalti "interni" che, nella vigenza della l. 1369/1960 beneficiavano della ben più favorevole e corposa garanzia dell'art. 3.

Peraltro, lo stacco si fa ancor più marcato in ragione della limitazione del regime in questione ai soli appalti "di servizi", sicché per gli appalti *ex* "interni" non di servizi (ad es. costruzioni edili, manutenzioni ecc.) c'è un salto diretto dal regime della totale solidarietà dell'art. 3 della l. 1369/1960 a quello striminzito dell'art. 1676 c.c.²²⁴. Con una irragionevolezza non da poco, in quanto il comma 1 dell'art. 29 del Decreto non distingue tra appalti d'opera e di servizi, dettando una disciplina qualificatoria identica per le due ipotesi salvo poi a creare l'artificiosa distinzione in ordine alla responsabilità solidale.

In ogni caso, la legittimità di questa ridefinizione al ribasso del regime della solidarietà già oggetto dell'art.3 della l. 1369/1960, si misura tutta sull'art. 1, lett. m), n.6, della legge-delega n. 30/2002 che dà mandato al legislatore di «*confermare*» il regime sanzionatorio civile e penale previsto per i casi di «*violazione della disciplina della mediazione privata*». Se, infatti, sembra ragionevole convenire con la prospettazione che ritiene il riferimento alla mediazione privata del tutto atecnico così da riferire la clausola di conferma anche alle sanzioni civili e penali per la interposizione²²⁵, bisogna allora concludere che la manomissione del regime della solidarietà costituisce una precisa violazione della delega²²⁶.

²²³ Non si vede, infatti, come possa riferirsi al committente la qualifica (alternativa a quella di *imprenditore*) di *datore di lavoro* che, nello schema della norma, non può che competere all'appaltatore dal quale dipendono i lavoratori in favore dei quali opera il regime di responsabilità di cui si discute. Ed ancora, i contributi previdenziali non versati -ovviamente- non sono dovuti né vanno corrisposti al lavoratore (come afferma la norma) essendo l'Inps titolare dei relativi crediti.

²²⁴ Una approfondita rivisitazione delle due forme di responsabilità si deve di recente a MARINELLI, 2002, 133 *ess.* e 150 *ss.*

²²⁵ Così, DEL PUNTA, 2003, 75.

²²⁶ Contra, DEL PUNTA, 2003, 76, che nega la possibilità di interpretare la norma in questione come confermativa di sanzioni di una legge che espressamente viene abrogata, ritenendo piuttosto che essa voglia semplicemente prescrivere un regime sanzionatorio tanto civile

Una apparente ulteriore diversificazione nel regime della solidarietà risulta dal comma 2 dell'art. 32 del Decreto che, come si è visto, nell'ambito della nuova disciplina del trasferimento di parte d'azienda fa espresso riferimento all'ipotesi del (successivo) contratto di appalto tra alienante e acquirente da eseguirsi con il ramo d'azienda oggetto di cessione, per stabilire che «*tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 1676*».

Si tratta di un rinvio secco, che ignora il diverso regime della solidarietà che l'art. 29 del Decreto riserva agli appalti "di servizi", sicché si potrebbe in prima battuta ritenere la marcata illegittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza, nella specie di ragionevolezza.

Tuttavia, poiché non è detto che l'appalto conseguente al trasferimento del ramo d'azienda sia un appalto di servizi, per evitare la questione di legittimità costituzionale si potrebbe ritenere che il regime ordinario previsto per l'*insourcing* (art. 1676 c.c.) ceda a favore del regime di solidarietà più favorevole (art. 29, comma 2, del Decreto) nel caso si tratti di appalto "di servizi", in applicazione del criterio selettivo della specialità della norma.

7.4 La distinzione certificata tra somministrazione e appalto.

Al complesso degli elementi innanzi descritti si aggiunge il disposto dell'art. 84 che, ai fini della «*distinzione concreta tra somministrazione e appalto*» (sempre agli effetti del titolo III del Decreto) richiama e rende utilizzabili le procedure di certificazione del titolo VIII, capo I, del Decreto, sia in fase di stipulazione del contratto di appalto «*sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale*».

Ma non è tutto. Il comma 2 del medesimo art. 84 prevede, nei sei mesi successivi all'entrata in vigore del Decreto l'adozione con decreto del Ministro del lavoro 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 d'impresa da parte dell'appaltatore*». Con l'ulteriore precisazione che nell'adozione di tali codici e indici, il Ministro del lavoro è tenuto a recepire, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati

che penale. Tuttavia, se davvero questo fosse stato l'intento della l. 30/2002, allora sarebbe bastato indicare, dopo la «abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, e sua sostituzione con una disciplina basata sui seguenti criteri direttivi» (art. 1, lett. m), che per le violazioni della mediazione privata doveva esserci un regime sanzionatorio civilistico e penalistico. In altre termini, l'espresso riferimento nella norma in esame alla "conferma" di un regime sanzionatorio può avere solo il senso di prescrivere al legislatore delegato quelle precise sanzioni civili e penali già previste a fronte delle violazioni della intermediazione.

da associazioni dai datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La previsione, nonostante l'apprezzabile intento di fornire elementi atti a dare sostegno e certezza alla distinzione dell'art. 29 del Decreto, desta non poche preoccupazioni. Risulta evidente, invero, l'impossibilità di richiamarsi alle "buone pratiche" e agli "indici presuntivi" che nei sei mesi dall'adozione del Decreto cominceranno forse ad emergere e a essere segnalate dagli organi di certificazione²²⁷ ma che, certamente, non si saranno consolidati (*alias*, non avranno potuto dimostrare sul campo la loro affidabilità) e tantomeno saranno stati oggetto delle "indicazioni" di accordi collettivi. In altri termini, ciò che davvero rischia di rimanere come dato strutturale del meccanismo previsto dalla norma è quello di affidare al Ministro del lavoro l'adozione dei codici di buone pratiche e di indici presuntivi che definiscano gli appalti leciti rispetto alla interposizione (somministrazione) irregolare e illecita²²⁸ così ulteriormente consolidando la decisa inclinazione, già espressa con riferimento a molte altre tipologie contrattuali²²⁹, all'accentramento e al governo della flessibilità con strumenti amministrativi.

Questo rischio, in altri termini, è insito nei tempi e nel meccanismo prescelti dal legislatore delegato che rappresentano un piano inclinato verso l'utilizzazione del decreto ministeriale per disegnare il *nuovo* diritto vigente piuttosto che per svolgere una funzione ricognitiva degli indirizzi (collettivi e/o giurisprudenziali) maturati²³⁰. Con l'ulteriore effetto di scoraggiare le indicazioni delle parti sociali poiché, a seconda della valutazione dei contenuti del decreto ministeriale, l'una o l'altra delle rappresentanze degli interessi collettivi coinvolti sarà indotta a preferire l'atto amministrativo alle incertezze del confronto con la parte avversa ovvero ai diversi equilibri dell'accordo collettivo.

In ogni caso, sia la collocazione della norma che la stessa impugnabilità in sede giudiziale della «*erroneità della qualificazione*» del contratto (ex art. 80, comma 2, del Decreto) portano a concludere che i codici ministeriali delle buone prassi e degli indici presuntivi della liceità

²²⁷ Secondo il meccanismo previsto dall'art. 76, comma 2.

²²⁸ Come si è già visto, quando l'appalto di servizi non è tale ma risulta essere una vera e propria fornitura di lavoro ci si trova di fronte ad una somministrazione effettuata da soggetti non autorizzati e perciò irregolare (sanzionata dall'art. 27, comma 1) e nello stesso tempo illecita (sanzionata dall'art. 18, comma 1).

²²⁹ Il riferimento è ai codici di buone pratiche dell'art. 78, comma 4, in relazione ai contratti di cui all'art. 75 del Decreto (lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto, di associazione in partecipazione).

²³⁰ Per l'attribuzione di una funzione ricognitiva al decreto ministeriale sulle buone pratiche e sugli indici presuntivi richiamato dagli artt. 78, comma 4, e 84, comma 2, del Decreto, v. GAROFALO M.G., 2004, par.fo 8

dell'appalto, anche ove frutto delle indicazioni di fonte collettiva, svolgono ed esauriscono la propria opera entro la procedura amministrativa di certificazione, senza intaccare in alcun modo la sfera dei diritti soggettivi e della loro azionabilità davanti all'autorità giudiziaria²³¹.

8. La disciplina transitoria.

Le profonde trasformazioni provocate dall'introduzione della nuova somministrazione di lavoro con la correlata abrogazione della L. 196/1997 sono causa di serissimi problemi di diritto transitorio che il legislatore delegato ha provato ad affrontare nell'art. 86 del decreto, le cui disposizioni, però, sembrano a tratti suscitare più incertezze di quanto non sarebbe stato lecito attendersi.

Emblematico, in proposito, è il comma 6 dell'art. 86 il quale, nella sua prima parte, sembra preoccuparsi delle agenzie di fornitura e intermediazione, autorizzate e in attività in base alla vecchia disciplina, per le quali si preannuncia una «*disciplina transitoria e di raccordo*» da emanarsi con decreto del Ministro del lavoro entro 30 giorni dall'entrata in vigore del Decreto. Sennonché, nella seconda parte, la norma "precisa" che «*In attesa della disciplina transitoria restano in vigore le norme di legge e regolamento vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo*».

Ebbene, tenuto conto che vi è un indissolubile vincolo strutturale e funzionale tra le vecchie agenzie e la L. 196/1997, al pari di quello che si configura tra le nuove agenzie e il d. lgs. 276/2003²³², ne risulta che con la seconda parte del comma 6 dell'art. 86 il legislatore delegato ha di fatto sospeso l'entrata in vigore di tutta la nuova disciplina della somministrazione di lavoro in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale di raccordo tra vecchi e nuovi soggetti autorizzati alla fornitura ed alle altre attività indicate nell'art. 4, comma 1, del Decreto.

Se così è, sarebbe stato certamente auspicabile che una così rilevante disposizione fosse stata espressa in termini più chiari e direttamente riferiti alle parti e norme del Decreto sospese piuttosto che ai soggetti chiamati ad applicarle.

L'impressione che si trae, non solo dalla norma sin qui analizzata ma dal complesso delle disposizioni transitorie -e basti in proposito ricordare la questione relativa al regime applicabile alla P.A. e la rocambolesca soluzione del comma 9 dell'art. 86 (già esaminata al par.fo 2.4)- è che si vogliono quasi mascherare le grandi, ma inevitabili,

²³¹ Cfr. COSTANTINO, 2004, par.fo 5; GAROFALO M.G., 2004, par.fo 9.

²³² Non c'è dubbio, infatti, che, in attesa del decreto ministeriale di raccordo, le vecchie agenzie non possono utilizzare i nuovi contratti di somministrazione.

problematiche che la riforma propone a causa delle molte connessioni presenti nell'ordinamento e che sono alla base della sua messa in *stand by*.

Del resto, una evidente conferma di questo stato di cose si trae dal comma 13 dell'art. 86 che prevede, su iniziativa del Ministro del lavoro, una valutazione con le associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale al fine di «*verificare la possibilità*» di affidare agli accordi interconfederali «*la gestione della messa a regime del presente decreto, anche con riferimento al regime transitorio ...*» (la sottolineatura è nostra). Il regime transitorio è un nervo scoperto della riforma.

Non poco oscuro e gravemente problematico è poi il comma 12 dell'art. 86 che definisce espressamente come *sperimentale* -tra l'altro- tutto il titolo III («*Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*») del Decreto. La norma stabilisce, in particolare, che il Ministro del lavoro, decorsi diciotto mesi dall'entrata in vigore del Decreto (previa raccolta delle informazioni *ex art. 17*), deve procedere ad una verifica con le parti sociali circa gli effetti prodotti dal nuovo istituto e deve altresì, entro i successivi tre mesi, riferirne al Parlamento «*ai fini della valutazione della sua ulteriore vigenza*».

Lo scenario che questo ultimo inciso apre è davvero sorprendente, in quanto rischia di essere interpretato come una sorta di termine finale posto alla disciplina sperimentale, la cui *ulteriore vigenza* risulterebbe così rimessa ad una valutazione del Parlamento. In realtà, sembra possibile intendere la disposizione in termini più rispondenti agli intenti probabilmente perseguiti dal legislatore delegato e, quindi, come semplicemente dichiarativa della volontà di coinvolgere -oltre alle parti sociali- il Parlamento nella valutazione degli effetti delle nuove disposizioni.

Questa soluzione è confortata, in primo luogo, dall'espressione *ulteriore vigenza* utilizzata nella norma: se, infatti, la disciplina in questione cessasse di avere efficacia allo scadere -peraltro incerto²³³- dei termini prestabiliti, l'aggettivo *ulteriore* sarebbe improprio in quanto il Parlamento si troverebbe nella condizione di dover dare *nuova* vigenza a norme che non l'avrebbero più.

Non solo. La formula del comma 12 dell'art. 86, rende altresì incerta la stessa possibilità di riferire la ipotetica cessazione di vigenza a

²³³ Dalla lettera della norma non si comprende con certezza se il termine di tre mesi entro i quali il Ministro del lavoro deve riferire al Parlamento (la cui scadenza, in ipotesi, comporterebbe il venir meno della vigenza delle parti sperimentali della riforma) decorra dalla scadenza dei primi 18 mesi di vigenza del Decreto -come sembra più probabile- oppure dalla verifica con le parti sociali.

«Le disposizioni che hanno carattere sperimentale». Infatti, la valutazione del Parlamento viene prevista «ai fini della sua ulteriore vigenza» e, quindi, non può riguardare il soggetto della frase che è espresso al femminile plurale.

Del resto, una ulteriore conferma alla soluzione qui prospettata deriva dal tenore della stessa legge n. 30/2003, che ha delegato il Governo ad emanare la disciplina di cui al titolo III del Decreto attribuendogli altresì il potere di adottare disposizioni modificative o integrative entro 24 mesi dall'entrata in vigore del Decreto (art. 7, comma 4). Ne deriva che l'introduzione di una normativa a scadenza e il rinvio nello stesso tempo della sua ulteriore vigenza alle decisioni del Parlamento contrasterebbero irrimediabilmente con quanto già deciso dal Parlamento stesso e, quindi, configurerebbero una palese violazione dell'art. 76 cost. Di qui, la necessità di interpretare l'art. 86, comma 12, del Decreto nel senso innanzi proposto.

Merita infine segnalare l'ambiguo disposto del comma 3 dell'art. 86 del Decreto che, nella sua prima parte, fa salve le clausole dei vigenti contratti collettivi con le quali è stata data attuazione al rinvio dell'art. 1, comma 2, lett. a) della legge 196/1997. Quest'ultima, come si ricorderà, delegava alla fonte collettiva la determinazione dei casi in cui era possibile concludere un contratto di fornitura di lavoro temporaneo.

In proposito, forse con l'intento di evitare interpretazioni restrittive di tale rinvio, il legislatore delegato ha specificato (introducendo una precisazione non presente nella stesura della prima bozza del Decreto) che le clausole in questione vengono salvaguardate al solo fine di determinare per via contrattuale le *"esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine"*.

Nonostante tale precisazione, la portata e la stessa funzione del rinvio sono tutt'altro che chiare. Come abbiamo osservato, infatti, nessun ruolo viene oggi riconosciuto al contratto collettivo nella determinazione delle esigenze atte ad ammettere la conclusione di un contratto di somministrazione a termine le quali, viceversa, sono prestabilite direttamente dal legislatore, con una clausola generale capace di includere tutte le possibili motivazioni dell'utilizzatore²³⁴.

Di qui e dalla possibilità, dall'entrata in vigore del Decreto, di avvalersi direttamente delle (illimitate) possibilità offerte dall'art. 20, comma 4, e dalla sua clausola generale, la convinzione che quella salvaguardia non abbia alcuna portata regolativa, salvo quella di specificare talune delle infinite esigenze atte a legittimare la conclusione di contratti di somministrazione a termine.

²³⁴ Dello stesso ordine di idee TIRABOSCHI, 2003, 70.

Resisto alla conclusione -pure sostenibile a fermarsi sul terreno della formulazione letterale dell'art. 86, comma 3- di assegnare alla salvaguardia in questione l'effetto di tipizzare in via esclusiva la natura temporanea delle esigenze che rendono ammissibile il ricorso alla somministrazione a termine; conclusione che mi pare del tutto incompatibile con l'opposto sistema voluto dal legislatore nell'art. 20, comma 4, del decreto.

Analoga conclusione vale per la salvaguardia delle clausole dei contratti collettivi stipulati nei settori dell'agricoltura e dell'edilizia per l'introduzione, a fini sperimentali, della fornitura temporanea di lavoro ai sensi dell'art. 1, comma 3, della L. 196/1997 (v. par.fo 2.4).

Viceversa è significativo il fatto che nessuna salvaguardia venga prevista per le clausole dei contratti collettivi che, in attuazione del rinvio di cui all'art.1, comma 8, L. 196/97, hanno stabilito limiti percentuali massimi all'utilizzazione nell'impresa utilizzatrice di prestatori di lavoro temporaneo; cioè proprio quei limiti quantitativi che costituiscono oggi l'unica occasione di intervento della fonte collettiva in materia di regolazione (e limitazione) del fenomeno della somministrazione di lavoro.

Tuttavia, tenuto conto che, in ragione di quanto previsto dall'art. 20, comma 4, seconda parte, del Decreto, l'introduzione di limiti quantitativi rientra nelle prerogative espressamente attribuite al contratto collettivo stipulato da sindacati comparativamente più rappresentativi, e che il contratto di somministrazione a tempo determinato occupa certamente lo spazio normativo della vecchia fornitura di lavoro temporaneo, si può ragionevolmente ritenere che i limiti quantitativi stabiliti ex art. 1, comma 8, L. 196/1997 valgano oggi per la somministrazione a termine. Ovviamente fatte salve le nuove e, in ipotesi, diverse decisioni delle parti sociali.

9. Bibliografia

- ALBI P. (2003), *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la L. N. 1369/1960*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 536 ss.
- ALESSI C. (1998), *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in M. NAPOLI (a cura di), *"Il pacchetto Treu"*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1206.
- ALLEVA P. (2003), *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in [www.cgil.it/giuridico/Attualità/Politiche del diritto.htm](http://www.cgil.it/giuridico/Attualità/Politiche%20del%20diritto.htm)

- ANDREONI A. (1999), *Norme previdenziali*, in F. LISO, U. CARABELLI, *Il Lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, FrancoAngeli, Milano, 381.
- ARRIGO G. (1998), *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo I, Giuffrè, Milano.
- BELLAVISTA A. (1998), *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, in *Giust. civ.*, I, 3228.
- BELLOCCHI P. (2001), *Interposizione e subordinazione*, in *Argomenti dir. lav.*, 141.
- BIANCA C.M. (1984), *Il contratto*, in *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano.
- BOCCHINI R. (2000), *Somministrazione di servizi*, in *Enc. diritto, Agg. IV*, Giuffrè, Milano, 1105.
- BONARDI O. (2001), *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 2001;
- BORTONE R. (1999), *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in LISO FRANCO, CARABELLI UMBERTO (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 323.
- CARABELLI U. (1999), *Flessibilizzazione e destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia e in Europa*, in F. LISO, U. CARABELLI, *Il Lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, FrancoAngeli, Milano, 33.
- CARABELLI U. (2001), *Intervento*, in *Seminario su "La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine in Italia e in Europa"*, organizzato da Cesri-Luiss, Roma, www.unicz.it/lavoro/CARABELLI.
- CARINCI M.T. (1999), *La distinzione tra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedano una rilevante strumentazione materiale*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, pag. 252.
- CARINCI M.T. (2000), *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, Milano.
- CARINCI M.T. (2002), *Interposizione e lavoro interinale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «Libro bianco» al disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 25 ss.
- CARINCI M.T. (2003), *Introduzione*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 3 ss.
- CESSARI A. (1959), *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano.
- CESTER C. (2003) *Art. 1, comma 2, lett. p). Trasferimento di ramo d'azienda, direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 81 ss.

- CHIECO P. (1996), *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, Torino.
- CHIECO P. (2002), *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, pag. 767 ss.
- CORAZZA L. (1999a), *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 55 ss.
- CORAZZA L. (1999b), *Esternalizzazione di un'attività dell'impresa e trasferimento di ramo d'azienda: il caso Ansaldo*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 417.
- COSTANTINO G. (2004), *Profili processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in *q. volume*.
- CURZIO P. (2004), *Introduzione*, in *q. volume*.
- DE LUCA TAMAJO R. (1999), *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di GINO GIUGNI*, I, Cacucci, Bari, 383.
- DE LUCA TAMAJO R. (2001), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *Aa.Vv., I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 9 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. (2003), *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 167 ss.
- DE SIMONE G. (1995), *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Giuffrè, Milano.
- DEL PUNTA R. (1995), *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giornale Dir. Lav. Relazioni ind.*, 625 ss.
- DEL PUNTA R. (1998), *"La fornitura di lavoro temporaneo" nella l. n. 196/1997*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 205 ss.
- DEL PUNTA R. (2000), *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *Dir. mercato lav.*, 49.
- DEL PUNTA R. (2002), *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione*, in *Argomenti dir. lav.*, 289 ss.
- DEL PUNTA R. (2003), *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in CARINCI M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 64 ss.
- DELL'OLIO M. (1992), *Lavoro (intermediazione e interposizione)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Utet, Torino, 169 ss.
- D'ORONZO A.V. (2003), *Sulla distinzione tra interposizione e appalto di servizi di carattere continuativo*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 255.
- ESPOSITO M. (1993), *Problemi ricostruttivi e prospettive in tema di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 361 ss.

- ESPOSITO M. (2002), *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli.
- FAVARA E. (1961), *Divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro e appalti di lavoro*, in *Dir. lav.*, II, 112.
- FERRARO G., (2002), *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino.
- GAROFALO D. (2004), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro [Titolo II – artt. 3 - 19]: dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in *q. volume*.
- GAROFALO M.G. (2004), *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *q. volume*.
- GAROFALO M.G. (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, 359.
- GAROFALO M.G., CHIECO P. (2001), *Licenziamenti collettivi e diritto europeo*, in *Giorn. dir. lav. relazioni ind.*, 67.
- GAZZONI F. (2000), *Manuale di diritto privato*, ed. VIII, Esi, Napoli.
- GENGHINI M. (1992), *Il comando o distacco del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 240 ss.
- GHERA E. (1998), *Promozione dell'occupazione, flessibilità, rapporti atipici (note sulla l. 24 giugno 1997 n. 196)*, in *Mass. giur. lav.*, 943 ss.;
- GHERA E. (2003), *Diritto del lavoro*, ed. XIV, Cacucci, Bari.
- GIUGNI G. (2003), *"La legge Biagi non crea occupazione"*, intervista a *Repubblica* del 9.11.2003.
- GIUGNI G. (1986), *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in GIUGNI G. (1989), *Lavoro legge contratti*, il Mulino, Bologna, 337 ss.
- GRANDI M. (1972), *Le modificazioni del rapporto di lavoro, I, Le modificazioni soggettive*, Giuffrè, Milano.
- ICHINO P. (1997), *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, *Giorn. dir. lav. relazioni ind.*, 1997, 503 ss.;
- ICHINO P. (2000a), *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio AIDLSS, Trento, 5-6 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 3 ss.;
- ICHINO P. (2000b), *Il contratto di lavoro*, I, Giuffrè, Milano.
- IRTI N. (1999), *L'età della decodificazione*, III ed., Giuffrè, Milano.
- LAGALA C. (2004), *Profili previdenziali delle nuove tipologie contrattuali*, in *q. volume*.
- LANOTTE M. (2000), *Tipologie e qualificazione giuridica del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in L. GALANTINO L. (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Giuffrè, Milano, 225 ss.

- LECCESE R. (1998), *Subfornitura (contratto di)*, in Dig. disc. priv. sez. comm., XV, Utet, Torino, 238.
- LECCESE V. (1999), *Diritti sindacali*, in LISO F., CARABELLI U. (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 1999, 346 ss.
- LECCESE V., PINTO V. (1997), *Il lavoro interinale in Italia*, in *Lav. inf.*, n. 13, 10.
- LISO F. (1999), *Introduzione*, in LISO F., CARABELLI U. (a cura di) (1999), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 11.
- MAGRANI M. (1998), *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in M. NAPOLI (a cura di), *"Il pacchetto Treu"*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1176.
- MAGRINI S. (1980), *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano.
- MARESCA A. (1997), *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1997.
- MARESCA A., CIUCCIOVINO S. (2000), *Il lavoro temporaneo*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 179 ss.
- MARINELLI M. (2002), *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino.
- MARIUCCI L. (1978), *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Giuffrè, Milano.
- MARRAZZA M. (2002) *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova.
- MAZZOTTA O. (1979), *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- MAZZOTTA O. (1998), *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavorotemporaneo*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 181.
- MAZZOTTA O. (2003), *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 265.
- MENCONI L. (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *Riv. crit. dir. priv.*, 9.
- MISCIONE M. (1997), *Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, *Dir. e pratica lav.*, 2071.
- MORELLO U. (1994) voce *Frode alla legge*, in *Digesto disc. priv. civ.*, vol. VIII, Utet, Torino, 501.

- MUSSO A. (1993), *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, Giuffrè, Milano.
- NICOLINI G. (1980), *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano.
- NUZZO M. (1990), *Somministrazione (contratto di)*, Enc. dir., XLV, Giuffrè, Milano, 1270.
- NUZZO V. (2003), *Questioni in tema di esternalizzazione: gli argomenti della Suprema Corte*, in *Mass. giur. lav.*, I, 21 ss.
- PELLACANI G. (2000), *Nozione e struttura del rapporto*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo. La disciplina legale e contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1 ss.
- PERSIANI M. (1966), *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova.
- PERULLI A. (1999), *Commento all'art. 3, commi 1-4*, in A. GENTILI, *Il Lavoro temporaneo*, Cedam, Padova, 136.
- PERULLI A. (2003a), *Interessi e tecniche di tutela nella legislazione del lavoro flessibile*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, Milano, 39.
- PERULLI A. (2003b), *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Argomenti dir. lav.*, pag. 473.
- PINTO V., VOZA R. (2002), *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal libro bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. giur. lav.*, I, pag. 453.
- PINTO V. (2003), *Mercato del lavoro. Il decreto di attuazione della legge delega/1*, in <http://www.ildiariodellavoro.it/internonews.asp?id=10245&Rubrica=3>.
- RICCARDI A. (2003), *La Corte di cassazione e il lavoro a termine*, in *Riv. giur. lav.*, II, 51 ss.
- RICCI MAURIZIO (2003), *L'evoluzione delle fattispecie interpositive: mercato del lavoro, politiche di flessibilità e relazioni industriali*, *Dir. lavori merc.*, n.2, 351 ss.
- RIGANÒ G. (1997), *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI, *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 214.
- ROCCELLA M. (1998), *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla l. n. 196/1997*, in *Riv. giur. lav.*, I, 17;
- ROCCELLA M., TREU T. (2002), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, III ed., Cedam, Padova.
- ROMEI R. (1999a), *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 327.

- ROMEI R. (1999b), *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in LISO F., CARABELLI U. (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 97.
- ROMEI R. (2003), *Azienda, impresa, trasferimento*, in *Giorn. dir. lav. relazioni ind.*, 49.
- RUSCIANO M. (1999), *Profili ricostruttivi dell'“affitto” di manodopera*, in *Dir. mercato lav.*, pag. 81
- SALA CHIRI M. (2003), *Subfornitura e appalto di lavoro*, in *Argomenti dir. lav.*, pag. 227.
- SALVATORI P., *La giustificazione del termine: le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo*, in PERONE G. (a cura di) (2002) , *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, 31 ss.
- SANTORO PASSARELLI F. (1966), *Dottrine generali del diritto civile*, Novene, Napoli.
- SANTORO PASSATELLI G. (a cura di) (2000), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano.
- SANTORO PASSARELLI G. (2001), *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Argomenti dir. lav.*, 575 ss.
- SANTORO PASSARELLI G. (2002), *Note preliminari sulla disciplina del nuovo contratto a termine*, in *Argomenti dir. Lav.*, 177 ss.;
- SANTORO PASSARELLI G. (2003), *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 189.
- SCARPELLI F. (1990), *Interposizione e appalto nei servizi informatici*, in Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Milano, 43.
- SCARPELLI F. (1999), *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. relazioni ind.*, pag. 351.
- SCHWAB S. J. (2000), *Un approccio di law and economics alla teoria della discriminazione nei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, pag. 3.
- SPEZIALE V. (1998), *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, *Giorn. dir. lav. relazioni ind.*, 291 ss.
- SPEZIALE V. (1999), *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in LISO FRANCO, CARABELLI UMBERTO (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, Milano, 228.
- SPEZIALE V. (2001), *La nuova legge sul contratto a termine*, in *Giorn. dir. lav. relazioni ind.*, 361.

- SPEZIALE V. (2003), *Il contratto a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 399.
- SUPPIEJ G. (1998), *L'interposizione brevettata*, in *Argomenti dir. lav.*, 17 ss.
- TIRABOSCHI M. (1999), *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo alla studio della fattispecie di lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino.
- TIRABOSCHI M. (2002), *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 104 ss.
- TIRABOSCHI M. (2003), *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, Guida al diritto, n. 4, 66.
- VALLEBONA A. (1990), *Società, V) Lavoro nelle società collegate*, in *Enc. giur. Treccani*, XX,
- VALLEBONA A., PISANI C. (2001), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Cedam, Padova.
- VALLEBONA A. (2002), *Requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole generali giustificative e il problema dell'onere della prova*, in MENGHINI L. (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 62
- VENTURA L. (1962), *Oscurità della legge e insufficienza della interpretazione*, in *Riv. giur. lav.*, II, 113.