

# Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da  
**MARCO BIAGI**

*In questo numero*

INTERVENTI A CONFRONTO  
***Verso uno Statuto dei lavori?***

RICERCHE  
***Rapporti interpositori e somministrazione di lavoro  
dopo il decreto legislativo n. 276 del 2003***

DIRITTO COMUNITARIO  
***La responsabilità sociale delle imprese***

DIRITTO INTERNAZIONALE  
***Il presidente Lula e la riforma del lavoro in Brasile***

**Giuffrè Editore**

**N. 2/XIV - 2004**

## **Interventi a confronto: Verso uno Statuto dei lavori?**

MARCO LAI <i>Introduzione</i> . . . . .	187
TIZIANO TREU <i>Statuto dei lavori e Carta dei diritti</i> . . . . .	193
MARIELLA MAGNANI <i>Il diritto del lavoro tra universalità e flessibilità delle tutele</i> . . . . .	209
RICCARDO DEL PUNTA <i>Statuto dei lavori ed esternalizzazioni</i> . . . . .	218
PIER ANTONIO VARESI <i>Azione sindacale e tutela nel mercato del lavoro: il bilateralismo alla prova</i> . . . . .	226
FEDERICO FREDIANI <i>Statuto dei lavori e applicazione giudiziaria</i> . . . . .	233
LUCA NOGLER <i>Statuto dei lavori e certificazione</i> . . . . .	235
ARMANDO TURSI <i>La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276 del 2003</i> . . . . .	247

## **Ricerche: Rapporti interpositori e somministrazione di lavoro dopo il decreto legislativo n. 276 del 2003**

LOREDANA ZAPPALÀ <i>Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla « tipizzazione » del contratto di somministrazione di lavoro</i> . . . . .	267
VALERIO SPEZIALE <i>Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro</i> . . . . .	295
LILLI CAROLLO <i>Somministrazione di lavoro e profili prevenzionistici</i> . . . . .	342
STEFANO MALANDRINI <i>Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e qualifiche professionali elevate</i> . . . . .	353
CHIARA BIZZARRO, MICHELE TIRABOSCHI <i>La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003</i> . . . . .	360

## **Diritto comunitario**

RICCARDO SALOMONE <i>La responsabilità sociale dell'impresa: riflessioni a margine di una strategia europea sullo sviluppo sostenibile</i> . . . . .	379
MARCO FERRARESI <i>Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro</i> . . . . .	391

## **Diritto internazionale**

MÁRCIO TÚLIO VIANA <i>Il presidente Lula e la riforma del lavoro in Brasile</i> . . . . .	417
-------------------------------------------------------------------------------------------	-----



# *INTERVENTI A CONFRONTO*

---

## *Verso uno Statuto dei lavori?*

### **Introduzione**

*Marco Lai*

*Sommario:* **1.** Gli obiettivi dell'iniziativa e le proposte in campo. — **2.** Lo Statuto dei lavori per la Cisl. — **3.** Alcune questioni centrali.

**1.** Questo seminario formativo sullo Statuto dei lavori nasce su iniziativa comune del Centro Studi Nazionale Cisl di Firenze e del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi” dell’Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Per lo stesso Marco Biagi, così come per la Cisl, gli elementi di più accentuata flessibilità presenti, ed ora anche legislativamente riconosciuti, sul mercato del lavoro avrebbero dovuto infatti accompagnarsi alla costruzione di un nuovo sistema di tutele, per far sì che la flessibilità possa esplicarsi in un quadro di regole condiviso.

Negli ultimi anni è sempre più cresciuta quell’area intermedia tra subordinazione ed autonomia comprensiva di tutte quelle forme di lavoro che, pur in assenza di un vincolo di subordinazione, si concretizzano in una prestazione continuativa e coordinata di carattere personale, strutturalmente e funzionalmente connessa con l’attività del committente. In tali casi non si dispone né delle tutele proprie del lavoro dipendente né della libertà di gestione e di guadagno tipica del lavoro autonomo. Anche questi lavoratori hanno tuttavia bisogno di: ammortizzatori sociali o altre forme di sostegno al reddito nei periodi di non lavoro; formazione continua; previdenza integrativa; copertura in caso di malattia e gravidanza; servizi per l’impiego che li aiutino a trovare un nuovo lavoro. Come rispondere a tali esigenze?

L’iniziativa, che si inserisce nell’ambito delle attività formative promosse dal Centro Studi di Firenze negli ultimi due anni sulle trasformazioni del diritto del lavoro, alla luce anche delle modifiche dell’assetto istituzionale derivanti dalla riforma del titolo V della Costituzione, si pone come momento di approfondimento su una delle idee “forti” della Cisl.

Obiettivo è quello di dare concretezza alla prospettiva, più volte evocata, dello

---

\* *Marco Lai è docente di Diritto del lavoro e legislazione antinfortunistica presso l’Università di Firenze.*

*I contributi di Marco Lai, Tiziano Treu, Mariella Magnani, Riccardo Del Punta, Pier Antonio Varesi, Federico Frediani e Luca Nogler costituiscono la trascrizione, con alcuni adattamenti, degli interventi degli autori al seminario formativo Lo Statuto dei lavori svoltosi presso il Centro Studi Nazionale Cisl il 18 e 19 settembre 2003.*

Statuto dei lavori, traendo spunti propositivi dai contributi che emergeranno dai due giorni di lavori.

In materia, già nel corso della passata legislatura, si erano tentate, senza successo, ipotesi di regolazione. Al riguardo si contrapponevano due diverse impostazioni. Da un lato il disegno di legge n. 2049, recante *Norme di tutela dei lavoratori atipici*, di iniziativa dei senatori Carlo Smuraglia ed altri, approvato dal Senato il 4 febbraio 1999 e trasmesso alla Camera dei Deputati (n. 5651), mirava ad estendere ai rapporti di lavoro c.d. “parasubordinato” alcune delle tutele proprie del lavoro subordinato; dall’altro lato il progetto di Statuto dei lavori, predisposto da Marco Biagi, su indicazione dell’allora Ministro del lavoro Tiziano Treu — bozza preliminare del 25 marzo 1998 —, affrontando la questione “dalla parte delle tutele” piuttosto che dal punto di vista della qualificazione del rapporto, puntava ad una riforma complessiva del diritto del lavoro, attraverso una modulazione delle stesse a seconda del tipo di istituto da applicare<sup>1</sup>.

L’idea di uno Statuto dei lavori, nell’ambito di una complessiva rivisitazione del nostro ordinamento del lavoro, è ripresa nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia* dell’ottobre 2001 — in particolare punto I.3.5 — che riassumeva l’impostazione e le tematiche sulle quali l’attuale compagine governativa intendeva intervenire nel corso della legislatura.

In merito si distingue tra un nucleo essenziale di norme e di diritti inderogabili, soprattutto di specificazione di principi internazionali e di diritti costituzionali, applicabili a tutte le forme di lavoro rese a favore di terzi, e diritti, più limitati, di cui rimarrebbero titolari i soli lavoratori subordinati. In tale prospettiva una funzione centrale è svolta dalla previsione di un meccanismo di certificazione della qualificazione dei rapporti di lavoro, al fine di ridurre in via preventiva i motivi di possibile contenzioso. Oltre alla soglia minima di tutela ampio spazio dovrebbe essere peraltro attribuito all’autonomia collettiva ed individuale, nell’ottica del passaggio da un quadro legale basato su tutele ritenute eccessivamente rigide ad una disciplina del rapporto di lavoro a carattere parzialmente disponibile. A ciò dovrebbe del resto accompagnarsi un corrispondente riassetto delle prestazioni previdenziali, che contribuirebbe a sdrammatizzare il problema qualificatorio delle singole fattispecie.

L’ambizioso obiettivo esplicitato nel *Libro Bianco* di definire, a completamento delle riforme in atto, uno Statuto dei lavori quale “testo unico sulla legislazione del lavoro” è confermato dal Governo nell’intesa sottoscritta con ben 36 organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, ad eccezione della Cgil, il 5 luglio 2002, prevedendosi a tale scopo l’istituzione di “una Commissione di alto profilo scientifico” con il compito di predisporre i relativi materiali. Si afferma peraltro che il processo di elaborazione e di decisione in materia dovrà essere accompagnato da un confronto costante con le parti sociali, da avviare entro la fine dell’anno (punto 2.8). Non risulta

---

<sup>1</sup> Per entrambe le proposte cfr. *DRI*, 1999, 271 ss.

tuttavia che tale Commissione sia stata ancora formalmente istituita (Ndr. la Commissione è stata istituita in data 19 marzo 2004).

D'altro lato anche il progetto di *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*, predisposto per l'Ulivo da Giuliano Amato e Tiziano Treu (disegno di legge n. 1872, Senato), ha per obiettivo quello di "recuperare le forme di flessibilità introdotta in questi anni ad un quadro generale di principi e di diritti che corrisponda, senza alcun ritorno all'indietro, al nuovo mondo del lavoro" (cfr. relazione introduttiva).

La proposta, se confrontata con quella di Statuto dei lavori, del marzo 1998, si caratterizza per una più ampia serie di misure di tutela, specie nell'area dell'organizzazione del mercato del lavoro e dell'assetto del *welfare* (diritto alla formazione continua, all'informazione ed alla mobilità, riforma del sistema degli ammortizzatori sociali) e per una logica più attenta all'estensione dei diritti che alla rimodulazione delle tutele<sup>2</sup>.

Si individua in particolare la nuova tipologia del "lavoro economicamente dipendente", formula che pare più pregnante di quella di "para-subordinazione", quale fattispecie intermedia (tra autonomia e subordinazione) alla quale estendere una serie di normative ulteriori rispetto a quelle comuni a tutti i rapporti di lavoro<sup>3</sup>.

Ad una prospettiva che comprende gli attuali rapporti di lavoro parasubordinato nell'ambito del diritto del lavoro tradizionale, principalmente mediante una riscrittura dell'articolo 2094 del c.c. che valorizza il criterio della dipendenza socio-economica rispetto a quello dell'eterodirezione, è invece ispirata la proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla Cgil sull'"estensione dei diritti dei lavoratori (marzo 2003)".

**2.** Per la Cisl è di fondamentale rilievo procedere in tempi rapidi alla definizione di uno Statuto dei lavori.

La necessità di assicurare tutele essenziali per le nuove forme di lavoro è stata una delle idee guida nell'ambito del duro confronto con i promotori del referendum sull'articolo 8, Stat. lav., della primavera scorsa.

La Cisl con l'accordo del 5 luglio 2002, mediando con la sperimentazione, reversibile, limitata nel tempo e nei casi, del non computo senza manomettere l'articolo 18, lo ha in effetti difeso contro la preannunciata intenzione di smantellarlo ed ha garantito i diritti affermati dallo Statuto dei lavoratori. È adesso impegnata ad affiancargli uno Statuto dei lavori, da elaborare sulla base di un confronto con le parti sociali.

Sul punto è da precisare con chiarezza che nell'impostazione della Cisl, come emerge dai documenti della recente assemblea organizzativa, la definizione

---

<sup>2</sup> Così, tra l'altro, per il lavoro subordinato le disposizioni poste nel titolo III, si pongono come integrative e migliorative della disciplina vigente, scomparendo qualsiasi riferimento alla revisione della normativa sui licenziamenti individuali; non viene inoltre richiamata la previsione sulla certificazione dei rapporti di lavoro, di essenziale rilievo nella proposta del 1998.

<sup>3</sup> Cfr. sul punto in particolare Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 201.

dello Statuto dei lavori non ha carattere “sostitutivo” bensì esclusivamente “integrativo”, dello Statuto dei lavoratori, del 1970; al fine di completarlo in riferimento a quei rapporti di lavoro che al tempo non esistevano. Ciò significa che non si accetta l’idea di una revisione complessiva dell’ordinamento giuridico del lavoro, dovendo innanzitutto garantire tutele a categorie di lavoratori che oggi ne sono prive.

Si tratta allora di elaborare uno Statuto per i nuovi lavori, cioè per tutti i lavoratori titolari di rapporti atipici, con riferimento:

- alle tutele sociali fondamentali, universalmente riconosciute (libertà e dignità del lavoro; difesa dalle discriminazioni; sicurezza e salute nei luoghi di lavoro; formazione ed aggiornamento professionale; fruizione dei servizi per l’impiego);
- ad ulteriori tutele modulate secondo criteri di proporzionalità;
- agli ambiti di tutela collettiva e contrattuale.

Nel mercato del lavoro flessibile, dove si dovrà più spesso cambiare lavoro, sarà più facile mantenere e ritrovare lavoro se si hanno maggiori possibilità di riqualificazione e maggiori competenze professionali.

L’attenzione va dunque posta non solo sul “rapporto di lavoro” ma anche sul “mercato del lavoro”: le persone occupate nelle nuove tipologie contrattuali hanno sì bisogno di tutele inerenti lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma necessitano altresì di servizi per l’impiego (o il reimpiego) efficienti e di una rete di protezione sociale al termine della prestazione.

Per rendere più trasparente e gestibile il mercato del lavoro, riprendendo una proposta già contenuta nel *Libro Bianco* del 2001, è d’altro lato necessario tendere ad una unica aliquota del prelievo parafiscale per tutte le tipologie di impiego, in modo da disincentivare il ricorso a forme di occupazione legate solo alla convenienza economica. Primi passi in tal senso sono contenuti nella finanziaria 2004 (legge n. 326/2003, di conversione con modificazioni del decreto legge n. 269/2003) che prevede tra l’altro: l’aumento della aliquota contributiva ai fini pensionistici (dal 14 al 17,39 per cento) per i collaboratori coordinati e continuativi, ivi compresi i lavoratori a progetto; l’istituzione dal 1° gennaio 2004 della gestione previdenziale per gli associati in partecipazione che conferiscano prestazioni lavorative; l’obbligo di contribuire, dalla stessa data, alla gestione separata Inps per i soggetti esercenti attività di lavoro autonomo occasionale che percepiscano compensi superiori a 5.000 euro all’anno (fattispecie dunque che pare diversa da quella considerata nell’articolo 61, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003).

Una legislazione di sostegno potrebbe del resto prevedere misure specifiche per rendere più efficace la tutela collettiva, per adeguare la previdenza complementare, per favorire forme integrative di ammortizzatori sociali, per costituire un Fondo per la formazione. Al riguardo si ricorda che tra i punti centrali dell’accordo di concertazione del luglio 2002 era previsto l’aumento dell’entità e della durata dell’indennità di disoccupazione (fino a portarla al 60 per cento della retribuzione per i primi 6 mesi, al 40 per cento per i successivi 3 mesi, e al 30 per cento per gli ulteriori tre mesi, per una durata totale di 12 mesi), misura alla quale non è stato finora dato seguito.

Per la Cisl lo Statuto dei lavori è da considerare dunque come la costruzione di un nuovo sistema di tutele che accompagni gli interventi sulla flessibilità realizzati nell'ultimo periodo.

La flessibilità infatti non significa “assenza di regole”, ma al contrario presuppone un quadro normativo certo in cui si possano operare le scelte ritenute più opportune.

**3.** In conclusione voglio soffermarmi su alcune questioni a mio avviso centrali nel dibattito sullo Statuto dei lavori.

a) *Legge n. 30 e Statuto dei lavori.* La legge n. 30/2003, c.d. “Legge Biagi”, in materia di occupazione e mercato del lavoro, ed il relativo decreto attuativo, dal momento che prefigura in maniera pressoché compiuta il quadro normativo, almeno di carattere legale, della flessibilità, affossa definitivamente la prospettiva di uno Statuto dei lavori oppure ne rappresenta il punto di partenza? Personalmente propendo per questa seconda soluzione ritenendo di valorizzare il positivo riconoscimento di alcuni diritti fondamentali ad esempio per i “lavoratori a progetto” (in materia di gravidanza, malattia, infortunio, salute e sicurezza);

b) *Lo Statuto dei lavori come Testo Unico sul lavoro.* Al riguardo ci si domanda se sia opportuno pensare oggi ad uno Statuto dei lavori come ad un Testo Unico di riforma complessiva del diritto del lavoro, come proposto nel *Libro Bianco* del 2001. Forse se si vogliono evitare atteggiamenti e formulazioni tanto evocative quanto inconcludenti, appare preferibile un approccio gradualista che a partire dai primi risultati ottenuti (anche in tal caso il richiamo è innanzitutto alla disciplina dei “lavori a progetto”) li estenda ad istituti riguardanti la tutela sul mercato del lavoro e di tipo contributivo/previdenziale (sicurezza sociale);

c) *Statuto dei lavori e assetto istituzionale.* La prospettata emanazione di uno Statuto dei lavori come si inserisce nel nuovo riparto di competenze tra Stato e Regioni derivante dalla riforma del titolo V della Costituzione? I diritti riconosciuti nello Statuto dei lavori dovrebbero infatti porsi come *principi fondamentali* dell'ordinamento nazionale ai fini della competenza concorrente delle Regioni, non avendo senso sul punto differenziare in base alle specificità locali.

d) *Statuto dei lavori e contrattazione collettiva/bilateralità.* Lo Statuto dei lavori non dovrebbe limitarsi ad estendere i contenuti dei diritti e delle tutele, rispetto ai quali dovrebbe già trovare spazio la contrattazione collettiva, ma interessarsi anche degli strumenti volti a garantirne l'effettività. Che ruolo dunque può avere la contrattazione collettiva nel momento in cui si definisce il livello di protezione ritenuto necessario ed altresì quale mezzo per assicurarne la realizzazione?

Peraltro rispetto allo Statuto dei lavoratori del 1970, in cui la legge ha funzionato principalmente come supporto diretto all'azione sindacale sul luogo di lavoro, è ora richiesto, probabilmente, un approccio diverso. Vi è infatti la necessità di garantire una serie di servizi e di prestazioni per le quali il solo strumento contrattuale non è più sufficiente. Non a caso si discute molto di

bilateralità, nata proprio nelle condizioni di mercato del lavoro frantumato e disperso nel territorio e nei settori dove non era possibile utilizzare la tradizionale tutela contrattuale. I più recenti interventi in materia di mercato del lavoro hanno riconosciuto agli enti bilaterali significativi ambiti di intervento (in materia di intermediazione tra domanda ed offerta di lavoro; di contratti a contenuto formativo; di certificazione dei rapporti). Alla bilateralità va ora fornito un assetto compiuto, di matrice contrattuale, anche per risolvere questioni inedite, quali ad esempio il ricorso a strumenti mutualistici per misure di sostegno al reddito dei lavoratori occupati in rapporti di lavoro flessibili.

Nuovo interesse assume anche il rapporto tra contrattazione collettiva e contratto individuale. Molto più che in passato si dovrà infatti partire da una attenta considerazione delle esigenze individuali per ricondurle ad un quadro di tutela collettiva.

Sullo sfondo rimane la necessità di avviare in tempi rapidi la riforma del sistema contrattuale, con una chiara definizione del ruolo dei diversi livelli, rafforzando il peso della dimensione territoriale. Sia il nuovo assetto istituzionale sia i numerosi, e talora indistinti, rinvii operati dalla legge n. 30 alla disciplina contrattuale spingono infatti in tal senso.

## Statuto dei lavori e Carta dei diritti

Tiziano Treu

*Sommario:* **1.** Le “complicazioni” della legge n. 30/2003. – **2.** Riprendere la strada della modulazione delle tutele. — **3.** La “diversità” dei rapporti di collaborazione. — **4.** Tutela del lavoro e diritti di cittadinanza. — **5.** L’area comune delle tutele del lavoro. — **6.** Il rilievo della sottoprotezione economica e la proporzionalità delle tutele. — **7.** Tutela nel rapporto e servizi nel mercato del lavoro. — **8.** La flessibilità nel rapporto di lavoro. — **9.** Adattabilità del lavoro tipico e attrattività dei lavori nuovi.

**1.** L’approvazione della legge n. 30/2003 e del relativo decreto attuativo n. 276 ha già mobilitato l’impegno interpretativo dei giuristi. L’intensità dell’interesse per la grande quantità di materiale si accompagna con un certo disorientamento, se non confusione, per il carattere alluvionale della normativa. Ci vorrà molto a mettere ordine; ammesso che la normativa dimostri di acquisire stabilità: cosa non scontata date le discontinuità degli eventi, non solo politici, e la propensione agli aggiustamenti successivi rivelata dal legislatore.

Lo sforzo di mettere a fuoco i singoli istituti con le relative configurazioni sta occupando la maggior parte dell’impegno e dei primi commenti <sup>1</sup>. Se questo è comprensibile e inevitabile, non si dovrebbe peraltro trascurare l’attenzione per l’impianto generale della normativa e per le sue implicazioni in ordine agli equilibri della disciplina.

L’attenzione è necessaria perché le ambizioni del legislatore di rivedere l’assetto della materia sono evidenti, anche se non è detto che gli effetti corrisponderanno alle intenzioni. Non posso, né intendo, affrontare la questione nella sua ampiezza. Farò qualche osservazione sul tema oggetto del presente dibattito, che vuole riprendere la prospettiva di un possibile “Statuto dei lavori”, da tempo all’esame della dottrina e annunciato anche dal Governo come impegno successivo se non conseguente alla legge n. 30.

Tutto si può dire tranne che questa legge sia indifferente rispetto al tema, anche

---

\* Tiziano Treu è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l’Università Cattolica di Milano.

<sup>1</sup> Già affollatissimi, vedi F. Carinci, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel mercato del lavoro di inizio secolo*, in Id. (coordinato da), *Commentario del D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, Ipsoa, Milano, 2004, tomo I; M. Tiraboschi, *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276. *Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, in Collana ADAPT-Fondazione “Marco Biagi”, n. 2, Giuffrè, Milano, 2004; De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2003; Treu, *Legge Biagi: un intrico da districare*, in *L’Impresa*, 2004, n. 1, 46 ss., e n. 2, 46 ss.

se non lo tratta. A mio avviso crea complicazioni non da poco sulla strada che dovrebbe portare alla elaborazione di uno statuto inteso, com'era nelle indicazioni originarie della bozza del 1998<sup>2</sup>, a riposizionare l'apparato di tutela del diritto del lavoro rispetto al continuo mutamento del lavoro e dei lavori. Non mi riferisco alla disciplina strumentale sulla riorganizzazione dei servizi all'impiego contenuta nei primi titoli del decreto n. 276, che è in continuità con la precedente legge n. 196/1997 e che può essere indirettamente utile, se applicata debitamente, a contrastare rischi di destrutturazione del mercato del lavoro. Le complicazioni possono derivare dal cuore della nuova normativa che si propone di adeguare l'assetto normativo del diritto del lavoro alla nuova realtà produttiva moltiplicando le tipologie contrattuali utilizzabili per lo svolgimento di prestazioni di lavoro. In tal modo al di là delle dichiarazioni, si segue una direzione opposta rispetto a quella suggerita dalla necessità di creare un sistema di norme "adattabili" alle rapide trasformazioni del lavoro che caratterizzano il nostro tempo. Il tentativo di far rientrare in una pluralità di modelli contrattuali la miriade di forme di attività espresse dall'attuale organizzazione economica risulta poco convincente in quanto, piuttosto che superare il modello tradizionale, incentrato sul rapporto di lavoro subordinato, ne amplifica i limiti, creando tante discipline rigide per quanti sono i nuovi schemi contrattuali.

La moltiplicazione dei tipi, spesso identificati in modo discutibile, come nel caso del contratto a progetto, ciascuno provvisto della sua disciplina rigida, costituisce un *rebus* applicativo per gli operatori, e rischia di contraddire lo stesso obiettivo della normativa di facilitare un impiego flessibile di varie forme contrattuali secondo i fabbisogni aziendali. Sono disposto a ricredermi, ma ho l'impressione che i fabbisogni di flessibilità particolarmente in entrata, siano stati sopravvalutati dal legislatore per un eccesso di zelo (o di ideologia). Senza dire che la pluralità delle offerte di flessibilità, intrecciate con i molteplici meccanismi di incentivo, rischia di essere un elemento di confusione<sup>3</sup>, più che di aiuto per molti imprenditori.

Ma il dubbio riguarda, oltre che la funzionalità pratica, la stessa adeguatezza degli strumenti utilizzati. Per dare risposte efficaci alla necessità di coniugare nuove tutele ai nuovi lavori dobbiamo tenere presente che le tecniche di regolazione tradizionali del diritto del lavoro, costruite sul modello prevalente del lavoro subordinato nella grande fabbrica, devono subire un profondo riorientamento. Spesso le aziende, per ragioni di flessibilità, utilizzano la propria manodopera entro schemi diversi da quelli tradizionali; per proteggere le realtà delle nuove strutture produttive, del lavoro autonomo e dei lavori subordinati flessibili, servono nuove tecniche di regolazione, non la vecchia tecnica della moltiplicazione dei tipi.

---

<sup>2</sup> Cfr. in Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*. Il Mulino, Bologna, 2001, 317 ss.; e per una prima discussione, cfr. *Il Dibattito sui nuovi lavori*, in *DRI*, 1998, n. 3, 297 ss.; cfr. inoltre, *Nuovi lavori e parasubordinazione*, in *DRI*, 2000, n. 3, 295 ss.; Biagi, M. Tiraboschi, *Le proposte legislative in materia di lavoro subordinato*, in *LD*, 1999, n. 4, 571 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Vallebona, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, IX ss.

La gestione della legge si presenta anche per questo difficile e dall'esito incerto. Né è prevedibile che i pur reiterati rinvii alla contrattazione collettiva possano fare molto per correggere i rischi di deriva, almeno per questo aspetto.

La quantità dei rinvii non è di per sé garanzia di una loro capacità di incidenza, specie su una materia così delicata come la finalizzazione dei tipi e la loro funzionalità tanto più che gli stessi rinvii non sono quasi mai configurati come necessari, cioè come una delega del legislatore alle parti del potere di condizionare la operatività della legge. Ipotesi del genere non sono assenti nella nostra esperienza recente; anzi sono state ritenute uno strumento privilegiato per rendere socialmente più accettabile la deregolazione o l'“ammorbidente” delle rigidità del diritto del lavoro.

Il legislatore attuale ha viceversa escluso, salvo che in casi circoscritti (ad esempio il lavoro supplementare nel part-time), questo ruolo forte della contrattazione, ritenendolo troppo vincolante per i propri obiettivi di flessibilizzazione del mercato del lavoro: l'andamento della deregolazione dunque non è più negoziato, ma è sancito per legge, salvo la possibilità della contrattazione di correggerne i contenuti e gli effetti.

**2.** Non posso approfondire oltre questi rilievi critici<sup>4</sup>. L'esperienza chiarirà meglio se e quanto sono fondati; e se sarà necessario correggere singoli aspetti della normativa o addirittura ripensarne l'impianto complessivo.

In ogni caso mi sembra più che mai opportuno riprendere il filo del discorso avviato da tempo sotto il titolo di Statuto dei lavori, verificando sia l'attualità delle ipotesi allora avanzate in un contesto diverso di politica del diritto, sia la loro possibile utilità per adeguare il diritto del lavoro di fronte agli sconvolgimenti in atto nel mercato del lavoro, non contrastati, anzi assecondati dalla legge n. 30.

La proposta di Statuto del 1998, come quella più recente sottoscritta da vari parlamentari fra cui io stesso (AS 1872 dicembre 2002, c.d. *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*), si proponeva infatti di operare una revisione sistematica dell'assetto normativo del diritto del lavoro a fronte della moltiplicazione delle forme di attività espresse dall'attuale organizzazione economica e per contrastare i rischi di destrutturazione in atto. La stessa relazione al disegno di legge n. 1872/2002, denuncia l'inadeguatezza, o la pericolosità di procedere come è stato finora, con adattamenti parziali, e prevedendo rapporti di lavoro detti atipici, cioè regolati diversamente, di solito con tutele minori rispetto a quelle tradizionali, con maggiore flessibilità e con minori costi, specie previdenziali (tipico il cosiddetto lavoro “parasubordinato”).

La stessa relazione denuncia come “questi adattamenti siano *risultati efficaci* sul piano occupazionale e ritiene urgente fare un passo ulteriore, pena *il rischio che prendano piede tendenze destabilizzanti*: sia sul piano della conformazione del rapporto di lavoro e dei diritti che in esso si devono radicare, sia perché i

---

<sup>4</sup> Cfr. più ampiamente Treu, *La legge 30 e la contrattazione collettiva*, in Pedersini (a cura di), *Oltre la flessibilità*, Edizioni Lavoro, Roma, pubblicazione della Fondazione Seveso, 2004.

rapporti atipici sono oggi affiancati da istituti di sicurezza sociale, assolutamente frammentari e incerti. Essi quindi sono soggetti ad una corrosione surrettizia e non controllata delle tutele, che punta poi anche ad altri rapporti e che può pericolosamente destrutturare il mercato del lavoro”.

Il rischio paventato dal disegno di legge era ben presente al momento del primo progetto di Statuto; è accresciuto nel contesto attuale e dalla legge n. 30. Per questo risulta avvalorato l'obiettivo “di dotare tutte le forme di lavoro di un quadro generale di principi e di diritti, che corrisponda, senza alcun regresso, al nuovo mondo del lavoro, che esige che il lavoro sia maggiormente e permanentemente qualificato, capace di far fronte alle sfide di una concorrenza interna e internazionale che si gioca soprattutto sul terreno dell'innovazione e della qualità”. Il perseguimento di questo obiettivo già enunciato da tempo solleva questioni ancora irrisolte sia di principio sia di carattere pratico.

**3.** La prima questione riguarda la definizione dell'oggetto del nuovo Statuto rispetto alla molteplicità dei lavori. Il principio guida contenuto nel progetto originario del 1998 e ripreso con adattamenti nella Carta dei diritti, è quello cosiddetto della modulazione delle tutele; secondo il quale occorre ridefinire lungo una scala continua le diversificate forme di lavoro oggi esistenti, partendo da una protezione di base comune a tutti i tipi di lavoro, per procedere poi gradualmente verso normative e tutele differenziate e ulteriori. Questo principio viene contrastato da tutti coloro che ritengono invece necessario riaffermare (non solo) la persistente egemonia del modello del lavoro subordinato e quindi della relativa disciplina di tutela inderogabile. Nelle sue forme più nette questa tesi porta a disconoscere o ridurre drasticamente il fenomeno della diversificazione dei lavori e a ricondurre le nuove forme a varianti formali o applicative del prototipo lavoro subordinato<sup>5</sup>.

Sono significative le considerazioni svolte a proposito dei rapporti di collaborazione coordinata continuativa già all'inizio del dibattito e ora riproposte a sostegno di proposte di legge, come quella della Cgil<sup>6</sup>. Questa figura è sicuramente emblematica dell'evoluzione dei nuovi lavori e delle esigenze di adattare le regole e le tutele. È infatti su di essa che si è incentrata la maggior parte del dibattito fin dalla scorsa legislatura: anche se ritengo che ciò non abbia giovato a una valutazione equilibrata della posta in gioco e a soluzioni equilibrate.

Queste posizioni portano a negare la diversità dei rapporti della collaborazione rispetto al lavoro subordinato. In entrambi i casi il nucleo qualificatorio resta

<sup>5</sup> Cfr. Ferraro, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, 487 ss.; cfr. anche Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, II, 1136 ss. La suggestione è visibile già nel progetto di legge n. 5632 della scorsa legislatura: cfr. commento in Ghezzi (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro: proposte per un testo unico*, Ediesse, Roma, 1996, 196 ss.; nonché Alleva, *Flessibilità del lavoro e unità-articolazione del rapporto contrattuale*, in *LG*, 1991, 777 ss.

<sup>6</sup> Cfr. la proposta Cgil sull'unificazione del lavoro alle dipendenze altrui.

identificato nella eterodirezione del soggetto lavoratore, mentre la particolarità della collaborazione viene ridotta a una modalità di organizzazione dell'attività svolta, ininfluenza sulla struttura del tipo: come quella che distingue ad esempio i diversi contenuti professionali e i diversi gradi di autonomia esecutiva del lavoro subordinato. La conseguenza è che alle collaborazioni vanno estese tutte le tutele, diritti secondo la terminologia utilizzata da queste proposte, propri del diritto del lavoro storico e quindi tutta la disciplina protettiva inderogabile che regola il rapporto individuale di lavoro. Una implicazione parallela è che così si avvalga una accezione allargata e attenuata di subordinazione, in grado di mantenere ampi i confini della disciplina lavorativa, a difesa dei tentativi presenti di evadere le tutele del contraente debole proprie del diritto storico del lavoro.

Le preoccupazioni che ispirano queste tesi sono in sé fondate. Ma la risposta è di dubbia efficacia per la sua estraneità alle tendenze effettive del lavoro; e rischia di essere controproducente per le reazioni che può provocare. Il rischio, già verificatosi nei fatti, è che si crea una sorta di circolo vizioso: per cui la sottotutela di certi tipi di lavoro autonomo spinge a negarne la diversità e ad attrarli nella disciplina tradizionale del lavoro subordinato per un malinteso senso di « giustizia », con la conseguenza di irrigidire le dinamiche del mercato del lavoro e provocare reazioni elusive alla disciplina vincolistica sfocianti nel lavoro sommerso. Dall'altra parte l'allargamento del concetto di subordinazione favorisce uno squilibrio nella distribuzione delle protezioni sociali, che ha portato a « concedere tutele a chi non ne ha bisogno, e a negarle a chi invece ne avrebbe ».

Il mantenere rigida la dicotomia tradizionale fra lavoro subordinato e lavoro autonomo nel contesto attuale propizia obiettivi opposti a quelli perseguiti dai sostenitori della tesi in esame. È quanto è successo con la legge n. 30/2003 e col decreto attuativo n. 276/2003 ove si riduce il contratto di collaborazione (ora mutato in contratto a progetto) all'area del lavoro autonomo e conseguentemente si ritengono applicabili solo in parte molto ridotta le tutele fondamentali del lavoro subordinato; e si considera in modo residuale la condizione di dipendenza economica, che invece caratterizza questo tipo.

La nuova normativa non adotta ancora la scelta estrema di qualificare il lavoro autonomo come modello centrale e attrattivo dell'economia post-fordista in sostituzione del lavoro subordinato. In Italia neppure i sostenitori più accesi della *deregulation* se la sentono di proporre una simile strada, che ridurrebbe in prospettiva il diritto di lavoro a quello generale dei contratti. Ma la suggestione di avvallare il modello di lavoro autonomo come parte rilevante del futuro mercato del lavoro è presente<sup>7</sup>. Proprio questa forzatura mostra la debolezza e il carattere conservatore delle posizioni sopra ricordate. Nel

---

<sup>7</sup> Cfr. le riflessioni di Pedrazzoli, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Scritti in onore di F. Mancini*, Giuffrè, Milano, 1998, I, 397 ss.; Id., *Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato*, in *Aidlass, Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1998, 105 ss.; e anche, con differenziazioni, D'Antona, *La metamorfosi della subordinazione*, in *RCDL*, 1998, Quaderni, I, 23 ss.

contempo sottolinea le esigenze strutturali e di sistema che stanno alla base delle proposte di modulazione delle tutele.

4. Al di là di varianti specifiche l'esigenza di fondo desumibile dalle trasformazioni in atto, è quella di sostituire la rigida contrapposizione « della coppia lavoro-autonomo/lavoro-subordinato con un *continuum* di tipi di attività »<sup>8</sup>, delle quali ricercare gli elementi caratteristici senza irrigidirli a priori in schemi precostituiti, vecchi e nuovi, ma anche senza volerli misurare, come eccezioni anomale, rispetto al « lavoro tipo, ingessato nella figura canonica del lavoro dipendente ».

Segnali di redistribuzione delle tutele fra le varie forme di lavoro diverse dal tipo classico sono già percepibili nel nostro ordinamento e in altri Paesi, come ho rilevato diffusamente altrove<sup>9</sup>. Le proposte di Statuto dei lavori, da quella del 1998 a quella del 2002, intendono rendere sistematica l'opera di redistribuzione delle tutele avviata in modo episodico.

Nel dibattito relativo alla revisione delle tutele è stata avanzata una proposta di redistribuzione radicale delle stesse: quella che ha propugnato il passaggio da una protezione del lavoratore come tale alla tutela del lavoratore come cittadino e che nelle formulazioni più nette è arrivata a riconnettere una serie di diritti sociali non allo *status* di lavoratore bensì a quello di "cittadinanza operosa"<sup>10</sup>. Questa proposta ha ricevuto obiezioni per così dire simmetriche a quelle rivolte alle tesi confermatrici dell'immutabile centralità del lavoro subordinato. Il diritto del lavoro tradizionale verrebbe qui non assolutizzato nelle sue mire egemoniche ma al contrario spogliato delle sue funzioni di tutela, che verrebbero esternalizzate nella sfera pubblica, e sarebbe deresponsabilizzato, finendo per perdere i contatti con quel mercato del lavoro che invece richiede di essere governato con strumenti specifici<sup>11</sup>.

Questa deresponsabilizzazione si rifletterebbe sullo stesso impianto del *welfare* in quanto le protezioni della cittadinanza sociale, slegate dal contesto dei concreti rapporti di produzione e di lavoro, sarebbero più che mai esposte al

<sup>8</sup> Cfr. Pedrazzoli, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, 1998, 17; Id., *Dal lavoro autonomo al lavoro subordinato*, cit., 140 ss.; Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, n. 2, 234 ss.; Davies, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, n. 2, 109 ss.; e nelle analisi sociologiche Accornero, *Intervento*, in Aa.Vv., *Nuove forme di lavoro fra subordinazione, coordinamento e autonomia*, Cacucci, Bari, 1997, 77; Rullani, *Dal fordismo al post-fordismo*, in Doc. Cnel, *Post fordismo e nuova composizione sociale*, Roma, 2000, 110.

<sup>9</sup> Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, cit., 180 ss.

<sup>10</sup> Cfr. da ultimo Romagnoli, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di eguaglianza*, in Mengoni, Napoli (a cura di), *Costituzione, lavoro e pluralismo sociale*, Vita e pensiero, Milano, 1998, 41; Balandi, *Non lavoro e protezione sociale*, in *LD*, 1995, n. 1, 15.

<sup>11</sup> Cfr. le critiche del Rapporto Supiot, *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999, che non prende neppure in considerazione la prima tentazione e si propone di evitare la seconda; cfr. le conclusioni, con commenti, in *DS*, 1999, 432.

rischio di « affogare nel *mare magnum* di un nuovo assistenzialismo pubblico » o addirittura di degradare da diritti esigibili a *conditional opportunities* <sup>12</sup>.

Queste ultime posizioni pur nelle loro forzature universalistiche, hanno svolto una utile sollecitazione a ripensare i nessi fra diritto del lavoro e diritti sociali. In particolare mostrano la necessità di allargare sia l'ambito di applicazione della disciplina di tutela a tutti i lavori, sia le funzioni della disciplina. Segnala l'esigenza di recuperare la vocazione originaria, ma nel tempo trascurata, del diritto del lavoro di promozione delle opportunità di impiego per tutti i lavoratori (e non per i soli *insiders*) e per altro verso integra la tradizionale attenzione alle protezioni nel rapporto del lavoro con istituti di *welfare* in senso lato pure estesi a tutti i lavoratori, dagli ammortizzatori sociali, alla previdenza, alla formazione continua, alle misure di politica attiva sul mercato del lavoro. Questa provocazione è raccolta nei progetti ricordati di Statuto e ne costituisce uno degli aspetti di novità più significativi.

**5.** L'allargamento dell'attenzione a tutte le forme di lavoro comporta la definizione di un'area comune di tutele o di diritto sociale. È il cerchio più ampio del diritto del lavoro presidiato dal carattere della generalità e della imperatività, che riguarda tutti i tipi di lavoro compreso quello autonomo. Questa base comune di diritto riguarda la protezione della persona e cioè del lavoratore cittadino. Ma la specificità della protezione non scompare per la latitudine dell'ambito di riferimento. Resta legata alle caratteristiche sociali e giuridiche dei vari rapporti di lavoro, che richiedono tecniche e obiettivi circostanziati, diversi da quelli applicabili al cittadino in altre situazioni della vita personale e fortemente sollecitati dalle modifiche in atto nella dinamica di tutti i rapporti di lavoro. Ciò vale con evidenza per i diritti di organizzazione e di azione collettiva, ma anche per l'attuazione del principio di non discriminazione e della tutela della salute (che si attiva in quanto l'ambiente di lavoro sia organizzato dal datore di lavoro o dal committente).

Analoga specificità è richiesta per un'altra serie di diritti personali, di più recente emersione, pure inclusi in questo cerchio ampio della disciplina: il diritto alla tutela contro le molestie sessuali, il diritto alla maternità e paternità, alla cura personale e alla conciliazione fra tempi di vita e tempi di lavoro. L'applicazione di questi diritti ai diversi tipi di lavoro costituisce una sfida inedita al legislatore e alla stessa contrattazione collettiva: o perché essi sono sconosciuti alla tradizione giuslavoristica (come la conciliazione fra tempo di vita e di lavoro) o perché sono stati applicati al lavoro subordinato e alla fabbrica fordista. Per riferirsi efficacemente alle diverse realtà del lavoro autonomo, e degli stessi lavori subordinati flessibili, devono subire un profondo riorientamento, che è appena stato avviato.

---

<sup>12</sup> De Simone, *Problemi di identità: il "cittadino lavoratore" e l'evoluzione del diritto del lavoro*, in *LD*, 1995, n. 1, 27 ss., e Barbera, *Dopo Amsterdam, i confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000; Perulli, *Postfordismo, forma dello Stato e diritto del lavoro*, in *LD*, 1998, 257 ss.

Esigenze di specificità applicativa si pongono infine per le tutele riguardanti non il posto ma il mercato del lavoro. Se si vuole tutelare i lavoratori, vecchi e nuovi, occorre farlo nelle diverse attività cui di volta in volta si dedicano, con politiche di sostegno sul mercato in cui operano; per questo va data importanza centrale alla fruibilità dei servizi all'impiego e alla formazione continua, che deve diventare un diritto di tutti i lavoratori, da esercitarsi anche individualmente.

Ma anche questi istituti di servizio, formazione e assistenza sul mercato del lavoro, sono stati costruiti per i bisogni tipici del lavoro dipendente; anzi per servire la parte più debole dell'offerta di lavoro di fronte a squilibri strutturali con la domanda. Lo rivela la storia, tutta italiana, della richiesta numerica nel collocamento e della progressiva estensione della richiesta nominativa e dell'assunzione diretta. Per i lavoratori autonomi servizi significativi sono stati svolti dalle associazioni di categoria, o da professionisti specializzati.

Il decentramento dei servizi sul mercato del lavoro e il superamento del monopolio pubblico, avviati dalla legge n. 196/1997 e completati dalla legge n. 30/2003, sono destinati ad arricchire la gamma di questi servizi e a renderli più accessibili alle varie categorie di lavoratori compresi i lavoratori autonomi e associati. Anche per essi le esigenze di informazione e di sostegno del mercato del lavoro sono cresciute e non risultano sempre soddisfabili in via individuale. Analogamente per tutti i tipi di lavoro, e per il lavoro autonomo con evidenza maggiore di quanto comunemente si creda, è cresciuta la necessità di una formazione nel corso della vita lavorativa capace di realizzare un aggiornamento continuo contro i rischi di obsolescenza professionale, di favorire la diversificazione, la crescita e il miglioramento delle competenze.

**6.** La seconda area di tutela, più circoscritta di quella comune a tutti i lavori, è stata individuata sia nel dibattito dottrinale, sia nei progetti di Statuto dei lavori, con termini e secondo ambiti diversi: da quello tradizionale di lavoro parasubordinato, a quello di collaborazione coordinata e continuativa, fino alla formula utilizzata nei progetti del 1998 e del 2002 di "lavoro economicamente dipendente". Questa è l'area più controversa sotto il profilo sia dell'identificazione della fattispecie sia delle scelte di politica del diritto, cioè delle tutele applicabili. Nei progetti ricordati si è preferito usare il termine di uso europeo, "lavoro economicamente dipendente". La si è ritenuta una formula pregnante e meno equivoca del nostro "lavoro parasubordinato", e che richiama una *ratio* di tutela parzialmente diversa da quella tipica del lavoro subordinato, esprimibile in termini di diretta rilevanza della sottoprotezione socio-economica del lavoratore, non mediata, cioè, dall'atteggiamento personale che è connaturato al lavoro subordinato. Questo criterio sembra inoltre il più congruo alle caratteristiche dei nuovi modi di produzione che alleggeriscono taluni aspetti di soggezione funzionale e personale propri della impresa fordista, riflessi nei caratteri attribuiti alla subordinazione giuridica, ma ripropongono vincoli di dipendenza economica di varia entità a chi lavora per altri nell'impresa e sul

mercato. Esso è variamente adottato nei vari orientamenti e riceve significativi avalli nelle elaborazioni europee<sup>13</sup>.

Su questo punto si sono concentrate le discussioni più accese fra i giuristi e fra i parlamentari (si pensi alle tantalizzanti vicende del progetto Smuraglia). Non si pretende certo di frenare l'ardore di questo dibattito. So bene che la modulazione delle tutele, ora al centro del dibattito politico, non elimina la necessità di identificare le fattispecie cui si riferiscono le varie discipline. Ribadisco peraltro che un approccio graduato alle tutele sdrammatizza la questione definitoria e permette all'interprete di risolverla con maggiore distacco, senza essere forzato dalla preoccupazione della quantità di protezione da garantire al lavoratore. Forzature del genere hanno portato in passato ad allargare indebitamente l'area della subordinazione e a non vedere le diversità dei lavori e dei loro bisogni (anche di tutela).

Poter applicare gradi diversificati di tutela a diverse forme di lavoro, superando l'alternativa fra tutto o niente, permette di guardare in modo meno schematico e a mio avviso più aderente alla realtà, anche i contorni della fattispecie. In base a questi, gli estensori dei progetti del 1998 e del 2002 hanno ritenuto opportuno non accanirsi in definizioni rigide della fattispecie, ritenendole inadatte, come la coppia lavoro-autonomo/lavoro-subordinato, a dar conto delle variabili identità dei lavori, lungo quel *continuum* di cui si diceva<sup>14</sup>.

Invece di irrigidire a priori le fattispecie in rigidi schemi precostituiti, si è ritenuto sufficiente e più utile procedere alla loro identificazione attraverso l'utilizzo di una pluralità di indici amministrabili secondo il criterio della prevalenza e con un giudizio per approssimazione già usati dalla giurisprudenza. Si tratta di indici non tutti necessari in ciascuna fattispecie, che vanno dall'assenza di collaboratori, alla corrispondenza qualitativa al lavoro salariato, al lavorare per un solo datore di lavoro o committente, alla mancanza di un vero mercato per i propri prodotti o servizi. L'inopportunità di assolutizzare singoli requisiti è confermata dalle contraddizioni che sono già state rilevate nella scelta della legge n. 30 e del decreto n. 276/2003 di concentrare

---

<sup>13</sup> Cfr. soprattutto Davies, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, cit., 210 ss.; Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, cit., 227 ss.; e Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, 21 ss.

<sup>14</sup> La inanità degli sforzi definitivi risulta chiara dalle vicende del citato ddl n. 5632 della scorsa legislatura, e ora viene confermata dai confusi tentativi di definire il contratto a progetto da parte della legge n. 30 e del decreto n. 276/2003: cfr. fra i commenti largamente critici Magnani, *Verso uno statuto dei lavori*, in *DRI*, 1998, n. 3, 311 ss.; Miscione, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, 812 ss.; Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Commento al titolo VII del D.Lgs. 276/03*, in *Working Paper D'Antona*, 2003, n. 29, Università di Catania; Proia, *Lavoro a progetto e modelli contrattuali di lavoro*, in *ADL*, 2003, 665 ss.; M. Tiraboschi, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in *Le nuove collaborazioni. Contratto a progetto, lavoro occasionale, collaborazioni coordinate e continuative*, *GLav*, gennaio 2004, n. 4, suppl., 14 ss.; De Luca Tamajo, *Dal lavoro parasubordinato al lavoro "a progetto"*, in *Working Paper D'Antona*, 2003, n. 25, Università di Catania.

l'identità del contratto a progetto nella presenza di un termine allo stesso progetto<sup>15</sup>.

Il carattere di sotto-protezione economica proprio di questi tipi di lavoro fonda anche il criterio ordinatore della loro tutela. L'indicazione generale è espressa nella relazione al progetto del 2002 (AS 1872) secondo cui le diverse regole si devono ispirare al principio desumibile dall'articolo 35 Cost. di proporzionalità rispetto ai bisogni di tutela e di regolazione: in questo caso è appunto la dipendenza economica che richiede protezioni più intense di quelle sufficienti per il lavoro autonomo. Applicando tale principio, si possono escludere sia adattamenti marginali della distribuzione attuale, quali si ritrovano nelle proposte che riportano ai nuovi lavori l'essenza delle tutele del lavoratore subordinato, sia le proposte, altrettanto estreme, che vorrebbero una riduzione lineare di tutte queste tutele, verso un minimo comune denominatore applicabile anche al lavoro autonomo *tout court*. Entrambe queste soluzioni forzano ideologicamente le tendenze percepibili del nuovo paradigma produttivo, continuando ad omologarlo al vecchio o all'opposto immaginando una totale autonomizzazione del lavoro che ignora le disparità economiche dei lavoratori sul mercato e i motivi di scelta fra lavoro autonomo o subordinato.

L'esigenza di una tutela differenziata è riconosciuta dalla stessa legge n. 30/2003 che, pur affermando la natura autonoma del lavoro a progetto, gli attribuisce una serie di tutele specifiche, ancorché insufficienti.

La modulazione delle tutele realizzata dai progetti di Statuto è ispirata a valutazioni di massima, e pragmatiche, anch'esse sicuramente affinabili.

**7.** Alcune norme del progetto prevedono tutele assimilabili a quelle del lavoro subordinato, perché corrispondenti a bisogni riconducibili alla posizione di dipendenza economica, ma che richiedono adattamenti rispondenti, alle caratteristiche particolari del lavoro. È il caso delle garanzie per la salute e per la sicurezza del lavoro, che sono quelle del decreto n. 626/1994, ma adattate al carattere di un'attività che è spesso slegata dal luogo fisico della fabbrica. In molti casi l'ambiente di lavoro si allarga al di fuori di uno spazio definito, fino a coincidere con l'ambiente in genere. Gli standard di sicurezza vanno dunque riconsiderati su questa scala più ampia e applicati con misure funzionalmente equivalenti, ma non identiche, a quelle adottate per i lavoratori subordinati. Adattamenti simili si prevedono in tema di diritto all'equo compenso, di invenzioni, di diritti di informazione, e in particolare riguardo alle tutele in caso di recesso. Viene protetta la continuità del rapporto, ma in modo diverso che nel caso di lavoro subordinato: si è previsto un diritto di preavviso in caso di interruzione se il rapporto è a tempo indeterminato, e un indennizzo se la interruzione è ingiustificata. Non è invece praticabile la reintegrazione dei lavoratori economicamente dipendenti nel posto di lavoro, perché per questo tipo di prestazione il posto di lavoro non esiste o è sfuggente. Analogamente risultano difficilmente applicabili ai rapporti economicamente dipendenti le

---

<sup>15</sup> Cfr. gli Autori citati alla nota precedente.

sanzioni disciplinari e le relative procedure che rispondono alla configurazione tipica del rapporto di lavoro subordinato inserito nell'impresa.

Un carattere rilevante dei rapporti in esame che ne giustifica protezioni ulteriori rispetto a quelle comuni a tutti i lavori consiste nella loro accentuata precarietà, connessa alla dipendenza da un committente (per questo aspetto avvicinata a quella dei lavoratori temporanei). Per fronteggiare tali bisogni lo Statuto estende a questi contratti non solo le protezioni contro i rischi di sospensione del lavoro dovuti a motivi personali (malattia, infortuni, maternità, congedi), in misura più consistente delle deboli norme del decreto n. 276 del 2003, ma anche le protezioni dai rischi e i sostegni sul mercato del lavoro<sup>16</sup>. Rientrano fra queste i servizi all'impiego e gli istituti della formazione continua, che vanno finalizzati in modo specifico per rispondere alle esigenze di lavori particolarmente fragili e mobili sul mercato anche se sempre più professionalizzati.

Un posto centrale occupa in questo disegno l'introduzione di forme specifiche di ammortizzatori sociali. L'esigenza di modificare profondamente gli ammortizzatori si pone per tutte le forme di lavoro, compreso quello subordinato, sia per coprire le aree non tutelate, a cominciare dai dipendenti delle piccole imprese, sia per fronteggiare l'accentuata variabilità dei mercati e mobilità delle persone. In un contesto in cui variabilità e mobilità si caratterizzano come aspetti fisiologici e non come evenienze isolate, non si può continuare a concepire l'istituto in funzione di eventi eccezionali come è stato finora. Esso va non solo esteso ai vari tipi di lavoratori, ma finalizzato a guidare e sostenere le varie "transizioni" che ricorrono nei processi lavorativi. Per altro verso va strettamente integrato con i servizi all'impiego e con la formazione continua, in modo da realizzare una tutela attiva della continuità del reddito, che abbia caratteristiche di adeguatezza, temporaneità, economicità, finalizzazione al mantenimento e al miglioramento della capacità professionale e alla rioccupazione produttiva. Solo così si può ottenere quell'equilibrio fra flessibilità e sicurezza richiesto dall'Europa e viceversa non rispettato dalla legge n. 30/2003<sup>17</sup>.

Queste esigenze di rafforzamento delle sicurezze, si pongono in modo eguale per i lavoratori economicamente indipendenti come per quelli subordinati, anzi persino in modo accentratore. Lo Statuto si limita ad affermare in linea di principio il diritto alla tutela attiva della continuità del reddito in caso di disoccupazione involontaria, secondo i criteri sopra richiamati, e, in particolare,

---

<sup>16</sup> Un legislazione che preveda tali protezioni serve anche a promuovere la contrattazione collettiva riguardante questi lavoratori e a rafforzarla nella difficile opera di tutelarli adeguatamente: cfr. Altieri, *Le esperienze di contrattazione di Nidil-CGIL*, in [www.ildiariodellavoro.it](http://www.ildiariodellavoro.it).

<sup>17</sup> Una ricalibratura funzionale, distributiva e normativa, è richiesta a tutto il sistema di *welfare* per adattarlo ai nuovi bisogni. Questi sono meno concentrati sulla protezione del reddito dei pensionati e più sulla integrazione sociale dei giovani, dei gruppi a rischio di esclusione, sulla valorizzazione del capitale umano e quindi su una concezione dinamica dell'eguaglianza delle opportunità: Ferrera, Hemerijck, Rhodes, *The future of social Europe*, celta editor, Oeiras, 2001, 88 ss.

il diritto dei lavoratori economicamente dipendenti a mezzi adeguati alla soddisfazione di esigenze socialmente rilevanti in relazione ai periodi di discontinuità del lavoro.

Il passaggio dalle enunciazioni di principio alla regolazione degli istituti per le varie situazioni è evidentemente cruciale. Nel caso degli ammortizzatori tale passaggio è stato attuato in relazione sia ai lavoratori economicamente dipendenti, sia ai lavoratori subordinati caratterizzati da simili rischi di precarietà, con un apposito disegno di legge elaborato dallo stesso gruppo di parlamentari autore della Carta dei diritti (AS 1674 dicembre 2000).

Per istituti come i servizi all'impiego e la formazione continua le normative esistenti sono parziali e costruite sul prototipo del lavoratore subordinato classico; per tale motivo, come si diceva, vanno riviste per adattarle alla società dei nuovi lavori, a cominciare da quelli temporanei ed economicamente dipendenti. L'utilizzo degli enti bilaterali incentivato dalla legge n. 30 può essere utile, a condizione che le parti sociali sappiano effettivamente raggiungere e rappresentare i nuovi lavori.

L'aver indicato nel disegno di Statuto le linee di principio riguardanti l'estensione e la modulazione delle tutele non è un esercizio inutile, come qualcuno ritiene. Serve a fornire un quadro organico e linee guida per la regolazione di materie così difficili, onde evitare che ricada in casualità e incoerenze.

È una forma di legislazione per principi, poco usata da noi e che invece sarebbe opportuna non solo per regolare aspetti altamente variabili di certe materie (nel caso nostro dei rapporti di lavoro), ma anche per tener conto della articolazione delle fonti fra statali e regionali. Non si dimentichi che per alcuni dei temi centrali qui considerati, formazione personale, politiche attive dell'impiego e in parte anche ammortizzatori sociali, la definizione normativa specifica spetterà in tutto o in parte alle Regioni.

Una ulteriore innovazione necessaria per fronteggiare bisogni nuovi e tipici dei lavoratori temporanei, riguarda le proiezioni pensionistiche della tutela delle loro discontinuità. I lavori intermittenti, atipici ma anche tipici, vanno sostenuti non solo con prestazioni economiche per i periodi di inattività ma anche al fine di garantire la continuità delle contribuzioni pensionistiche. Si tratta sia di facilitare il congiungimento fra vari periodi di attività previsti in lavori diversi (totalizzazione) sia di integrare i periodi carenti con forme adeguate: cioè con contributi figurativi finanziati con fondi pubblici, eventualmente con la partecipazione degli interessati come è previsto in proposte ed emendamenti alla legge delega (AS 2058) in discussione al Parlamento. In mancanza di simili correzioni al sistema vigente le prestazioni pensionistiche di un numero crescente di questi lavoratori intermittenti sarebbero del tutto inadeguate.

**8.** L'esigenza di rimodulare le normative di tutela in risposta alle novità del mercato del lavoro si esprime non solo nella estensione e nell'adattamento di alcune tutele ai lavoratori nuovi, atipici, autonomi ed economicamente dipendenti, ma anche nella revisione dell'assetto normativo del lavoro subordinato tipico. Questa altra faccia della modulazione delle tutele ha sollevato controversie ultradecennali riguardanti la necessità di alterare il modello di regola-

zione rigida proprio del diritto del lavoro. Il dibattito sullo Statuto dei lavori si è inserito in queste controversie per un aspetto particolare spesso forzato dalle polemiche. Si è avanzato cioè l'argomento che la riduzione delle tutele del lavoro subordinato doveva essere posta in relazione, quasi in compensazione con l'estensione di alcune protezioni verso il lavoro autonomo, economicamente dipendente e associato.

Le novità e le variabilità dei modi di produrre e di lavoro, sono alla radice di entrambe le facce del problema ma è arbitrario e politicamente strumentale stabilire un nesso meccanico fra di esse. A decidere le conseguenze intervengono variabili diverse comprendenti scelte politiche e storicamente determinate. Nel contesto italiano le tendenze alla flessibilizzazione del lavoro tipico sono in atto da molto tempo e hanno conosciuto diverse tappe, fra cui da ultimo la legge n. 196/1997 e la legge n. 30/2003, col relativo decreto n. 276.

Non potendo analizzare in dettaglio le valutazioni su queste innovazioni mi limito a ribadire un giudizio sintetico già espresso altrove<sup>18</sup>. La legge n. 30 ha incrementato in modo notevole, secondo me eccessivo, le flessibilità in entrata nel rapporto di lavoro subordinato, moltiplicando i tipi di rapporto utili per l'accesso. A mio avviso è dubbio non solo che questa scelta abbia effetti positivi sull'occupazione ma che essa corrisponda a effettivi bisogni di flessibilità manifestati dalle imprese. Per questo sarebbe utile un monitoraggio attento dell'applicazione legislativa che verificasse il manifestarsi di tali bisogni per trarne conseguenze coerenti al fine di eventuali correzioni della disciplina.

Innovazioni meno incisive si sono regolate invece all'interno del lavoro subordinato, per aumentare il grado delle flessibilità cosiddette funzionali; e ciò da parte sia del legislatore sia della contrattazione collettiva. Non solo la politica ma la stessa riflessione teorica, hanno sottovalutato l'importanza di questi aspetti; quasi confidando che la moltiplicazione delle forme nuove di lavoro potesse esimere dal rivedere la funzionalità interna del rapporto di lavoro tipico. Viceversa proprio in questa area potrebbero introdursi adattamenti alla normativa esistente utili a migliorare la rispondenza dell'organizzazione del lavoro alle esigenze produttive, con modalità negoziate e senza esporre i lavoratori a rischi di precarietà<sup>19</sup>.

Un esempio in tal senso potrebbe riguardare la modifica dell'articolo 13 dello Statuto dei lavoratori, che nell'attuale versione appare inadeguato per eccesso (di rigidità) e per difetto (di promozionalità) a bilanciare le esigenze di tutela della professionalità dei lavori, con quelle di funzionalità dell'organizzazione alle mutevoli esigenze produttive. In quest'area il bilanciamento degli interessi potrebbe essere opportunamente affidato non a una norma generale rigida come l'articolo 13, ma alle valutazioni circostanziate e determinate in modo partecipato della contrattazione collettiva. Questa tecnica di allentamento della normativa rigida non può essere peraltro generalizzata anche se affidata alle

<sup>18</sup> Treu, *Legge Biagi: un intrico da districare*, cit.

<sup>19</sup> Una simile esigenza è sottolineata anche dal recente rapporto degli esperti europei presieduto da Kok, *Jobs, jobs, jobs*, in [www.europa.eu.vocesocial/employment](http://www.europa.eu.vocesocial/employment).

parti sociali, come si è adombrato talora nei progetti di Statuto e dal legislatore della legge n. 30/2003. La indicazione del decreto n. 276 (articolo 81) ove si parla genericamente e senza distinzione di una disponibilità dei diritti, in sede di certificazione, è pericolosa e inaccettabile<sup>20</sup>. Le possibilità di modificare le rigidità vanno verificate con estrema cautela in rapporto agli interessi protetti. Un terreno di applicazione può trovarsi in altri aspetti della flessibilità funzionale, *in primis*, quelli riguardanti l'organizzazione del tempo di lavoro sia nel rapporto a tempo pieno sia in quello a tempo parziale<sup>21</sup>.

La scelta adottata dalla legge n. 30 sulle clausole flessibili nel part-time non risponde pienamente a questo criterio di equilibrio, perché, pur rinviando alla sede collettiva, la definizione dei criteri d'uso di tali clausole ammette che, in mancanza d'accordo collettivo, l'uso flessibile del part-time sia negoziabile sul piano individuale, concorde con l'assistenza sindacale. La disparità di potere fra le parti individuali è ancora la regola nei rapporti di lavoro, checché ritengono gli entusiasti della *new economy* per fidarsi troppo della contrattazione individuale. C'è da augurarsi che l'assistenza sindacale sia un correttivo sufficiente e possa raggiungere effettivamente tutti i lavori, specie quelli più esposti alle turbolenze del mercato<sup>22</sup>. Più in generale e in prospettiva si possono ipotizzare forme di flessibilità negoziata per altre protezioni di livello infracostituzionale, riservando la inderogabilità assoluta ad alcune tutele fondamentali desumibili dai principi costituzionali: anche qui secondo il criterio della proporzionalità delle protezioni al grado di dipendenza economica.

**9.** Il punto più critico della flessibilità e della sua regolazione riguarda le modalità di estinzione del rapporto di lavoro e, in special modo, i licenziamenti individuali e collettivi. Non a caso la modifica della normativa al riguardo è sempre stata controversa non solo da noi. Le dispute accesesi nell'ultimo periodo sulle modifiche dell'articolo 18 non hanno riscontri altrove. Esse sono state enfatizzate da aspetti ideologici e simbolici che ne hanno stravolto i termini e impedito una valutazione equilibrata delle alternative in gioco,

---

<sup>20</sup> Cfr. criticamente Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, n. 2, che sottolinea la confusione del richiamo alle rinunce e transazioni in sede di certificazione del rapporto.

<sup>21</sup> Non a caso nella nostra tradizione le possibilità di una flessibilizzazione negoziale delle regole giuslavoristiche si sono finora inserite in un quadro di sostegno pubblico alla contrattazione collettiva: questo sostegno non si registra viceversa nella impostazione della legge n. 30 ove i molteplici rinvii alla contrattazione collettiva sono per lo più generici o condizionati dalla minaccia di interventi sostitutivi (in caso di mancato accordo) del potere esecutivo o della contrattazione individuale. (V. più ampiamente Treu, *La legge 30 e la contrattazione collettiva*, cit.; F. Carinci, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel mercato del lavoro di inizio secolo*, cit.).

<sup>22</sup> Cfr. commento a questa norma in F. Carinci, *Una svolta tra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel mercato del lavoro di inizio secolo*, cit.; Gottardi, *I contratti con orario flessibile*, in Damiano, Gottardi, Bortone (a cura di), *Lavori e precarietà*, Ed. Riuniti, Roma, 2004.

compresa l'adozione di soluzioni simili a quelle adottate in altri Paesi e prospettate anche in Italia (fra gli altri da chi scrive)<sup>23</sup>.

La soluzione adottata in seguito al c.d. *Patto per l'Italia* del 2002, riduce i danni per i lavoratori rispetto alle proposte originarie del Governo, ma ha un evidente carattere compromissorio, e accentua le diversità di trattamento fra diverse situazioni di lavoro e di impresa. Non per niente ha contribuito ad attivare il referendum sulla soglia dimensionale delle imprese significativa per l'applicazione della disciplina. Va inoltre ricordato che il disegno di legge governativo (ora 848-*bis*) non si occupa della normativa di tutela dei licenziamenti collettivi che viceversa in Italia è particolarmente carente anche per la debolezza degli ammortizzatori sociali. D'altra parte il clima di tensione che circonda tuttora l'argomento, unito al più generale deterioramento dei rapporti sociali, ha ritardato l'approvazione della pur limitata norma del disegno di legge n. 848-*bis* da mesi pendente in Senato. Resta peraltro un influsso indiretto della normativa introdotta con il decreto n. 276/2003 anche sulle manifestazioni della flessibilità esterna. La estensione delle forme di lavoro flessibile e temporaneo che la legge n. 30 realizza oltre gli ambiti già riconosciuti dalla legge n. 196/1997 riduce indirettamente le protezioni della stabilità e facilita la flessibilità in uscita. Queste modifiche sono andate erodendo il modello del lavoro subordinato stabile invece di rividerlo esplicitamente nel merito. L'erosione ha riguardato talora anche altri aspetti della disciplina del rapporto; a cominciare dai livelli salariali, che sono stati ridotti sotto forma di retribuzione di ingresso e/o con il motivo di formazione congiunta al lavoro. Il contratto di inserimento previsto dal decreto n. 276 in particolare per i giovani è un esempio negativo di simile tendenza, in quanto realizza un abbattimento delle retribuzioni non giustificato da effettivi contenuti formativi del rapporto<sup>24</sup>.

La situazione così verificatasi appare squilibrata. Lo si vede fra l'altro dall'uso anomalo dei vari rapporti atipici, a cominciare dalle collaborazioni coordinate e continuative. Questo è un caso estremo perché l'abuso delle collaborazioni è stato propiziato, più ancora che dalla flessibilità propria del rapporto, dal più basso costo contributivo del lavoro. Per tale motivo la correzione degli abusi non può ottenersi solo con una diversa definizione del contratto quale realizzata dal decreto n. 276 con il requisito del progetto e l'apposizione del termine al rapporto. È necessario il superamento degli indebiti vantaggi contributivi di tali rapporti rispetto a quelli di lavoro subordinato. Tale processo si è appena avviato e dovrebbe portare alla progressiva parificazione dei contributi sociali di tutte le forme di lavoro, secondo proposte già avanzate in sede di dibattito parlamentare e politico (vedi gli emendamenti alla legge delega sulla previdenza ora in discussione al Parlamento).

Gli squilibri tuttora persistenti e per certi versi aggravati dalla legge n. 30

---

<sup>23</sup> Ddl - Disciplina dei licenziamenti - AC 6835, Treu e altri, 3 marzo 2000, e il dibattito su *I licenziamenti individuali fra referendum e programmi di riforma*, in *DRI*, 2000, n. 3, 285 ss., sollecitato dal 'documento' presentato da Boeri, Liebman, Salvemini, con interventi di Treu, Ichino, Fadda, Bonomi.

<sup>24</sup> Cfr. il commento di Guarriello, in Damiano, Gottardi, Bortone, *Lavori e precarietà*, cit., 113 ss.

confermano che l'opera di revisione delle tutele e in generale del sistema lavoristico, è lungi dall'essere conclusa per vari aspetti dei rapporti di lavoro. Anzitutto per ridurre la distanza fra le flessibilità dei vari tipi di rapporti tipici e atipici. L'obiettivo sottolineato di recente anche dalla Commissione europea è di rendere più stabili, e quindi più attrattivi, i lavori atipici e più adattabili i rapporti tipici con gradi di flessibilità soprattutto funzionale negoziati collettivamente<sup>25</sup>. Una simile revisione non si deve limitare al rapporto individuale di lavoro, ma va estesa alla disciplina del mercato del lavoro e del *welfare*, che sono viceversa rimasti troppo al margine della attenzione politica e dottrinale. La configurazione storica di tutti gli istituti, del *welfare* e dei servizi sul mercato del lavoro, ha contribuito ad allargare il divario fra *insiders* protetti e *outsiders* sottoprotetti o esclusi dal mercato ufficiale. Basti pensare alle sproporzioni fra la tutela diffusa della Cassa integrazione guadagni per gli occupati e le debolissime protezioni nel caso di disoccupazione nonché all'impatto finora marginale dei servizi all'impiego. Solo migliorando questi è possibile rendere meno traumatico l'utilizzo dei lavori temporanei e la stessa revisione della normativa sulla stabilità del rapporto. La revisione di queste aree del diritto del *welfare* in senso universalistico e insieme selettivo e personalizzato, può contrastare i rischi di destrutturazione del mercato del lavoro e delle conseguenti rotture sociali, rendendo efficace la modulazione delle tutele e il possibile riequilibrio della nostra disciplina<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. il rapporto citato dalla Commissione presieduta da Kok.

<sup>26</sup> Le modalità di questa revisione sono da tempo oggetto di analisi e proposte in Italia e in Europa ma finora nel nostro Paese non hanno avuto esito applicativo: v. il *Rapporto* della Commissione presieduta da Onofri per l'analisi delle compatibilità macroeconomiche della spesa sociale, Roma, 1997; più in generale, Boeri, *Meno pensioni e più welfare*, Il Mulino, Bologna, 2003; Ferrera, Hemrijck, Rhodes, *op. cit.*; Treu, *Riforma o destrutturazione del welfare*, in *DLRI*, 2002, n. 4, 535 ss.

## Il diritto del lavoro tra universalità e flessibilità delle tutele

Mariella Magnani

*Sommario:* **1.** Alle origini dell'idea del c.d. Statuto dei lavori. — **2.** I progetti di riforma legislativa riconducibili all'idea di Statuto dei lavori. — **3.** I punti di criticità. — **4.** Gli istituti di sicurezza sociale, in particolare gli ammortizzatori. — **5.** Statuto dei lavori e legge n. 30/2003.

**1.** Visto che a me è stato affidato l'intervento introduttivo nel contesto di un seminario sullo "Statuto dei lavori", è necessario che tenti di chiarire che cosa si intende per Statuto dei lavori, vale a dire le condizioni d'uso del termine. Non è infatti facile definire che cosa sia lo Statuto dei lavori. Il termine è stato utilizzato per la prima volta nel progetto predisposto nel 1998 su indicazione dell'allora Ministro Treu da Marco Biagi<sup>1</sup>. Successivamente, esso è stato utilizzato nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro*, con un significato altalenante tra Testo Unico sulla legislazione del lavoro e riforma o riorientamento dell'ordinamento del lavoro. Ed in tali termini, altalenanti e un po' ambigui, il Governo vi fa allusione nuovamente nel Patto per l'Italia del luglio 2002.

All'indomani dell'approvazione della legge delega sul mercato del lavoro, avvenuta in data 14 febbraio 2003, e soprattutto dell'adozione, in data 31 luglio 2003, dello schema di decreto legislativo, il Governo dichiarava — per bocca del sottosegretario Sacconi — di essere pronto ad occuparsi a quel punto del c.d. Statuto dei lavori, senza chiarire le condizioni d'uso del termine, ma presumibilmente volendo far riferimento alla seconda *tranche* della riforma (vale a dire soprattutto gli ammortizzatori sociali oltreché i licenziamenti) e forse al cosiddetto Testo Unico.

Per riportare un po' di chiarezza, è dunque necessario ritornare alle origini dell'idea. Certo, non è questa la sede per fare la storia del suo progredire; mi limito a ricordare che il tema ha avuto un punto di svolta nel momento in cui ci si è resi conto che, a causa di un insieme di fattori di non omogeneo segno — e che andavano dalla frantumazione del modello social-tipico di lavoratore subordinato, sotto la spinta di fattori innovativi dell'organizzazione imprenditoriale, alla esplosione dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa — problema centrale del diritto del lavoro non poteva più essere considerato quello di un semplice affinamento della nozione di subordina-

---

\* Mariella Magnani è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Pavia.

<sup>1</sup> Cfr. *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, in *QDLRI*, 1998, 347 ss.

zione, ponendosi piuttosto l'esigenza della rimodulazione delle tutele dispen-  
sate dal legislatore.

Il tradizionale sistema lavoristico, basato sulla dicotomia autonomia/subor-  
dinazione, da un lato attribuisce in blocco tutte le tutele possibili a chiunque sia  
lavoratore subordinato, senza alcuna ragionevole distinzione e proporzionalità,  
dall'altro lascia interamente, o quasi, sguarnito di tutela il lavoratore non  
subordinato.

Nelle *more* di un adeguamento normativo si è assistito inerti alle ricadute di  
una "finta" questione qualificatoria: complice la giurisprudenza, "orfana" di un  
legislatore lento a recepire i mutamenti in atto, da un lato, si è finito per  
sottrarre all'area del lavoro subordinato e alle connesse tutele rapporti omo-  
genei allo schema dell'articolo 2094 c.c. ma caratterizzati da nuove modalità di  
integrazione rispetto all'organizzazione aziendale; d'altro lato, si è finito,  
compiacendo quelle che sono state definite "tendenze espansionistiche", per  
attribuire in blocco tutto lo statuto protettivo a fattispecie di lavoro non  
subordinato, che presentano solo assonanze estrinseche con il modello social-  
tipico.

Il dibattito sulla opportunità del c.d. Statuto dei lavori ha appassionato la  
cultura giuslavoristica nel corso della precedente legislatura, anche in connes-  
sione con la presentazione di diversi progetti di legge, di diversa ma sempre  
parziale impronta, con esiti concreti incredibilmente deludenti. Si è detto, di  
diversa ma sempre parziale impronta, perché si è trattato di progetti di legge  
tarati essenzialmente sull'esigenza di far fronte all'esplosione dei rapporti di  
collaborazione coordinata e continuativa (si pensi in particolare a quello che ha  
fatto più strada, cioè al disegno di legge Smuraglia approvato dal Senato nel  
1999).

Pur nella diversità di impostazione e, talora, di costruzione tecnica della  
fattispecie, vi era un punto che accomunava quasi tutte le proposte, sia quelle  
di origine dottrinale che quelle di origine parlamentare, cioè l'assegnazione al  
lavoro "personale continuativo e coordinato" di un nucleo (dall'estensione  
variabile) di tutele di cui fruiva solo il lavoro subordinato. Tra l'altro, il  
dibattito si è avvitato su se stesso, nella contrapposizione tra chi riteneva di  
dover mantenere la centralità del lavoro subordinato (nella forma tradizionale  
di lavoro a tempo pieno ed indeterminato), e dunque fare argine a qualsiasi  
ipotesi di contaminazione del modello tradizionale di diritto del lavoro basato  
sulla dicotomia lavoro subordinato/tutelato e lavoro autonomo/non tutelato, e  
coloro che invece ritenevano necessario riorientare le tutele dispensate dal  
diritto del lavoro nei confronti di tutto il lavoro personale, a prescindere dalla  
forma giuridica in cui esso fosse prestato.

Per la verità, i discorsi dei giuristi in questo campo non sono di facile  
decifrazione e non vanno presi troppo sul serio, perché spesso vi si sovrappo-  
nono e confondono profili distinti: quello della definizione dei confini attuali, o  
dell'oggetto, del diritto del lavoro quale autonoma disciplina scientifica, che  
appunto dovrebbe comprendere non più solo l'archetipo del lavoro dipendente  
ma anche, semplificando, il lavoro autonomo, e quello dell'individuazione della  
direzione che la regolazione dei rapporti di lavoro dovrebbe prendere a fronte

dei mutamenti intervenuti nel mondo dell'economia e nel contesto istituzionale. In altre parole, la prospettiva teorica e quella di politica del diritto.

In ogni caso, dietro le propensioni astensionistiche, ovvero le propensioni di chi ha rivendicato con forza l'egemonia del modello del lavoro subordinato, vi era evidentemente il timore che la rottura di quella dicotomia — lavoro subordinato/tutelato, lavoro autonomo/non tutelato — preludesse in concreto ad una diluizione e dunque a una riduzione della tutela del primo, per di più attuata non direttamente, ma indirettamente o surrettiziamente, attraverso il più facile passaggio all'area dell'autonomia di rapporti altrimenti qualificabili come di lavoro subordinato.

Più al fondo — perché se l'obiezione fosse solo questa si potrebbe ovviare con accorgimenti di natura tecnica — vi è evidentemente una questione cruciale: l'opportunità del passaggio da una tutela del lavoratore come tale, alla sua tutela innanzitutto come cittadino e poi anche come prestatore di lavoro, ma in relazione al criterio di proporzionalità alle esigenze di tutela. Ed è proprio questa l'idea forte, ma anche l'interrogativo, che sta dietro lo Statuto dei lavori: il timore è che il diritto del lavoro venga spogliato delle sue funzioni anche redistributive, che risulterebbero “esternalizzate” o scaricate nella sfera pubblica, con una deresponsabilizzazione delle imprese e l'affogamento nel mare *magnum* dell'assistenzialismo pubblico<sup>2</sup>. È chiaro che questo rischio — imminente in qualsiasi politica di tipo universalistico — va evitato. Ma, appunto, per non paralizzarsi nell'alternativa teorica, mi sembra un'avvertenza da cogliere quella di fondare le proposte ricostruttive di un nuovo diritto del lavoro sulla razionalizzazione e riorganizzazione delle tendenze già percepibili nei vari filoni della normativa<sup>3</sup>.

Del resto la strada non può essere che quella segnalata e non certo quella di una semplicistica attrazione nell'area del lavoro subordinato di tutti coloro che prestano la loro opera personalmente ed in modo continuativo nell'interesse di un altro soggetto<sup>4</sup>.

I mutamenti epocali, di ordine economico e sociale, cui abbiamo assistito negli ultimi decenni, hanno messo in crisi il sistema di tutela “binario” così come si è configurato nell'arco del cosiddetto “secolo breve” del diritto del lavoro. La figura social-tipica del lavoratore dipendente della media e grande industria, con rapporto di lavoro esclusivo, a tempo pieno ed indeterminato, chiamato a svolgere la sua prestazione nell'ambito di una rigida integrazione spazio-temporale con l'organizzazione dell'impresa — sulla quale è stato edificato un sistema vincolistico di tutele, che è ancora cifra della materia — se non è stata superata, come amano proclamare in molti, ha sicuramente perso la centralità che rivestiva in passato. I cambiamenti dei processi produttivi, l'innovazione tecnologica continua, i processi di esternalizzazione, la globalizzazione dei

<sup>2</sup> Cfr. ad es. Perulli, *Postfordismo, forma della Stato e diritto del lavoro*, in *LD*, 1998, 251.

<sup>3</sup> Cfr. le indicazioni di Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 196.

<sup>4</sup> Risponde a questa prospettiva invece la *Proposta di legge di iniziativa popolare promossa dalla CGIL sulla estensione dei diritti dei lavoratori*, in *RGL*, 2003, I, 427.

mercati, l'aumento della pressione competitiva e la conseguente fuga verso mercati che assicurano costi di produzione più competitivi, la terzizzazione dell'economia, la specializzazione professionale, il lavoro telematico costituiscono un coacervo di fattori — che in questa sede è solo il caso di nominare — che hanno congiuntamente contribuito a far sorgere due ordini di esigenze e di tendenze, in un certo qual modo “destabilizzanti” rispetto ai tradizionali modelli di tutela.

La prima è costituita dal bisogno di flessibilità, o meglio di moduli flessibili, all'interno del lavoro dipendente, così come tradizionalmente inteso.

La seconda è costituita dalla progressiva emersione, accanto alle tradizionali fattispecie lavorative caratterizzate dalla subordinazione, di una vasta serie di rapporti, pur sempre sussumibili nell'alveo del lavoro prestato a favore di terzi, ma che per le loro modalità di svolgimento non sono più riconducibili all'archetipo della subordinazione. Ed entrambe tali tendenze sono per un verso o per l'altro riconosciute dall'ordinamento.

2. Quando tace la dottrina, come spesso avviene, comincia a parlare la politica. In effetti, mentre nella precedente legislatura i progetti presentati erano frammentari e parziali, concentrati sulla regolazione del lavoro parasubordinato o stabilmente coordinato, proprio in questa legislatura è stato presentato un progetto intitolato “Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori”<sup>5</sup>, che rappresenta un affinamento rispetto al progetto di Statuto dei lavori del 1998 e, nello stesso tempo, una proposta di ridefinizione dell'intero diritto del lavoro, attuato però con approccio pragmatico, che tiene conto dell'esistente e di tendenze già presenti nell'attuale normativa.

Esso sconta la diversificazione in atto fra le diverse tipologie di lavoro, che ha da tempo messo in crisi l'impostazione tradizionale incentrata sul rapporto di lavoro subordinato. E muove dal presupposto, incontestabile, che nei confronti della miriade di forme di attività espressa dall'attuale organizzazione economica l'ordinamento abbia finora reagito con adattamenti solo parziali e soprattutto attraverso la previsione di rapporti di lavoro c.d. atipici, cioè regolati diversamente e di solito con minori tutele rispetto a quelle tradizionali, con maggiore flessibilità e minori costi, specie previdenziali. Onde la necessità di un intervento appunto razionalizzatore sia sul piano della conformazione del rapporto, sia sul piano degli istituti di sicurezza sociale.

Questo è il punto che segna lo stacco rispetto alle impostazioni precedenti. Il riordinamento della disciplina del lavoro personale secondo cerchi concentrici, caratterizzati da una tutela via via crescente, si colloca in un contesto complessivo che, appunto, non comprende solo la disciplina dei rapporti individuali di lavoro ma anche tutti gli istituti di *welfare* (dalle misure previdenziali-pensionistiche, a quelle di politica attiva del lavoro e di formazione professionale, alla salute e sicurezza). Del resto nelle impostazioni di origine dottrinale del

---

<sup>5</sup> Disegno di legge n. 1872, *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*, comunicato alla Presidenza del Senato il 4 dicembre 2002.

progetto di Statuto dei lavori, la direttiva e l'idea di partenza erano sicuramente quelle del rafforzamento delle istituzioni che operano sul mercato del lavoro (dai servizi per l'impiego, alla formazione professionale, agli ammortizzatori sociali, la grande riforma incompiuta della scorsa legislatura). E il rafforzamento della tutela sul piano del mercato era condizione per una revisione delle tutele sul piano del rapporto di lavoro; anche se, in effetti, a ben vedere, le indicazioni concrete in questo settore, pure nei progetti di origine dottrinale, erano assai caute — sostanzialmente limitate alla materia dei licenziamenti — forse a dimostrazione del fatto che, nel nostro sistema, la rigidità non è tanto da imputare alle norme di legge in sé, quanto semmai a dati di contesto (interpretazione giudiziale, atteggiamento sindacale etc.)

**3.** L'idea dello Statuto dei lavori nei termini di riorientamento dell'ordinamento del lavoro sia per quanto riguarda i campi di intervento sia per quanto riguarda i soggetti è stato criticato da più parti giacché comporterebbe una destrutturazione della subordinazione e, di qui, a cascata, una destrutturazione della rappresentanza sindacale, cioè i capisaldi del diritto del lavoro tradizionale. Non sembra però una critica calzante perché la destrutturazione paventata è già nei fatti e il progetto vorrebbe costituire una risposta proprio a questa destrutturazione.

Certamente vi sono punti di criticità, tra i quali il principale è rappresentato dalla individuazione dei “criteri ordinatori” dei diversi gradi di tutela. I criteri possibili ed immaginabili sono tanti e al riguardo può sfrenarsi la fantasia dei giuristi. Nella “Carta dei diritti”, ad esempio, comincia a farsi strada, quale categoria di imputazione di un livello discreto di tutela, rispetto al lavoro personale *tout court* e rispetto al lavoro subordinato in senso stretto, quella di lavoratore economicamente dipendente. Se si va a vedere in che cosa consista il lavoratore economicamente dipendente ci si avvede che in realtà esso non è particolarmente “qualificato”, essendo sostanzialmente coincidente con la figura del lavoratore parasubordinato: vengono considerati rapporti di lavoro caratterizzati da una situazione di dipendenza economica, infatti, “i rapporti di collaborazione aventi ad oggetto una prestazione d'opera coordinata e continuativa, prevalentemente personale, svolta senza vincolo di subordinazione, senza orario di lavoro, indipendentemente dall'ambito aziendale o extra-aziendale in cui si svolge la prestazione stessa”. Ma si può pensare di affinare il concetto, in relazione agli obiettivi che si intendono perseguire, con elementi tratti dall'esperienza comparata, facendo riferimento ad esempio alla esclusività o quasi esclusività del rapporto contrattuale, ovvero ad indici quantitativi quali l'entità del corrispettivo ricevuto <sup>6</sup>.

E che dire del continuare ad affidare alla eterodirezione in senso pregnante —

---

<sup>6</sup> Cfr. in particolare Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica oggi*, in *RGL*, 2003, I, 221, che cita, tra gli altri, l'esempio del diritto tedesco che, per quanto concerne in particolare la figura del lavoratore parasubordinato (par. 12 TVG), ha privilegiato il criterio della remunerazione, optando per un indicatore non oggettivo. In sostanza, è lavoratore parasubordinato chi ricava in

come si fa generalmente nei vari progetti di impronta parlamentare o dottrinale — il compito di individuare l'area della tutela forte?

L'altro punto di criticità è rappresentato dalla scelta delle fonti cui affidarsi per la costruzione del nuovo quadro di tutele. Ma a me pare che qui vi siano meno spazi per opinare: specie in un contesto di grande mobilità del quadro generale di riferimento lo zoccolo di tutele precostituite per legge — almeno quanto al rapporto di lavoro — dovrebbe essere minimale (impennato sulla salvaguardia dei diritti fondamentali della persona), lasciando poi alla contrattazione collettiva di articolare e differenziare fattispecie e tutele.

4. La critica, per cui quando si passa dalla fase teorica, su cui è agevole convenire, a quella dell'articolazione normativa, si rivelano i limiti di tali progetti, “costretti molto spesso a prefigurare classificazioni categoriali artificiose e a declinare un interminabile catalogo di diritti ora generici e fumosi, ora ripetitivi e pleonastici, ora forzati ed inadeguati”<sup>7</sup>, è facile quanto ingenerosa. Ciò che conta è che vi sia condivisione teorica della direzione lungo la quale avviarsi. Il percorso dovrà poi necessariamente attuarsi per gradi, seguendo, come si è detto, linee di tendenza presenti nell'ordinamento, a cominciare dagli istituti di sicurezza sociale. E su questo punto non vi è dubbio che il tema di maggiore rilievo, e forse anche di maggiore maturazione, è quello relativo agli ammortizzatori sociali, rispetto al quale si prospetta l'esigenza di orientare il sistema verso un modello più universalistico, estendendo le tutele anche ai lavoratori temporanei e forse anche a quelli economicamente dipendenti o parasubordinati.

Un sistema efficiente ed universale di sicurezza sociale è un presupposto fondamentale perché le flessibilità del mercato del lavoro siano sostenibili. Alla base delle esigenze di riforma innanzitutto dei c.d. ammortizzatori sociali vi sono certamente ragioni di equità. Ma vi sono anche ragioni di efficienza. Gli schemi esistenti non sono privi di effetti disincentivanti sul mercato del lavoro, la cui portata è limitata solo dal fatto che i trattamenti più generosi sono riservati ad una minoranza di lavoratori. In questo modo, anzi — riservando cioè i trattamenti più generosi ad una minoranza di lavoratori — viene rafforzata la struttura segmentata del mercato del lavoro, con effetti negativi sulla mobilità non solo dei lavoratori ma dalle stesse imprese.

Si pensi, ad esempio, alle operazioni di esternalizzazione e di *out-sourcing* — fenomeni apparentemente inarrestabili nel modo attuale di organizzazione delle imprese — realizzati attraverso cessione di rami d'azienda, che sollevano forti resistenze derivanti proprio dalla differenza degli statuti protettivi dei lavoratori in caso di perdita del posto di lavoro. Come documentano recenti casi giudiziari, i lavoratori possono ritenere preferibile un sicuro licenziamento

---

media almeno la metà del proprio reddito complessivo da un unico committente; a tal fine non viene presa in considerazione l'entità del patrimonio privato.

<sup>7</sup> Cfr. Ferraro, *La flessibilità in entrata alla luce del libro bianco sul mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2002, I, 444 ss.

da parte di un'impresa che, in ragione delle dimensioni e del settore di appartenenza, gode del sistema (generoso) di ammortizzatori sociali, alla continuazione del rapporto con un'impresa che, proprio per quelle ragioni, offra minori garanzie sul piano della stabilità e della tutela del reddito.

Vi è poi un'altra ragione che consiglia di mettere mano alla riforma degli ammortizzatori sociali ed è legata alla connessione esistente tra essa e quella del sistema pensionistico. Qualcuno anzi, proprio a causa di questa connessione, ha qualificato la riforma del sistema degli ammortizzatori sociali come la madre di tutte le riforme <sup>8</sup>.

La previdenza pensionistica ha dato molto per soddisfare i bisogni avvertiti nel mercato del lavoro, in particolare da parte dei soggetti in difficoltà occupazionale. L'elenco è lungo: pensioni di invalidità, pensioni con condizioni di accesso particolarmente agevolate nel settore agricolo, prepensionamenti quale strumento per affrontare, soprattutto negli anni Ottanta, gli esuberanti di personale, pensioni come approdo della mobilità lunga a stregua della legge n. 223/1991, pensioni anticipate di anzianità per tutti gli ultimi decenni. Le forme di pensione anticipata, tuttora presenti, sono messe in dubbio a causa dei perduranti problemi di squilibrio finanziario del sistema pensionistico e, come è stato rilevato, sebbene l'ordinamento della previdenza complementare non escluda che questa possa fungere da ponte fra cessazione del rapporto di lavoro e pensionamento pubblico, essa non è al momento in condizione di intervenire in misure ragguardevoli.

La riforma del sistema degli ammortizzatori rappresenta, dunque, una precondizione o comunque un elemento necessariamente contestuale a quella del sistema pensionistico. Solo agendo anche sul fronte degli ammortizzatori sociali si può evitare infatti che, per effetto di innovazioni nell'ambito del sistema pensionistico concepito in maniera separata, risultino non più tutelati bisogni meritevoli di tutela. E, come si è detto, nel contesto di riforma degli ammortizzatori oggetto di particolare attenzione dovrebbero essere i lavoratori temporanei e i lavoratori parasubordinati.

**5.** Posta questa idea di fondo dello Statuto dei lavori — che più che ancora frutto di una precisa scelta di politica del diritto, è il frutto della presa d'atto di una modificazione epocale dei rapporti di produzione, anche se non si sa quanto irreversibile — nei termini in cui sta faticosamente emergendo, in che rapporto sta rispetto ad essa la legge delega n. 30/2003 ed in particolare il decreto attuativo? Nei confronti della legge delega, si erano potute proporre, in un certo senso legittimamente proprio in forza della sua genericità, valutazioni contrastanti, ora trionfalistiche, ora catastrofiste, ora, infine, minimizzatrici. Oggi, invece, di fronte ad un articolato composto di ben 86 norme, sono possibili valutazioni più sorvegliate.

Resta confermato che viene esaltato il profilo della flessibilizzazione delle

---

<sup>8</sup> Cfr. Boeri, *Uno stato asociale: perché è fallito il welfare in Italia*, Laterza, Roma, 2000, 102.

tipologie dei rapporti di lavoro e che si è ancora lontani dall'elaborazione di uno Statuto dei lavori.

Ma se si domanda se questo percorso riformatore sia coerente con l'idea dello Statuto dei lavori, la mia risposta è dubitativa, con forte propensione a diventare negativa. Anche se diversi sono i profili da esaminare per cercare di dare risposta a questa domanda (a cominciare dalla intrigante disciplina relativa alle esternalizzazioni), quello che impatta con maggiore evidenza sul nostro tema è la disciplina del cosiddetto lavoro a progetto.

Senza addentrarsi in un'analisi dettagliata<sup>9</sup>, basta soffermarsi sulla descrizione della fattispecie, con il suo ancoraggio all'esistenza di "uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso", per ricavare l'impressione che la direzione sia quella della dicotomizzazione autonomia/subordinazione, attraverso la morte per estinzione di tutte le collaborazioni coordinate e continuative non legate ad un progetto e con esito incoerente anche nella logica "moralizzatrice" apparentemente perseguita. Non a caso è sorto l'interrogativo circa la differenza tra un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, così come ora configurato nell'articolo 61 del decreto legislativo n. 276/2003, e un normale rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato. Eppure essi finiscono per essere assoggettati a regimi giuridici differenti.

A meno di svalutare il rilievo del progetto quale dato tipizzante la fattispecie — come in effetti sta già avvenendo<sup>10</sup> — la disciplina, che ormai si può ritenere definita, posta dalla c.d. riforma Biagi in materia di lavoro parasubordinato lascia trasparire un intento, al di là della sua riuscita sul piano tecnico, chiaramente restrittivo nei confronti di tutto ciò che non è lavoro subordinato. Il legislatore, nel limitare la possibilità del ricorso al lavoro parasubordinato proprio nel momento in cui ha inteso estendere a quest'ultimo una serie di tutele, peraltro in continuità con un processo già in atto ed avviatosi con la legge n. 335/1995, più che essersi ispirato ad un razionale ed organico disegno riformatore, sembra avere cercato di tamponare l'emergenza dell'esplosione delle co.co.co. rendendone più restrittive le condizioni di utilizzo e realizzando dell'idea originaria di Statuto dei lavori solo la frammentaria estensione di alcune tutele, peraltro in quantità e qualità minori rispetto a quanto indicato nei vari progetti che si sono succeduti.

Da una parte ci si può domandare dove sta la flessibilità; dall'altra, dove sta la tutela. All'obiezione relativa alla limitazione della possibilità per l'impresa del ricorso al lavoro parasubordinato, i sostenitori della riforma rispondono che il tutto è compensato dalla possibilità di ricorrere alle tipologie contrattuali di nuovo conio. Ma siamo veramente sicuri che nell'economia dell'organizzazione del lavoro dell'impresa post-fordista le limitazioni alla possibilità di ricorso a

<sup>9</sup> Cfr. al riguardo, più diffusamente, Magnani, Spataro, *Il lavoro a progetto*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsa, Milano, 2004.

<sup>10</sup> E ciò non solo nelle prime interpretazioni dottrinali, ma perfino nell'interpretazione ministeriale: cfr. circolare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali in data 8 gennaio 2004, in *GU*, 14 gennaio 2004, Serie Generale.

forme di lavoro coordinato, flessibile e autonomo nell'esecuzione della prestazione possano essere compensate dal ricorso al lavoro intermittente, piuttosto che al *job on call* o al part-time? Vi è una logica sottesa a tutto questo? La moltiplicazione dei tipi è veramente ciò di cui c'era bisogno, o non si traduce essa stessa in nuovo elemento di rigidità quando viene accompagnata da quella che potrebbe divenire una nuova costrizione alla subordinazione?

## Statuto dei lavori ed esternalizzazioni

*Riccardo Del Punta*

*Sommario:* **1.** Esternalizzazioni e modulazione delle tutele. — **2.** Trasferimento d'azienda. — **3.** Appalto e distacco. — **4.** Somministrazione. — **5.** Conclusioni.

**1.** Il tema che mi è stato affidato non è certamente semplice, anzi è molto sfaccettato e denso di risvolti. Mi ero preparato una scaletta dell'intervento, ma ovviamente il dibattito che si è succeduto sino a questo momento ha un po' scompaginato l'ordine delle cose che pensavo di dire, consentendomi peraltro di mettere meglio a fuoco il tema. Mi scuso in anticipo, pertanto se il discorso che svolgerò non sarà ordinato come vorrei, ma ciò nasce anche dal tentativo di ricollegarmi proficuamente all'insieme dei temi che stiamo dibattendo.

Ciò premesso, la mia esposizione procederà più o meno nel modo seguente:

- cercherò brevemente di spiegare perché è difficile affrontare insieme il tema dello Statuto dei lavori e quello dell'esternalizzazione, ovvero quali ragionamenti si possono fare nel provare a *pensare insieme* questi due temi;
- mi concentrerò, pur molto sinteticamente, sulle novità principali che il decreto di riforma del mercato del lavoro contiene in ordine agli istituti che ho il compito di esaminare, e ciò proprio al fine di individuare quali sono i punti di maggiore impatto che questa normativa porta sul terreno del governo delle esternalizzazioni (uno dei grandi nuclei tematici di questa normativa, e forse quello sul quale si addensano le maggiori novità);
- cercherò, infine, di trarre alcune brevi riflessioni conclusive che non saranno certamente di chiusura, ma che si risolveranno, in buona sostanza, nella proposizione di nuovi interrogativi.

Per cominciare, si può forse affermare che proprio il fatto che le esternalizzazioni siano divenute una componente ormai strutturale dei nostri sistemi produttivi è uno dei fenomeni, anche se non l'unico, che è all'origine dell'idea di uno Statuto dei lavori.

Lo Statuto dei lavori, in fondo, non è altro che lo Statuto dei lavoratori del post-fordismo. In questo senso credo anch'io che porre il problema in termini di alternatività tra Statuto dei lavoratori e nuovo Statuto dei lavori sia sbagliato, per cui ritengo che abbia ragione Marcello Pedrazzoli quando parlava, nella sessione di questa mattina, di "superare conservando". Si tratta insomma di un'esperienza di arricchimento e nello stesso tempo di aggiornamento delle

---

\* *Riccardo Del Punta è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Firenze.*

tutele. Con ciò, tuttavia, non abbiamo ancora detto niente su che cosa stia dentro questo contenitore, *et pour cause*, visto che siamo ancora nella fase tutto sommato iniziale del dibattito in argomento, come anche questo seminario conferma.

Certamente le esternalizzazioni, assieme ad altri fenomeni, debbono far ragionare intorno all'esigenza di una *riqualificazione*, e probabilmente di una rimodulazione, delle tutele. C'è infatti un impatto delle esternalizzazioni, che tende a determinare uno svuotamento anche silenzioso delle tutele, o quantomeno che le mette in pericolo.

Questo processo di svuotamento avviene in varie direzioni, e non soltanto verso una crescita del lavoro non subordinato, che come è noto è uno dei tipici ingredienti del *cocktail* post-fordista.

Parlando di esternalizzazioni non si esce necessariamente, infatti, dall'area tradizionale del diritto del lavoro, che è quella del lavoro subordinato. Vi è una crescita dei lavoratori subordinati flessibili delle piccole-medie imprese e delle microimprese (ciò conferma un dato storico e cronico del tessuto economico italiano). Ora, è notorio che i lavoratori di queste imprese sono più deboli, e non soltanto per carenze di protezione normativa (comunque, sarà tollerabile che in futuro i lavoratori delle piccole imprese non godano di una protezione nei confronti dei licenziamenti collettivi?), bensì anche per ragioni oggettive legate alla debolezza strutturale dell'indotto. È certamente più facile per un'impresa non rinnovare un contratto di appalto oppure ridurre le commesse ad un sub-fornitore, che licenziare i propri lavoratori interni. Sarà poi l'appaltatore o il sub-fornitore, a dover licenziare, e magari con la maggiore facilità connessa all'applicazione della tutela debole, piuttosto che dell'articolo 18, i propri dipendenti.

Pertanto le esternalizzazioni, intese come dato strutturale del post-fordismo, ci richiamano, assieme ad altri fenomeni, ad una operazione di razionalizzazione delle tutele e anche di riassetto sul territorio della contrattazione collettiva, il cui ruolo continua ad essere importante. Ma è difficile pensare che in una economia post-fordista disseminata e atomizzata la dimensione contrattuale rilevante continui ad essere soltanto quella nazionale. Certo, che la contrattazione debba distendersi maggiormente e radicarsi sul territorio è più facile da dirsi che da farsi.

Qui incontriamo, fra l'altro, la questione degli enti bilaterali: non condivido, come già Varesi, il giudizio un po' liquidatorio, anche se forse provocatorio, dato da Pedrazzoli sulla bilateralità. Tendo a vedere la bilateralità, non in alternativa alla contrattazione, ma anche come un'occasione di maggior radicamento istituzionale della contrattazione, oltre che come una possibilità di erogazioni di servizi adeguati ai tempi (ad es. esperienze di sostegno al reddito o all'attività sindacale). Perciò credo che, in una visione moderna dell'attività sindacale, l'esperienza della bilateralità, intesa come tentativo di radicamento istituzionale delle relazioni sindacali, sia una esperienza imprescindibile, che deve semmai diventare più matura.

È evidente che le esternalizzazioni portano a ragionare intorno a una esigenza di riequilibrio del sistema delle tutele, che debbono riequilibrarsi sia all'esterno

(verso i lavoratori non subordinati) che all'interno (sulla direttrice grandi imprese, da un lato, e medie-piccole imprese, dall'altro). Ciò si inserisce in una prospettiva nuova, nella quale il fondamento delle tutele viene ricercato entro coordinate nuove, che si proiettano verso concetti di universalità, come quello dei diritti di cittadinanza, e verso nuove elaborazioni del tema dei diritti fondamentali.

Mi piace riportare una freschissima esperienza personale: al Congresso internazionale di diritto del lavoro, svoltosi a Montevideo nei primi giorni di settembre del 2003, le due sessioni erano dedicate, una, ai diritti fondamentali, e l'altra alle nuove forme della rappresentanza sindacale. In realtà il Congresso si è rivelato più eurocentrico che mondiale, ma, come vedete, si discute delle stesse cose anche là dove c'è un diritto del lavoro "da battaglia", rispetto a quello che, oramai, siamo abituati a conoscere nell'attuale fase di sviluppo dei nostri sistemi economico-sociali.

Il discorso ci conduce anche verso una ridiscussione della nozione di subordinazione perché, sebbene le esternalizzazioni possano prescindere dall'alternativa lavoro subordinato-lavoro non subordinato, comunque fa parte del tema il tentativo di catturare le nuove forme di lavoro attraverso operazioni di ridefinizione o ricalibratura della fattispecie fondamentale. A questo riguardo, il concetto di "dipendenza economica" evidenzia una certa perdita di specificità della tutela del lavoratore subordinato rispetto alla tutela generale del lavoratore senza aggettivi. Esso ci pone di fronte alla necessità di andare a riverificare la realtà del mondo del lavoro per adeguare meglio i bisogni di protezione ai tempi che sono mutati.

In buona sostanza, il problema è quello, da un lato, di distinguere quelli che Gino Giugni chiamava i portoghesi del diritto del lavoro (quelli che erano entrati abusivamente nella cittadella protetta), e dall'altro quello di far entrare in un'area di tutela (quantomeno di tutela fondamentale) quei lavoratori che presentano profili di debolezza economica-sociale eguali, se non maggiori, rispetto ai lavoratori subordinati.

Ora, c'è nella legislazione un tentativo di definizione del concetto di dipendenza economica, ma non in una legge lavoristica bensì in una commercialistica: la legge n. 192 del 1998, sulla sub-fornitura industriale, nella quale si identifica il sub-fornitore come soggetto debole dal punto di vista della dipendenza economica. Si tratta di una legge che assiste l'"imprenditore debole", e che forse non è facilissimo trasportare nell'area del "lavoratore debole".

Si pone, altresì, la questione di chi debba caricarsi il peso di questa rimodulazione di tutele, ossia se essa debba in qualche modo spostarsi dall'impresa verso lo Stato, o forse verso aree intermedie, ad esempio verso forme di solidarietà mutualistica di categoria (si pensi, ad es., al Fondo per gli esuberi dei lavoratori bancari). Questo fa parte del famoso discorso della riforma degli ammortizzatori sociali, che ancora manca, e della quale abbiamo un urgente bisogno, risorse finanziarie permettendolo.

Vengo più specificamente agli istituti legati alle esternalizzazioni.

*Quali istituti sono coinvolti?* Fondamentalmente essi sono quattro, qualora si

adotti una accezione ampia di esternalizzazione, anche di lavoro e non solo di attività:

1. trasferimento di azienda;
2. appalti;
3. distacco;
4. somministrazione di manodopera.

*Quali sono le novità?*

2. Circa il *trasferimento di (ramo di) azienda* c'è una novità potenzialmente rilevante. Tutto parte da quella che è stata chiamata "l'eterogenesi dei fini" della disciplina del trasferimento di azienda. Da norma di garanzia del lavoratore (articolo 2112 c.c.) è diventata (ma non tutti sono d'accordo) una norma che in realtà aiuta le imprese a compiere (qualcuno dice impunemente) le operazioni di esternalizzazione, perché toglie ad esse la preoccupazione della sorte dei lavoratori, visto che essi diventano di "pertinenza" dell'azienda o del ramo di azienda trasferito. Naturalmente c'è in questo il rischio di espulsioni non controllate, neppure garantite da regole di correttezza o da criteri di scelta, di lavoratori non graditi all'impresa che cede il ramo d'azienda. Una parte pur minoritaria della dottrina sostiene, infatti, che il lavoratore dovrebbe prestare il proprio consenso individuale, altrimenti potrebbe opporsi al trasferimento del ramo d'azienda che lo ha coinvolto. Questa è una tesi che non è passata, a mio avviso giustamente, dal punto di vista giuridico, nella giurisprudenza.

Si è lavorato, allora, sul concetto di ramo d'azienda: che cosa è il ramo d'azienda? Per porre un minimo confine alla possibilità dell'imprenditore di spezzettare l'impresa, si è ragionato sul concetto di autonomia funzionale del ramo d'azienda, e sono nati contenziosi giudiziari importanti. Voglio citare i casi Alcatel e Ansaldo, che hanno dato origine, nella seconda metà del 2002, a varie sentenze della Corte di Cassazione. Nel caso Alcatel, i rami d'azienda trasferiti sono stati ritenuti *ex post* autonomi; nel caso Ansaldo, invece, l'impresa aveva creato un reparto "servizi generali" in cui — stando alla ricostruzione della sentenza — aveva messo un po' di tutto, per cui la Cassazione ha dato torto all'impresa.

Ora, il disegno di legge di riforma prevedeva, in origine, l'eliminazione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo. Il Patto per l'Italia del luglio 2002 ha reintrodotto il concetto di autonomia funzionale. Nel testo finale del decreto, effettivamente il concetto di autonomia funzionale rimane, ma con una significativa differenza: l'autonomia funzionale del ramo d'azienda non deve essere preesistente al trasferimento, ma è sufficiente che ricorra nel momento del trasferimento. È sufficiente, cioè, che il ramo d'azienda sia identificato come tale da cedente e da cessionario al momento del trasferimento.

Questa novità ha un certo impatto potenziale, perché lo scopo della modifica è quello di impedire al magistrato un controllo sulla autonomia del ramo. Ciò in una direzione che indubbiamente tende a ridurre i vincoli alle esternalizzazioni, facendosi così rientrare dalla finestra, in qualche misura, quel superamento del

requisito della autonomia funzionale “oggettiva” del ramo, che il Patto per l’Italia aveva a sua volta superato.

Il contrappeso a questa previsione è molto debole, stabilendosi semplicemente che ai lavoratori coinvolti nella cessione del ramo d’azienda si applichi una norma del codice civile (articolo 1676) che prevede una limitata responsabilità sussidiaria dell’appaltante nel caso che l’appaltatore non assolva ai suoi debiti verso i lavoratori, e che si sarebbe già applicata comunque a questa situazione. Si tratta perciò di una norma che la legge delega (n. 30 del 2003) aveva voluto, ma che però non ha di per sé un significato, come ha riconosciuto in qualche misura lo stesso Tiraboschi.

**3.** Vengo al complesso tema degli *appalti*. Il vecchio sistema era fondato sul principio della legge n. 1369 del 1960, principio che aveva registrato una deroga importante quando era stata emanata la legge n. 196 del 1997, che aveva legittimato la fornitura temporanea di manodopera o lavoro interinale. Questo impianto normativo è venuto meno nelle sue linee portanti? La legge n. 1369 del 1960 è stata effettivamente seppellita, oltre che abrogata, come è stato talora dichiarato? La mia opinione è che detta legge è stata abrogata soltanto in apparenza, e ciò perché eliminare il principio posto da essa sarebbe stato, in buona sostanza, impossibile, volendo mantenere a questa area dell’ordinamento un minimo di coerenza.

Infatti, in un sistema in cui la somministrazione di manodopera non è liberalizzata ma è soggetta ad una autorizzazione amministrativa e a determinate regole di accesso e di svolgimento, è evidente che non si può liberalizzare gli appalti e rendere possibile l’interposizione, perché allora non si vede perché un’impresa utilizzatrice debba ricorrere al lavoro interinale (che oltretutto è più costoso), qualora possa ricorrere ad una normale impresa appaltatrice di servizi, che può a sua volta stipulare impunemente un contratto di appalto fasullo.

Non a caso, nell’articolo 29 e nell’articolo 84 del decreto vi sono indizi evidenti del fatto che il divieto di interposizione in realtà esiste ancora (quantomeno sul piano del rapporto imprenditore-lavoratore), con una nozione mutata, che altro non è che la recezione di quello che già aveva affermato la giurisprudenza degli ultimi dieci anni. Essa non era più legata all’idea che un’impresa appaltatrice debba possedere per forza le macchine e le attrezzature, a pena di incorrere in un appalto di manodopera, bensì aveva riconosciuto che un’impresa appaltatrice è “genuina” anche se si limita ad organizzare il lavoro (ad es. negli appalti di servizi di pulizia), oppure se ha un suo proprio *know-how* che spende nell’esecuzione dell’appalto (ad es. nelle imprese di consulenza informatica). È chiaro che questo riguarda soprattutto i settori a forte intensità di lavoro o di tecnologia.

Pertanto, la nuova normativa consente esplicitamente ad un’impresa appaltatrice di ritenersi tale e quindi di essere protagonista di un appalto “genuino”, e non di un appalto di manodopera, anche se è un’impresa “leggera”, purché abbia una minima base di consistenza organizzativa (per quanto relativo possa essere questo concetto). Sappiamo bene che dietro la protezione di questo

schermo continueranno a manifestarsi fenomeni di appalti fasulli, come si verificano adesso, ma in ogni caso il sistema rimane fundamentalmente invariato nelle sue linee portanti, perché il lavoratore che sosterrà di essere dipendente di un appaltatore fasullo potrà continuare a rivolgersi al giudice e chiedere di essere riconosciuto dipendente dell'impresa appaltante. Il sistema è, pertanto, meno rivoluzionato di quanto poteva sembrare da certi annunci. La vera novità è un'altra: scompare il vincolo di parità di trattamento con le imprese appaltatrici "genuine", che era previsto dall'articolo 3 della legge n. 1369 del 1960 per gli appalti relativi ad attività produttive tipiche dell'impresa appaltante. Ne segue che, mentre un'impresa di lavoro interinale è legata alla regola della parità di trattamento, un'impresa appaltatrice non vi sarà più legata in futuro. Ciò può presentarsi anche contraddittorio rispetto alla finalità della normativa, visto che da un lato essa cerca di indirizzare verso lo *staff leasing*, cioè verso le imprese fornitrici di manodopera a tempo indeterminato (anche per i servizi di basso valore come i servizi di pulizia etc.), ma dall'altro non si riesce a capire perché ci si dovrebbe rivolgere allo *staff leasing* quando ci si può rivolgere ad una impresa appaltatrice che oltretutto può operare sottocosto, così come operano sottocosto, per dirne un'altra, le società cooperative di lavoro.

Quindi, una delle conseguenze della legge sarà che le imprese appaltatrici non cooperative potranno fare finalmente concorrenza alle cooperative di lavoro e quindi con una sorta di "competizione verso il basso". Questa novità, però, rischia di rendere alquanto inutile l'istituto dello *staff leasing* con agenzie autorizzate, salvo che per le fasce alte del mercato (tipo alta consulenza).

#### 4. Quali sono le novità, infine, per quanto riguarda la *somministrazione di lavoro autorizzata*?

Anzitutto, fa la sua comparsa – come già accennato – la nuova figura dello *staff leasing* (somministrazione a tempo indeterminato), pur con l'incertezza sulle reali ragioni di utilità dell'istituto. Forse esso può servire per quello cui può servire anche il lavoro interinale in generale: se un lavoratore viene assunto con questo canale, solitamente l'impresa fornitrice garantisce che se il lavoratore non è gradito per le più disparate ragioni, la stessa impresa lo riprende a proprio carico (giacché non vuole perdere il cliente) e lo sostituisce con un altro.

Le altre innovazioni sono:

- la liberalizzazione del lavoro interinale, alle condizioni ordinarie, nell'agricoltura e nell'edilizia, non più con la mediazione di intese collettive;
- una riduzione dei divieti per il ricorso all'istituto, poiché viene meno la possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre casi di divieto per mansioni pericolose. È mia opinione, peraltro, che la contrattazione potrà farlo egualmente, ma scompare comunque la sollecitazione a farlo da parte della legge;
- per l'accesso alla somministrazione di manodopera a termine (quella correntemente praticata), non vi sono più causali legali e contrattuali, ma c'è bensì una formula generale ("ragioni tecniche, produttive, organizzative e sostitu-

tive”) che è esattamente identica a quella prevista, per il lavoro a termine, dal decreto legislativo n. 368 del 2001. Guardando la cosa dal versante dell’impresa, si prospetta il dubbio se sia più conveniente, sul terreno del controllo giurisdizionale, avere una clausola generale che lascia sempre aperto il rischio di una interpretazione più o meno erratica del giudice, oppure disporre di causali fissate dalla contrattazione collettiva (e che, dunque, sono state inserite a monte nella grande partita della negoziazione).

Per concludere, vediamo quali sono le linee di tendenza che si possono trarre da queste novità. Dal punto di vista dell’impresa, assistiamo ad un ulteriore impulso nei confronti dei processi di *smaterializzazione* e di illimitata divisibilità dell’azienda. L’azienda può essere oggetto di commercializzazione fino a una sorta di grado zero, in cui essa coincide, al limite, soltanto con l’attività dei lavoratori, in certi settori a forte intensità di lavoro. Come tale, essa può circolare, e circolano con essa anche i lavoratori. Ma l’articolo 2112 c.c. conserva comunque una qualche funzione di garanzia, non dovendosi dimenticare che se i lavoratori non circolassero con l’azienda rischierebbero il licenziamento.

Al riguardo il vero *quid novi*, simboleggiato dalla scomparsa dell’articolo 3 della legge n. 1369 del 1960, è che alla flessibilizzazione del lavoro, come ragion d’essere dell’operazione di esternalizzazione, pare affiancarsi anche una possibilità di *flessibilizzazione dei trattamenti*, economici e normativi, attraverso il venir meno del vincolo della parità di trattamento. Provando a cercare una metafora, si può affermare che la realtà produttiva del futuro rischierà di somigliare ad un cantiere navale (è noto che nei cantieri si agita un nucleo molto ristretto di lavoratori dipendenti del cantiere, e poi un pullulare di ditte più o meno grandi).

Il pericolo, quindi, è quello di una eccessiva polverizzazione del tessuto produttivo, il che apre una sfida per la contrattazione collettiva, che diventerà l’unica a questo punto, in assenza del vincolo della parità di trattamento, a poter riguadagnare, sul versante della determinazione dei trattamenti retributivi, il terreno perduto da questo arretramento nella protezione legale (sebbene l’articolo 3 della legge n. 1369 del 1960 non fosse, nella pratica, molto applicato).

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro, si conferma la tendenza alla possibile *destrutturazione* di tale rapporto inteso nel suo classico schema bilaterale, nel senso che il principio di coincidenza necessaria tra datore di lavoro formale e datore utilizzatore effettivo appartiene ormai al passato come principio assoluto (infatti la separazione tra lavoro e impresa si verifica tanto nella somministrazione di manodopera quanto nel distacco), pur non venendo meno. Qualcuno reputa che il lavoratore sia tornato ad essere una merce; personalmente non porrei la cosa in questi termini, e preferirei invece constatare, prosaicamente, che il lavoro è un bene scambiabile sul mercato, e che il problema è dato dalle condizioni dello scambio e dalla sorveglianza pubblica su esso.

Una parola, infine, sul concetto di *dipendenza economica*. Anch’io, come altri, sono stato attratto da questo concetto come base di un nuovo assetto di tutele,

e ciò primariamente per una ragione di equità, che deve indurre a cercare di distribuire le tutele a chi ne ha veramente bisogno. Credo però che la lezione finale di questo decreto sia quella che andare a toccare l'articolo 2094 c.c. è davvero un'impresa rischiosissima. L'articolo 2094 c.c. ne esce quindi rivalutato dal punto di vista sistematico, ed anche l'estensione di alcuni diritti ai lavoratori a progetto viene operata a partire dalla conferma della distinzione tra le due fattispecie fondamentali.

Probabilmente la nozione di dipendenza economica è una nozione che per ora può essere adeguata soltanto per certe aree del mondo imprenditoriale, come la sub-fornitura, ed altrettanto probabilmente si è pensato che sarebbe stato difficile accedere a un concetto di dipendenza economica senza che si verificasse un fenomeno per cui nuove figure riuscissero ad entrare in questa nuova ipotetica area, ma nessuna ne uscisse. Si è avuto quindi il timore che tutto si risolvesse in una espansione pura e semplice del lavoro subordinato, che non è stata ritenuta, a ragione, praticabile.

**5.** Si può quindi concludere, in maniera problematica, osservando che se i nuovi assetti post-fordisti denotano una crisi del modello classico del diritto del lavoro, certamente ciò che sta accadendo adesso fa parte ancora di un *periodo di transizione*, ossia si muove ancora a un livello di destrutturazione del sistema sull'onda della flessibilità e non ancora di una ricostruzione sull'onda di nuovi principi unificanti, che peraltro avrà bisogno, ovviamente, anche dell'attore pubblico.

Se e quando verrà, lo Statuto dei lavori dovrà porsi, infatti, su un piano più ampio, non solo di rapporti lavoratori-impresa, come faceva il vecchio Statuto dei lavoratori, bensì anche su un piano di diritti di cittadinanza. Ciò non toglie che continuerà ad essere decisivo anche il ruolo dei corpi intermedi e delle forme di solidarietà mutualistica. In questo modo sarà possibile dare corpo al concetto di *tutela del lavoratore sul mercato del lavoro*, evitando che esso si risolva nella pura e vecchia idea del mercato che, autoregolandosi, tutela i suoi protagonisti.

## Azione sindacale e tutela nel mercato del lavoro: il bilateralismo alla prova

*Pier Antonio Varesi*

*Sommario:* **1.** Introduzione: il diritto del lavoro alla ricerca di nuove forme di protezione. — **2.** Protezione nel rapporto e protezione nel mercato: strumenti alternativi o complementari? — **3.** Quali obiettivi per l'azione sindacale? — **4.** L'intervento della Pubblica Amministrazione ed il ruolo delle parti sociali. — **5.** Un terreno di prova per il bilateralismo: la formazione professionale continua. — **6.** Conclusioni.

**1.** La competizione globale ha indotto tutti i Paesi europei ad un ripensamento delle tradizionali forme di tutela del lavoro, cioè di quel poderoso impianto costruito nel corso del Novecento a difesa della parte debole nel rapporto di lavoro e che siamo soliti racchiudere nella nozione di “diritto del lavoro”.

Questa tendenza si è sviluppata nel nostro Paese attorno ad almeno tre filoni principali di innovazione:

— l'affievolimento o la rimozione di alcuni vincoli che gravavano sul datore di lavoro, considerati troppo rigidi o del tutto superati nel nuovo contesto economico e sociale (si pensi, ad esempio, ai limiti posti in passato alla libertà di scelta del lavoratore da assumere ed attualmente pressoché totalmente soppressi, perlomeno nel settore privato);

— la rimodulazione delle tutele, volta ad assicurare maggiore equità ad un quadro normativo che spesso ha offerto tutele e sostegni forti a particolari gruppi di lavoratori (in specie quelli impiegati nelle aziende di medio-grandi dimensioni del settore industriale) e protezione molto debole ad altri. Un interessante esempio di questo indirizzo ci è offerto dal dibattito sullo “Statuto dei lavori” (o “Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori”, come dir si voglia), il cui senso profondo è rinvenibile, anche alla luce dell'insegnamento di Marco Biagi, “nella predisposizione di un nucleo essenziale (e abbastanza limitato) di norme e principi inderogabili (soprattutto di specificazione del dettato costituzionale) comuni a tutti i rapporti negoziali che hanno per contenuto il lavoro” e nella individuazione di diritti aggiuntivi, ad inderogabilità “relativa”, modulati dalla contrattazione collettiva o individuale<sup>1</sup>;

---

\* *Pier Antonio Varesi è professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università Cattolica di Milano.*

<sup>1</sup> Biagi, *Progettare per modernizzare*, in Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 275.

— la ricerca di protezioni diverse ma altrettanto efficaci di quelle sperimentate in passato, non solo compatibili con le nuove forme di lavoro ma specificamente finalizzate a contrastare gli effetti più preoccupanti di tali forme (la precarietà dell'occupazione, l'impovertimento professionale, la marginalità sociale). In questo campo l'elaborazione teorica e la prassi applicativa hanno già indicato alcuni sentieri molto interessanti: penso all'attenzione che la legislazione italiana dedica alla formazione professionale dei lavoratori impiegati con rapporti di lavoro non dotati di stabilità (lavoratori interinali o a tempo determinato<sup>2</sup>) ed ancor di più alle ulteriori misure previste in Francia dalla contrattazione collettiva e gestite tramite il sistema bilaterale (accanto al Fondo per la formazione professionale dei lavoratori interinali — denominato FAF-TT — è infatti previsto uno speciale Fondo, denominato Fondo di azione sociale per i lavoratori temporanei, FAS-TT, che interviene per assicurare ai lavoratori un trattamento integrativo rispetto a quello previsto in via generale dalla legge in caso di malattia, infortunio, maternità e adozione, invalidità o decesso. In tempi più recenti sono stati costituiti altri due Fondi — *Acmil service* FAS-TT e *SBE service* FAS-TT che offrono ai venditori garanzie per gli acquisti di beni immobili o di beni di consumo da parte di lavoratori interinali<sup>3</sup>).

In questo contesto, che dà per certa una sempre maggiore discontinuità nei rapporti di lavoro, si colloca inoltre l'indirizzo volto a sviluppare, accanto alla protezione che la legislazione e la contrattazione collettiva assicurano nel rapporto di lavoro, anche forme di tutela nel mercato del lavoro. Si tratta di porre attenzione non solo a quei diritti che potremmo definire contrattuali, cioè strutturalmente connessi all'esistenza di un rapporto di lavoro e che trovano la loro fonte indifferentemente in disposizioni contrattuali o legislative, ma anche ai c.d. diritti sociali, cioè a quei diritti che possono essere soddisfatti mediante l'adozione di idonee misure da parte dei pubblici poteri<sup>4</sup>. Nel primo caso tutele e sostegni discendono da obblighi posti in capo al datore di lavoro, nel secondo caso invece sono i pubblici poteri a dover assicurare l'intervento.

Quanto più il mercato del lavoro diviene dinamico, mediante la diffusione di forme di lavoro caratterizzate da breve durata e mediante la liberalizzazione della costituzione e dell'estinzione dei rapporti di lavoro, tanto più appare difficile assicurare adeguata protezione operando solo sul rapporto di lavoro. Una strategia per tutele e sostegni anche nelle fasi propedeutiche al lavoro o di disoccupazione, fasi considerate sempre più ricorrenti e fisiologiche, diventa dunque una necessità.

## 2. I due tipi di intervento non vanno considerati come contrapposti ma come

<sup>2</sup> Cfr. art. 5 della l. 19 giugno 1997, n. 196, come sostituito dall'art. 64, comma 1, lett. d), della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e l'art. 7 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

<sup>3</sup> Per una più dettagliata descrizione del Fondo rinvio a Varesi, *Il lavoro interinale*, in *Prospettiva sindacale*, 1993.

<sup>4</sup> Sul concetto di diritto sociale v. Mazziotti, voce *Diritti sociali*, in *Enc dir*, 804; Biscaretti di Ruffia, voce *Diritti sociali*, in *NDI*, V, 759 e Mengoni, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998.

complementari. Infatti il tema della flessibilità/rigidità nella disciplina del rapporto di lavoro può essere affrontato con atteggiamento diverso se il sostegno nel mercato del lavoro è pronto ed efficiente. Si pensi ad esempio ai lavori a termine o comunque caratterizzati da instabilità: in un mercato con quote ridotte di lavoro a termine ed in grado di assicurare una rapida e qualificata ricollocazione potrebbe, in astratto, essere pressoché indifferente la stabilità o meno del rapporto di lavoro; al contrario in un mercato con alte quote di lavoro precario ed in cui non si attuano politiche idonee alla rapida e qualificata ricollocazione di tali lavoratori, vi sarà una naturale tendenza del sindacato a favorire la stabilizzazione presso lo stesso datore di lavoro. In sintesi la protezione nel mercato e la flessibilità/rigidità dei rapporti di lavoro in quel mercato sono in parte collegate tra loro; costruire un buon sistema di politiche attive del lavoro, di formazione professionale e di servizi per l'impiego, non è dunque fare "altro" rispetto alla regolazione dei rapporti di lavoro, ma è creare le condizioni per una diversa regolazione dei rapporti di lavoro, più flessibile ma comunque idonea a proteggere il lavoratore. In sintesi, buone politiche attive del lavoro sono il pilastro della "flessibilità sostenibile", quella indicata dal Libro bianco di Delors<sup>5</sup> ed incarnata nella Strategia europea per l'occupazione a partire dal vertice intergovernativo di Lussemburgo del novembre 1997<sup>6</sup>.

Ne discende che il potenziamento delle tutele nel mercato del lavoro può essere dunque bilanciato dal contemporaneo allentamento di tutele nel rapporto di lavoro (e viceversa), secondo un modello fatto proprio (almeno sul piano formale) anche dai nostri accordi di concertazione.

La credibilità del "bilanciamento" si fonda sul rispetto degli impegni assunti; sotto questo profilo l'esperienza italiana non è entusiasmante.

Se un limite può rinvenirsi nella politica del lavoro dell'ultimo decennio (quella che prende le mosse dall'accordo di concertazione del 1993 e prosegue poi con gli accordi del 1996 e 1998) è proprio nella adozione (immediata) di misure di flessibilità a fronte di impegni sul fronte della politica attiva del lavoro a lungo disattesi (penso ad esempio alle promesse di riforma in materia di formazione continua, di servizi per l'impiego, di ammortizzatori sociali, contenute in molti accordi di concertazione). Vi è dunque un problema di effettività della tutela. Se non prestiamo sufficiente attenzione all'effettivo dispiegamento di sostegni e servizi, corriamo il rischio di allentare le tutele nel rapporto senza poter assicurare ai lavoratori adeguato aiuto nel mercato.

**3.** Acclarata l'importanza dell'iniziativa sindacale volta a predisporre forme di tutela e di protezione anche nel mercato del lavoro, può essere utile

---

<sup>5</sup> Cfr. Delors, *Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, Bruxelles, 1993.

<sup>6</sup> Per un'approfondita illustrazione della Strategia europea sull'occupazione v. Barbera, *Dopo Amsterdam - I contenuti del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia, Brescia, 2000, nonché Francioni, Giorgioni, Turrini, *Lavoro e formazione nell'Europa dell'Euro*, Trento, 1999, con ampia documentazione allegata.

l'individuazione, seppur a grandi linee, degli obiettivi da conseguire e dei modi con cui il sindacato può concorrere alla strutturazione di questo tipo di intervento.

Concentrando per ora la nostra attenzione sul primo punto a me pare che l'obiettivo generale di una buona strategia sindacale in materia possa essere così descritto: assicurare durante tutto l'arco della vita attiva a tutti i cittadini tra i 15 ed i 65 anni, indipendentemente dal tipo di lavoro in essere o dal lavoro svolto in precedenza, i seguenti quattro tipi di protezioni/aiuti:

- a. *servizi per l'impiego*, intendendo per tali le attività di informazione, orientamento individuale e collettivo, incontro tra domanda ed offerta di lavoro;
- b. *attività di formazione professionale* (sia quella volta ad un primo inserimento nel mondo del lavoro, sia quella finalizzata all'aggiornamento o alla riqualificazione in caso di disoccupazione, sia, infine la formazione continua degli occupati), con conseguente certificazione dell'avvenuta partecipazione e dei risultati formativi conseguiti;
- c. *sostegni al reddito nelle fasi di difficoltà occupazionale* (nei periodi di mera sospensione dal lavoro e di vera e propria disoccupazione) anche collegati alla prestazione di lavori socialmente utili;
- d. *aiuti al reimpiego* quali, ad esempio, incentivi all'assunzione o finanziamenti per l'avvio di nuove attività di lavoro autonomo o d'impresa.

Va da sé che questi interventi debbono essere realizzati tenendo conto della necessità di assicurare alle donne pari opportunità, per rimuovere gli ostacoli che tradizionalmente penalizzano le lavoratrici, e con attenzione a costruire percorsi potenziati per le categorie a rischio (giovani *drop-out*, donne della fascia centrale d'età, disoccupati di lungo periodo, lavoratori ultracinquantenni), e, ove possibile, percorsi individualizzati per i soggetti con maggiori difficoltà.

Ammesso che vi sia consenso attorno a questa prima ed un po' generica affermazione possiamo ora approfondire il tema affrontando alcune questioni cruciali.

La prima riguarda la declinazione di ciascun tipo di protezione in relazione alle diverse forme di lavoro considerate. Su questo punto non si può non ricordare che principi di equità impongono l'estensione a tutti i lavoratori di almeno un nucleo di diritti articolati su tutti e quattro i fronti considerati, superando l'attuale sperequazione che, come si è detto, vede alcuni tutelati nel rapporto di lavoro e nel mercato ed altri, presumibilmente più deboli, poco o per nulla tutelati sia su un fronte che sull'altro.

Vi è poi la necessità di assicurare uniformità di diritti essenziali su tutto il territorio nazionale anche nel nuovo quadro costituzionale, quello delineato dalla legge costituzionale n. 3/2001 e quello che potrebbe emergere dall'assetto "federalista" in gestazione. Sul punto credo sia opportuno ancorarsi alla norma costituzionale che affida allo Stato, in via esclusiva, la competenza legislativa riguardante "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale — lett. m), comma 2, articolo 117 Cost. —, avendo però consapevolezza che la profonda divaricazione che separa il mercato del lavoro del sud del

Paese dal resto della Nazione richiede regole, strumenti, modalità, tempi e risorse differenziati.

La legge costituzionale n. 3/2001, affidando alla legislazione concorrente di Stato e Regioni la materia “tutela e sicurezza del lavoro” ha colto questa esigenza. Ne consegue che dobbiamo prepararci a sistemi regionali di politica del lavoro improntati a modelli anche molto diversi, auspicabilmente in virtuosa competizione tra loro.

Va infine considerata la debolezza del nostro sistema di politiche attive del lavoro. Gli accordi di concertazione degli anni Novanta ricordati in precedenza denunciavano l’arretratezza delle nostre politiche del lavoro e della formazione e prospettavano un’intensa azione riformatrice. In questi anni molto è stato fatto; ciò nonostante permane un evidente divario rispetto ad altri Paesi europei e la materia appare ancora come un cantiere aperto, in continua e frenetica evoluzione. Si intravedono ormai le fondamenta del nuovo sistema, ma la gran parte dell’opera è ancora da costruire ed alla conclusione dei lavori non giovano certo i continui cambiamenti di indirizzo (prima che una riforma sia operativa la si abbandona per delineare un nuovo e più affascinante progetto, continuando così, senza sosta, in un incessante susseguirsi di riforme annunciate e mai portate a termine).

Il giudizio di incompletezza vale certamente per i c.d. diritti sociali, ma vale anche per quelli “contrattuali”: né la legislazione, né la contrattazione collettiva hanno imposto ai datori di lavoro vincoli stringenti sul piano della formazione professionale dei lavoratori o dei servizi per l’impiego.

La norma che prevede 120 ore medie annue di formazione esterna all’azienda degli apprendisti (ulteriormente elevata dalla contrattazione collettiva) è stata forse il punto più alto raggiunto in questo campo; non a caso però perennemente contestata dai datori di lavoro e, secondo prime letture, rimesso in discussione dal decreto legislativo di attuazione della legge n. 30/2003.

Né di fronte all’eccedenza di manodopera la nostra legislazione e la nostra contrattazione collettiva hanno saputo introdurre norme in grado di prefigurare un istituto simile al “piano sociale” rinvenibile nell’ordinamento francese. Si tratta di piccoli esempi, però in grado di testimoniare che la politica attiva del lavoro non ha avuto, né sul versante dei diritti sociali, né su quello dei diritti contrattuali, molta fortuna e si presenta dunque ancora assai gracile.

**4.** L’auspicato incremento dei lavoratori protetti e l’allargamento delle forme di protezione sollevano però il nodo delle limitate risorse a disposizione; per cui o si incrementano significativamente le disponibilità, con un aumento degli stanziamenti pubblici, oppure non vi sarà estensione dell’intervento a nuovi soggetti o, se vi sarà, si tradurrà in una sua riduzione di intensità (francamente difficile da immaginare, visto che siamo già tra i Paesi che spendono meno per le politiche del lavoro, sussidi compresi).

Ad un primo approccio il nodo è rinvenibile dunque nella ripartizione tra ciò che si ritiene debba essere assicurato dalla Pubblica Amministrazione (i diritti sociali di cui si è detto) ed i diritti che abbiamo chiamato “contrattuali”, quelli che, in forza di legge o di contratto, fanno ricadere gli oneri relativi sul datore

di lavoro. Ad un esame più approfondito la materia potrebbe essere invero più utilmente suddivisa in tre aree, aggiungendo alle due indicate anche una terza in cui la protezione o il sostegno sono mutualizzati: in questo caso sarebbero i contributi dei lavoratori e dei datori, a cui possono eventualmente aggiungersi anche risorse pubbliche, ad alimentare fondi per l'attuazione degli interventi. In quest'ultima prospettiva potrebbero rientrare tutti i filoni segnalati in precedenza: potrebbero essere mutualizzati, ad esempio, i costi (costo dell'intervento e delle ore di lavoro perdute) relativi all'esercizio del diritto alla formazione, oppure all'orientamento (si pensi ad uno *stage* o ad un bilancio di competenze) o di servizi all'impiego (si pensi al "piano sociale" con cui in Francia si accompagnano verso una ricollocazione gli esuberanti) o di forme di sostegno al reddito integrative rispetto a quanto erogato dalla Pubblica Amministrazione in caso di disoccupazione o di difficoltà occupazionale.

Per quanto riguarda in particolare quest'ultimo filone non mancano certo gli esempi all'attivo: basti pensare alla consolidata esperienza delle Casse edili o, più recentemente al settore artigiano, dove l'ente bilaterale, a fronte di situazioni di difficoltà occupazionale, eroga un sussidio che si cumula con l'indennità statale di disoccupazione o il settore del turismo, dove, in alcuni territori, sono concessi sussidi ai lavoratori stagionali che partecipano, durante il periodo di disoccupazione, ad attività formative), o, ancora, al settore bancario dove, in assenza di intervento pubblico, sono stati predisposti specifici ammortizzatori sociali<sup>7</sup>.

Non vi è dubbio che la mutualizzazione dei costi può costituire un passo importante per l'estensione dei diritti, poiché può essere la chiave per raggiungere, con forme adeguate e con gradualità, anche i settori dell'economia attualmente totalmente privi di strumenti di protezione ed in particolare le piccole e piccolissime realtà produttive.

Così impostato, il tema della presenza bilaterale nel mercato del lavoro può forse sfuggire alla contrapposizione tra una impostazione "panbilateralista" (in cui le strutture bilaterali sarebbero destinate, grazie al sostegno pubblico, ad una funzione tendenzialmente monopolista) ed una per cui il rafforzamento del ruolo degli enti bilaterali è vissuto come "eversivo"<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> La letteratura sul tema è molto ampia. Tra i principali contributi segnalo Bellardi, *Istituzioni bilaterali e contrattazione collettiva: il settore edile (1945/1988)*, F. Angeli, Milano, 1990 e della stessa autrice, *L'edilizia*, in Bellardi (a cura di), *Relazioni industriali e contrattazione collettiva in Italia (1945/1992). Il settore edile, poligrafico, del credito e dell'artigianato*, Cacucci, Bari, 1996; Martinengo, *Enti e fondi bilaterali nell'artigianato e le nuove norme in tema di contribuzione previdenziale*, in *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 1991, n. 9, 5 ss.; Perulli, Sabel, *Gli enti bilaterali dopo l'inizio: tre approcci e una interpretazione operativa*, Rapporto di ricerca, RSO, Milano, 1995; Perulli, *Origine e scenari per l'esperienza bilaterale*, in Squarzon (a cura di), *Il vantaggio competitivo del nord-est*, F. Angeli, Milano, 1997. Si v. inoltre: *Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale*, in *LD*, 2003, n. 2, numero monografico.

<sup>8</sup> In questo modo Mariucci, *Gli enti bilaterali: mercato del lavoro e rappresentanza sindacale*, in *LD*, 2003, n. 2, 163 ss., interpreta la contrapposizione tra le diverse anime della dottrina nel dibattito sollevato dalla l. n. 30/2003.

**5.** Prospettive particolarmente interessanti si aprono alla mutualità bilaterale con riferimento alla formazione professionale continua.

In questo campo il ruolo del bilateralismo (che è qualcosa di più ampio degli enti bilaterali, perché include la contrattazione collettiva da cui, non dimentichiamolo, traggono origine sia i soggetti mediante i quali le parti sociali gestiscono congiuntamente gli interventi previsti, sia le disposizioni che regolano nelle linee generali l'attività di tali soggetti) si fonda, oltre che sull'esperienza pregressa degli enti bilaterali, sulla nascente attività dei Fondi Interprofessionali.

Come è noto l'articolo 17 della legge n. 196/1997, integrato da successivi provvedimenti legislativi, ha posto le basi affinché ingenti risorse possano essere gestite dalle parti sociali per finanziare attività di formazione professionale continua dei lavoratori, concordate a livello aziendale o territoriale. I Fondi stanno finalmente per diventare operativi ed è ragionevole pensare che nel 2004 la fase di *start-up* possa essere completata.

Va inoltre ricordato che il decreto legislativo n. 276/2003 offre l'opportunità alla contrattazione collettiva di demandare agli enti bilaterali la definizione di importanti elementi della formazione dell'apprendista e dei progetti di inserimento dei giovani assunti con contratto di inserimento.

**6.** In sintesi: vi è un tema assai importante che può essere oggetto privilegiato del bilateralismo (la preparazione, l'aggiornamento e la certificazione, anche ai fini dell'inquadramento contrattuale, della professionalità del lavoratore); su questo tema si vanno concentrando notevoli risorse e sono già operanti strutture (Fondi professionali ed enti bilaterali). È da qui che può partire un disegno di intensa partecipazione bilaterale all'intervento sul mercato del lavoro, che potrà aprirsi, in relazione al maturare di condizioni positive, anche ad altre attività connesse, come l'erogazione di sostegni al reddito e la predisposizione di servizi per l'impiego.

Si apre dunque una stagione che mette alla prova il bilateralismo e pone a confronto le sue ambizioni con l'effettiva capacità di intervento. È una sfida difficile, il cui esito appare tutt'altro che scontato.

## Statuto dei lavori e applicazione giudiziaria

*Federico Frediani*

*Sommario:* 1. Introduzione. — 2. L'interposizione di mano d'opera. — 3. Conclusioni.

**1.** Il mio giudizio sul decreto legislativo n. 276/2003 non è del tutto negativo per diverse ragioni.

Innanzitutto perché gli sviluppi e le integrazioni rispetto alle nuove tipologie contrattuali sono lasciati alla contrattazione collettiva.

Si è obiettato che più volte viene presa in considerazione anche la contrattazione aziendale col rischio, quindi, che dette tipologie contrattuali possano avere attuazione “a macchia di leopardo”, senza un coordinamento, formando quindi una sorta di anarchia nel mercato del lavoro.

Ciò non sembra quanto di fatto sta succedendo se è vero che, a mo' di esempio, il contratto di inserimento è stato regolato con accordo interconfederale e quindi inserito in un sistema in cui la contrattazione di livello più basso troverà sviluppo nell'ambito della gerarchia delle fonti propria dell'ordinamento sindacale.

Altro apprezzamento va al sistema sanzionatorio che ritroviamo nel decreto legislativo n. 276: i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa senza l'individuazione di uno specifico progetto sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, (articolo 69) “in caso (articolo 86) di rapporti di associazione in partecipazione resi senza effettiva partecipazione il lavoratore ha diritto ai trattamenti per il lavoratore subordinato”. Qualora si verificassero omissioni nella redazione del contratto a tempo parziale — articolo 46 — “può esser dichiarata la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno”.

Quanto all'istituto della certificazione a mio avviso esso costituirà unicamente un modo per confermare la rilevanza che all'elemento della ricostruzione della volontà delle parti la giurisprudenza sta dando nell'utilizzo dei vari elementi utili per giudicare in tema di subordinazione e autonomia. Li ricordo: l'esistenza o meno di un orario di lavoro, l'esistenza o meno di direttive imprenditoriali, la proprietà dell'impresa o del lavoratore dei mezzi di lavoro, l'esistenza o meno di rischi di impresa. Tra essi si colloca anche la ricostruzione della volontà delle parti che serve a giudicare se un rapporto abbia natura di lavoro subordinato ovvero autonomo. Negli anni Settanta e Ottanta i magi-

---

\* *Federico Frediani è docente di Diritto del lavoro presso l'Università di Firenze.*

strati del lavoro davano poca importanza alla ricostruzione della volontà delle parti dovendo giudicare in tema di accertamento della natura del rapporto di lavoro. Nell'ultimo decennio, viceversa, tale parametro ha avuto maggiore peso nelle più recenti controversie; con la certificazione, l'oggetto di essa assumerà natura presuntiva che le parti hanno voluto una certa tipologia contrattuale, ma tale presunzione potrà esser sempre vinta con la prova che nel caso dell'esecuzione del rapporto le parti hanno posto in essere un comportamento non conforme a quello prospettato nella sede certificatoria.

**2.** Quanto all'interposizione di mano d'opera è certo vero che l'articolo 85, lett. c) del decreto legislativo n. 276 abroga la legge n. 1369/1960, tuttavia credo il fenomeno della mera somministrazione di mano d'opera possa essere ancora combattuto sul piano legale. Se è vero che nel caso della mera interpretazione l'appaltatore non attua un progetto negoziale secondo quanto richiesto dall'articolo 84, la fattispecie rientra nella tipologia della somministrazione.

Il contratto di somministrazione può esser sottoposto a giudizio per rilevarne la irregolarità (articolo 27), ma anche la eventuale natura fraudolenta, soprattutto dovrà esser verificata l'osservanza dell'articolo 21 punto 4. Il vaglio dell'esistenza dei requisiti delle lett. a) e c) potrà esser determinante poiché anche in presenza di forma scritta che reca i dati richiesti si potrà entrare nel merito sulla esistenza degli estremi dell'autorizzazione (che potrà essere totalmente e parzialmente non sufficiente per svolgere una certa attività imprenditoriale) rilasciata al somministratore, e sulle ragioni che hanno determinato il ricorso alla tipologia di contratto in questione.

Irregolarità in materia avranno la conseguenza che "il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore".

Spazi, quindi, per combattere l'abuso alla somministrazione di mano d'opera persistono, il decreto legislativo n. 276 non li ha rimossi, anzi li ha confermati.

**3.** Certo, e con questo concludo, il decreto legislativo n. 276 richiede ulteriori provvedimenti normativi soprattutto in tema di sostegno sul piano del *welfare*, senza i quali la flessibilità nel lavoro reclamata dalle imprese che sarà utilizzata in particolar modo per i giovani, diverrà mera precarietà nel rapporto di lavoro. Il Patto per l'Italia al punto 2.8 (Dialogo sociale) ha l'obiettivo dichiarato di completare le riforme con uno Statuto dei lavori che configuri un Testo Unico sulla legislazione del lavoro e quello di procedere alla riforma del processo del lavoro allo scopo di dare ad esso tempi più certi nell'interesse dei datori e dei lavoratori.

Questi sono aspetti da ricordare e da attuare quale necessario completamento della disciplina costituita dalla legge n. 30 e dal decreto legislativo n. 276 del 2003.

## Statuto dei lavori e certificazione

Luca Nogler

*Sommario:* **1.** Lo Statuto dei lavori visto dall'Europa. — **2.** Il binomio Statuto dei lavori e certificazione nel pensiero di Marco Biagi. — **3.** La certificazione senza Statuto dei lavori. — **4.** La certificazione della qualificazione dei contratti di lavoro. — **5.** La certificazione del contenuto dei contratti di lavoro.

**1.** Nel riflettere sugli esiti (peraltro, decisamente parziali) del dibattito relativo allo Statuto dei lavori e sui suoi possibili sviluppi futuri, il comparatista deve, anzitutto, interrogarsi sul perché solo in Italia si discuta di tale Statuto dei lavori (o della *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*<sup>1</sup>) malgrado la sempre più accentuata convergenza socio-economica che caratterizza i Paesi economicamente più evoluti dell'Unione europea.

Due sono le possibili risposte.

Si potrebbe giungere alla conclusione che il diritto del lavoro italiano — o per lo meno il « pensiero giuslavoristico » italiano — è il più avanzato d'Europa. Ma quest'ultima supposizione è storicamente contraddetta, quasi impedita, dal forte ritardo economico registratosi nel nostro Paese che è entrato (in forte ritardo) nell'era industriale nonché successivamente in quella dei servizi. Sicché anche la riflessione giuslavoristica finisce abitualmente con l'accasarsi nelle retrovie del dibattito europeo, malgrado non siano escluse virtuose eccezioni. Fu senz'altro il caso dello Statuto dei lavoratori, quando non solo la sinistra giuslavoristica europea considerò la legge italiana — sono parole di Däubler del 1971<sup>2</sup> — la punta avanzata del diritto del lavoro del mondo occidentale, ma anche il moderato Otto Kahn-Freund elogiò a più riprese le scelte regolative del Parlamento italiano.

Se così non fosse per il nuovo prodotto dello Statuto dei lavori, dobbiamo all'opposto ipotizzare che il diritto del lavoro italiano tenta, con le rammentate proposte regolative, di recuperare un *deficit* rispetto agli altri ordinamenti

---

\* Luca Nogler è professore straordinario di Diritto comparato del lavoro presso l'Università di Trento.

Questo scritto, destinato agli Studi in memoria di Salvatore Hernandez, è frutto dell'attività di ricerca svolta nell'ambito del progetto comunitario Equal « Save - Sostegno allo svantaggio del lavoro atipico, valorizzazione, emancipazione » coordinato dalla Camera di Commercio Industria Artigianato Agricoltura di Trento.

<sup>1</sup> Proposta di legge C 3133 in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>2</sup> In *AuR*, 1971, 189.

europei, almeno rispetto a quelli più sviluppati. Qualora questa seconda supposizione fosse adeguatamente corroborata dall'analisi comparata del nostro mercato del lavoro, si registrerebbe — sia detto per inciso e senza intenti polemici — una sorprendente convergenza con la funzione che fu assolta a suo tempo dalla Carta del lavoro del 1927 con la quale il Regime declamò l'allineamento dell'Italia agli altri Paesi più evoluti dell'Europa<sup>3</sup>.

Ora, se teniamo presente l'obiettivo perseguito dallo Statuto dei lavori di ridisegnare l'ambito di applicazione del diritto del lavoro, allargandolo e differenziandolo al contempo, allora la risposta all'interrogativo iniziale non può che essere, a mio parere, la seconda.

Qual è il *deficit* che dobbiamo recuperare?

Esso consiste nel fatto che altri ordinamenti riescono, attraverso il criterio applicativo tradizionale del diritto del lavoro, e cioè la subordinazione (Pedrazzoli l'ha chiamata espressivamente il « rubinetto delle tutele »<sup>4</sup>), ad includere nel diritto del lavoro una percentuale di occupati decisamente più alta della nostra. Mentre l'Italia si arresta al 72,1%, la Germania raggiunge l'88,9%, la Francia l'89,1%, il Regno Unito l'88,3%, l'Olanda l'88,4%, il Lussemburgo il 92,7%, il Belgio l'84,8%, l'Irlanda l'81,9%, la Danimarca il 91,1%, l'Austria l'86,6%, la Spagna il 79,9%. Sempre secondo i dati Eurostat relativi al 2001, la sola Grecia (60,2%) registra una *performance* peggiore della nostra mentre il Portogallo è più o meno sui nostri livelli (72,7%). Il 72,1% di tasso, per così dire, *inclusivo* rappresenta la media: nel settore dell'agricoltura esso è stato (sempre nell'anno 2001) del 41,2%, nell'industria del 77,6% e nelle « altre attività » del 71,9%. Ma queste differenziazioni si ripropongono sostanzialmente anche negli altri Paesi e sono quindi irrilevanti.

Per svariate ragioni, l'enorme dato sul lavoro autonomo, rappresenta un *deficit* competitivo anche per quelle parti d'Italia che sono caratterizzate da tassi di attività e di occupazione decisamente comparabili con quelli che si registrano nelle regioni più evolute d'Europa.

In primo luogo, dobbiamo considerare che l'incidenza della constatata anomalia dei mercati italiani dei lavori, che in quote comparativamente troppo elevate sono di natura autonoma, sul limitato sviluppo della produttività, che pesa sulla progressiva perdita di competitività dell'economia italiana, è stata sottolineata con forza nelle due ultime Relazioni annuali del Governatore della Banca d'Italia. Nelle considerazioni finali della Relazione relativa al 2001, si sottolinea che « il basso numero degli occupati in relazione alle persone in età attiva, l'ampia diffusione del lavoro autonomo, l'abnorme rilevanza delle attività irregolari sono esiti ultimi di un assetto del nostro sistema economico divenuto

<sup>3</sup> Sul punto cfr. De Felice, *Mussolini il fascista, L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Einaudi, Torino, 1968, rist. 1995, 296; *contra*, come noto, Pera, *Per una ridefinizione dei corporativismi in Europa tra le due guerre*, in Vardaro (a cura di), *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi*, F. Angeli, Milano, 1988, 123 ss.

<sup>4</sup> Pedrazzoli, *La parabola della subordinazione: dal contratto allo status. L. Barassi e il suo dopo*, in Napoli (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, Vita e pensiero università, Milano, 2003, 350.

inadeguato al nuovo contesto dell'economia mondiale, caratterizzato da elevata concorrenza e dall'affermarsi di nuovi prodotti e nuove tecnologie ». La Relazione del 2001 ha segnato anche la svolta nell'atteggiamento della Banca d'Italia verso la tanto celebrata struttura economica molecolare del nord-est italiano. Dopo aver tributato il doveroso omaggio alla posizione tradizionale, riconoscendo che « il contributo che le piccole imprese hanno fornito negli ultimi decenni allo sviluppo della nostra economia è stato determinante », si sostiene senza mezzi termini che « la frammentazione rischia ora di incidere negativamente nelle capacità di crescita ».

Nel 2003, nel presentare le considerazioni finali della Relazione relativa al 2002, il Governatore ribadisce il punto constatando nuovamente che « contenuta dimensione delle unità produttive, proliferazione di posizioni lavorative autonome, estensione del sommerso costituiscono anche una reazione, deteriorata, alle condizioni di lenta crescita economica e di insufficiente competitività dell'economia regolare ». A questa constatazione si somma l'enfaticizzazione di una delle presunte (il contesto consente solo petizioni di principio) con-cause dell'« elevato numero di lavoratori indipendenti » nonché dell'« abnorme estensione dell'occupazione irregolare », e cioè la presenza di « normative in tema di lavoro subordinato coerenti con un'economia industriale incentrata su produzioni di massa e standardizzate ». Insomma, le rigidità collegate al lavoro dipendente spingerebbero le imprese verso dimensioni non ottimali — e, quindi, verso un eccessivo ricorso al lavoro autonomo — frenando, ad esempio, (insieme ovviamente ad altri fattori tra i quali primeggiano gli scarsi investimenti in infrastrutture e soprattutto in ricerche scientifico-tecnologiche) lo spostamento verso quella produzione di beni a più alto contenuto tecnologico che consente ad altri Paesi di registrare significativi incrementi di produttività *tout court* del lavoro (non solo di quello dipendente) malgrado lo sviluppo, comune a tutte le società più evolute, dei servizi a più alta intensità di lavoro che contribuiscono inevitabilmente alla flessione dell'indice della produttività stessa <sup>5</sup>.

Sempre della Banca d'Italia e, più precisamente, Roberto Torrini, del Servizio Studi, ha svolto un'interessante analisi sulle ragioni dei diversi tassi di sviluppo del lavoro autonomo nei vari sistemi europei <sup>6</sup>. La sua analisi postula che i fattori evolutivi comuni ai vari sistemi dei Paesi più industrializzati — quali l'evoluzione tecnologica oppure la composizione del comparto industriale — non possono essere considerati come la causa dei differenti tassi di ricorso al lavoro autonomo. Al contrario, quali fattori determinanti si ipotizzano:

- a) la diversa estensione del settore pubblico che può erodere gli spazi per le attività professionali;
- b) i diversi livelli di prelievo contributivo e fiscale;

---

<sup>5</sup> In Italia tra il 1992 e il 2001 la produttività del lavoro è cresciuta dell'1,67% per addetto e del 2,28% su base oraria. Numeri che ancora una volta collocano l'Italia agli ultimi posti in Europa, dove la media è del 2,10% per addetto e del 3,59% su base oraria.

<sup>6</sup> Torrini, *Cross-country differences in self-employment rates: the role of institutions*, Banca d'Italia, 2002.

- c) il tasso di regolamentazione del mercato dei prodotti che potrebbe favorire una distribuzione commerciale frammentata e parcellizzata;
- d) la legislazione protettiva dei lavoratori dipendenti (in particolare, l'indicatore dell'OCSE sulle restrizioni ai licenziamenti);
- e) ed il *corruption perception index* che misura il livello di corruzione di un sistema.

La conclusione di Torrini è nel senso che a) e c) sono senz'altro fattori determinanti delle quote di lavoratori autonomi; b) è fattore determinante laddove è alto il valore di e). Sorprendentemente, d) non viene considerato un fattore particolarmente decisivo.

In effetti, l'incidenza di c) sull'elevato tasso di lavoro autonomo nel nostro Paese è dimostrato dal fatto che una serie di recenti scelte a favore della grande distribuzione ha prodotto (invero, malgrado la resistenza di alcune Regioni) una diminuzione di micro-imprese nel settore del commercio al minuto. Comunque sia, è tradizionalmente alto il peso dei commercianti che insieme agli artigiani ed agli agricoltori rappresentano il 15,1% degli occupati italiani.

L'incidenza di b) — dato per scontato (ma basta consultare i dati annualmente elaborati da *Transparency International*) che in Italia e) (anche se inteso in senso più lato come indice di ineffettività) è comunque alto — è dimostrata dal continuo aumento delle imprese nel settore delle costruzioni e più in generale degli artigiani senza dipendenti.

Per completezza occorre ancora osservare che la ricerca di Torrini sottovaluta, invero, il ruolo (promozionale del lavoro autonomo) giocato dalla nostra normativa previdenziale che favorisce la fuga verso il lavoro indipendente <sup>7</sup>.

Ora, il dato sul lavoro autonomo è particolarmente preoccupante, oltre che per i motivi già rammentati, anche per l'ulteriore ragione che questa forma di occupazione è caratterizzata da elevati tassi di lavoro sommerso come dimostrano i dati relativi alle ispezioni dell'Inps (nei primi nove mesi del 2003, nelle 105.636 ispezioni sono stati scoperti 13.556 casi di lavoratori autonomi non iscritti alle casse previdenziali). Il Censis — in un recente «Manuale di supporto conoscitivo agli operatori dei servizi per l'impiego» realizzato per conto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sostiene che il 42% degli immigrati che lavora in proprio è sommerso.

Sorprende, infine, la scelta operata (per il settore agricolo) dall'articolo 74 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e (per le imprese artigiane) dal comma 6-ter dell'articolo 21 della legge 24 novembre 2003 n. 326 di situare al di fuori del mercato del lavoro le prestazioni svolte da parenti e affini sino al terzo grado in modo meramente occasionale (90 giorni all'anno secondo la legge n. 326 del 2003). Questa presunzione relativa, che si imporrà di fatto come barriera d'ingresso alla tutela previdenziale, è destinata ad avere un rilevante impatto pratico giacché gli 898.000 coadiuvanti che l'Istat registra

---

<sup>7</sup> Cfr. il classico studio di Liso, *La fuga dal diritto del lavoro*, in *IS*, 1992, n. 28, 3 ss.; per esemplificazioni relative al lavoro a domicilio, cfr. Nogler, *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, Giuffrè, Milano, 2000, 382 ss.

annualmente rappresentano (ancora una volta e se si prescinde dalla Grecia) la percentuale più alta d'Europa (4,2% *contra* la media Ue dell'1,7%. In Francia la media dei *family workers* è dell'1,1%, in Germania dell'1,2% e nel Regno Unito dello 0,3%).

In conclusione è bassa la percentuale italiana di inclusione nel lavoro subordinato ma è più contenuta della media dell'Unione europea anche la percentuale di inclusione nel lavoro protetto — *in primis*, dal punto di vista previdenziale — e ciò è dovuto, oltre che alla diffusione del lavoro irregolare<sup>8</sup>, anche per la presenza di vere e proprie barriere d'ingresso.

2. La premessa fin qui formulata non intende rappresentare un tentativo di eludere il binomio che mi è stato assegnato dagli organizzatori del Convegno. Intendevo semplicemente richiamare l'attenzione su alcuni *deficit* strutturali del nostro sistema di sicurezza sociale e segnalare al contempo come il vero punto di partenza della rimodulazione ed estensione delle tutele dovrebbe essere rappresentato dal sistema previdenziale nel cui ambito si consuma la vera rilevanza qualificatoria del nuovo istituto della certificazione<sup>9</sup>.

Ma prima di considerare la certificazione così come risulta ora regolata dal titolo VIII del decreto legislativo n. 276 del 2003, iniziamo con il notare che sull'incerto ruolo che la certificazione può giocare nel contesto dello Statuto dei lavori emerge nel pensiero di Biagi una chiara duplicità di orientamenti.

Generalmente, quando il suo ragionamento prende le mosse dalla certificazione quest'ultima ha ad oggetto la qualificazione del contratto e allo Statuto dei lavori viene assegnata la funzione di rafforzare l'effettività dell'istituto che viene misurata in termini di riduzione del contenzioso, appunto, qualificatorio. La certificazione dei contratti di lavoro intesa quale fissazione della sua qualificazione giuridica — scrisse Biagi nel 1999 — può ragionevolmente aspirare a « funzionare solo se, al contempo, viene reso meno squilibrato il gioco delle convenienze (per entrambe le parti) circa la riconduzione del rapporto di lavoro in uno schema negoziale piuttosto che in un altro. In questa prospettiva uno Statuto dei lavori potrebbe consentire di modulare e graduare (in via tipologica) le tutele applicabili ad ogni fattispecie contrattuale a seconda degli istituti da applicare secondo una serie di cerchi concentrici che — lungo un *continuum* di modalità di esecuzione del lavoro — vanno dalle tutele minime ed inderogabili applicabili a tutti i rapporti alle garanzie « forti » imputabili solo ad alcune tipologie di lavoro subordinato (per esempio la tutela contro i licenziamenti o la disciplina dei tempi di lavoro) »<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Sul punto si registra un'approfondita analisi svolta dall'Osservatorio veneto sul lavoro nero, elusione ed evasione contributiva dal titolo *Attorno al lavoro sommerso in Veneto. Una ricognizione*, Venezia, 2003 che contiene, oltre ai dati aggiornati, anche un'ampia bibliografia sul tema.

<sup>9</sup> Ciò avviene anche in Germania sebbene con una disciplina molto più coerente rispetto alla nostra, cfr. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, 1, § 18.

<sup>10</sup> Biagi, *I lavori « atipici » tra deregolazione e disciplina normativa*, in Regione Emilia Romagna, *Rapporto istruzione, formazione, lavoro*, Bologna, 1999, 407 ss. nonché in Montuschi, M. Tiraboschi, Treu, Marco Biagi. *Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 263. Logica

Con un evidente salto logico l'autore prosegue, quindi, il suo ragionamento affermando che per sostenere la volontà delle parti occorrerebbe « distinguere tra un'area di inderogabilità assoluta o di ordine pubblico (relativa cioè a diritti fondamentali del lavoratore), come tale non disponibile dalle parti pena la riqualificazione del rapporto di lavoro in sede giudiziale, ed un'area di inderogabilità relativa, gestibile dalle parti collettive in sede di contrattazione collettiva e/o dalle stesse parti individuali in sede di costituzione del rapporto di lavoro ma, in quest'ultimo caso, solo davanti all'organo amministrativo abilitato alla certificazione (retribuzioni sopra la soglia della sufficienza, gestione dei percorsi di carriera, durata del preavviso, stabilità del rapporto, trattamento in caso di sospensione del rapporto, modulazione dell'orario di lavoro, ecc.) »<sup>11</sup>.

Vediamo ora il secondo orientamento di Biagi. Quando il ragionamento del giuslavorista bolognese — come, ad esempio, nell'*Introduzione* all'appendice del libro di Treu<sup>12</sup> — prende le mosse dallo *Statuto dei lavori* la prospettiva, imboccata con il titolo VIII del decreto legislativo n. 276 del 2003, viene implicitamente rimossa nel momento stesso in cui si afferma, sulla scorta di Treu<sup>13</sup> (il quale raccoglie, invero, a sua volta un'indicazione emersa nell'affollato dibattito della seconda metà degli anni Ottanta<sup>14</sup>) che lo Statuto stesso intende affrontare la questione dei nuovi lavori « dalla parte delle tutele piuttosto che dal punto di vista della qualificazione del rapporto »<sup>15</sup> individuando un nucleo essenziale di tutele al di sopra del quale si apre l'area delle discipline derogabili collettivamente o anche in via individuale nella apposita sede amministrativa.

In particolare, secondo Treu la prospettiva della volontà assistita è strumentale all'esigenza di « personalizzare alcuni trattamenti » e riguarda « lavoratori che, anche se inclusi nell'area del lavoro subordinato, sono caratterizzati da gradi accentuati di autonomia: dirigenti, alte professionalità, nuove professioni »<sup>16</sup>. È evidente tuttavia che in quest'ultimo ambito, la volontà derogatoria non esigerebbe, a ben vedere, neppure di essere assistita.

È questa probabilmente la ragione del perché nella proposta di legge sulla

---

del *continuum* e rimodulazione delle discipline sono notoriamente due cavalli di battaglia di Marcello Pedrazzoli che proprio nell'anno precedente a quello dello scritto di Biagi aveva rilanciato il tema: Pedrazzoli, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, Giuffrè, Milano, 1998, 397 ss.

<sup>11</sup> Biagi, *I lavori « atipici » ecc.*, cit., 263; il passo riportato nel testo si può leggere anche in Biagi, *Le ragioni in favore di uno "Statuto dei nuovi lavori"*, in *I&S*, 1998, 46.

<sup>12</sup> Biagi, *Progettare per modernizzare*, in Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 275-276.

<sup>13</sup> Treu, *Intervento*, in *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Cacucci, Bari, 1997, 170.

<sup>14</sup> Dibattito avviato, come noto, da Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, Giuffrè, Milano, 1985, spec. Cap. V.

<sup>15</sup> Cfr. peraltro le opportune specificazioni, anche di tecnica legislativa, di Pedrazzoli, *Consenso e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *QDLRI*, 1998, 21, 9 ss.

<sup>16</sup> Treu, *Politiche del lavoro, ecc.*, cit., 190, 205.

*Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori* non compare più il riferimento alla certificazione che era, invece, presente in una bozza precedente intitolata *Il lavoro e i lavori*<sup>17</sup> la quale — per quanto riguarda la certificazione — riprendeva sostanzialmente *Il progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* predisposto da Biagi nel 1998<sup>18</sup>. In fondo lo stesso Biagi giunse ad affermare, in uno scritto a quattro mani, che « estrapolato dal contesto complessivo di riforma del diritto del lavoro delineato nella bozza di Statuto dei lavori » — come evidentemente è nel titolo VIII del decreto legislativo n. 276 del 2003 — « il meccanismo di certificazione dei rapporti di lavoro non può » non « suscitare alcune forti perplessità »<sup>19</sup>.

In conclusione, se fosse effettivamente affrontata « di petto la rimodulazione delle tutele fra i vari lavori: non solo quelli nuovi e atipici ma anche il lavoro tipico »<sup>20</sup> (lo Statuto o la Carta dei lavori in senso forte), si « stempera anche l'esigenza di una certificazione »<sup>21</sup> in entrambe le direzioni che Biagi ha sempre assegnato a questo istituto: la fissazione della qualificazione dei contratti di lavoro e l'assistenza alle parti nella gestione della derogabilità relativa<sup>22</sup>.

**3.** Tuttavia, al momento occorre prendere realisticamente atto che la via tracciata da Treu, probabilmente perché gravida di costi politici non è, contrariamente a quanto si sente talora dire, realisticamente perseguita o anche solo perseguibile. La stessa riforma delle pensioni non dovrebbe incidere sulle aliquote contributive del lavoro indipendente.

È piuttosto plausibile che anche dopo il decreto legislativo n. 276 del 2003, le ragioni della fuga dal lavoro subordinato, resteranno ed effettivamente restano, inalterate. I nuovi modelli flessibili di lavoro subordinato (contratti di inserimento, di lavoro intermittente, ripartito o a tempo parziale) non appaiono, infatti, congegnati in modo sufficientemente chiaro per indurre il committente a rimanere nell'alveo del lavoro dipendente. D'altra parte, restano inalterati gli sconti previdenziali del lavoro autonomo. Né si nutrono molte speranze sulla capacità inclusiva della nuova disciplina del lavoro accessorio che purtroppo non è stata elaborata tenendo conto del problema della tutela dei lavoratori

<sup>17</sup> Cfr. infatti *I diritti del lavoro. Principi e indirizzi sui nuovi diritti e le nuove tutele*, in *Italianieuropei*, 2002, n. 2, 43 è il documento che raccoglie le riflessioni del gruppo di lavoro coordinato da Giuliano Amato e Tiziano Treu ai fini delle proposte dell'Ulivo sui nuovi diritti del lavoro. La certificazione compare anche nel ddl S 869 di Montagnino ed altri (*Norme di tutela dei lavori « atipici »*).

<sup>18</sup> In *DRI*, 1999, 275 ss. e, per esteso, in Treu, *Politiche del lavoro, ecc.*, cit., 317 ss. Il progetto del 1998 non fu tradotto in un disegno formale di legge. Maggiori dettagli in M. Tiraboschi, *La c.d. certificazione dei lavori « atipici » e la sua tenuta giudiziaria*, in *LD*, 2003, 101 ss.

<sup>19</sup> Così Biagi, M. Tiraboschi, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno Statuto dei lavori?*, in *LD*, 1999, 571 ss.

<sup>20</sup> Così ancora Treu, *Politiche del lavoro, ecc.*, cit., 178.

<sup>21</sup> Magnani, *Verso uno « Statuto dei lavori »?*, in *DRI*, 1998, 315.

<sup>22</sup> Sulla doppia funzione tradizionalmente assegnata alla certificazione cfr. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., §§ 1-2.

potenzialmente coinvolti bensì con l'obiettivo primario di recuperare gettito contributivo<sup>23</sup>.

Stando così le cose è verosimile che la qualificazione dei rapporti di lavoro sia destinata a rimanere uno dei principali filoni del contenzioso<sup>24</sup> anche dopo il decreto legislativo n. 276 del 2003. Il problema qualificatorio rischia inoltre di investire massicciamente anche la distinzione tra lavoro autonomo coordinato e non. Ed è curioso segnalare che è proprio per evitare questo pericolo che la Commissione Virville, nel suo rapporto *Pour un code du travail plus efficace*, ripudia la prospettiva di uno *statut de la parasubordination*.

Ora, la recente disciplina della certificazione della qualificazione dei contratti di lavoro limita l'ambito applicativo dell'istituto che sarà utilizzato soprattutto in relazione all'associazione in partecipazione e, soprattutto, al lavoro a progetto. In relazione a quest'ultimo, è indubbio che presunzione assoluta di cui al comma 1 dell'articolo 69, chiudendo la via di fuga delle collaborazioni senza progetto o a tempo indeterminato, rinvigorisce l'azione d'accertamento dell'Inps, accrescendo così l'interesse ad ottenere il sigillo da parte della commissione di certificazione.

La pratica tenterà sicuramente di escogitare nuove vie di fuga: lo sfruttamento oltre ogni limite del lavoro autonomo non coordinato (peraltro, a forte rischio di riqualificazione) esasperando lo strabismo italiano della flessibilità realizzata con il ricorso al lavoro autonomo, la costrizione nei confronti dei lavoratori di mascherarsi da imprenditori e di associarsi in forma collettiva, la sostituzione di contratti di fare con contratti di dare (*alias* vendite di cose future), etc. ma almeno una parte dei lavoratori della zona grigia dovrà passare dinnanzi alle commissioni di certificazione. Sperando che una volta emersi gli interessi individuali possano generare, attraverso una sapiente organizzazione, nuovi interessi collettivi.

Tuttavia, per aspirare ad essere il veicolo di questo percorso virtuoso e non il lasciapassare da esibire all'ispettore dell'Inps, l'istituto della certificazione, ora disciplinato dal decreto legislativo n. 276 del 2003, dovrebbe essere soggetto ad un'opera di decisa razionalizzazione in buona parte realizzabile in virtù della convenzione regolata (*pardon*, richiamata) dal comma 3 dell'articolo 76 decreto legislativo n. 276 del 2003. Senza indulgere in premesse sviluppate altrove<sup>25</sup>, in particolare occorrerebbe: a) distinguere la struttura dell'istituto in relazione alle profonde differenze che caratterizzano le due principali funzioni assolute dalla certificazione: la qualificazione dei contratti e l'assistenza alla predisposizione del contenuto contrattuale; b) colmare le lacune regolative che

<sup>23</sup> Sulla diversa prospettiva del modello belga, cfr. Nogler, Borzaga, *Ipotesi sulla disciplina del lavoro "accessorio": le virtù del modello belga*, in *Impresa sociale*, 2003, 67, 68 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Dell'Olio, *La subordinazione nell'esperienza italiana*, in *ADL*, 1998, 699.

<sup>25</sup> Sia consentito ancora una volta il rinvio a Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.; cfr. anche Speciale, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario del D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, tomo 4, 140 ss. nonché De Angelis, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, n. 2, I.

emergono dalla trama del decreto legislativo n. 276 del 2003 (ad esempio, in materia di poteri ispettivi dei certificatori); c) diradare i sospetti di incostituzionalità (e, incompetenza) che attualmente circondano i meccanismi di individuazione dei soggetti addetti alla certificazione; d) rendere possibile l'effettiva conclusione del procedimento entro trenta giorni; e) conferire uniformità ai comportamenti e alle decisioni degli enti certificanti; f) rafforzare effettivamente la volontà individuale.

Volendo abbozzare qualche soluzione, le strategie non possono che distinguersi in relazione alle due richiamate funzioni che attualmente sono inopportuna-mente assolve da un istituto a struttura unica (storicamente pensata a misura della sola funzione di assistenza alla predisposizione del contenuto contrattuale).

4. In relazione alla funzione qualificatoria (che rientra, sia detto *per incidens*, nella competenza legislativa dello Stato), la scelta della soluzione unitaria prefigurata dall'ultimo comma dell'articolo 76 del decreto legislativo consentirebbe di tornare al punto di partenza e cioè al già citato *Progetto* del 1998 che faceva perno su una sola commissione incardinata presso la Direzione provinciale del lavoro. Tuttavia, a questo punto sarebbe opportuno riscrivere anche l'*incipit* della storia prendendo atto dell'intasamento che accompagna attualmente l'attività delle Direzioni provinciali del lavoro che suggerisce di optare per la commissione incardinata nell'organizzazione provinciale.

In breve, se teniamo conto delle esigenze organizzative, del fondamentale aspetto della garanzia della imparzialità e della sussistenza delle conoscenze tecniche da parte del soggetto certificante (che solo per questo può essere legittimamente dotato del potere di paralizzare le autorità pubbliche), della giusta pretesa (espressa con il richiamo agli enti bilaterali) che la commissione di certificazione sia in grado di percepire l'esatta portata degli interessi in gioco, del crescente bisogno (che si è espresso anche in relazione alla certificazione) di coinvolgere comunque l'Università nella gestione del mercato del lavoro pur senza prefigurare improbabili sviamenti di funzione, ed, infine, complessivamente del rifiuto di un sistema concorrenziale che possa incentivare certificazioni al ribasso, allora la soluzione non può che essere quella — simile tutto sommato alle (peraltro pletoriche) commissioni provinciali per l'artigianato — di un unico organismo provinciale *ad hoc* incardinato nella Provincia. Un organismo composto da rappresentanti delle parti sociali (votati dagli enti bilaterali?), da rappresentanti dell'Inps (ed, eventualmente, dell'agenzia per le entrate) nonché da qualche ulteriore esperto che garantisca però, anche in relazione all'attività professionale che esercita, la necessaria imparzialità.

Se l'organismo fosse incardinato presso la Provincia, risulterebbero notevolmente semplificati gli aspetti della responsabilità dei certificatori<sup>26</sup> e della

---

<sup>26</sup> Altrimenti possibile solo nell'ambito della regole della responsabilità extracontrattuale la cui applicazione potrebbe peraltro essere esclusa nell'eventualità che le parti non abbiano fatto ricorso al Tar e non risulti sostenibile la tesi secondo cui la sentenza civile travolge l'atto

vigilanza. La presenza di rappresentanti delle autorità previdenziali e fiscali potrebbe stemperare l'immagine della certificazione quale scudo previdenziale e avvicinare la soluzione italiana a quella in corso di sperimentazione in Germania. Inoltre, la presenza di rappresentanti delle autorità pubbliche che sono vincolate alla certificazione potrebbe poi semplificare la comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente diritto delle autorità stesse, a formulare osservazioni. Ci si potrebbe forse spingere fino al punto di considerare la loro presenza in commissione come sostitutiva della suddetta comunicazione. L'Università (che dovrebbe rinunciare ad operare per tutto il territorio nazionale) potrebbe, infine, giocare il limitato ruolo di istituzione di formazione dei certificatori e al più d'istanza di decisione di casi tipo. A tal proposito, si deve segnalare che l'opportunità di concretizzare i criteri di distinzione tra autonomia e subordinazione in relazione alle varie tipologie professionali è segnalata anche dal già citato rapporto della Commissione Verville. Il decreto legislativo n. 276 del 2003 prefigura un meccanismo un po' libresco, ma il problema esiste e viene anzi esasperato dai mutevoli orientamenti, a fisarmonica, della sezione lavoro della Cassazione che nega la qualificazione come subordinata dell'attività della segretaria di uno studio professionale<sup>27</sup> ma dichiara al contempo che nell'interpretare l'articolo 2094 c.c. è corretto rifarsi alla giurisprudenza relativa al lavoro a domicilio<sup>28</sup>.

In conclusione, la razionalizzazione organizzativa dell'istituto potrà essere perseguita, come detto, a livello territoriale, con un'apposita convenzione. La *policy* unitaria ed i contenuti della convenzione, i quali dovrebbero superare i numerosi motivi di scontento, potrebbero, infine, essere opportunamente anticipati in un apposito accordo interconfederale sulla fase transitoria che potrebbe anche risolvere la questione dei costi della certificazione che non viene affrontata dal decreto legislativo n. 276 del 2003.

**5.** Non v'è esigenza di unitarietà della commissione, invece, riguardo all'altra funzione della certificazione e cioè l'assistenza alle parti individuali che viene richiamata da tre diverse disposizioni del decreto legislativo n. 276 del 2003. La dottrina si è concentrata nell'analisi dell'articolo 68 ai sensi del quale « i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo V del presente decreto legislativo »; si tratta peraltro di un dato normativo incerto che ha già suscitato diversità di risposte ed anche di emozioni. Invero, se si prende sul serio il riferimento alle « rinunzie » si deve concludere che siamo in presenza di un'ulteriore deroga al comma 1 dell'articolo 2113 c.c.; se, invece, prendiamo sul serio il fatto che la rinunzia

---

certificatorio (la tesi è sostenuta da Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., § 15 nonché Speciale, *op. cit.*).

<sup>27</sup> Cass., 7 aprile 2003, n. 5434, in *NGL*, 2003, 544.

<sup>28</sup> Cass., 27 novembre 2002, n. 16805, in *MGL*, 2003, 127; è sostanzialmente la tesi autorevole ma minoritaria di Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, F. Angeli, Milano, 1979.

o la transazione ha luogo « in sede di certificazione del rapporto di lavoro », allora occorre prendere atto che l'articolo 68 rappresenta anche (se non esclusivamente) un'ipotesi di derogabilità assistita. L'incertezza del dato letterale della norma dovrebbe essere risolta (articolo 12 delle preleggi) in virtù del criterio sistematico, ovvero sia con la constatazione che già esiste un'altra norma del medesimo decreto legislativo, l'articolo 82, che considera valide le rinunzie e le transazioni poste in essere dinnanzi alle commissioni di certificazioni, sicché dovrebbe prevalere la seconda delle possibili interpretazioni dell'articolo 68<sup>29</sup>. D'altra parte, sarebbe opportuno far chiarezza nell'eventualità dell'adozione di un decreto legislativo correttivo del decreto legislativo n. 276 del 2003.

Molto meno problematico, almeno dal punto di vista interpretativo, è l'articolo 80 ai sensi del quale « le sedi di certificazione di cui all'art. 75 svolgono anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali, sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale sia in relazione alle modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro ».

Infine, sempre nell'ottica dell'assistenza alle parti, va richiamato l'articolo 82, decreto legislativo n. 276 del 2003, ai sensi del quale « le sedi di certificazione di cui all'art. 76, comma 1, lett. a), del presente decreto legislativo sono competenti altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse ».

In relazione a queste funzioni, non si vede per quale ragione non debba essere previsto che, alla stessa stregua dell'assistenza prestata agli atti di disposizione, convivano contemporaneamente più sedi di certificazione del contenuto contrattuale derogatorio (*in primis*, enti bilaterali e Direzione provinciale del lavoro o centri per l'impiego).

In relazione alla seconda funzione della certificazione occorre piuttosto chiarire il significato operativo del comma 4 dell'articolo 78 il quale prevede l'elaborazione di codici di buone pratiche, con la veste formale del decreto ministeriale, « per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi ». Codici — meramente ricognitivi! — i quali devono recepire, « ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati

---

<sup>29</sup> Sul punto cfr. le stringenti argomentazioni di De Angelis, *op. cit.* Si esprimono nel senso che l'art. 68 rappresenta un'ipotesi di derogabilità assistita, Romagnoli, *Radiografia di una riforma*, Dispensa anno acc. 2003-2004. Corsi di Diritto del lavoro, datt., 13; Miscione, *Il collaboratore a progetto*, in *LG*, 2003, 823; Magnani, Spataro, *Il lavoro a progetto*, in *Aa.Vv.*, *Come cambia il lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 10; Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.; Tosi, *Appalto, distacco, lavoro a progetto. Appunti da una conferenza*, in *LG*, 2004, 239. Gli argomenti contrari vengono esposti con molta chiarezza da Bellavista, *La derogabilità assistita nel d. lgs. n. 276/2003*, Working Paper "Massimo D'Antona", 2004, n. 35, in [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it).

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

Si tratta, in sostanza, di un segnale alle parti sociali che ove intendano adottare, in relazione alle clausole collettive, la tecnica della derogabilità relativa possono far riferimento alle commissioni di certificazione anche se non si avvertono presentimenti che questa sarà effettivamente la direzione di marcia delle parti sociali.

D'altronde, sarebbe molto più opportuno che le rivendicazioni andassero nel senso di rafforzare con la certificazione quelle ipotesi — particolarmente numerose nel decreto legislativo n. 276 del 2003 — in cui l'attuale legislazione rimette alla semplice volontà individuale il potere regolativo di determinati aspetti del contratto di lavoro (*in primis* di quello a progetto). Il che, d'altronde, già avviene in svariati casi come, ad esempio, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale (articolo 5 del decreto legislativo n. 61 del 2000). Questa *policy* potrebbe essere perseguita con la tecnica del contratto collettivo a scelta multipla.

## La “volontà assistita” nel decreto legislativo n. 276 del 2003

Armando Tursi

*Sommario:* **1.** La certificazione dei contratti di lavoro tra “derogabilità assistita” e qualificazione del contratto, nel dibattito dottrinale e nelle iniziative legislative dell’ultimo decennio. — **2.** La certificazione come assistenza nella formazione della volontà negoziale: “certificazione dispositiva” e “certificazione derogatoria”. — **3.** La disponibilità assistita nel decreto legislativo n. 276/2003: l’articolo 82 e la certificazione delle rinunzie e transazioni di cui all’articolo 2113 c.c. — **4.** La “derogabilità assistita” nel decreto legislativo n. 276/2003: l’articolo 68 e la certificazione delle rinunzie e transazioni aventi a oggetto i diritti dei lavoratori “a progetto”. — **5.** La certificazione come assistenza negoziale nella stipulazione del contratto, e in particolare nella stipulazione di patti in deroga a norme non inderogabili: l’articolo 78, commi 4 e 5, e l’articolo 81.

**1.** Precisiamo subito l’oggetto delle riflessioni che seguono: non ci occuperemo delle forme di “certificazione dei contratti di lavoro” inerenti la “qualificazione dei contratti di lavoro” (articolo 75 del decreto legislativo n. 276/2003)<sup>1</sup>; ci proponiamo invece di indagare sulle tipologie di certificazione che realizzano forme di assistenza alle parti nella formazione della volontà contrattuale, specie laddove questa abbia un contenuto dispositivo di diritti o derogatorio nei confronti della disciplina legale o contrattuale collettiva del rapporto. A nostro avviso, infatti, nel decreto legislativo n. 276/2003 si riscontrano ipotesi di tal fatta, a onta della apparente limitatezza della delega contenuta nell’articolo 5 della legge n. 30/2003.

In effetti, di “certificazione dei contratti di lavoro” nel decreto legislativo n. 276/2003 si parla in più parti — anche al di fuori del titolo VIII, espressamente

---

\* Armando Tursi è professore di Diritto del lavoro presso l’Università di Milano.

<sup>1</sup> Rinviando, in proposito, al già ricchissimo dibattito dottrinale in corso. V., tra gli altri, De Angelis, *Le certificazioni all’interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, n. 2, in corso di pubblicazione; M.G. Garofalo, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 425 ss.; Ghera, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004; Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, *Working Paper Massimo D’Antona*, 2003, n. 23, in [www.lex.unicit.it](http://www.lex.unicit.it); Speciale, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, tomo IV; M. Tiraboschi, *La cd. certificazione dei lavori “atipici” e la sua tenuta giudiziaria*, in *LD*, 2003, n. 1, 101 ss.; Id., *Le procedure di certificazione*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 123; Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in Magnani, Varesi (a cura di), *Commentario al decreto legislativo n. 276/2003*, Torino, 2004.

dedicato alle “procedure di certificazione” —, e con significati anche diversi da quello consacrato negli articoli 75, 83 e 84.

In questi tre articoli, la certificazione è una procedura volontaria per la qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale, a progetto, di associazione in partecipazione, nonché in ordine alla “tipologia dei rapporti di lavoro” instaurabili nelle società cooperative alla stregua del relativo regolamento interno, e alla “distinzione (...) tra somministrazione di lavoro e appalto (...)”.

Ma in altre e altrimenti dislocate disposizioni si colgono almeno tre importanti varianti funzionali della certificazione in parola, e segnatamente: a) nell’articolo 68 si fa riferimento a (sedicenti) “rinunzie o transazioni” ai diritti derivanti dal capo I, relativamente ai “lavoratori a progetto”, da realizzarsi “in sede di certificazione del rapporto di lavoro”; b) nell’articolo 82 si stabilisce che gli “enti bilaterali” di cui all’articolo 76, comma 1, lett. a) del decreto “sono competenti altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all’articolo 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti (...)”; c) nell’articolo 81, infine, alle “sedi di certificazione di cui all’articolo 75” si attribuiscono “anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali (...), con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro”<sup>2</sup>.

Tali varianti funzionali del nuovo istituto attestano la polivalenza semantica, ma pure le ambiguità e talvolta gli equivoci, che lo hanno accompagnato fin dalla sua comparsa nel dibattito dottrinale, prima, e politico-legislativo, poi: in particolare, l’equivoco latente e pervicacemente riaffiorante tra la certificazione come “dichiarazione valutativa sulla qualificazione del contratto”, e il “sistema della volontà assistita, in cui non viene qualificata una fattispecie, ma viene convenuta dalle parti la disciplina del rapporto, anche in deroga alla normativa legale e collettiva in virtù dell’assistenza di un soggetto imparziale considerata dal legislatore sufficiente ed insindacabile garanzia di equità”<sup>3</sup>.

Già nello scritto dottrinale cui viene generalmente riconosciuta la primogenitura della certificazione del contratto di lavoro<sup>4</sup>, si rinviene l’affermazione che “il modello della volontà assistita potrebbe essere utilizzato non solo per la fissazione della disciplina del rapporto, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all’alternativa lavoro autonomo-

<sup>2</sup> Ma v. pure l’art. 78, comma 4, che rimette a un decreto ministeriale da emanare entro 6 mesi, l’adozione di “codici di buone pratiche per l’individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro (...)”, che “ricepiscono (...) le indicazioni contenute negli accordi interconfederali (...)”.

<sup>3</sup> Utilizziamo le espressioni di Vallebona, nel primo e nell’ultimo scritto in cui questo A. si sia occupato dell’istituto in esame: *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, 479 ss.; *L’incertezza del diritto del lavoro ed i necessari rimedi*, in *RIDL*, 2004, n. 1, 3 ss. La distinzione è fissata con molta lucidità da M.G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, 2003, I, 376; quindi ripresa e sistematicamente sviluppata, con riferimento al d.lgs. n. 276/2003, da Nogler, *op. cit.*

<sup>4</sup> Vallebona, *Norme inderogabili e certezza del diritto ecc.*, cit.

lavoro subordinato ora regolata dalla norma inderogabile dell'articolo 2094 c.c.”.

Di tale impostazione si trova traccia nella prima iniziativa legislativa in materia, la c.d. “bozza Biagi” del 1998<sup>5</sup>, che si muove, programmaticamente, sul duplice piano della certificazione dei rapporti come mezzo di deflazione del contenzioso giudiziario, e dell’“inderogabilità relativa” delle norme lavoristiche, intesa, a sua volta, sia come derogabilità delle norme legali e contrattuali collettive a opera della contrattazione individuale “assistita”<sup>6</sup>, sia come derogabilità delle norme legali da parte della contrattazione collettiva<sup>7</sup>.

L’obiettivo centrale del progettato “Statuto dei lavori” era quello della “rimodulazione delle tutele” in funzione di un ridisegno universalistico e flessibile della disciplina lavoristica<sup>8</sup>; in questo disegno si collocava a pieno titolo la certificazione intesa come strumento di flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro. Prevalse però la realistica considerazione che il progetto riformatore potesse “trovare maggiore consenso e praticabilità” se fosse stato “presentato come uno strumento diretto a garantire una maggiore certezza del diritto in materia di rapporti di lavoro e fosse dunque sostanzialmente preordinato alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro”<sup>9</sup>.

Fatto sta che la ritenuta e proclamata connessione tra le diverse accezioni funzionali della certificazione ne determinò la rimozione globale — non limitata, cioè, alla sola “derogabilità assistita” — dall’agenda riformatrice del Governo Prodi: non solo il “progetto” di Statuto dei lavori non venne mai formalizzato in un disegno di legge governativo, ma anche la certificazione preventiva dei rapporti di lavoro instaurati con i soci lavoratori delle società cooperative di produzione e lavoro (una certificazione, dunque, strettamente “qualificatoria”) venne stralciata dal disegno di legge elaborato dalla “Commissione di studio per la revisione della legislazione in materia cooperativa con particolare riferimento alla posizione del socio-lavoratore”, e di essa non si trova più traccia nella legge n. 142/2001<sup>10</sup>.

Le “due funzioni” della certificazione<sup>11</sup> si ricompattano però due anni dopo,

---

<sup>5</sup> Ci si riferisce all’art. 38 del *Progetto di legge per uno “statuto dei lavori”*, elaborato, per il Ministro Treu, dal prof. Biagi, nel marzo 1998, su cui v., da ultimo, M. Tiraboschi, *La cd. certificazione ecc.*, cit., 106 ss.; Nogler, *op. cit.*, § 1.

<sup>6</sup> Sull’autonomia individuale “assistita” come modello di tutela alternativo rispetto alla norma inderogabile, v., criticamente, Voza, *Norma inderogabile ed autonomia individuale assistita*, in *DLRI*, 1998, 603 ss.

<sup>7</sup> In entrambi i casi, peraltro, limitatamente ad ambiti e materie predeterminati a cura della legge o della stessa contrattazione collettiva, in ordine ai quali non si riscontrino diritti fondamentali reclamanti l’inderogabilità assoluta: M. Tiraboschi, *La cd. certificazione ecc.*, cit., 112 ss.

<sup>8</sup> V. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 200 ss.

<sup>9</sup> Così, il punto 4 della *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, del 1997, che prelude al “progetto Biagi”. Vedila in *QDLRI*, 1998, n. 21, 347 ss., nonché in <http://www.csmb.unimo.it>.

<sup>10</sup> V. ancora M. Tiraboschi, *La cd. certificazione ecc.*, cit., 107-108.

<sup>11</sup> Di “istituto con una sola struttura e due funzioni” parla Nogler, *op. cit.*, § 1.

nel *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, il documento scientifico-politico che getta le basi programmatiche della riforma del mercato del lavoro del Governo di centro-destra nel frattempo asceso al potere: un documento, com'è noto, elaborato sotto la regia dello (e largamente redatto in prima persona, dallo) stesso protagonista del "progetto di Statuto dei lavori" del 1998. Si torna, dunque, a parlare espressamente di una certificazione intesa non solo in funzione deflattiva del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, ma anche come strumento di rimodulazione e articolazione delle tutele, da realizzarsi tramite "percorsi a garanzia della effettiva volontà del lavoratore (per realizzare una sorta di "derogabilità assistita"), secondo meccanismi di certificazione e/o validazione della volontà individuale ad opera di istituzioni pubbliche o anche delle stesse parti sociali, al fine di corrispondere alle attese di flessibilità delle imprese, ma anche alle nuove soggettività dei prestatori di lavoro" <sup>12</sup>.

Ancora una volta, però, le sorti della certificazione qualificatoria e deflattiva erano destinate a scindersi da quelle della derogabilità assistita: nell'articolo 9 del disegno di legge delega (AC n. 848/2001), infatti, la polifunzionalità della certificazione prospettata dal *Libro Bianco* si perdeva, e residuava <sup>13</sup> un modello certificatorio concepito in chiave esclusivamente qualificatoria <sup>14</sup>.

Ma il destino del "progetto Biagi" è singolare, quasi una metafora della difficile transizione italiana dal sistema elettorale proporzionale a quello maggioritario: la sua "anima" riaffiora con prepotenza anche nell'opposto versante politico, e si materializza nella proposta di legge recante il nome di "Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori" (AS n. 1872/2002), d'iniziativa dello stesso ex Ministro Treu, congiuntamente al Senatore Amato e ad altri Senatori dello schieramento politico di centro-sinistra.

Questa nuova iniziativa legislativa persegue un disegno largamente alternativo rispetto a quello del Governo, ispirato all'obiettivo di una ristrutturazione dell'apparato regolativo del lavoro, realizzata interamente dal lato della disciplina e non della fattispecie <sup>15</sup>: la prudente e nel contempo ambiziosa definizione di un apprezzabile nucleo di tutele anche a favore dei lavoratori coordinati e continuativi, viene concepita infatti senza porre mano alla nozione

---

<sup>12</sup> Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, Roma, ottobre 2001, I.3.2. *Leggi e contratti*.

<sup>13</sup> In verità, deve considerarsi che nel disegno di legge del 2001 era contemplata anche una radicale liberalizzazione dell'arbitrato irrituale, che avrebbe comportato una flessibilizzazione delle fonti del diritto del lavoro di portata analoga a quella della derogabilità assistita; ma è pur vero che questa parte dell'originario disegno riformatore è stata poi stralciata dal disegno di legge poi esitato nella l. n. 30/2003, per essere dapprima riversata nel ddl n. 848-bis, e infine congelata a tempo indeterminato in attesa di apposite intese con le parti sociali, secondo quanto previsto dal "Patto per l'Italia" del 5 luglio 2002.

<sup>14</sup> Analogo, sul punto, al precedente disegno di legge "Smuraglia": v. Ghera, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *DPL*, 2002, n. 8, 529 ss.; e, criticamente, M. Tiraboschi, *La cd. certificazione ecc.*, cit., 113 ss.

<sup>15</sup> V. Pedrazzoli, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *DLRI*, 1998, 23; Treu, *op. cit.*, 196.

consacrata nell'articolo 409 c.p.c. (né, tanto meno, a quella di cui all'articolo 2094 c.c.<sup>16</sup>), e dunque prendendo nettamente le distanze dall'ipotesi, pur da opposti versanti caldeggiata, di un *tertium genus* di rapporti di lavoro intermedi tra la subordinazione e l'autonomia. Semmai, viene evidenziata la diversa *ratio* regolativa che presiede alle tutele dei lavoratori assoggettati a “subordinazione giuridica”, rispetto a quelle imputabili ai lavoratori autonomi in situazione di “dipendenza economica”<sup>17</sup>; mentre gli strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro vengono rafforzati senza pervenire alla legittimazione dell'arbitrato di equità. In questo quadro, la “certificazione” viene declinata al di fuori di ogni riferimento sia alla derogabilità assistita, sia alla qualificazione dei rapporti di lavoro<sup>18</sup>.

È utile ricordare, tuttavia, non solo che la certificazione “qualificatoria” era contemplata in una delle versioni dell'articolato che avevano preceduto il disegno di legge poi presentato al Senato<sup>19</sup>, ma pure che una delle primissime bozze di lavoro della “Carta” conservava addirittura il riferimento alla derogabilità assistita, menzionando la finalità di “introdurre elementi di flessibilità controllata nella disciplina del rapporto di lavoro”<sup>20</sup>. Ben presto, però, la certificazione veniva espunta in tutte le sue declinazioni dalla “Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori”, e nessuna traccia se ne conserva nel disegno di legge AS n. 1872/2002 del 2 dicembre 2002.

Con la riforma governativa del 2003 si torna all'impostazione del “progetto Biagi” del 1998, e dunque alla certificazione proclamata (nel *Libro Bianco*) come strumento polifunzionale, ma declinata (nella legge delega e poi, con le segnalate “varianti”) soprattutto come strumento qualificatorio e deflattivo del contenzioso, funzionale a un disegno di spinta “rimodulazione delle tutele”. Questo disegno viene perseguito, com'è noto, sia attraverso la ulteriore flessibilizzazione delle discipline del lavoro a tempo parziale e della fornitura — adesso somministrazione — di lavoro, sia, e soprattutto, attraverso una ulteriore, intensa articolazione tipologica dei rapporti di lavoro.

<sup>16</sup> V., sul punto, con riferimento alla diversa impostazione della riforma del 2003, Magnani, Spataro, *Il lavoro a progetto, Working Paper Massimo D'Antona*, 2004, n. 27, dove si osserva polemicamente come “dal punto di vista teorico, potremmo trovarci di fronte alle classiche tre parole del legislatore che distruggono un'intera biblioteca. La subordinazione dovrebbe essere identificata nella semplice continuità e coordinazione, a prescindere dalla eterodirezione in senso pregnante che fin qui (...) è stata ritenuta costituire il nocciolo della questione”.

<sup>17</sup> V., in particolare, il titolo II della c.d. “Carta Amato-Treu”, e la relativa relazione di accompagnamento.

<sup>18</sup> Prevedendosi piuttosto, innovativamente, “idonee forme di certificazione pubblica dell'osservanza da parte dei datori di lavoro delle prescrizioni legali in materia di sicurezza e salute dei lavoratori”, art. 34, lett. j).

<sup>19</sup> V., in proposito, il documento, *I diritti del lavoro. Principi e indirizzi sui nuovi diritti e le nuove tutele*, in *Italianieuropei*, 2002, n. 2, 43.

<sup>20</sup> Inoltre, il riferimento che la “bozza” del 1998 faceva (e l'art. 81 del d.lgs. n. 276/2003 adesso fa) alla “disponibilità dei diritti” — improprio giacché nella fase genetica del rapporto non si dispone di diritti, ma si dettano regole per il rapporto — lasciava il posto alla “stipulazione di clausole in deroga a disposizioni di legge o di contratto collettivo”: così si legge nell'art. 32 della bozza di lavoro intitolata *I diritti del lavoro*, del 13 febbraio 2002.

Come si è già precisato, esso avrebbe dovuto accompagnarsi, secondo il disegno del *Libro Bianco*, a una revisione delle tecniche di tutela, ispirata all'idea di una cauta retrocessione della norma inderogabile, in favore non solo della contrattazione collettiva o individuale <sup>21</sup>, ma anche del modello della "derogabilità assistita".

Senonché, come s'è anticipato, l'articolo 5 della legge n. 30/2003 non contempla espressamente la derogabilità assistita, ma solo la certificazione avente a oggetto la qualificazione del rapporto.

2. E tuttavia, come pure s'è anticipato, delle tipologie certificatorie diverse da quella finalizzata a "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro" (articolo 75) c'è corposa traccia nel decreto legislativo n. 276/2003, sia pure al di fuori della *sedes materiae* delle "procedure di certificazione" (titolo VIII).

A ben vedere, però, nella stessa legge delega non mancano segnali in tal senso, in almeno due punti: nel corpo della stessa norma delegante in materia di certificazione dei rapporti di lavoro, laddove, articolo 5, comma 1, lett. g), si prevede l'"attribuzione agli enti bilaterali della competenza a certificare (...) anche le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 del c.c., a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti"; ed *extra sedem*, laddove (articolo 4, n. 6) si impartisce al legislatore delegato la direttiva di prevedere il "ricorso, ai sensi dell'articolo 5, ad adeguati meccanismi di certificazione della volontà delle parti contraenti", con riferimento alla disciplina del "lavoro a progetto". Prima di affrontare l'analisi di queste figure di certificazione dei contratti di lavoro "eccentriche" rispetto al modello cui fa riferimento il capo I del titolo VIII, è opportuno accennare a un problema di fondo che a esse si ricollega. Infatti, se le considerazioni finora svolte, e che approfondiremo nei prossimi paragrafi, circa i modelli di certificazione "non qualificatoria", ma "dispositiva" o "derogatoria" <sup>22</sup>, sono fondate, si pone il problema di selezionare la disciplina applicabile a tali modelli: operazione che andrà condotta, non solo — come correttamente proposto in dottrina <sup>23</sup> — distinguendo nell'ambito della disciplina contenuta nel titolo VIII le norme riferibili alla formazione della volontà negoziale da quelle riferibili alla qualificazione dei contratti <sup>24</sup>, ma pure tenendo conto di precise indicazioni normative che paiono esplicitamente dirette a regolare tale operazione selettiva. Ci riferiamo in particolare all'articolo 82,

---

<sup>21</sup> V. infatti, le previsioni del d.lgs. n. 276/2003 in materia, ancora, di part-time (in particolare, il nuovo comma 2-ter dell'art. 8 del d.lgs. n. 61/2000, introdotto dall'art. 46, lett. s) del d.lgs. n. 276/2003); nonché in materia di lavoro a progetto e di lavoro ripartito: in particolare, si considerino le numerose possibilità di "diverse intese" in materia di lavoro ripartito previste dagli articoli 41 e ss. (per la verità, non sempre *in malam partem*), e, per quanto riguarda il lavoro a progetto, il "diverso accordo" di cui all'art. 64, e la possibile pattuizione individuale in tema di recesso *ante tempus ex* art. 67, comma 2.

<sup>22</sup> V. sopra, §§ 3.1, 3.2., 3.3.

<sup>23</sup> Nogler, *op. cit.*, § 19.

<sup>24</sup> Rinviando, per brevità, alla citata analisi di Nogler.

che, diversamente sia dall'articolo 68 che dai successivi articoli 83 e 84, non rinvia né, genericamente e comprensivamente, alle disposizioni contenute nel titolo VIII<sup>25</sup>, né alle “procedure di certificazione di cui al capo I”<sup>26</sup>, ma anzi, menziona espressamente l'articolo 2113 c.c. Ci pare, questo, un chiaro indice della volontà legislativa di sganciare del tutto l'istituto disciplinato dall'articolo 82, dalla disciplina della certificazione contenuta nel capo I del titolo VIII del decreto legislativo n. 276/2003.

3. È dall'articolo 5, comma 1, lett. g) della legge delega che trae origine la disposizione di cui all'articolo 82 del decreto, dove, riproducendosi alla lettera la norma delegante, si attribuisce agli “enti bilaterali” di cui all'articolo 76, comma 1, lett. a) — e dunque con l'esclusione degli altri organi certificatori contemplati dall'articolo 76 — la competenza “altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 c.c. a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse”.

Si registra in questo caso, non già un esempio di “derogabilità assistita”, quanto una variazione sul tema, ben più tradizionale, della “disponibilità assistita”<sup>27</sup>: una variazione, per la precisione, attinente all'ambito dei soggetti abilitati a integrare, in via conciliativa, la volontà dispositiva delle parti onde renderla inattaccabile in sede giudiziaria ai sensi degli articoli 2113, comma 4, c.c., 410 e 411 c.p.c.<sup>28</sup>.

Per la verità, la portata di questa norma non è affatto chiara.

Il testuale riferimento alla “conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti” potrebbe infatti indurre a pensare che il legislatore abbia qui voluto fare riferimento al regime di inoppugnabilità delle conciliazioni previsto dall'ultimo comma dell'articolo 2113 c.c.: si potrebbe allora ipotizzare che il legislatore, con la mente rivolta alla classica problematica della distinzione tra gli atti dismissivi e le c.d. “quietanze liberatorie”<sup>29</sup>, abbia semplicemente inteso attribuire all'ente bilaterale la competenza a certificare la natura realmente dispositiva (e non, per esempio, di mera manifestazione di scienza) del negozio posto in essere dalle parti. In questo ordine di idee, poi, si potrebbe coerentemente pervenire alla conclusione che la funzione dell'organo certificatore non sia quella di validare la volontà (dispositiva) delle parti, ma bensì quello di

<sup>25</sup> Compara l'art. 68, che allude alla “sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo V” (*rectius*, VIII) del presente decreto legislativo; con l'art. 82 che si limita a menzionare “le sedi di certificazione di cui all'art. 76, comma 1, lett. a)”.

<sup>26</sup> Così, invece, gli articoli 83 e 84, che contemplan peraltro ipotesi di vera e propria certificazione qualificatoria.

<sup>27</sup> Sulla distinzione tra “negoziato in deroga” e “negoziato dispositivo”, v., per tutti e per i riferimenti dottrinali, Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, Milano, 2003, 604; Magnani, *Disposizione dei diritti*, in *DDP Com.*, 1996, 60-61.

<sup>28</sup> In tal senso, con riferimento alla previsione contenuta nella legge delega, De Angelis, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 243.

<sup>29</sup> V., per tutti, Giugni, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *DL*, 1970, I, 8. In giurisprudenza, v., per es., tra le recenti, Cass., n. 4442/1999; Cass., n. 7306/1998.

qualificare il negozio giuridico posto in essere, accertandone, appunto, la natura di negozio dismissivo (rinuncia o transazione).

Se così fosse, l'istituto in esame non sarebbe affatto estraneo a quello descritto e disciplinato nel titolo VIII: si tratterebbe, infatti, di una certificazione con finalità di riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei negozi dismissivi in materia lavoristica.

Senonché, la norma così interpretata avrebbe una portata, nel contempo, di difficile decifrabilità, e praticamente nulla. Infatti essa porterebbe a ritenere che la rinuncia o transazione certificata sarebbe impugnabile sia ai sensi dell'articolo 2113, commi 2 e 3, c.c.<sup>30</sup> — in quanto non stipulata nelle sedi e con gli effetti di cui al comma 4 della medesima disposizione —, sia secondo i rimedi di cui all'articolo 80 del decreto<sup>31</sup>: con facilmente intuibili effetti, appunto, di sovrapposizione e di difficile coordinamento, sul piano giuridico-processuale; di assoluta inutilità e di assurda farraginosità, poi, sul piano pratico.

È praticamente inconfigurabile, infatti, un interesse delle parti, autonomo rispetto all'interesse a rendere l'atto stesso inoppugnabile, e avente a oggetto l'acquisizione — con la procedura di cui all'articolo 82 — di certezza legale circa la natura dispositiva dell'atto; ed è dunque inimmaginabile che le parti possano trovare di qualche utilità ricorrere, dapprima, all'ente bilaterale onde ottenere la certificazione, e poi alla commissione di conciliazione onde ottenere l'inoppugnabilità.

A ben vedere, poi, il confronto con la certificazione a fini di qualificazione del contratto di lavoro non regge sul piano funzionale e sistematico: nel caso degli atti dispositivi, la problematica strettamente qualificatoria, seppure non irrilevante, resta assorbita, anche processualmente, da quella attinente alla legittimità sostanziale delle rinunce e delle transazioni poste in essere dai prestatori di lavoro in violazione di norme inderogabili; al contrario, nella stipulazione del contratto di lavoro i problemi di legittimità sostanziale sono normalmente resi irrilevanti dal meccanismo di sostituzione automatica delle clausole nulle, *ex* articoli 1419, comma 2, e 2077, comma 2, c.c. —, mentre viene in primario rilievo, per l'appunto, il problema della esatta qualificazione giuridica del contratto stipulato.

<sup>30</sup> Ossia, per annullabilità in quanto contrastante con norme inderogabili di legge o contratto collettivo. Per il puntuale rilievo che l'inoppugnabilità di cui al comma 4 dell'art. 2113 c.c. è limitata al profilo di cui ai primi 3 commi di quell'articolo, ossia al profilo dell'illegittima disposizione di diritti derivanti da norme inderogabili, e non esclude le impugnative volte a far valere le consuete invalidità negoziali, v., da ultimo, anche per riferimenti giurisprudenziali, Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, 536-537; ivi anche la precisazione, scontata ma di fondamentale rilievo, che tra le invalidità negoziali che sfuggono all'inoppugnabilità *ex* art. 2113 c.c. va "compresa quella *ex* art. 1418 c.c. qualora esso si configuri come atto dispositivo di diritti non ancora maturati".

<sup>31</sup> Ossia: avanti al giudice del lavoro, per erroneità nella qualificazione (si trattava di mera quietanza liberatoria, e il certificatore l'ha qualificata come rinuncia) o per vizi nel consenso; avanti al giudice amministrativo, per violazione del procedimento o eccesso di potere. Quanto alla "differmità tra il programma negoziale e (...) la sua successiva attuazione", l'ipotesi è inconfigurabile, perché trattasi di negozi a effetti immediati e non di durata.

Pertanto, sembra ragionevole attribuire al legislatore — prima ancora che a quello delegato, a quello delegante di cui all’articolo 5, lett. g) della legge n. 30/2003 — l’intenzione di attribuire agli enti bilaterali il potere non semplicemente di dare certezza legale alla natura dispositiva delle rinunzie e transazioni di cui al comma 1 dell’articolo 2113 c.c., ma di rendere inoppugnabili detti negozi, al pari di quelli stipulati nell’ambito delle conciliazioni intervenute ai sensi degli articoli 185, 410 e 411 c.p.c. (articolo 2113, comma 4, c.c.).

Tale interpretazione, peraltro, offre anche una ragionevole spiegazione della limitazione della competenza in parola ai soli “organismi costituiti a iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative”<sup>32</sup>: gli enti bilaterali si inseriscono armonicamente nella logica e nel sistema delle conciliazioni stragiudiziali, in perfetta linea di continuità con le commissioni di conciliazione istituite “in sede sindacale”, di cui all’articolo 411, comma 3, c.p.c.

D’altro canto, se si trattasse di certificazione a oggetto “qualificatorio”, non vi sarebbe ragione di escludere gli altri soggetti contemplati dalle lett. b) e c) dell’articolo 76, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003.

4. Se quella di cui all’articolo 82 è una forma di “disponibilità assistita”, nel decreto legislativo n. 276/2003 non è assente l’eco del dibattito sviluppatosi intorno alla “derogabilità assistita”: concordiamo infatti con quella dottrina<sup>33</sup>, che ha prontamente rilevato come di questo istituto si trovi traccia nell’articolo 68, dove si stabilisce che “i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo V del presente decreto legislativo”<sup>34</sup>.

Anche questa disposizione, come e più di quella contenuta nell’articolo 82, desta qualche perplessità sotto il profilo sistematico: colpisce, innanzi tutto, il contrasto tra il *nomen iuris* di “rinunzie o transazioni” prescelto per individuare gli atti negoziali certificabili, e la fase del rapporto in cui tali negozi dispositivi sono collocati; fase che, considerata la loro esperibilità “in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo VIII del decreto legislativo n. 276/2003”, dovrebbe essere, almeno di regola<sup>35</sup>, quella genetica.

---

<sup>32</sup> Così l’art. 2, lett. h) del d.lgs. n. 276/2003 definisce gli “enti bilaterali”, cui l’art. 82 attribuisce la competenza a certificare le rinunzie e transazioni di cui all’art. 2113 c.c.

<sup>33</sup> V. Nogler, *op. cit.*, § 19; De Angelis, *La morte apparente delle collaborazioni coordinate e continuative*, in *LG*, 2004, n. 3.

<sup>34</sup> Il riferimento al titolo V (dedicato alle “tipologie contrattuali a orario ridotto, modulato, flessibile”) è chiaramente frutto di un refuso, dovuto presumibilmente all’accavallarsi delle diverse versioni dello schema di decreto che hanno preceduto quella definitiva: il titolo cui ci si riferisce è ovviamente il titolo VIII.

<sup>35</sup> Anche se non esclusivamente, come si vedrà in sede di esame dei rimedi giurisdizionali. Ma v., intanto, l’ulteriore indice in tal senso, costituito dall’art. 76, laddove si parla di “azienda o dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore”: il tempo futuro indica chiaramente che il legislatore immagina una procedura certificatoria che s’instaura al momento e in funzione della costituzione del rapporto.

Senonché, la distinzione, da tempo acquisita in dottrina e in giurisprudenza<sup>36</sup>, tra negozi che, intervenendo nel momento genetico del rapporto in funzione di deroga a norme inderogabili, impediscono al lavoratore l'acquisizione di un diritto, e negozi che, intervenendo nel momento funzionale del rapporto, dispongono di diritti acquisiti dal titolare in virtù dell'avvenuto perfezionamento della fattispecie genetica<sup>37</sup>, rende inconfigurabile l'ipotesi di "diritti" passibili di disposizione nella fase genetica del rapporto. E dunque, a meno di non restringere notevolmente l'ambito di applicazione della norma in commento, riferendola ai presumibilmente poco frequenti casi di certificazione "qualificatoria" richiesta in corso di rapporto, se ne deve desumere che impropriamente il legislatore ha evocato le *figurae iuris* della rinuncia e della

<sup>36</sup> Al punto che Nogler, *op. cit.*, § 19, la definisce (peraltro condividendola) "scolastica": ivi anche riferimenti giurisprudenziali recenti sullo "scolastico distinguo". In generale, sul punto, v., per tutti e per i riferimenti dottrinali, Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., spec. § 7. V. inoltre, se vuoi, Tursi, *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, 171 ss., 259 ss. Per una recente critica alla impostazione tradizionale, v. Novella, *op. cit.*, 531: la critica, basata sul rilievo che inderogabilità e indisponibilità sono indistinguibili "quando il contenuto della norma inderogabile comporti l'attribuzione di un diritto", non coglie, a nostro avviso, nel segno, perché in questi casi, o non si configura atto dispositivo, o la violazione della norma inderogabile è solo apparente. Basti la replica a due esempi avanzati dallo stesso autore. Nel caso del diritto alla sicurezza sul luogo di lavoro (esempio, per l'A., di diritto attribuito direttamente dall'art. 2087 c.c., senza — si direbbe —, la mediazione di una fattispecie acquisitiva), solo in apparenza il diritto preesiste a qualunque vicenda funzionale del rapporto: in realtà, è solo nello svolgimento del rapporto (ovvero, con le parole dell'art. 2087 c.c., "nell'esercizio dell'impresa") che l'astratto e potenziale diritto alla sicurezza si concretizza, di volta in volta, secondo le circostanze e secondo le "particolarità del lavoro", l'"esperienza" accumulata e il mutevole stato della "tecnica", in concrete e attuali pretese giuridiche all'adozione delle "misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore". Va pure richiamata, in proposito, l'impostazione di quella dottrina che colloca al centro della riflessione la distinzione tra "diritto primario", anteriore alla violazione, e "diritto secondario", che nasce dalla violazione del diritto primario (De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 300 e *passim*), ricordando, peraltro, come altra e più recente dottrina abbia dimostrato la riconducibilità di tale impostazione nell'ambito di quella tradizionale, osservando che "se il negozio dimissorio interviene prima della violazione del precetto imperativo, abbiamo un atto in deroga e dunque nullo, potendo il diritto dirsi violato solo a partire dal momento della sua maturazione; se esso interviene successivamente, ci troviamo in presenza di un atto dispositivo di un diritto già acquistato e quindi annullabile". Nell'esempio, poi, della rinuncia alla quota maturata dell'indennità di sottosuolo, che secondo Novella comporterebbe comunque la disapplicazione di una norma inderogabile, individuabile non nella "norma contrattuale-collettiva che attribuisce il diritto all'indennità", bensì in quella "che determina, su base mensile, l'ammontare dell'indennità di sottosuolo", rileviamo un equivoco analogo: in realtà, a seguito della rinuncia al diritto che deriva dalla norma che attribuisce il diritto all'indennità, la norma che determina l'ammontare dell'indennità di sottosuolo non è affatto violata, ma semplicemente di applicazione impossibile, per il mancato verificarsi del presupposto fattuale della sua applicazione, costituito dalla maturazione del diritto all'indennità di sottosuolo. Del resto, se si intende dire che ogni divergenza tra la previsione normativa inderogabile e la realtà che consegue a una manifestazione negoziale implica una deroga alla norma inderogabile, allora il rilievo dovrebbe valere anche per la "norma contrattuale-collettiva che attribuisce il diritto all'indennità".

<sup>37</sup> E a maggior ragione, la distinzione tra negozi in violazione di "diritti primari" e negozi in violazione di "diritti secondari": v. la nota precedente.

transazione, intendendo invece disciplinare una forma di derogabilità assistita a norme inderogabili che disciplinano il rapporto di lavoro a progetto<sup>38</sup>.

Del resto, se così non fosse, dovremmo prendere atto dell'inutilità della norma in commento anche per altra, e più drastica, ragione: essa sarebbe una mera duplicazione della norma di cui all'articolo 82, che, come s'è visto, già estende, sia pur limitatamente agli enti bilaterali, la competenza delle “sedi di certificazione” alle “rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 del codice civile”. Ed è appena il caso di ricordare che l'articolo 2113 c.c., riferendosi ai “rapporti di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile”, include altresì quei “rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione”, nei quali l'articolo 61 afferma di voler ricomprendere il “contratto di lavoro a progetto”.

E anzi, l'espressa menzione dell'articolo 2113 c.c. operata dall'articolo 82, raffrontata con l'omessa menzione di tale articolo nell'articolo 68, non può che rafforzare la tesi che identifica nelle rinunzie e transazioni di cui all'articolo 68 delle fattispecie negoziali diverse da quelle “di cui all'articolo 2113 del codice civile”: delle fattispecie, cioè, solo atecnicamente definibili come “rinunzie”<sup>39</sup> o “transazioni”<sup>40</sup>, ma in effetti riconducibili alla regolazione del rapporto in chiave di deroga a norme imperative.

Va ricordato, a tale proposito, che nella versione originaria dello schema di decreto l'articolo 68 includeva un inciso secondo cui le rinunzie e transazioni ai diritti dei lavoratori a progetto potevano effettuarsi “anche in deroga all'articolo 2113 del codice civile”: inciso poi espunto dal testo finale.

Ci si deve chiedere quale potesse essere il significato di quell'inciso, e perché sia stato espunto.

A noi sembra che la “deroga all'articolo 2113 c.c.” potesse essere intesa o come possibilità di dismettere validamente diritti maturati, secondo modalità diverse da quelle previste dall'articolo 2113; oppure come possibilità di dismettere diritti non ancora maturati, e cioè “futuri”.

Nel primo caso, si potrebbe ritenere che lo schema di decreto alludesse alla piena validità delle rinunzie e transazioni aventi a oggetto diritti dei collaboratori a progetto, indipendentemente dall'esperimento delle procedure conciliative di cui al comma 4 dell'articolo 2113 c.c., alla sola condizione che intervenissero “in sede di certificazione del rapporto di lavoro”. Ma ciò non

---

<sup>38</sup> *Contra*, tra gli altri, Ghera, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 288; M.G. Garofalo, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 425 ss.; Pizzoferrato, *Il lavoro a progetto tra finalità antielusiva ed esigenze di rimodulazione delle tutele*, in *ILLJ*, 2004, vol. VI, n. 1, <http://www.labourlawjournal.it>, ISSN 1561-8048.

<sup>39</sup> Salvo aderire alla tesi dottrinale che ammette la configurabilità di “rinunzie a diritti futuri” (v. U. Prosperetti, *L'invalidità delle rinunce e delle transazioni del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1950, 120).

<sup>40</sup> Il termine “transazione”, insomma, dovrebbe intendersi nel senso, invalso nel gergo sindacale, alla cui stregua potrebbe attribuirsi valenza descrittivamente “transattiva” allo “scambio” tra contrapposte concessioni aventi a oggetto, rispettivamente, la deroga a norme inderogabili e il riconoscimento di contropartite favorevoli al lavoratore. *Contra*, M.G. Garofalo, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., 426.

sarebbe stato molto diverso dal prevedere che le rinunzie e transazioni intervenute avanti l'organo di certificazione avessero i medesimi effetti delle conciliazioni previste dal comma 4 dell'articolo 2113 c.c.; che è poi, come s'è visto, quanto prevede l'articolo 82, ma limitatamente ai soli enti bilaterali.

Dunque, è più plausibile che quell'inciso intendesse riferirsi alla possibilità di dedurre nei negozi dispositivi "diritti futuri". Ma, pur senza toccare la questione teorica della configurabilità di una rinuncia in futuro<sup>41</sup>, si deve convenire che la questione si atteggia in maniera diversa a seconda che la norma attributiva del diritto di cui si "dispone" sia inderogabile o meno: deve infatti riconoscersi che "in realtà la cosiddetta rinuncia ad un diritto futuro in altro non si risolve se non nella stipulazione di un patto modificativo dell'originario assetto contrattuale, che, in quanto *contra legem*, è da considerare nullo già ai sensi dell'articolo 1418 c.c."<sup>42</sup>.

Se così è, l'eliminazione dell'inciso "in deroga all'articolo 2113 c.c." potrebbe spiegarsi con la sua superfluità ed equivocità: l'inapplicabilità dell'articolo 2113 c.c. agli atti dispositivi di "diritti futuri", infatti, discende direttamente dai principi<sup>43</sup>, e l'inciso in parola avrebbe solo potuto ingenerare l'equivoco di far ritenere che l'articolo 68 avesse a che fare con la materia delle rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 c.c. (sia pure con "deroghe" attinenti agli aspetti procedurali).

Infine, e conclusivamente sul punto, va pure osservato che l'istituto di cui all'articolo 68 non è incluso tra quelli ai quali l'articolo 86, comma 12, attribuisce carattere "sperimentale", suscettibile cioè di riforma o abolizione all'esito di una "verifica" con le parti sociali da condursi entro 18 mesi dall'entrata in vigore del decreto: ciò conferma, ci pare, che si tratta di un istituto diverso sia dalla certificazione qualificatoria che da quella dispositiva e assistenziale di cui, rispettivamente, agli articoli 75, 81 e 82 del titolo VIII.

Tanto chiarito in merito alla portata sostanziale della norma, e prima di prendere in esame altre disposizioni del decreto legislativo n. 276/2003 in qualche maniera anch'esse evocatrici del modello della derogabilità assistita, è necessario soffermarsi su due questioni rilevanti che l'articolo 68 pone: l'una attinente al suo ambito oggettivo di applicazione, ossia alla individuazione delle norme passibili di deroga assistita; l'altra attinente alla sua legittimità costituzionale in relazione a un possibile eccesso di delega.

Come s'è già osservato, benché il tema della derogabilità assistita fosse ben presente nel dibattito politico-legislativo e dottrinale che ha preceduto la riforma del 2003, nella legge delega non ve n'è traccia evidente: ribadito che la delega di cui all'articolo 5 della legge n. 30/2003 riguarda la certificazione finalizzata a "ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro"; ed escluso che alla derogabilità assistita sia riferibile il "principio o

<sup>41</sup> Per la tesi negativa, v. Bozzi, *Rinunzia (dir. pubbl. e priv.)*, in *NDI*, 1968, 1142, nt. 3.

<sup>42</sup> Magnani, *Disposizione dei diritti*, cit., 60-61. Per la dottrina civilistica, v. Moscarini, *Rinunzia (dir. civ.)*, in *EGT*, 1991, 5. V. pure, sul punto, Tursi, *Le associazioni di categoria e gli accordi collettivi*, AIDA, 2001, 1977.

<sup>43</sup> In quest'ordine di idee, cui sostanzialmente ci allineiamo, v. già Nogler, *op. cit.*, § 19.

criterio direttivo” di cui all’articolo 5, lett. g) — attuato dall’articolo 82 del decreto —, sembra effettivamente mancare il benché minimo appiglio onde legittimare la previsione, a opera del decreto delegato, di una forma di derogabilità assistita <sup>44</sup>.

E se così fosse, l’illegittimità costituzionale per violazione dell’articolo 76 Cost. sarebbe inevitabile.

Tuttavia la Corte costituzionale ha a più riprese chiarito che “per valutare di volta in volta se il legislatore delegato abbia ecceduto” i limiti della delega, “occorre individuare la *ratio*” di quest’ultima: è necessario, insomma, tener conto “delle finalità che, attraverso i principi ed i criteri enunciati, la legge delega si prefigge con il complessivo contesto delle norme da essa poste”, con la conseguenza che “la delega legislativa non fa venir meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega” <sup>45</sup>.

Alla luce di questo quadro di principi in materia di esercizio della delega legislativa, ci sembra plausibile l’argomento addotto da un’attenta dottrina <sup>46</sup> che ha individuato il possibile fondamento costituzionale della previsione di cui all’articolo 68 nella specifica delega in materia di lavoro a progetto, laddove tra i principi e criteri direttivi si prevede l’attribuzione di “tutele fondamentali a presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori (...), anche nel quadro di intese collettive” (articolo 4, n. 4, legge n. 30/2003).

All’osservazione, già avanzata dalla citata dottrina, che l’espressione “tutele fondamentali” “non indica necessariamente la via dell’inderogabilità assoluta, ma semmai (...) quella dell’effettività delle tutele stesse”, riteniamo di poter aggiungere ulteriori argomenti.

In primo luogo, se davvero la norma delegante dovesse considerarsi incompatibile con l’attribuzione di diritti a mezzo di norme che non siano assolutamente inderogabili (*in peius*), allora sarebbero *a fortiori* incostituzionali le disposizioni del capo I del titolo VII, che contemplan ipotesi di pura e semplice derogabilità (anche in via individuale) “non assistita” <sup>47</sup>.

Sarebbe, in proposito, alquanto formalistico sostenere che il legislatore delegato abbia considerato “fondamentali” solo le tutele attribuite da norme non derogabili a mezzo di diverse intese individuali <sup>48</sup>; non si vede, in ipotesi, quale razionalità possa avere l’attribuzione di tale carattere alla previsione in tema di sospensione non retribuita del rapporto (con conseguente irrecedibilità) in caso

---

<sup>44</sup> V. infatti, con riferimento all’art. 5 della l. n. 30/2003, M.G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro ecc.*, cit., 377.

<sup>45</sup> I passi citati sono estrapolati dalle sentenze della Corte cost. n. 163/2000, n. 425/2000, n. 15/1999 e dall’ordinanza n. 490/2000, tutte citate nella più recente Corte cost. n. 199/2003. Corte cost. n. 354/1998 si spinge ad ammettere che il processo di delegazione legislativa possa validamente reggersi su “previsioni orientatrici, poste in generale”.

<sup>46</sup> Nogler, *op. cit.*, § 19.

<sup>47</sup> V. avanti, § 5.

<sup>48</sup> Per es.: quella in tema di corrispettivo, *ex art.* 63; o quella in tema di sospensione del rapporto in caso di gravidanza, malattia e infortunio, *ex art.* 66, commi 1 e 3.

di malattia, gravidanza e infortunio (articolo 66, comma 1), e non, invece, a quella che — conformemente peraltro ai principi generali — prevede l'estinzione *ante tempus* per giusta causa, ammettendo però la possibilità che le parti contraenti stabiliscano “causali o modalità” di recesso *ante tempus* “diverse” dalla “giusta causa” (articolo 67, comma 2).

Inoltre, il riferimento, operato dalla norma delegante, a un “quadro” regolamentare tracciato da “intese collettive” richiama abbastanza esplicitamente l'idea di un sistema di tutele flessibile sia quanto alle fonti (interazione tra legge e contrattazione collettiva) che quanto al regime giuridico (un “quadro” di principi prima ancora che un complesso organico di norme inderogabili): l'idea, insomma, ben presente nel *Libro Bianco*, della *soft law*<sup>49</sup> e, in particolare, quella del rifiuto di un “intervento legislativo pesante” in materia di lavoro a progetto<sup>50</sup>.

Per concludere sul punto, va rilevato che, quantunque sarebbe stata sommatamente auspicabile, sul piano della tecnica legislativa e della certezza del diritto, una minore equivocità del dettato legislativo, tuttavia può formularsi un giudizio cautamente assolutorio quanto al dubbio di illegittimità costituzionale per eccesso di delega: a condizione che il principio/criterio direttivo del “ricorso (...) ad adeguati meccanismi di certificazione della volontà delle parti contraenti”, contenuto nel n. 6 dell'articolo 4 della legge n. 30/2003, venga letto alla luce di quello contenuto nel n. 4, ed entrambi sullo sfondo della complessiva *ratio* della delega legislativa in materia di lavoro a progetto, quale ricostruibile anche sulla scorta dei lavori preparatori e del dibattito politico-dottrinale che ha preceduto la riforma.

Questa lettura, peraltro, fornisce anche una chiave interpretativa utile a fronteggiare i problemi esegetici che si pongono circa l'individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione dell'articolo 68: non è chiaro, infatti, se, limitando l'oggetto delle “rinunzie e transazioni” ai soli “diritti derivanti dalle disposizioni del presente capo”, la disposizione in commento abbia inteso escludere la derogabilità delle norme preesistenti, e solo richiamate dall'articolo 66<sup>51</sup>; come pure ci si è chiesti se il potere dispositivo-derogatorio di cui all'articolo 68 investa i soli diritti di natura privatistica inerenti al rapporto di lavoro, o se non

<sup>49</sup> V. il § I.3.3. della parte II - Norme leggere (*soft laws*).

<sup>50</sup> V. il § II.3.6. della parte II (lavoro a progetto), e la precisazione che la regolazione “leggera” del lavoro a progetto dovrebbe essere “finalizzata ad assicurare il conveniente esercizio dell'autonomia contrattuale delle parti”.

<sup>51</sup> Si tratta della tutela previdenziale per la maternità e gli assegni per il nucleo familiare, di cui all'art. 59, comma 16, della l. n. 449/1997, all'art. 64 del d.lgs. n. 151/2001, all'art. 80, comma 12 della l. n. 388/2000 e al decreto interministeriale 4 aprile 2002; della tutela previdenziale per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 38/2000; dell'indennità di malattia in caso di degenza ospedaliera di cui all'art. 51, comma 1, l. n. 488/1999 e al decreto del Ministero del lavoro 12 gennaio 2001; nonché della tutela processuale di cui alla l. n. 533/1973: tutte norme richiamate, direttamente o indirettamente, dall'art. 66, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003.

coinvolga anche i diritti alle prestazioni sociali contemplati da norme pubblicistiche<sup>52</sup>.

Orbene, innanzi tutto devono sicuramente escludersi dal regime di derogabilità assistita le norme preesistenti che non risultino neanche richiamate dagli articoli del titolo VII<sup>53</sup>. Peraltro, la distinzione tra diritti “vecchi” dei collaboratori coordinati e continuativi, e diritti “nuovi” dei lavoratori a progetto, risulta sostanzialmente sovrapponibile a quella tra diritti privatistici e diritti pubblicistici, poiché il titolo VII del decreto legislativo n. 276/2003, mentre richiama pedissequamente (e in maniera incompleta<sup>54</sup>) i diritti pubblicistico-previdenziali già legislativamente riconosciuti, ne riconosce di nuovi ai lavoratori a progetto, ma solo limitatamente al rapporto privatistico col committente<sup>55</sup>.

Sicché, scontata, per un verso, l'inderogabilità delle norme di tutela preesistenti e non richiamate dal titolo VII, e per l'altro, la riferibilità dell'articolo 68 ai diritti privatistici previsti dalla novella legislativa, il problema della derogabilità assistita delle norme di tutela preesistenti e solo richiamate dall'articolo 66 del decreto legislativo n. 276/2003 si identifica in pieno con quello, più generale, della derogabilità convenzionale delle norme attributive di diritti pubblicistici aventi a oggetto prestazioni sociali.

Ma tale derogabilità deve escludersi in radice, in virtù del vincolo costituzionale gravante sull'autonomia negoziale in materia di previdenza pubblica, derivante dal carattere necessitato della protezione adeguata a fronte degli eventi previsti dall'articolo 38 Cost.: vincolo che, come esclude la genesi negoziale del rapporto previdenziale (c.d. “autonomia” del rapporto giuridico previdenziale rispetto al rapporto di lavoro), così esclude la possibilità di una sua regolazione autonoma a opera dei destinatari della tutela<sup>56</sup>.

A ben vedere, però, non è necessario invocare l'argomento della “interpretazione secondo costituzione”<sup>57</sup>, essendo sufficiente richiamare l'interpretazione sopra illustrata dell'articolo 68 come norma che introduce “tutele fondamentali

---

<sup>52</sup> V. Nogler, *op. cit.*

<sup>53</sup> Per esempio, nessun cenno si trova nel titolo VII né all'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti, di cui all'art. 2, comma 26, della l. n. 335/1995, né agli assegni al nucleo familiare, riconosciuti anche ai collaboratori coordinati e continuativi dall'art. 59, comma 16, della l. n. 449/1997.

<sup>54</sup> V. la nota precedente.

<sup>55</sup> È il caso, oltre che degli artt. 62 (forma scritta), 63 (corrispettivo), 64 (liceità della pluricomittenza), 65 (invenzioni), 69 (conversione del contratto di lavoro a progetto atipico in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato), anche dei primi 3 commi dell'art. 66, che riguardano profili privatistici della tutela in caso di gravidanza, malattia e infortunio.

<sup>56</sup> Sullo statuto giuridico dei diritti previdenziali — quali diritti sociali —, che si traduce nella loro “indisponibilità (sia preventiva che successiva)”, v. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 1998, 204 ss.

<sup>57</sup> Argomento che peraltro, se riferito alla ammissibilità di clausole compromissorie esorbitanti dai vincoli di cui all'art. 5 della l. n. 533/1973 e all'art. 412-ter c.p.c., dovrebbe basarsi non sulla indisponibilità costituzionale del diritto (stante la pacifica legittimità costituzionale dell'arbitrato irrituale volontario), ma sulla disparità di trattamento con i collaboratori non a progetto, di cui all'art. 61, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003.

a presidio della dignità e della sicurezza dei collaboratori, con particolare riferimento a maternità, malattia e infortunio, nonché alla sicurezza nei luoghi di lavoro”, secondo la previsione dell’articolo 4, n. 4 della legge delega. Ci si avvedrà, allora, che “gravidanza, malattia e infortunio”, e “sicurezza e igiene del lavoro”, sono esattamente le materie in cui operano i nuovi diritti privatistici introdotti dall’articolo 66; mentre sono sicuramente riconducibili al principio direttivo della tutela della “dignità e della sicurezza”<sup>58</sup> dei collaboratori a progetto, le altre norme di tutela privatistica di cui agli articoli 63, 64, 65 del decreto.

Va infine chiarito che la portata flessibilizzatrice della norma in esame non investe le fattispecie di libera derogabilità *in peius* a opera dell’autonomia individuale, contemplate, anche in materia di lavoro a progetto<sup>59</sup>, dalle disposizioni del capo I del titolo VII: in questi casi il modello di flessibilità regolativa che si propone è semplicemente quello della derogabilità “non assistita”.

**5.** Completata l’analisi dell’articolo 68, è opportuno indugiare ulteriormente sulla presenza incombente della “derogabilità assistita” nel corpo della riforma, prestando qualche attenzione ad almeno altre due disposizioni in qualche maniera evocatrici di quell’idea.

Nell’articolo 78, comma 4, riprendendo analoghe previsioni del “progetto Biagi” del 1998, si prevede l’adozione, a mezzo di un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di “codici di buone pratiche per l’individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi”; “tali codici” — si precisa — “recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

Anche in questo caso è difficile capire se si alluda alla derogabilità assistita, alla certificazione qualificatoria, o a una generica attività di assistenza nella determinazione del contenuto negoziale, senza finalità o potenzialità né derogatorie né dismissive.

Un ausilio interpretativo può tuttavia venire dalla lettura del comma successivo, ove si contempla un ulteriore decreto ministeriale recante “appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro”.

Scontata la natura essenzialmente “qualificatoria” della certificazione cui do-

---

<sup>58</sup> Specialmente se la parola “sicurezza” si legge alla luce della formula costituzionale “tutela e sicurezza del lavoro”, consacrata dall’art. 117 Cost., comma 3, come modificato dall’art. 3 della l. cost. n. 3/2001. V., per tutti, F. Carinci, *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, n. 1.

<sup>59</sup> V. il prossimo paragrafo.

vrebbero accedere i “moduli e formulari”<sup>60</sup> di cui al comma 5 dell’articolo 78, va notato che mentre detti “moduli e formulari” sono vincolati agli “orientamenti giurisprudenziali in materia di qualificazione del contratto di lavoro”<sup>61</sup>, le “buone pratiche per l’individuazione delle clausole indisponibili” sono invece vincolate ad accordi collettivi (se esistenti), e non agli “orientamenti giurisprudenziali”.

Da siffatta differenziazione inerente alla natura della “fonte” (contrattazione collettiva *vs* giurisprudenza) e all’oggetto (disposizione di diritti *vs* certificazione del contratto), potrebbero astrattamente discendere tre diverse illazioni, di portata qualitativamente decrescente.

L’illazione più drastica potrebbe essere quella che individui nell’articolo 78, comma 4, un’apertura indiscriminata, benché surrettizia — o meglio nascosta tra le pieghe della legge — alla derogabilità assistita: un’apertura, cioè, non limitata ai soli rapporti di lavoro a progetto. La norma disegnerebbe un modello di derogabilità assistita condizionato “a monte” dalla previa individuazione da parte dell’autonomia collettiva (ai suoi livelli gerarchicamente e qualitativamente più elevati) delle “clausole indisponibili” — leggi: “delle disposizioni inderogabili” —<sup>62</sup>, secondo uno schema teorico di cui, come s’è visto, non manca traccia nel dibattito politico-legislativo e dottrinale sullo “Statuto dei lavori”. Ma siffatta interpretazione, oltre che forzata sul piano letterale, si rivelerebbe, per un verso, di difficile coordinabilità con l’articolo 68 — almeno, se anche questa disposizione viene intesa in termini di derogabilità assistita —, e soprattutto incostituzionale per violazione dell’articolo 76 Cost., stante la totale assenza, nella legge n. 30/2003, di una delega a introdurre in via generale forme di derogabilità assistita<sup>63</sup>.

Una illazione meno dirompente potrebbe essere, allora, quella secondo cui le “buone pratiche per l’individuazione delle clausole indisponibili”, di cui al comma 4 dell’articolo 78, si riferiscono alla derogabilità assistita nei limiti in cui questa sia già *aliunde* prevista dal decreto (e dunque limitatamente al lavoro a progetto); mentre il comma 5 si riferirebbe alla certificazione “qualificatoria”. Infine, una terza e ancora più piana interpretazione potrebbe essere quella

<sup>60</sup> Con la previsione aggiuntiva della certificazione del “programma negoziale”, che però non evoca profili derogatori o dismissivi e rinvia, semmai, alla previsione di cui alla prima parte dell’art. 81, in cui si contempla la “funzione di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali (...) in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale”.

<sup>61</sup> Sia pure in maniera che parrebbe non rigida (“è [...] che tengano conto”), e limitatamente agli orientamenti che all’autorità emanante parranno “prevalenti” (giudizio, questo, per nulla scontato e non meramente quantitativo).

<sup>62</sup> In tal senso, Ghera, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.

<sup>63</sup> In dottrina si è proposta un’interpretazione opposta a quella qui proposta: incostituzionale sarebbe l’art. 68, ove inteso in chiave di derogabilità assistita; mentre sarebbe la norma in commento a introdurre tale modello di flessibilizzazione delle fonti lavoristiche. Ma anche in tal caso resterebbe in tutta la sua gravità il problema dell’eccesso di delega. V., per es., Pinto, *Le “collaborazioni coordinate e continuative” e il lavoro a progetto*, in Curzio (a cura di), *op. cit.*, 334. A nostro avviso, i dubbi di illegittimità costituzionale sono, tuttavia, più compositi, e anzi insuperabili, proprio ove si riferisca la derogabilità assistita all’art. 78, comma 4.

secondo cui il comma 4 si riferirebbe all'assistenza nella "determinazione del programma negoziale", di cui all'articolo 81 del decreto: resterebbe tuttavia da spiegare, in tale ipotesi interpretativa, il riferimento, contenuto in entrambe le norme, "alla disponibilità dei diritti"<sup>64</sup>.

Da questa sconcertante incertezza è forse possibile uscire se si utilizza come "faro" interpretativo, ancora una volta, il "progetto Biagi" del 1998.

In quel documento si preconizzavano "moduli e formulari" che non si limitassero "alla mera elencazione di massime stereotipe della giurisprudenza (...) che poco aiutano alla fase di certificazione dei contratti", ma si spingessero fino a "(...) individuare dei formulari contenenti le clausole generali dei diversi contratti che, nel rispetto di una soglia di diritti indisponibili, prevedano anche la possibilità di incidere sul contenuto del contratto". L'idea, insomma, era quella della assistenza, fornita in sede di certificazione, alla negoziazione di clausole in deroga a norme non inderogabili, che si auspicava si moltiplicassero in sede di contrattazione collettiva e legislativa, anche per effetto dell'introduzione del progettato Statuto dei lavori.

In questo ordine di idee, le previsioni di cui agli articoli 78, comma 4, e 81 (limitatamente alla previsione della "disponibilità dei diritti") si ricollegerebbero, allora, alle numerose ipotesi di derogabilità individuale *in peius* previste dal decreto, non solo in materia di lavoro a progetto<sup>65</sup>, ma anche in materia di lavoro ripartito<sup>66</sup> e lavoro a tempo parziale<sup>67</sup>.

La differenza col modello della derogabilità assistita a norme (legali o contrattuali collettive) inderogabili (il modello — per intenderci, e secondo la lettura

<sup>64</sup> Infatti l'art. 81 prevede che la "consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali" — in sede sia di "stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale", che di "modifiche del programma negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro" —, possa riguardare non solo la "esatta qualificazione dei contratti di lavoro", ma anche la "disponibilità dei diritti": riproponendosi così il problema (già sperimentato con riferimento alla previsione di cui all'art. 68) della normale inconfigurabilità di atti dispositivi di diritti in sede di stipulazione (o novazione) del contratto di lavoro, e dunque della necessità di interpretare la norma in termini di derogabilità (di norme) e non di disponibilità (di diritti). Si noti che il legislatore, menzionando "le sedi di certificazione di cui all'art. 75", è incorso in una svista: il riferimento deve intendersi fatto all'art. 76, comma 1, lett. a), b) e c).

<sup>65</sup> V. art. 64, comma 1: "diverso accordo" in tema di pluricommitenza; art. 67, comma 2: recesso *ante tempus* a fronte di ipotesi diverse (e meno gravi) dalla giusta causa. Non vengono in rilievo a tal fine, invece, le "diverse previsioni" in tema di prorogabilità del contratto in caso di malattia o infortunio (art. 66, comma 2), e di proroga semestrale in caso di gravidanza (art. 66, comma 3), perché si tratta di deroghe migliorative per il collaboratore. Cfr., sul punto, Pinto, *op. cit.*, 342.

<sup>66</sup> V. art. 41, comma 3: "diverse intese" in ordine alla sostituibilità e alla modificabilità della collocazione della prestazione lavorativa dei *job sharers*; art. 41, comma 6: "diversa intesa" in ordine all'applicabilità dell'art. 1256 c.c. in caso di impedimento di entrambi i coobbligati. Non vengono in rilievo, in quanto migliorative, le previsioni di cui all'art. 41, comma 2 (deroga al vincolo di solidarietà passiva), 4 (sostituibilità da parte di terzi) e 5 ("diversa intesa" in ordine alla estinzione dell'intero vincolo contrattuale in caso di dimissioni o licenziamento di uno dei coobbligati).

<sup>67</sup> V. art. 8, comma 2-ter, d.lgs. n. 61/2000, aggiunto dall'art. 46, lett. s) del d.lgs. n. 276/2003 (adozione di clausole elastiche o flessibili anche in assenza di previsioni contrattuali collettive applicabili).

da noi proposta — dell’articolo 68), sarebbe chiara: in questo modello, l’assistenza della commissione di certificazione è necessaria ai fini della validità della pattuizione derogatoria; nel modello fondato sugli articoli 81 e 78, comma 4, invece, la pattuizione derogatoria è valida anche senza l’assistenza della commissione, cui i contraenti possono però facoltativamente rivolgersi, appunto, invocandone le “funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali (...) in relazione alla stipulazione del (...) programma negoziale (...) con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti (...)”<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Così, per es., le parti possono concordare il divieto di pluricommitenza a carico del collaboratore a progetto, in base all’art. 64, comma 1, anche senza rivolgersi alla commissione di certificazione; ma se vogliono derogare al criterio di proporzionalità del corrispettivo stabilito inderogabilmente dall’art. 63, devono necessariamente rivolgersi alla commissione di certificazione, secondo quanto previsto dall’art. 68.



*Rapporti interpositori e somministrazione  
di lavoro dopo il decreto legislativo n. 276 del 2003*

**Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori.  
Prime riflessioni sulla « tipizzazione » del contratto di  
somministrazione di lavoro**

*Loredana Zappalà*

*Sommario:* **1.** Il divieto di interposizione tra passato e futuro. — **2.** Deregolazione o ri-regolazione delle fattispecie interpositorie? — **3.** Dal giudizio legale di « non meritevolezza » delle pattuizioni atipiche aventi ad oggetto il « lavoro subordinato altrui » alla creazione di un « tipo giurisprudenziale » di appalto di mere prestazioni di lavoro. — **4.** La « tipizzazione » del contratto di somministrazione di lavoro. — **5.** Somministrazione e appalti a bassa intensità organizzativa: verso un nuovo regolamento di confini? — **5.1.** *Segue:* i dubbi lasciati irrisolti dalla nuova disciplina. — **6.** La somministrazione di lavoro come « fattispecie assorbente » di tutte le forme di lavoro atipiche aventi ad oggetto mere prestazioni di lavoro.

**1.** Se è vero che « modernizzare stanca », la ridefinizione dei valori sottesi alla regolamentazione che per anni ha caratterizzato taluni istituti lavoristici avrà, di certo, affaticato parecchio il legislatore della legge n. 30 del 2003 e del successivo decreto delegato n. 276 del 10 settembre 2003. Questione più complessa è verificare se tale operazione di modernizzazione del diritto del lavoro sia riuscita a realizzare quella soluzione equilibrata alle sfide del presente che, secondo quanto ha di recente scritto Franco Cassano, presuppone l'aver fatto tesoro delle forme di esperienza pregresse, « che non solo non vanno cancellate in nome dei diritti della modernizzazione, ma che sono da tutelare gelosamente perché consentono di guardare al di là di esse »<sup>1</sup>.

In tal senso, la nuova disciplina sulla somministrazione di manodopera contenuta nel decreto legislativo n. 276 fornisce una visuale privilegiata al fine di osservare come il legislatore abbia inteso far traghettare dal passato al presente alcuni precetti che hanno tradizionalmente caratterizzato la disciplina del rapporto di lavoro subordinato, vale a dire il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro<sup>2</sup> posto dall'articolo 1 della legge n. 1369 del 1960 e la sua più

---

\* Loredana Zappalà è dottore di ricerca in Diritto del lavoro europeo presso l'Università di Catania.

<sup>1</sup> Le citazioni sono tratte da Cassano, *Modernizzare stanca*, Il Mulino, Bologna, 2001.

<sup>2</sup> La bibliografia sul divieto di interposizione e sull'evoluzione storica delle sue varianti interpretative è, ovviamente, vastissima e non riepilogabile in questa sede. Sul punto si rinvia alle più recenti ricostruzioni monografiche sul tema, fra cui De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, Milano, 1995; M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario Art. 2127*, Giuffrè, Milano, 2000; Bonardi,

recente deroga costituita dalla fattispecie del lavoro interinale tramite agenzia<sup>3</sup>.

Nell'ambito di un confronto più ampio sul fenomeno delle esternalizzazioni<sup>4</sup>, nonché sulla scorta del « varco » che il lavoro interinale aveva aperto nel « muro » del divieto di interposizione<sup>5</sup>, già da qualche anno il dibattito dottrinale si era acceso intorno alla prospettiva di un superamento della rigidità del divieto sancito nella legge n. 1369 del 1960. A favore di un ripensamento della disciplina del 1960 militavano varie ragioni fondate sulla diffusa, ma non unanime<sup>6</sup>, convinzione che tale normativa fosse ormai inadeguata a cogliere e a regolamentare in maniera razionale la mutevolezza delle forme di segmentazione del processo produttivo<sup>7</sup>.

Per grandi linee, è possibile ritenere che nel vigore della legge del 1960 la dottrina si sia dibattuta su diverse, ed a volte non facilmente distinguibili, prospettive di assestamento sistematico della materia. In una prima prospettiva, si è ritenuto — con argomentazioni anche profondamente differenti — che pure nella permanente vigenza della disciplina del 1960 tanto la legislazione, quanto soprattutto la giurisprudenza, si fossero assestate in maniera tale da adeguare il dettato normativo alla mutata realtà produttiva. Sulla scorta di un atteggiamento pragmatico, infatti, la giurisprudenza ha dimostrato che il modello interpretativo della legge n. 1369 del 1960 non fosse così rigido, lasciando spazi a prospettive applicative nuove ed equilibrate, di volta in volta supportate da un « buon senso pratico » nel discernere i casi di reale pericolo per le esigenze di tutela dei lavoratori, dai casi di moderna — e tutto sommato

*L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 2001; Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002; M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002; Lo Faro, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, ed. provv., 2003.

<sup>3</sup> Che la l. n. 196/1997 abbia costituito una deroga al divieto di interposizione contenuto nella legge del 1960 è opinione quasi unanimemente condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nonostante una prima interpretazione contraria proposta da Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, III, 180 ss.

<sup>4</sup> Gli studi sul tema sono ormai molto numerosi, per alcuni riferimenti recenti cfr. Scarpelli, *«Esternalizzazioni e diritto del lavoro»: il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999, 351 ss.; Ichino, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2000, 379 ss.; Del Punta, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, in *DML*, 2000, 49; De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 9 ss.; Corazza, *Il modello statunitense dello Staff leasing e la somministrazione di manodopera: qualche appunto in una prospettiva di riforma*, in *DRI*, 2002, n. 4, 553 ss.

<sup>5</sup> L'efficace espressione è di Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel « muro » del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1997, 503 ss.

<sup>6</sup> Per una difesa dei valori sottesi alla l. n. 1369/1960 cfr. ad esempio le osservazioni di Ballestrero, *Decostruzione e ricostruzione della funzione protettiva del diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Trento, 4-5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000, 317 ss.

<sup>7</sup> Decisivo, in tal senso, è l'invito ad una riforma legislativa della materia formulato da Ichino, *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203 ss.

inevitabile — organizzazione dei processi produttivi<sup>8</sup>. In una diversa prospettiva, che non esclude e che anzi presuppone quanto prima detto, non è mancato chi ha comunque invocato una riscrittura delle regole in materia al fine di dare piena legittimazione, nonché maggiori garanzie di trasparenza, a fenomeni — di fatto — già esistenti, come lo *staff leasing*<sup>9</sup>. Un ripensamento della disciplina, possibile anche a prescindere dalla riscrittura della legge n. 1369, è stato poi invocato anche da coloro che hanno evidenziato l'inadeguatezza dei tradizionali criteri utilizzati per distinguere tra appalto lecito/interposizione illecita a tutelare i lavoratori in tutta una serie di situazioni di esternalizzazione definite « ibride », « relazionali », « imperfette »<sup>10</sup> e, comunque, in tutti i casi di « utilizzazione confusa » dei lavoratori<sup>11</sup>.

Data la complessità delle questioni era, in un certo senso, auspicabile un intervento del legislatore in grado di mettere ordine sul tema, se non proprio di creare un « ordinamento giuslavoristico dell'esternalizzazione » come è parso annunciare la legge delega n. 30 del 2003<sup>12</sup>.

Non è possibile, ovviamente, fornire in questa sede una ricostruzione sistematica dell'assetto dei fenomeni di segmentazione del processo produttivo come delineato nella nuova disciplina del decreto legislativo n. 276 del 2003. Obiettivo più circoscritto del presente lavoro è invece quello di avanzare alcune prime riflessioni sulla *ratio* della disciplina della somministrazione di lavoro a seguito della contestuale abrogazione della legge n. 1369 del 1960 e della legge n. 196 del 1997, al fine di evidenziare alcune opzioni sistematiche di fondo che, in maniera più o meno consapevole, paiono essere state poste dal legislatore alla base della nuova regolamentazione.

**2.** Che la somministrazione di manodopera fosse, di fatto, già esistente nel nostro ordinamento sotto le mentite spoglie del contratto di appalto di servizi

---

<sup>8</sup> Concordano su questa tendenza della giurisprudenza Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, 625 ss.; De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro ecc.*, cit., 25 ss.; Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 203 ss.; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit.; De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit., 9 ss. Per una recente analisi della giurisprudenza in tema di interpretazione ed applicazione del divieto di interposizione contenuto nell'art. 1 della l. n. 1369/1960 cfr. Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, cit., 127.

<sup>9</sup> È questa la prospettiva invocata da Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 269. Più in generale, sulla prospettiva di una modernizzazione dei rapporti di lavoro, cfr. Biagi, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 2001, 257 ss.

<sup>10</sup> Il riferimento è all'analisi di Lo Faro, *op. cit.*, 67 ss., cui si rinvia anche per il ricorso alla categoria dell'« appalto socialmente compatibile » come causa esimente della illiceità della interposizione. Per una rilettura della l. n. 1369/1960, cfr. anche M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 576, che rievoca il principio di offensività quale criterio di definizione del limite fra liceità e illiceità sancito dalla legge del 1960; nonché Bonardi, *op. cit.*, che propone una valorizzazione di taluni requisiti qualitativi dell'impresa appaltatrice affinché l'operazione di esternalizzazione si muova entro un'area di liceità.

<sup>11</sup> L'espressione è di Bonardi, *op. cit.*, 343.

<sup>12</sup> Auspicava una tale prospettiva anche Lo Faro, *op. cit.*, 69.

e, dopo il 1997, pure nelle forme e nei casi previsti dalla legge n. 196 del 1997 è un dato incontrovertibile. Come si è sopra accennato, la giurisprudenza, una volta accertata l'insussistenza di profili di pericolosità sociale nell'attività di fornitura di manodopera (a seguito del rispetto da parte dell'appaltatore/fornitore degli standard retributivi collettivi, del versamento dei contributi previdenziali, ecc.), ha esitato sempre meno nel ricondurre l'effettiva attività di somministrazione di prestazione di lavoro all'appalto di servizi *ex* articolo 1655 c.c., così sottraendo l'operazione posta in essere dalle parti all'area di illiceità sancita dall'oggi abrogato articolo 1 della legge n. 1369<sup>13</sup>. L'« operazione di salvataggio » dell'attività di somministrazione è stata ancorata dai giudici, con il supporto della dottrina, ad un'esaltazione del « valore aggiunto » apportato dall'appaltatore rispetto alle prestazioni da questi fornite<sup>14</sup>, così valorizzando la natura genuinamente professionale dell'appaltatore/fornitore medesimo che emergerebbe chiaramente nella fase preparatoria della prestazione<sup>15</sup>, o alternativamente nell'organizzazione — e, in altre parole, nella direzione<sup>16</sup> — delle prestazioni lavorative<sup>17</sup>.

Se, dunque, come pare, la giurisprudenza si era assestata su un atteggiamento di progressiva legittimazione delle forme « non socialmente pericolose » di somministrazione di mere prestazioni di lavoro, non ci si allontanerebbe dal vero nel ritenere che il legislatore, con il decreto legislativo n. 276 del 2003, non abbia fatto altro che individuare un « contratto nominato di somministrazione di lavoro », vale a dire uno schema contrattuale tipico che « offre ai privati un modello giuridico idoneo alla realizzazione dei loro interessi ed in conformità

<sup>13</sup> Per un'ampia disamina della casistica giurisprudenziale cfr. Del Punta, *Appalto di manodopera ecc.*, cit., 625 ss.; Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 203 ss.; Calcaterra, *op. cit.*, 127 ss.

<sup>14</sup> Sul punto, fondamentale è il richiamo alla nota sentenza, Cass. S.U., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *FI*, 1992, 524 ss. con nota di Scarpelli, con la quale la Corte ha esplicitamente riconosciuto la rilevanza dei beni immateriali e del *know how* di impresa, come « valore aggiunto » alla mera prestazione lavorativa in grado di salvare l'operazione economica dall'area della illiceità sancita nella l. n. 1369/1960.

<sup>15</sup> Secondo la nota argomentazione sostenuta da Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 207 ss.

<sup>16</sup> Ricostruisce la nozione di « valore aggiunto » attraverso una identificazione di questo con l'esercizio del potere direttivo dell'appaltatore, inteso come attività di organizzazione delle prestazioni, De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit., 9 ss. Per una critica alle prospettazioni del « valore aggiunto » sopra brevemente accennate, attesa la inidoneità di queste a risolvere la questione della liceità o meno di fenomeni interpositori particolarmente complessi, v. Lo Faro, *op. cit.*, 92 ss.

<sup>17</sup> Fra le pronunce più recenti che sembrano portare definitivamente a compimento l'operazione di salvataggio di talune operazioni economiche molto vicine alla somministrazione di lavoro cfr. Cass., 18 marzo 2000, n. 3196 nella quale si definisce appalto di servizi lecito quello che, pur espletabile con mere prestazioni di manodopera, costituisce un servizio a sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore e purché l'intervento direttamente dispositivo e di controllo delle strutture gerarchiche dell'appaltante si espliciti sull'attività dell'appaltatore e non sulle persone da questo dipendenti. Su tale pronuncia, si rinvia a Calcaterra, *op. cit.*, 156 ss. Non mancano, però, a tutt'oggi pronunce giurisprudenziali volte a sostenere una interpretazione più restrittiva del divieto, solo a titolo esemplificativo v. Cass., 30 ottobre 2002, n. 15337, in *RIDL*, 2003, 536 ss., con nota di Albi.

alle richieste che con più insistenza i privati medesimi, attraverso la tipicità sociale e la giurisprudenza, avanzano<sup>18</sup>.

La riposta, che *prima facie* appare di estrema semplicità, si complica se alla premessa si aggiunge un particolare di non poco momento. È possibile cioè chiedersi: perché il legislatore ha regolato in maniera così dettagliata la somministrazione di lavoro, che si è detto di fatto già esistere nella pratica dei rapporti fra i privati, una volta abrogato il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro sancito nella legge del 1960? La domanda, come si intuisce, ne presuppone un'altra: esiste ancora nel nostro ordinamento un divieto di interposizione? O, meglio, un sistema di principi e norme che di fatto impediscono o limitano la possibilità di utilizzare manodopera non assunta direttamente? Già dopo il disegno di legge delega n. 848 del 2001 e la successiva legge delega n. 30 del 2003 vari erano stati i dubbi sollevati dai primi commentatori su quale sarebbe stata la sorte del divieto di interposizione di manodopera, quali sarebbero stati i rapporti fra somministrazione e appalto e, soprattutto, quale sorte sarebbe toccata alla disciplina sul lavoro interinale di cui alla legge n. 196 del 1997<sup>19</sup>.

Che la stessa disciplina limitativa della somministrazione di manodopera contenuta nel decreto legislativo n. 276 confermi l'esistenza di un divieto di interposizione nel nostro ordinamento pare un dato tanto scontato quanto, in fondo, apparentemente privo di coerenza sistematica. La presenza di indici normativi che confermano la permanenza di un'area di illiceità nell'utilizzazione indiretta delle prestazioni di lavoro<sup>20</sup> che travalica i confini dell'appalto,

<sup>18</sup> È questo il criterio che induce il legislatore alla « tipizzazione » secondo Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *RDC*, 1978, I, 52 ss. Sul « tipo legale » come tipo corrispondente — o che intende corrispondere — ad una osservazione dell'*id quod plerumque accidit*, senza alcuna pretesa di racchiudere in sé la sintesi degli interessi socialmente utili cfr. anche Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, 226 ss.; De Nova, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, 129 ss.

<sup>19</sup> Nella eccessiva genericità della delega esprimevano simili dubbi M.T. Carinci, *L'interposizione e il lavoro interinale*, in F. Carinci, Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, 21 ss.; Ricci, *L'evoluzione delle fattispecie interpositive: mercato del lavoro, politiche di flessibilità e relazioni industriali*, in *DLM*, 2003, 351 ss. In generale, per l'analisi ed i dubbi interpretativi sollevati a seguito della emanazione della legge delega, si rinvia a Del Punta, *Art. 1, c. 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 64 ss.; De Luca Tamajo, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, 2003, 167 ss.; Scarpelli, *La riforma del divieto di interposizione e l'introduzione dello staff leasing*, in *Note Informative*, 2002, n. 25, 15; Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, *Working Paper Massimo D'Antona*, 2003, n. 14, reperibile sul sito <http://www.lex.unict.it>.

<sup>20</sup> L'esistenza di un'area di illiceità al di fuori delle ipotesi di somministrazione e appalto lecito, pare confermata da tutta una serie di indici sistematici, come ad esempio la necessità dell'autorizzazione in capo alla agenzia intesa come provvedimento amministrativo che rimuove un'illeceità (così Del Punta, *Art. 1, c. 2, lett. m), n), o). Appalto ecc.*, cit., 67), il regime sanzionatorio previsto dagli artt. 18, 27 e 28 del d.lgs. n. 276/2003, nonché dalla esplicita dizione dell'art. 84 del d.lgs. n. 276 cit. che espressamente richiama — anche in relazione alla possibilità di ricorso alle

da una parte, e della nuova disciplina sulla somministrazione di lavoro, dall'altra, non sembra sufficiente ad esimere l'interprete dal ricostruire dal punto di vista sistematico la *ratio* della disciplina restrittiva degli articoli 18, 20-28 a seguito del venir meno dell'articolo 1 della legge n. 1369. Se, infatti, nel vigore della legge del 1960 questo poteva legittimamente sentirsi esonerato da un'indagine sulla coerenza sistematica della disciplina sul lavoro interinale<sup>21</sup> che espressamente nasceva quale deroga al divieto sancito nella legge n. 1369, meno chiaro potrebbe apparire — almeno ad una prima lettura — l'assetto di valori sottesi alla nuova disciplina sulla somministrazione.

Una lucida e pienamente condivisibile chiave di lettura nel ricomporre il puzzle che viene fuori dal decreto legislativo n. 276 è quella suggerita da chi ha subito sdrammatizzato i potenziali effetti devastanti della riforma<sup>22</sup>, confermando che con essa non sarebbe intaccato il mantenimento del « vecchio assetto »: fornitura autorizzata — fornitura non autorizzata (*rectius* interposizione illecita) — appalto di servizi.

Se questo è vero, ad una lettura più approfondita del testo di legge, può tuttavia rilevarsi che il legislatore — più o meno consapevolmente ripercorrendo all'inverso il processo che aveva portato alla formulazione dell'articolo 1 della legge n. 1369 del 1960 — abbia fatto qualcosa di più del confermare « con parole diverse » l'assetto esistente.

**3.** Al fine di comprendere la reale portata del cambiamento, è bene premettere alcune considerazioni. Occorre innanzi tutto ricordare che l'articolo 1 della legge n. 1369 faceva attecnicamente riferimento agli schemi contrattuali dell'appalto e/o del subappalto, non essendo in alcun modo possibile ricondurre alla fattispecie<sup>23</sup> dell'appalto di cui all'articolo 1655 c.c. il cosiddetto « appalto di mere prestazioni di lavoro »<sup>24</sup>. Detto « appalto di mere prestazioni di lavoro »

---

procedure di certificazione di cui agli artt. 75 e ss. — la distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino.

<sup>21</sup> Sul punto i contributi sono stati molto numerosi, in via esemplificativa v. Mazzotta, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, in *RIDL*, 1998, 181 ss.; Del Punta, *La « fornitura di lavoro temporaneo » nella legge n. 196/1997*, in *RIDL*, 1998, 198 ss.; Suppiej, *L'interposizione brevettata*, in *ADL*, 1998, 17 ss.; Rusciano, *Profili ricostruttivi dell'«affitto» di manodopera*, in *DML*, 1999, 81 ss.

<sup>22</sup> Del Punta, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *ADL*, 2002, 289 ss. Una lettura della delega secondo la quale questa non potrebbe che confermare l'assetto esistente è offerta anche da Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio ecc.*, cit., 12. Per una lettura più preoccupata dell'assetto delle regole sulla « separazione del lavoro dalla impresa » cfr. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, 2003, su <http://www.cgil.it/giuridico/>.

<sup>23</sup> Il termine « fattispecie » è sopra, e nelle pagine che seguono, utilizzato nel senso di « descrizione normativa del fatto », su cui cfr. Irti, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1976, 45 ss.

<sup>24</sup> Particolarmente significativa, sotto tale profilo, è l'accusa di « inabilità tecnica » nella redazione della legge rivolta da Carnelutti, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in *RDC*, 1961, 503, al legislatore dell'epoca. Lo stesso autore peraltro evidenziava come parlare di « appalto di mere prestazioni di lavoro » è una contraddizione in termini ».

non era nemmeno identificabile con l'appalto avente ad oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi di cui all'articolo 1677 c.c., poiché appunto l'oggetto di questo consiste in un'attività concretantesi in un servizio, né con la somministrazione di cui all'articolo 1559 c.c. che ha per oggetto prestazioni di cose. La disposizione — come è stato più volte sottolineato dalla dottrina — faceva evidentemente riferimento a fattispecie contrattuali atipiche, vale dire non inquadrabili in nessuno dei contratti nominati previsti dal codice civile e dalle leggi speciali<sup>25</sup>, tanto che la stessa conteneva anche una definizione di chiusura che vietava all'imprenditore di utilizzare in « qualsiasi altra forma » mere prestazioni di lavoro fornite da un soggetto interposto.

Non esistono nel codice civile contratti nominati che hanno per oggetto il mero lavoro altrui<sup>26</sup>, ed il dettato dell'articolo 1 della legge n. 1369 altro non faceva che sancire il divieto di qualsiasi pattuizione atipica avente tale oggetto.

Detta previsione operava a monte quella valutazione, ex articolo 1322 c.c., sulla meritevolezza dell'operazione contrattuale posta in essere dalle parti al di fuori degli schemi negoziali nominati. In tale materia, dunque, il legislatore era intervenuto — in funzione coercitiva a tutela del contraente più debole ovvero al fine di stabilire rapporti sociali più equi — a vietare ai privati di autoregolamentare i loro interessi secondo modelli atipici<sup>27</sup>.

Non è pensabile riepilogare in questa sede le ragioni storiche del divieto, né le interpretazioni sulla *ratio*, sulla utilità e sulla struttura dell'illecito configurato dal divieto medesimo che la dottrina ha fornito nell'arco di oltre un quarantennio<sup>28</sup>. Per estrema sintesi, è possibile ricordare che tutte le pattuizioni atipiche volte a realizzare, per dirla alla Carnelutti, una « somministrazione di lavoro subordinato altrui » siano state, in periodi e con argomentazioni diverse, ritenute incompatibili con il « tipo lavoro subordinato » di cui all'articolo 2094 c.c.<sup>29</sup>. Secondo un'altra nota lettura, invece, la finalità della legge è stata quella di collocare il lavoratore subordinato nell'area di tutela più affidabilmente assicurata dal soggetto che, attraverso il significativo elemento della effettiva utilizzazione della prestazione, dimostrasse maggiore consistenza imprendito-

---

<sup>25</sup> La « strutturale atipicità » delle fattispecie previste dall'art. 1 della l. n. 1369/1960 è sottolineata da Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, 109. Sul punto, più di recente, cfr. De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., 57 ss.; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 60 ss.; Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *ADL*, 2001, 125 ss., che identifica il riferimento all'« appalto di mere prestazioni di lavoro » come vicenda patologica del tipico contratto di appalto.

<sup>26</sup> Cfr. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1965, 1492 ss., il quale sottolinea che « la singolarità dell'oggetto, costituito dal lavoro subordinato altrui, impedisce di assumere la convenzione di cui si discute in uno schema nominato », 1521.

<sup>27</sup> Tale funzione del legislatore nel delineare gli spazi di autonomia contrattuale dei privati è ben delineata da Gazzoni, *Atipicità del contratto*, cit., 65.

<sup>28</sup> Sul punto si rinvia ai più recenti lavori monografici citati alla nota 2 ed ivi alla cospicua letteratura sul tema.

<sup>29</sup> La più completa elaborazione di tale ricostruzione sistematica si deve sicuramente a Mazzotta, *Rapporti interpositori ecc.*, cit. *Contra* v. oltre nota 42.

riale<sup>30</sup>. Si deve, tuttavia, alla dottrina ed alla giurisprudenza più recente l'aver colto nel divieto di interposizione di cui all'articolo 1 della legge n. 1369 una regola generale di trasparenza volta ad impedire « la frammentazione della realizzazione del contenuto tipico del contratto di lavoro attraverso la dissociazione tra il momento dell'acquisizione formale della prestazione (stipulazione del contratto di lavoro) ed il momento della effettiva utilizzazione della prestazione dedotta in contratto (svolgimento del rapporto di lavoro) »<sup>31</sup>.

La sussistenza di queste premesse — come si è sopra accennato — non ha tuttavia impedito che i rapporti economico-produttivi si evolvessero in modo tale da rendere economicamente inesistente la differenza fra somministrazione di manodopera e appalto di servizi; né ha impedito alla giurisprudenza — in molti casi in evidente contrasto con il dato letterale-sistematico del divieto — la creazione di un vero e proprio « tipo giurisprudenziale »<sup>32</sup> di appalto di mere prestazioni di lavoro lecito.

Si è trattato, come è noto, di un « tipo giurisprudenziale » a geometria variabile, atteso che la valutazione di liceità è stata legata, di volta in volta, ad uno specifico giudizio sul caso concreto e su valutazioni equitative, nonché, più frequentemente, sulla sussistenza di un « valore aggiunto » apportato dall'appaltatore. Man mano che la realtà produttiva ha confermato la diffusione di contratti di appalto che, di fatto, avevano ad oggetto il solo lavoro altrui, la giurisprudenza ha condotto una operazione interpretativa delle « fattispecie appalto » che progressivamente ha attribuito sempre meno peso al reale oggetto del contratto (l'attività/servizio o la mera fornitura), soffermandosi invece sulla verifica della sussistenza di una organizzazione imprenditoriale in capo all'appaltatore, analizzata nella fase di esecuzione del contratto. Allo scopo di salvare operazioni che in base all'oggetto non potevano essere qualificate come appalto, l'indagine si è, dunque, concentrata sull'esternalizzato e sulle modalità attraverso cui questo dava esecuzione al contratto medesimo, più che sull'oggetto della esternalizzazione. Come è stato di recente osservato « il rilievo attribuito al soggetto dell'appalto (la natura imprenditoriale) è stato interpretato in maniera talmente decisiva e totalizzante da relegare tutto sommato in secondo piano persino la verifica sull'oggetto del contratto (il bene o il servizio), tendendo ormai la giurisprudenza a considerare sussistente il secondo una volta accertata la sussistenza della prima »<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> In tal senso v. L. Spagnuolo Vigorita, *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia"*, in *DRI*, 1992, 77 ss.

<sup>31</sup> Così De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., 173.

<sup>32</sup> Sulla nozione di « tipo giurisprudenziale », quale prodotto della operazione con cui la giurisprudenza afferma che anche un rapporto avente caratteristiche non aderenti alla fattispecie legale può ricondursi, in base al concetto di prevalenza degli elementi tipici, alla disciplina propria del rapporto tipico che gli elementi prevalenti concorrono a costituire, cfr. Sacco, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *RTDPC*, 1966, 785 ss.

<sup>33</sup> Così Lo Faro, *op. cit.*, 89-90, ed in particolare v. le osservazioni contenute nella nota 47, ove si rileva giustamente che nella qualificazione dell'appalto dovrebbe essere l'elemento della fornitura del servizio ad avere valore assorbente ai fini della operazione qualificatoria, piuttosto che l'elemento della sussistenza dell'impresa, atteso che « se è vero che chi fornisce un servizio è quasi

Gli itinerari giurisprudenziali sopra descritti, d'altra parte, si inseriscono nell'ambito di un più complessivo processo di espansione della fattispecie appalto come delineata nel codice civile. In proposito, la dottrina civilistica più recente ha messo in evidenza l'elasticità e la capacità espansiva del « tipo appalto », che si è a sua volta autonomamente evoluto attraverso la progressiva diffusione di appalti di servizi aventi ad oggetto una serie di prestazioni complesse consistenti tanto in un « fare » o in un « dare », quanto nella semplice « messa a disposizione » di un dato bene, idonee a procurare al committente svariate utilità<sup>34</sup>. Attraverso un'operazione sussuntiva, il tipo appalto — tramite numerose pronunce giurisprudenziali — ha attratto diversi fenomeni giuridico-economici che in qualche misura gli si avvicinavano, pur discostandosi formalmente dal « tipo » codificato nel 1942.

La creazione di un « tipo giurisprudenziale » di appalto di mere prestazioni di lavoro si è inserita, dunque, in un più vasto fenomeno di utilizzo del metodo tipologico in funzione espansiva della fattispecie appalto. Laddove una operazione di qualificazione del contratto solo sulla base del suo oggetto avrebbe condotto ad escludere la qualificazione dell'operazione come appalto *ex* articoli 1655 o 1677 c.c. nonché ad una pronuncia di illiceità dell'operazione in virtù del divieto dell'articolo 1 della legge n. 1369, si è preferito valorizzare il profilo organizzativo dell'appaltatore identificandolo — in mancanza di elementi materiali dell'attività di impresa — nel possesso di un, più o meno definito, *know how*<sup>35</sup> e/o nell'esercizio del potere direttivo e gerarchico esercitato dall'appaltatore<sup>36</sup> nella fase di esecuzione del contratto. L'operazione di qualificazione condotta ha pertanto legittimato operazioni negoziali poste in essere da imprenditori genuini, ma aventi in concreto ad oggetto niente altro che mere prestazioni di lavoro, così — di fatto — modificando i tratti originari della fattispecie codicistica.

**4.** Nel sistema sopra delineato va esaminato l'impatto sistematico della riforma di cui al decreto legislativo n. 276 del 2003. Con gli articoli 18, 20-28 si è dato vita nel nostro ordinamento ad una fattispecie giuslavoristica di somministrazione, un nuovo « tipo contrattuale » che consente ad una parte di obbligarsi, verosimilmente verso corrispettivo di un prezzo, a fornire ad un'altra prestazioni periodiche o continuative di lavoro rese da terzi, senza che fra tali prestatori ed il soggetto che riceve la fornitura e utilizza le prestazioni si instauri un contratto di lavoro subordinato.

L'articolo 20 non definisce espressamente il contratto di somministrazione,

---

certamente una impresa, non è necessariamente vero il contrario, poiché una impresa può anche fornire mere prestazioni di lavoro ». Per considerazioni simili cfr. De Simone, *Un diritto del lavoro per l'impresa « segmentata »*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, cit.

<sup>34</sup> Sul punto cfr. F. Marinelli, *Il tipo e l'appalto*, Cedam, Padova, 1996. In generale sulla diffusione degli appalti di servizi v. Santini, *I servizi*, Il Mulino, Bologna, 1987.

<sup>35</sup> Per una ricognizione delle varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali della nozione di *know how* si rinvia a Calcaterra, *op. cit.*, 131 ss.

<sup>36</sup> Cfr. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit., 46 ss.

come invece faceva il vecchio articolo 1, comma 1 della legge n. 196 del 1997. È l'articolo 2, comma 1, lett. a) che fornisce la definizione di « somministrazione di lavoro », dal punto di vista dell'oggetto del contratto, quale fornitura professionale di manodopera a tempo indeterminato o a termine. L'articolo 20, comma 1, definisce l'area dei soggetti legittimati alla stipula del contratto, utilizzatore e agenzia autorizzata ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 276, ed il comma 2, descrive — anziché il contenuto delle obbligazioni delle parti — direttamente gli effetti che si producono in funzione della causa per la quale il contratto è stipulato, stabilendo che « per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore ». Affinché il contratto di somministrazione sia pienamente valido l'articolo 20 fa espressamente riferimento alle condizioni di liceità: occorre, come si è detto, che l'agenzia sia autorizzata, che sussistano le causali previste dai commi 3 e 4, che non si incorra in uno dei divieti di cui al comma 5, che siano rispettati i requisiti di forma previsti dall'articolo 21, commi 1 e 2. Qualora la somministrazione avvenga al di fuori dello schema previsto dal legislatore, è prevista a carico della agenzia e/o dell'utilizzatore la applicazione di diverse sanzioni civili, penali e amministrative <sup>37</sup>.

L'operazione di « tipizzazione » posta in essere non ha solo la funzione di designare attraverso le caratteristiche principali di una singola realtà l'intera categoria di fatti in essa sussumibili, ma ha anche la funzione di discriminare ciò che è caratteristico di quella categoria da ciò che invece è essenziale ai fini della validità e/o della liceità dell'operazione stessa <sup>38</sup>.

Tralasciando in questa sede di commentare analiticamente i numerosi profili della disciplina, sembra opportuno concentrarsi su alcuni punti nodali su cui ruota la nuova fattispecie di somministrazione.

Il legislatore, come già si era fatto con la legge n. 196, ha effettuato una valutazione di meritevolezza dell'interesse a stipulare contratti di durata che — al di fuori degli schemi conosciuti dal codice — hanno per oggetto la somministrazione di energie lavorative altrui, al fine di soddisfare un bisogno reiterato o solo temporaneo del somministrato/utilizzatore <sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Per un primo commento alle disposizioni di cui al d.lgs. n. 276/2003 v. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004; cfr. inoltre M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 66 ss.; M. Tiraboschi, *La somministrazione si evolve*, in *La riforma del lavoro*, in *GN*, 2003, 49 ss.; Rausei, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in *DPL*, 2003, n. 33, 2199 ss.

<sup>38</sup> Sull'esistenza di almeno tre significati del concetto di « tipo », « quello che si pone a base del c.d. metodo tipologico e che assume la realtà singola a rappresentazione di una intera categoria, quello che assegna all'espressione la funzione di designare ciò che vi è di caratteristico nel modello ed, infine, quello volto a discriminare fra ciò che è caratteristico e ciò che è essenziale (...) per la sua stessa esistenza », v. Confortini, *Problemi generali del diritto attraverso la locazione*, Cedam, Padova, 1988, 28 ss.

<sup>39</sup> Non è possibile soffermarsi in questa sede sulla pur affascinante questione teorica dell'inquadramento del contratto di somministrazione come nuovo « tipo » che richiama taluni elementi già

La valutazione di meritevolezza dell'operazione economica, come si è detto, trae spunto dalla evoluzione dei processi di segmentazione del processo produttivo e dal « tipo giurisprudenziale » di appalto di mere prestazioni di lavoro, via via riconosciuto — al ricorrere di determinati presupposti — come non socialmente pericoloso dalla giurisprudenza.

L'operazione di « tipizzazione » può essere osservata con particolare interesse sotto distinti profili.

- a) dal punto di vista dell'oggetto e/o della causa del contratto;
- b) dal punto di vista del soggetto/somministratore;
- c) dal punto di vista degli effetti contratto, vale a dire gli obblighi e i diritti spettanti alle parti.

a) Per quanto concerne il primo profilo, è possibile osservare che il « tipo » somministrazione di lavoro è nel nostro ordinamento l'unica fattispecie contrattuale nominata avente ad oggetto la fornitura di lavoro subordinato altrui e la cui causa si identifica in un dare/fornire manodopera in cambio di un corrispettivo. L'oggetto e la causa del contratto sono gli elementi centrali intorno ai quali ruota e si qualifica l'intera fattispecie. Quando le parti si accordino su una fornitura di manodopera verso il corrispettivo di un prezzo nel rispetto delle previsioni dettate dalla disciplina di cui al decreto legislativo n. 276, al giudice è preclusa una valutazione sulla meritevolezza della operazione economica, almeno in astratto considerata <sup>40</sup>.

b) In relazione al secondo profilo, si osserva che la fattispecie, per realizzarsi

---

presenti in altre fattispecie contrattuali (contratto di somministrazione di cose, di locazione d'opera o di appalto di servizi). Per utili spunti di indagine si rinvia a Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Libro quarto, *Delle obbligazioni (1556-1570)*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970; Mangini, Rudan Bricola, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, in *Giust. sist. civ. e comm.*, 1972, 343 ss.

<sup>40</sup> La precisazione è d'obbligo a seguito della previsione contenuta nell'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003 che stabilisce un apposito regime sanzionatorio per la « somministrazione posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore ». Ai sensi dell'art. 28, l'intento fraudolento rileva *autonomamente* ai fini dell'applicazione della sanzione penale dell'ammenda, che si aggiunge alle altre sanzioni previste dagli artt. 18 e 27. Tale, previsione, dunque, pare lasciare spazio ad ipotesi di punibilità dei comportamenti posti in essere dal somministratore e/o dal somministrato pure nel caso in cui il contratto di somministrazione sia stipulato nel rispetto dei requisiti di forma e di sostanza previsti dagli artt. 20 e 21: ciò sarebbe possibile qualora sia comunque rintracciabile un intento fraudolento di tali soggetti, volto ad eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore. Sebbene non sia possibile in questa sede affrontare analiticamente l'ambito di operatività di tale previsione, pare potersi rilevare che per effetto di una sorta di nemesi storica la tesi dell'interposizione in frode alla legge sostenuta da Cessari alla fine degli anni Cinquanta riacquisti, nella nuova disciplina di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003, importanza e dignità quale fattispecie autonomamente sanzionata dal legislatore e, nel medesimo tempo, quasi come se fossero tornate indietro le lancette della storia, pare destinata a riaccendere tra i giuslavoristi un dibattito che sembrava ormai definitivamente sopito. A parte le ovvie difficoltà connesse ad una eventuale prova dell'intento elusivo, pare infatti che il problema, ieri come oggi, sarà quello « di stabilire il trattamento da assegnare a siffatta attività illecita e soprattutto di individuare le conseguenze della nullità », così Mazzotta, *Rapporti interpositori ecc.*, cit., 148.

lecitamente, impone che il somministrante sia un imprenditore genuino, costituito in forma di società di capitali, con una certa solidità economica, con dei requisiti di onorabilità in capo agli amministratori e rappresentanti, con una certa consistenza organizzativa (la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali) e ramificazione nel territorio, ecc. Il legislatore sottrae la valutazione sulla imprenditorialità del somministrante alla disponibilità dei privati ed al giudizio del singolo giudice e la cristallizza aprioristicamente nel procedimento autorizzatorio di cui agli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 276 del 2003. L'organizzazione imprenditoriale del somministrante autorizzato è evidentemente costituita da elementi in prevalenza immateriali e l'attività di impresa, a proprio rischio, si concretizza nella fase preparatoria della organizzazione delle forze lavoro da fornire al somministrato (attività di ricerca e selezione del personale, stipula dei contratti di lavoro, formazione dei prestatori prima e/o durante la missione, informazione al lavoratore sulle modalità della prestazione lavorativa da rendere presso l'impresa utilizzatrice), nonché nella fase di gestione organizzativa della fornitura (pagamento delle retribuzioni ai lavoratori, assunzione del rischio economico di ferie, assenze per malattia, maternità, ecc., tramite il preventivo e diffuso accordo con l'utilizzatore di fatturare le sole ore effettivamente lavorate dai prestatori, sostituzione dei lavoratori assenti per malattia o a seguito dell'esercizio di una opzione di non gradimento dei lavoratori da parte dell'utilizzatore, aggiornamento professionale delle risorse, ecc.). La natura imprenditoriale dell'attività resa dall'agenzia si concretizza per l'esistenza di un « valore aggiunto » alla mera fornitura, che si identifica, dunque, con la organizzazione della fornitura gestita a proprio rischio.

c) Dal punto di vista degli effetti del contratto, è possibile osservare come la valutazione sulla meritevolezza dell'operazione economica sia stata inscindibilmente connessa alla garanzia che l'operazione medesima non si risolva in un abbassamento dei livelli di tutela dei lavoratori coinvolti. A puntello di tale obiettivo sono fissate tutta una serie di previsioni a garanzia dei lavoratori medesimi, come il principio di parità di trattamento, il rispetto delle previsioni in materia di salute e sicurezza, la possibilità di esercitare i diritti sindacali, il rispetto delle norme previdenziali, il regime di responsabilità solidale fra somministratore e utilizzatore, ecc. A fronte della stipula di un contratto di somministrazione validamente concluso con l'agenzia autorizzata e nel rispetto di tutte le previsioni della legge, si attribuisce al somministrato la possibilità di utilizzare il lavoratore, vale a dire di appropriarsi dei risultati prodotti dalla prestazione lavorativa di questo, e di esercitare sul lavoratore medesimo il potere direttivo. Laddove la somministrazione di lavoro si svolga al di fuori dei limiti e delle condizioni previste dalla legge, il lavoratore può chiedere, mediante ricorso al giudice, notificato anche solo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo con effetto dall'inizio della somministrazione.

La valutazione di meritevolezza della operazione economica sopra descritta e la conseguente tipizzazione della fattispecie è, ovviamente, gravida di conseguenze sull'ordinamento. Ciò che prima era atipico e vietato, ora diviene tipico

e ammesso, ma solo a certe condizioni ritenute indispensabili dal legislatore. Discorso simile potrebbe, d'altra parte, essere fatto anche in relazione alla previsione di cui all'articolo 30 del decreto legislativo n. 276 relativa al distacco, con cui il legislatore ha creato un « tipo legale » di distacco che, in qualche modo, ricalca il « tipo giurisprudenziale » che, pur nelle strettoie della legge n. 1369, aveva trovato riconoscimento nell'ordinamento <sup>41</sup>.

In proposito, pare tuttavia potersi rilevare che la scelta dell'ordinamento appare ancora una volta chiara: il tipo lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c. non consente che un soggetto utilizzi e diriga una prestazione di lavoro subordinato senza instaurare con il prestatore medesimo un rapporto di lavoro <sup>42</sup>. Solo l'operazione economica che si realizzi nell'ambito della fattispecie tipizzata dagli articoli 18, 20-28 del decreto legislativo n. 276 — o in quella tipizzata nell'articolo 30 sul distacco —, è espressamente ritenuta dal legislatore meritevole di tutela e, dunque, idonea a consentire ad un terzo estraneo al contratto di lavoro di utilizzare il lavoro altrui e di esercitare sul lavoratore il potere direttivo senza ricadere direttamente nella fattispecie dell'articolo 2094 c.c. In proposito, è bene sottolineare che con tale intervento non pare che il legislatore abbia disatteso il noto orientamento con cui la Corte costituzionale ha evidenziato la sussistenza di limiti imposti dall'ordinamento allo stesso legislatore alla disponibilità del « tipo lavoro subordinato » sancito nell'articolo 2094 c.c. Sebbene non sia possibile in questa sede affrontare analiticamente i risvolti di una questione così complessa, sembra doversi condividere quanto già sostenuto da una autorevole dottrina che si è occupata approfonditamente della fattispecie del lavoro temporaneo tramite agenzia, e che ha rilevato come in questo caso « la legge non sottrae, bensì estende (pur con adattamenti) le tutele inderogabili del diritto del lavoro ad un soggetto che opera, nei rapporti con l'utilizzatore, in condizioni di fatto equiparabili a quelle di un lavoratore

---

<sup>41</sup> Sebbene si sia scelto, in sede di questo primo commento, di leggere il nuovo assetto delle fattispecie interpositive alla luce della disciplina della somministrazione, particolare segnalazione merita anche il processo di tipizzazione del comando di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003. Sull'evoluzione giurisprudenziale del comando/distacco nel settore privato e sulla incerta compatibilità della fattispecie con il divieto di interposizione sancito nella l. n. 1369/1960 si rinvia, a titolo esemplificativo di una bibliografia molto vasta, a Esposito, *op. cit.*; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 175 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>42</sup> Pur non essendo possibile in questa sede affrontare analiticamente la questione, pare potersi rilevare che il circondare di previsioni apposite l'utilizzo delle prestazioni lavorative altrui al di fuori del rapporto di lavoro subordinato, non faccia che confermare — a prescindere dalla abrogazione della 1369 — la incompatibilità logica del rapporto interpositivo con il tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa di cui all'articolo 2094 c.c. Su tale incompatibilità cfr., per tutti, Mazzotta, *Rapporti interpositivi ecc.*, cit. Pure senza l'espreso divieto di interposizione, non sembra, dunque, che il legislatore abbia lasciato spazio a ricostruzioni teoriche dell'articolo 2094 c.c. che consentano di far rientrare nel « tipo » codicistico di lavoro subordinato pattuizioni con le quali il lavoratore si impegni con il proprio datore a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione di un soggetto terzo estraneo al rapporto. Hanno, invece, teorizzato la compatibilità di pattuizioni di tal genere con la nozione codicistica di subordinazione L. Spagnuolo Vigorita, *op. cit.*, 81.; Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 221; Belloccchi, *op. cit.*, 176 ss.

subordinato pur senza esserlo dal punto di vista formale »<sup>43</sup>. L'operazione legislativa, d'altra parte, sembra — almeno sotto questo punto di vista — dare risposta a quella crisi di identità del diritto del lavoro, in relazione alla quale Massimo D'Antona invitava ad affrontare il tema della subordinazione « riorganizzando le garanzie, tramite un adattamento del diritto del lavoro a una realtà diversificata, dalla quale continuano a promanare forti domande di tutela »<sup>44</sup>. Di fronte ad una mutata realtà produttiva che vede la diffusione fisiologica di forme di utilizzo del lavoro subordinato altrui, il legislatore ha scelto di aumentare e differenziare le tutele dei lavoratori coinvolti in tali operazioni, non ultimo rafforzando il principio di parità di trattamento « come spada », vale a dire come regola che, di fatto, fa conseguire ai lavoratori quei risultati che normalmente nella nostra tradizione giuslavoristica sono garantiti dalla norma inderogabile<sup>45</sup>.

Se è vero quanto fino ad ora detto, è però innegabile che l'operazione di « tipizzazione » del contratto di somministrazione si colloca nel solco di quella tendenza alla « rimercantilizzazione » del lavoro che in una versione sofisticata, da anni ormai, caratterizza le società industriali progredite<sup>46</sup>. Il lavoro si sgancia dalla persona del lavoratore e diventa bene/oggetto di un contratto di scambio fra imprenditori. La natura particolare del « bene » oggetto del contratto, tuttavia, fa sì che tale contratto venga attratto nell'analisi giuslavoristica, confermando quell'« ampliamento dell'ambito delle competenze del diritto del lavoro con conseguente utilizzo di tecniche e modalità tipiche del suo intervento, in aree non di tradizionale pertinenza — come appunto in questo caso in materia di contratti commerciali —, con positiva ibridazione di linguaggi, tecniche normative e valori »<sup>47</sup>.

**5.** Come si è sopra visto, il tipo appalto, anche attraverso l'avallo della giurisprudenza, aveva dato prova di essere in grado di sussumere in sé operazioni in parte atipiche che travalicavano i confini della fattispecie codicistica per la particolarità dell'oggetto del contratto che, con sempre più frequenza,

<sup>43</sup> V. Speciale, *La struttura del lavoro temporaneo*, in *DLRI*, 1998, 309.

<sup>44</sup> D'Antona, *La subordinazione e oltre: una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, 1989, ora in Caruso, Sciarra (a cura di), *Opere*, Giuffrè, Milano, 2000, III, 1224.

<sup>45</sup> L'espressione usata è di Barbera, *L'uguaglianza come scudo e l'uguaglianza come spada*, in *RGL*, 2002, 805 ss., cui si rinvia per l'analisi sul ruolo attuale del principio di uguaglianza nel diritto del lavoro.

<sup>46</sup> Sul processo di « rimercificazione » del lavoro e sulle possibilità ed i rischi connessi alla riproposizione di logiche mercantili cfr. Grandi, « *Il lavoro non è una merce* »: una formula da rimeditare, in *LD*, 1997, 557 ss. Sul principio secondo cui « il lavoro non è una merce » cfr. pure la lettura proposta da M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo ecc.*, cit., 138 ss.

<sup>47</sup> Caruso, *Il conflitto collettivo post-moderno: come si adegua il diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2002, 92 ss., cui si rinvia in relazione alle riflessioni sulla sempre più frequente funzionalizzazione del diritto del lavoro e sindacale a scopi eterodeterminati. L'espressione « contratti commerciali », come sopra utilizzata, è mutuata da quella dottrina civilistica che, sulla scorta della copiosa legislazione comunitaria in materia, ha rinvenuto la possibilità di una rinnovata distinzione fra « contratti civili » e « contratti commerciali », così Zencovich, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra « contratti commerciali » e « contratti dei consumatori »)*, in *GI*, 1993, IV, 69 ss.

poteva essere identificato nella mera fornitura di prestazioni di lavoro. Contestualmente alla abrogazione della legge n. 1369 ben si sarebbe potuto pertanto assottigliare concettualmente la differenza fra somministrazione e appalto rafforzando a monte i sistemi di controllo sulla consistenza organizzativa e patrimoniale dell'appaltatore/interposto o estendendo la regola della parità di trattamento e della responsabilità solidale in tutti quei casi in cui, ad esempio, fosse rintracciabile una posizione di dipendenza economica dell'interposto nei confronti del committente, così sdrammatizzando la distinzione tra somministrazione e appalto di servizi<sup>48</sup>. Il nuovo decreto, invece, sembra essere andato in una direzione diametralmente opposta<sup>49</sup>, laddove si sono accentuate le differenze fra somministrazione e appalto non solo, come si è visto, prevedendo una disciplina specifica per i soggetti che svolgono l'attività di somministrazione e aumentando gli oneri in capo alle agenzie<sup>50</sup>, ma anche, e contestualmente, eliminando del tutto il principio della parità di trattamento in relazione ai cosiddetti « appalti interni » disciplinati dalla vecchia legge n. 1369.

La « tipizzazione » del contratto di somministrazione di lavoro è stata, dunque, la strada maestra seguita dal legislatore per circondare di tutele l'utilizzo del lavoro subordinato altrui: attraverso tale fattispecie, nonché nell'ambito dei rapporti di lavoro fra agenzia e prestatore, si è predisposto un assetto di interessi ritenuto in via preventiva e generale equo ed idoneo a tutelare i soggetti più deboli coinvolti nel contratto di lavoro cui è funzionalmente collegato il contratto di somministrazione.

Ciò rilevato, pare doversi condividere l'osservazione secondo la quale somministrazione di manodopera autorizzata e « fornitura di manodopera realizzata attraverso un appalto di servizi personali siano da considerare alla stregua di vasi comunicanti il riempimento di uno dei quali determina lo svuotamento dell'altro »<sup>51</sup>. È possibile ritenere che il « tipo » somministrazione di lavoro di cui al decreto legislativo n. 276 abbia voluto assorbire — al fine di garantire una maggiore tutela ai lavoratori utilizzati da un soggetto diverso dal loro datore di lavoro — un corposa parte di operazioni economiche che nel vigore del divieto di interposizione di cui alla legge n. 1369 si erano fatte rientrare nel sopra ampiamente descritto « tipo giurisprudenziale » di appalto di mere prestazioni di lavoro. Le agenzie di somministrazione non si limitano, infatti, a fornire manodopera e a lucrare passivamente su tale fornitura; esse, come si è sopra visto, attraverso una organizzazione che ha natura imprenditoriale apportano alla mera fornitura un *quid pluris* identificabile nelle competenze con le quali

<sup>48</sup> Era questa la proposta avanzata da Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 267 ss.

<sup>49</sup> Cfr. Ichino, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, in *DRI*, 2002, 389 ss., che, appunto, rileva la differenza di impostazione fra la proposta dallo stesso avanzata al Convegno AIDLASS di Trento e la disciplina che di lì a poco sarebbe stata introdotta sulla scorta della legge delega n. 30/2003. V. pure M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi ecc.*, cit., 77.

<sup>50</sup> Ad esempio, tramite la previsione del versamento al Fondo di formazione di un contributo pari al 4 per cento delle retribuzioni corrisposte ai lavoratori, come previsto dall'art. 12 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>51</sup> Così Lo Faro, *op. cit.*, 141.

si sono selezionate e/o formate le risorse, nelle reti relazionali di supporto, nel servizio di gestione tecnico-contabile delle stesse, ecc. Al medesimo tempo, il controllo a monte sulla affidabilità delle agenzie e la previsione di una serie di tutele nei rapporti fra agenzia e lavoratore garantiscono *ex lege* che l'operazione non sia in contrasto con la « coscienza sociale ».

L'avvenuta « tipizzazione » del contratto di somministrazione di lavoro, che dunque assorbe una cospicua parte del « tipo giurisprudenziale » di appalto di mere prestazioni di lavoro, come elaborato da parte della dottrina nel vigore della legge del 1960<sup>52</sup>, non risolve tuttavia la complessità delle questioni prospettabili in tema di fattispecie interpositorie.

La distinzione apparentemente così chiara e netta fra somministrazione e appalto è, infatti, comunque destinata a sfumare in una miriade di incertezze interpretative al solo osservare la complessità della casistica giurisprudenziale ad oggi esistente sui cosiddetti appalti a bassa densità organizzativa, in cui è proprio l'oggetto dedotto in contratto (il servizio ad es. consistente nella pulitura dell'ufficio vale a dire un risultato raggiunto mediante una specifica attività posta in essere dallo stesso, o la mera fornitura della manodopera che pulirà l'ufficio) ad essere difficilmente verificabile. La stessa dottrina privatistica, d'altra parte, si è pacificamente assestata su una definizione evanescente dell'oggetto dell'appalto di servizi, quale « attività diretta a produrre una utilità ovvero a soddisfare un determinato interesse del committente, senza elaborazione di materia »<sup>53</sup>. Si è visto che anche la somministrazione presuppone una attività di ricerca e selezione del personale, di gestione del personale medesimo, ecc., che, certamente, produce una utilità economicamente valutabile per il committente. Non pare, dunque, che la distinzione fra somministrazione « tipizzata » e appalto ricercata unicamente in relazione al reale oggetto del contratto<sup>54</sup> sia in grado di dare risposta definitiva alla miriade di incertezze che la prassi dei rapporti contrattuali presenta.

È fin troppo evidente che anche il legislatore si sia subito reso conto delle difficoltà di un preciso regolamento di confini fra le due fattispecie ed abbia tentato di porre dei rimedi alle possibili incertezze interpretative, addirittura prevedendo — all'articolo 84, comma 1 — la possibilità di utilizzare le procedure di certificazione, sia in sede di stipulazione dell'appalto, sia nella fase di

<sup>52</sup> Si fa riferimento soprattutto alla ampia nozione di « valore aggiunto » elaborata da Ichino, *Il diritto del lavoro*, cit., 207 ss. Un'altra cospicua parte di elementi caratterizzanti il « tipo giurisprudenziale » a geometria variabile di cui si è detto sono invece confluiti nella previsione di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276 in tema di appalto, su v. oltre.

<sup>53</sup> In tal senso Bertolotti, *Appalto di servizi*, in Costanza (a cura di), *L'appalto privato. Trattato*, Utet, Torino, 2000, 410 ss.; cfr. inoltre Rubino, *Appalto privato*, in *NDI*, Utet, Torino, 1968, 1, 691 ss., il quale rileva che i servizi, come oggetto dell'appalto, non possono essere definiti, per buona parte, se non in maniera negativa: e cioè come qualsiasi utilità che può essere creata per un altro soggetto e fornita di un immediato contenuto economico.

<sup>54</sup> Una verifica sull'oggetto del contratto pare possa essere condotta anche sulla scorta dell'indagine sulla « qualità » dei servizi appaltati e, dunque, sull'interesse dell'appaltante a rivolgersi a imprese che offrano servizi di qualità secondo standard europei; sul punto cfr. le proposte di Bonardi, *op. cit.*, 361 ss.

attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini della concreta distinzione fra appalto e somministrazione di lavoro<sup>55</sup>.

In proposito, si è già ricordato che una autorevole dottrina ha recentemente proposto una diversa, nonché maggiormente articolata ricostruzione del concetto di « valore aggiunto ». In particolare si è evidenziato che, negli appalti a bassa densità organizzativa, « ciò che trasforma l'apporto di mera manodopera in lecito appalto è solo la presenza di un elemento di organizzazione e direzione della prestazione lavorativa (e non della fornitura a monte) che evolve, appunto, l'apporto di mere energie lavorative nella complessa fornitura di un'opera o di un servizio a favore del committente »<sup>56</sup>. In tal senso, opportunamente, si è precisato che il *quid pluris* aggiunto dall'appaltatore deve essere qualcosa di diverso da quella attività — anch'essa avente natura imprenditoriale e gestita a proprio rischio — svolta dalle imprese di fornitura di lavoro temporaneo *ex lege* n. 196 del 1997: anche le imprese di fornitura — ed oggi le agenzie di somministrazione — organizzano il lavoro, selezionano e formano le risorse. Per tale ragione, si è ritenuto che « solo attribuendo rilievo, ai fini della liceità dell'appalto, all'esercizio del potere direttivo, conformativo e di controllo da parte dell'appaltatore si ristabiliscono le distanze fisionomiche tra appalto lecito e fornitura di lavoro temporaneo »<sup>57</sup>.

Tale ricostruzione dottrinale pare aver trovato pieno accoglimento nel decreto legislativo n. 276 del 2003, laddove si introduce una precisazione lavoristica in relazione alla fattispecie delineata dall'articolo 1655 c.c. L'articolo 29 puntualizza, infatti, che l'appalto « si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore<sup>58</sup>, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa ».

---

<sup>55</sup> Sulle procedure di certificazione di cui agli artt. 75 e ss. del d.lgs. n. 276 v. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Working Paper Massimo D'Antona, 2003, n. 23, sul sito [www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it); Speciale, *La certificazione della somministrazione e dell'appalto di opere o servizi*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario del D.lgs.10 settembre 2003 n. 276. Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione*, tomo 4, Ipsoa, Milano, 2004.

<sup>56</sup> Cfr. ampiamente De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit., 48 ss., che distingue in proposito i concetti di « organizzazione dei lavoratori » e « organizzazione delle prestazioni lavorative ».

<sup>57</sup> De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit., 51 ss. *Contra* tale impostazione, a sostegno della irrilevanza dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore, si era invece pronunciata parte della dottrina dopo l'entrata in vigore della l. n. 1369/1960, cfr. Benedetti, *Profili civilistici*, cit., 1512 ss.

<sup>58</sup> Si ricorda che già la legge delega (all'art. 1, comma 2, lett. m), n. 3) aveva invitato il legislatore delegato ad una « chiarificazione dei criteri di distinzione fra appalto e interposizione ». In tal senso, l'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 276 cit. stabilisce peraltro che entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto, il Ministero del lavoro adotterà con proprio decreto codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della « rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore ».

Per espressa previsione dell'articolo 29 del decreto legislativo 276 del 2003<sup>59</sup> non pare che esso abbia la funzione di modificare il tipo appalto codificato nell'articolo 1655 c.c. introducendo nella fattispecie un nuovo elemento qualificante. L'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore non è, infatti, un elemento che qualifica il tipo appalto ai sensi dell'articolo 1655 c.c.: il codice, come è noto, attribuisce un ruolo specifico al requisito della « organizzazione di mezzi necessari » che deve essere posseduta dall'appaltatore, nonché della « gestione a proprio rischio », vale a dire al rischio di non realizzare il risultato/servizio dedotto in contratto e/o di non riuscire a coprire i costi ed a lucrare sulla differenza fra il costo del servizio e l'ammontare del corrispettivo pattuito. L'elemento della titolarità del potere di direzione da parte dell'appaltatore era stato preso in considerazione fin dal 1936 ed era stato introdotto quale elemento essenziale e qualificante dell'appalto in una delle prime versioni del codice civile; tuttavia, tale elemento è stato successivamente sostituito o, comunque, ricondotto, al requisito della gestione a proprio rischio, atteso che non si era ritenuto incompatibile con il tipo appalto la possibilità che il committente potesse nominare una persona di sua fiducia per dirigere e controllare i lavori insieme all'appaltatore<sup>60</sup>. Coerentemente al tipo codificato, uno dei *naturalia negotii* che discendono dal complessivo assetto di interessi realizzato con il contratto di appalto è proprio il diritto di ingerenza e di controllo che, pur nel rispetto della autonomia dell'appaltatore, può essere esercitato dal committente, ex articolo 1662 c.c., durante l'esecuzione dell'opera. In virtù di tale diritto di ingerenza, il committente può — direttamente o per mezzo di un suo delegato, ad esempio il direttore dei lavori — « osservare il modo in cui si svolgono i lavori, e quindi può eventualmente sindacare il modo e il ritmo »<sup>61</sup>.

D'altra parte, è proprio sulla scorta di tale possibile e lecita ingerenza del committente nella concreta direzione dei lavori che parte della dottrina ha avanzato talune perplessità sull'utilizzo del criterio della verifica del soggetto

---

<sup>59</sup> Ove si specifica che « ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione... ».

<sup>60</sup> V. Pandolfelli, *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Giuffrè, Milano, 1942, 406, il quale — richiamando il progetto del 1936 — ricorda come, alla fine, si sia preferito mettere in rilievo l'elemento della gestione a proprio rischio, anziché l'elemento della direzione da parte dell'appaltatore che « in qualche caso diventa quasi un semplice esecutore delle direttive e delle disposizioni date dal fiduciario del committente. Invece, l'elemento della gestione a rischio dell'appaltatore, nel senso che questo organizza a proprio rischio le attività necessarie alla produzione dell'*opus*, è un carattere ineliminabile dell'appalto, mancando il quale il contratto assume un *nomen iuris* diverso. Il che non esclude che l'appaltatore debba avere in qualche modo la direzione dell'impresa, come risulta ugualmente dal concetto di gestione a rischio ».

<sup>61</sup> Cfr. Rubino, *L'appalto*, in Vassalli (a cura di), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1980, VII, 227.

che esercita il potere direttivo ai fini della distinzione fra appalto lecito e interposizione illecita nel vigore della legge n. 1369 del 1960<sup>62</sup>.

Occorre tuttavia rilevare come, probabilmente, il legislatore del 2003, pur avendo abrogato la legge n. 1369, è stato in qualche modo costretto ad intervenire anche sul versante della fattispecie appalto al fine di evitare una pericolosa situazione di incertezza interpretativa che non avrebbe escluso la possibilità che il « tipo giurisprudenziale » di appalto di mere prestazioni di lavoro confluisse interamente nella fattispecie di somministrazione « tipizzata » negli articoli 18, 20-28.

In tal senso, si è ritenuto opportuno introdurre la possibilità che — nei casi dubbi — l'operazione qualificatoria fra le due fattispecie possa essere condotta attraverso la verifica sul soggetto che esercita il potere direttivo, al fine di stabilire a chi il lavoratore sia subordinato<sup>63</sup>.

L'articolo 29, ferme restando le caratteristiche e la disciplina del tipo appalto descritto dagli articoli 1655 o 1677 c.c., pare avere la funzione di individuare un elemento di tipicità eventuale ed aggiuntiva che potrà essere ricercato tramite l'analisi delle modalità attraverso cui le parti danno esecuzione al contratto al fine di risolvere taluni dubbi di qualificazione quando né la causa e l'oggetto del contratto, né gli elementi della organizzazione di mezzi e della gestione a proprio rischio, siano idonei a fornire elementi di valutazione sufficienti ai fini della qualificazione della fattispecie come appalto o come somministrazione. In proposito non può non rilevarsi, tuttavia, che la valorizzazione della titolarità del soggetto che esercita il potere direttivo come elemento qualificante degli appalti cosiddetti *labour intensive* non potrà non comportare un necessario *self restraint* dei poteri di controllo e conformazione esercitabili dal committente sulla base dell'articolo 1662 c.c.<sup>64</sup>. Una eventuale interpretazione restrittiva del diritto di ingerenza che spetta al committente *ex* articolo 1662 c.c., d'altra parte, non varrebbe in alcun modo a modificare il tipo appalto codificato dall'articolo 1655 c.c. atteso che elemento qualificante del tipo, nonché parte integrante della causa del contratto di appalto, è « la totale assunzione delle responsabilità organizzative da parte dell'appaltatore »<sup>65</sup>.

La precisazione « giuslavoristica » contenuta nell'articolo 29, del decreto legislativo 276 del 2003, recepisce in tal modo l'elemento che sicuramente si era affermato con valenza predominante nel « tipo giurisprudenziale » di appalto di mere prestazioni di lavoro a geometria variabile diffusosi nel vigore della legge del 1960<sup>66</sup>, senza però — come si è detto — modificare il tipo appalto codificato nel 1942. Per tale ragione, come del resto pare inequivocabilmente confermato anche dalla previsione di cui all'articolo 84, comma 2, del decreto legislativo n. 276 del 2003, il requisito della « reale organizzazione di mezzi »,

<sup>62</sup> Cfr. Bonardi, *op. cit.*, 345 ss.; Lo Faro, *op. cit.*, 98 ss.

<sup>63</sup> In tal senso cfr. M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 87.

<sup>64</sup> Cfr. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit., 58.

<sup>65</sup> Sul punto v. F. Marinelli, *Il tipo e l'appalto*, cit., 24 ss.

<sup>66</sup> Sul punto si rinvia alla più recente giurisprudenza di legittimità citata alla nota n. 17. V. pure Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti ecc.*, cit., 2 ss.

per quanto potenzialmente assottigliabile all'infinito a secondo della natura e del tipo di attività dedotta in contratto, continuerà a svolgere un ruolo primario ai fini della qualificazione dell'operazione economica posta in essere dalle parti, e ciò a prescindere dal fatto che sia venuta meno la, peraltro anacronistica, presunzione legale di cui all'articolo 1, comma 3, della legge n. 1369 che espressamente faceva riferimento al possesso di « macchine ed attrezzature »<sup>67</sup>.

Ferma restando, dunque, la centralità della verifica sull'oggetto del contratto e sulla sussistenza di una « organizzazione di mezzi » idonea allo svolgimento della attività dedotta in contratto, nel caso in cui detto oggetto sia identificabile in un servizio in cui vi è scarsa o nulla necessità di elementi materiali e di strumenti di lavoro (lavori di facchinaggio, pulizia, vigilanza, ma anche lavori altamente qualificati prestati da programmatori o analisti informatici, ecc.) la scelta di distinguere le due fattispecie anche tenendo conto del soggetto che dirige la prestazione appare condivisibile. Il decreto legislativo n. 276, come si è detto, ha confermato che il principio della necessaria coincidenza tra il titolare del rapporto di lavoro e colui che utilizza la prestazione è la regola nel nostro ordinamento. Per tale ragione, colui che vuole utilizzare e dirigere il lavoro subordinato altrui non può farlo se non nei modi previsti dalla disciplina sulla somministrazione di manodopera. Se la reale necessità di una impresa è semplicemente quella di acquisire manodopera e dirigerla, e non di usufruire di un servizio, si è fuori dai confini dell'appalto e l'impresa stessa dovrà stipulare direttamente contratti di lavoro subordinato o, se ne ricorrono le condizioni, contratti di somministrazione.

**5.1.** La precisazione contenuta nell'articolo 29, tuttavia, non appare in grado di risolvere una volta per tutte i numerosi casi dubbi, in cui le differenze fra « organizzazione di impresa » e « organizzazione delle prestazioni »<sup>68</sup> sfumano in una serie di impalpabili formalismi.

Nel persistere di talune inevitabili incertezze interpretative c'è però una cosa che, dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276 del 2003, non potrà più essere consentita al giudice: la mancanza di rigore. Se, come si è più volte ricordato, nella vigenza della legge n. 1369, la giurisprudenza ha avallato anche interpretazioni eccessivamente « lassiste »<sup>69</sup> sulla sussistenza del potere direttivo, giocando sulla difficoltà di distinguere l'esercizio del potere direttivo dal potere di conformazione dell'appaltante<sup>70</sup>, giustificate dalla necessità di non penalizzare forme di decentramento produttivo sempre più comuni nella pratica, nonché ritenute non socialmente pericolose, v'è da ritenere che un tale atteggiamento oggi non possa ritenersi più giustificato per una precisa scelta

<sup>67</sup> Cfr. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti*, cit., 5 ss.

<sup>68</sup> Su cui De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni ecc.*, cit, 40 ss.

<sup>69</sup> L'espressione è di M.T. Carinci, *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo*, in Aa.Vv., *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, Utet, Torino, 1999, n. 22, 108.

<sup>70</sup> Per una disamina di sentenze che contengono simili « sbavature », cfr. Bonardi, *op. cit.*, 343 ss.

fatta dal legislatore. Prima del decreto legislativo n. 276 poteva ritenersi necessario intraprendere operazioni di aggiornamento del divieto di interposizione che ne allentassero le maglie. Dopo il decreto legislativo n. 276 è già stato il legislatore che, attraverso una serie di « norme ordinatrici » con cui si è fissato un preciso ordine economico di regolamentazione del mercato <sup>71</sup> ove è possibile scambiare il « bene » lavoro altrui, ha ridefinito i rapporti tra le fattispecie interpositorie: quando l'impresa ha necessità di utilizzare personale, ed anche di dirigerlo, ma — per scelte gestionali e/o puramente economiche — decide di non assumere direttamente, non può che rivolgersi ad un'agenzia autorizzata ed ottenere una fornitura di manodopera a tempo determinato o indeterminato; non potrà più mascherare simili operazioni dietro pseudo appalti di manodopera, magari meno costosi della somministrazione, in cui lo pseudo appaltatore si limiterà formalmente ad impartire generiche direttive ai lavoratori (esempio classico è quello della semplice affissione dell'orario di lavoro o la mera predisposizione dei turni di ferie). La regola della necessaria coincidenza fra titolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro, come si è detto derogata dalla fattispecie « tipizzata » tramite il contratto di somministrazione, non potrà essere elusa nemmeno a fronte di un fenomeno di esternalizzazione che, potenzialmente, non lede i diritti dei lavoratori coinvolti, poiché già la valutazione sulla meritevolezza di eventuali operazioni economiche aventi ad oggetto il lavoro altrui è stata effettuata dal legislatore e cristallizzata nel « tipo legale » della somministrazione di lavoro. In tale disciplina, come si è visto, solo le agenzie autorizzate assumono la posizione di soggetti del mercato in base ad un'« investitura normativa » <sup>72</sup>.

Ma vi è di più. I casi in cui è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, previsti dall'articolo 20, comma 3, del decreto legislativo n. 276, ricalcano con notevoli somiglianze le ipotesi elencate dal vecchio articolo 5 della legge n. 1369, per le quali si prevedeva una sorta di interpretazione autentica dell'articolo 1, « certificando » *ope legis* la genuinità di quegli appalti a bassissima densità organizzativa. Quella previsione, come anche quella contenuta all'articolo 3 della medesima legge del 1960 sugli appalti interni, aveva la funzione di salvaguardare talune pratiche contrattuali dalla voracità del divieto sancito dall'articolo 1, nonché di garantire taluni diritti ai dipendenti dell'appaltatore; tali appalti non erano immediatamente da considerare illeciti *ex* articolo 1 e, in questi, la genuinità dell'appaltatore, la sussistenza dei mezzi idonei allo svolgimento del servizio, l'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore medesimo andavano esaminati e verificati dal giudice caso per caso. Si è già detto di come la giurisprudenza abbia, pian piano, allentato le maglie del giudizio sulla legittimità di tali appalti. Ma tutto questo accadeva nella vigenza dell'articolo 1 della legge n. 1369 e, con essa, del divieto dell'attività di somministrazione. Nell'odierna disciplina, le attività cui si riferivano quegli stessi appalti individuati nell'articolo 5 della legge n. 1369

<sup>71</sup> Cfr. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 2001, 11 ss.

<sup>72</sup> Cfr. Irti, *op. ult. cit.*, 53.

costituiscono, in buona parte, le ipotesi tassative in cui è possibile ricorrere alla somministrazione. Verrebbe da affermare che le attività elencate nell'articolo 20, comma 3, creino quasi una presunzione di somministrazione.

Pur senza arrivare a sostenere l'esistenza di una simile presunzione, poiché, in realtà, è vero che nulla esclude che le attività elencate dall'articolo 20, comma 3, del decreto legislativo n. 276 del 2003 possano anche costituire l'oggetto di un appalto di servizi, e che la natura di appalto possa essere rilevata anche tramite la verifica dell'esercizio del potere direttivo in capo all'appaltatore, non può però non essere invocato il rispetto di una distinzione più rigorosa fra appalto di servizi e somministrazione voluta dallo stesso legislatore del 2003.

Gli scenari, a questo punto, sono molteplici e rilevanti le questioni prospettabili, alcune già — forse provocatoriamente — avanzate da parte della dottrina<sup>73</sup>, su cui occorrerà riflettere. Le imprese specializzate in appalti di servizi personali (imprese di pulizia, società di servizi informatici, ecc.) saranno tutte costrette a ottenere l'autorizzazione di tipo generalista, o più probabilmente di tipo specialista, per poter continuare a svolgere la propria attività?<sup>74</sup> Cosa differenzierà, in concreto, operazioni apparentemente identiche dal punto di vista economico? Ed anche all'interno di appalti leciti, come andranno qualificate quelle operazioni di « utilizzazione confusa » dei lavoratori? Come pure i casi « ibridi » in cui i lavoratori siano effettivamente utilizzati e diretti sia dall'appaltante, sia dall'appaltatore?<sup>75</sup>

Questi e altri gli interrogativi di non facile soluzione lasciati, di fatto, aperti anche nel vigore dell'attuale disciplina. In proposito, però, non può non ricordarsi che l'invito rivolto al legislatore a dare legittimità allo *staff leasing* nel nostro ordinamento è stato invocato proprio nella prospettiva di garantire « una piena trasparenza a quelle situazioni — di fatto esistenti — che il comune rapporto di appalto assicurerebbe assai meno », nonché di assicurare ai lavoratori un regime di tutele certe ed effettive<sup>76</sup>. In tal senso, pare da condividersi

<sup>73</sup> Del Punta, *Problemi attuali ecc.*, cit., 299; Lo Faro, *op. cit.*, 101.

<sup>74</sup> Una eventuale lettura del nuovo assetto legislativo intesa, di fatto, a restringere l'area degli appalti di servizi ammessi — come si è detto — nel vigore della l. n. 1369/1960 in un'ottica di salvataggio di operazioni economiche in realtà riconducibili a ipotesi di attività di fornitura, non potrebbe d'altra parte essere impedita da una ipotetica violazione dei principi comunitari in materia di libertà di prestazione dei servizi. In proposito, infatti, la Corte di Giustizia, sentenza del 17 dicembre 1981, *Procedimento penale a carico di A.J. Webb* (causa 279/89), ha precisato che « la fornitura di manodopera costituisce una attività particolarmente delicata dal punto di vista professionale e sociale. A causa delle peculiari caratteristiche del rapporto di lavoro sottostante ad una siffatta attività, l'esercizio di questa incide direttamente sia sui rapporti esistenti sul mercato del lavoro, sia sui legittimi interessi dei lavoratori. Ne risulta che per gli Stati membri è lecito e costituisce una legittima scelta politica, effettuata nell'interesse generale, il subordinare la fornitura di manodopera sul proprio territorio ad un regime di licenze, in modo da poter rifiutare la licenza se sussiste il fondato timore che tale attività possa nuocere ai buoni rapporti sul mercato del lavoro e se gli interessi dei lavoratori di cui trattasi non sono adeguatamente garantiti ». La validità di tale principio è stata recentemente confermata, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 7 febbraio 2002, causa C-279/00, *Commissione/Repubblica italiana*.

<sup>75</sup> Cfr. Bonardi, *op. cit.*, 343; Lo Faro, *op. cit.*, 108 ss.

<sup>76</sup> Era questo, in sintesi, l'obiettivo invocato da coloro che avevano prospettato l'introduzione

l'opinione di chi ha sostenuto che se è vero che i fenomeni di esternalizzazione possono e devono considerarsi fisiologici, è anche vero che « la fisiologia presuppone l'adozione di genuini rapporti tra imprese responsabili e trasparenti. (...) Se c'è un insegnamento che ci viene dalla legge sul lavoro interinale è che si può utilizzare il lavoro altrui soltanto se il soggetto si assume la piena responsabilità nella gestione »<sup>77</sup>. Di certo, e per concludere, un maggior rigore interpretativo delle fattispecie di appalti a bassa densità organizzativa dovrà essere fisiologicamente rispettato al fine di non legittimare pratiche di « fuga » dal regime autorizzatorio da parte degli stessi operatori economici che intendessero intraprendere lo svolgimento di un'attività di fornitura: cosa potrebbe condurre una impresa di fornitura specializzata in un dato servizio di consulenza e assistenza nel settore informatico a richiedere l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di fornitura di tipo specialista, qualora — di fatto — potesse continuare ad operare sotto le mentite spoglie di pseudo appaltatore di servizi, senza nemmeno essere costretto ad applicare ai lavoratori forniti lo stesso trattamento economico e normativo cui avrebbero diritto se fossero impiegati direttamente dallo pseudo appaltante? Ma, come è ovvio, l'interrogativo può facilmente ribaltarsi: cosa spingerebbe un imprenditore che intendesse servirsi stabilmente di personale informatico a ricorrere alla somministrazione di lavoro, sicuramente più costosa dell'appalto, quando potrebbe continuare a rivolgersi ad operatori che offrono servizi e forniture a basso costo, sebbene privi di qualsiasi affidabilità economica e sociale<sup>78</sup>?

È evidente, per tutto quanto si è sopra rilevato, che la risposta a tali domande sembra quasi travalicare i confini giuslavoristici per collocarsi a monte nella ricerca di un ordine, di una regolarità e di una prevedibilità che deve caratterizzare il comportamento degli operatori economici in un dato sistema giuridico che non può essere lasciato a selvagge logiche concorrenziali, con evidenti corse al ribasso dei trattamenti offerti ai lavoratori coinvolti, fra operatori che operano nel settore della somministrazione e altri che operano nel settore degli appalti. Quando il « bene » oggetto del contratto è il lavoro subordinato altrui, l'ordinamento ha, dunque, predisposto un apposito nucleo di norme, « una struttura conformatrice, che conferisce ad un mercato (quello in cui si negozia tale specifico bene) una sua propria e storica fisionomia »<sup>79</sup>. L'intervento conformativo della disciplina legale si fonda su una preventiva selezione analitica degli interessi che si consolida nella « costruzione artificiale di un mercato »<sup>80</sup>: il mercato, vale a dire, dove possono essere negoziate mere

---

dello *staff leasing* in Italia, cfr. Ichino, *Il diritto del lavoro ed i confini ecc.*, cit., 269. In una medesima prospettiva v. M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi ecc.*, cit., 68.

<sup>77</sup> Napoli, *Il diritto del lavoro e i rapporti commerciali tra imprese*, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, cit., 263.

<sup>78</sup> I medesimi dubbi sono stati sollevati pure da Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti*, cit., 7.

<sup>79</sup> Sul diritto come struttura conformatrice che ordina non il mercato, ma una pluralità di mercati, ognuno caratterizzato da proprie regole, si rinvia a Irti, *op. ult. cit.*, 38 ss.

<sup>80</sup> Irti, *op. ult. cit.*, 67.

prestazioni di lavoro in cui « l'autonomia delle parti è, per così dire, strutturata, ossia inserita e chiusa fra le alte mura della legge »<sup>81</sup>. Nella regolamentazione di tale specifico mercato, il legislatore attraverso « norme attributive » ha, in particolare, conferito a determinati soggetti — le agenzie autorizzate — la « competenza in ordine a dati beni, trattabili e negoziabili soltanto da loro »<sup>82</sup>. Non è al momento possibile prevedere come realmente si muoverà l'attività interpretativa dei giudici nel vigore della nuova disciplina, ma — almeno dal punto di vista del giurista del lavoro — una cosa pare certa: non tenere conto di queste questioni significherebbe relegare definitivamente nell'oblio il divieto di interposizione di manodopera nel nostro ordinamento.

6. Come si è sopra visto, la disciplina sulla somministrazione ha, in un certo senso, anche la funzione di rafforzare la subordinazione, sia perché conferma la natura eccezionale dei casi di utilizzo del lavoro subordinato altrui, sia perché nei casi in cui ammette la deroga rafforza il regime delle tutele dei lavoratori subordinati coinvolti nei fenomeni di esternalizzazione. Ma le implicazioni dell'avvenuta tipizzazione del contratto di somministrazione sembrano andare oltre tale assunto. Con il venir meno della legge n. 1369, la nuova disciplina sembra destinata ad assumere un « ruolo assorbente » nella regolazione di tutte le pattuizioni aventi ad oggetto la fornitura di mere prestazioni di lavoro.

L'aver legittimato un « tipo » contrattuale avente ad oggetto la fornitura di lavoro altrui non può ovviamente che produrre delle conseguenze rilevanti sia in relazione a quelle operazioni interpretative — sopra ampiamente descritte — volte a salvare dall'area della illiceità i cosiddetti appalti a bassa densità organizzativa, sia, pure, nell'individuazione del regime sanzionatorio applicabile ai casi di illegittimo o scorretto uso della fattispecie del distacco.

Un interessante profilo di approfondimento potrebbe, in proposito, trarre spunto dalla seguente domanda: venuta meno la disciplina della legge n. 1369 cosa accadrà nell'ipotesi in cui l'appaltatore non sia un imprenditore genuino? Cosa accadrà nel caso in cui, tanto per fare un esempio immediatamente comprensibile, lo pseudo appaltatore edile non sia in possesso di alcuna organizzazione materiale idonea a svolgere l'opera dedotta in contratto (la costruzione di un edificio), ma si limiti a dirigere la manodopera utilizzando macchinari e attrezzature dell'appaltante? È chiaro che innanzi ad una ipotesi di tal genere, nonostante il *nomen iuris* dato dalle parti all'operazione economica, il giudice si troverebbe a dover negare la qualificazione di appalto a tale contratto, poiché la funzione economico-sociale realmente perseguita tramite il contratto medesimo non è affatto identificabile con il compimento di un'opera o di un servizio, dietro corrispettivo in denaro, tipizzata nell'articolo 1655 c.c. Né, in questo caso, e nonostante la previsione contenuta nell'articolo 29 del decreto legislativo 276 del 2003, l'eventuale esercizio del potere direttivo da parte dello pseudo appaltatore potrebbe ritenersi in alcun modo elemento

<sup>81</sup> Irti, *op. ult. cit.*, 146.

<sup>82</sup> Irti, *op. ult. cit.*, 53 ss.

qualificante la fattispecie atteso che, come si è detto, esso è un elemento di tipicità eventuale che non modifica in alcun modo il tipo appalto codificato nell'articolo 1655 c.c. Ci si troverebbe, dunque, di fronte ad una operazione economica che sembrerebbe sfuggire alle maglie del sistema delineato dal legislatore del decreto legislativo n. 276, configurando una apparente incongruenza o lacuna regolativa dello stesso.

Preso atto che di appalto non si tratta, spetterà al giudice qualificare l'operazione economica al fine di stabilire la disciplina ad essa applicabile. Pur ammettendo che l'operazione posta in essere dalle parti abbia tratti di atipicità non riconducibili per intero a nessun tipo nominato, sarà sempre possibile per il giudice operare la qualificazione del contratto sulla base non già dell'intero contenuto, bensì su di un « pezzo di contratto » che non esaurisce il tutto<sup>83</sup>. Nel caso oggetto dell'esempio sopra proposto la qualificazione potrà agevolmente essere effettuata sulla base della « natura della prestazione » resa dallo pseudo appaltatore riconducibile ad una attività di fornitura di manodopera disciplinata dal decreto legislativo n. 276 del 2003. Una volta operata tale qualificazione in base alla causa ed all'oggetto del contratto posto in essere dalle parti, e dunque anche a prescindere dalla verifica del soggetto che ha esercitato il potere direttivo, il giudice non potrà che applicare la disciplina e le sanzioni penali, civili e amministrative previste dal decreto legislativo n. 276, ed emettere una sentenza secondo quanto previsto dall'articolo 27, con la quale dichiara l'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro fra il lavoratore e colui che ne ha utilizzato la prestazione<sup>84</sup>. Parrebbe così confermata la natura anche sanzionatoria della previsione contenuta nel comma 1, dell'articolo 27, volta a punire l'accordo con il quale i privati abbiano formalmente scisso la titolarità del rapporto di lavoro dalla posizione di colui che utilizza la prestazione resa dal lavoratore, traendo da essa anche solo un beneficio economico.

Non pare che il sistema delineato dal legislatore del 2003 — a seguito della contestuale abrogazione della legge n. 1369 — lasci spazio ad altre ipotesi interpretative, a meno di non voler ipotizzare una intrinseca irrazionalità dello stesso. Non sembrerebbe riconducibile ad alcuno schema logico un sistema normativo che prevedesse un rigido sistema di sanzioni penali, civili e amministrative a carico del somministratore e dell'utilizzatore, anche a fronte del mancato rispetto di talune formalità nell'utilizzazione indiretta delle prestazioni lavorative altrui<sup>85</sup> e, poi, contestualmente, si limitasse a sancire — secondo la dizione dell'articolo

---

<sup>83</sup> Espressamente in tal senso, v. Sacco, *La qualificazione. I tipi contrattuali*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 2002, 582.

<sup>84</sup> In questo caso il concetto di « utilizzazione » andrebbe inteso nel senso di appropriazione degli effetti economici dell'attività resa dai prestatori di lavoro, che non presuppone che l'appaltante/utilizzatore abbia effettivamente esercitato il potere direttivo. In generale per questo profilo, cfr. M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 57. *Contra* la possibilità di interpretare in tal senso la nozione di « effettiva utilizzazione » contenuta nel comma 5, dell'art. 1 della l. n. 1369/1960, cfr. Mazzotta, *Il lavoro subordinato fra codice e leggi speciali*, in Mazzotta (a cura di), *Diritto del lavoro e diritto civile. I temi di un dialogo*, Giappichelli, Torino, 1994, 88 ss.

<sup>85</sup> Solo per fare un esempio si pensi alla mancata indicazione per iscritto nel contratto di somministrazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore che, pure nel-

84 del decreto legislativo n. 276 — solo una generica qualificazione di « interposizione illecita », sfornita di un apparato sanzionatorio preventivamente definito, in relazione a vecchie forme di sfruttamento della manodopera sotto le mentite spoglie di finti contratti di appalto <sup>86</sup>.

In una medesima *ratio* interpretativa, si potrebbe rilevare che la disciplina sanzionatoria prevista dagli articoli 18, 27 e 28 troverà applicazione pure nel caso in cui il distaccante e il distaccatario fuoriescano dai limiti di legittimità fissati dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 276, poiché, ad esempio, il distacco non realizzi alcun interesse del distaccante al di fuori di un mero interesse economico, o manchi il requisito della temporaneità. Nulla escluderebbe che in questo caso sia comunque possibile garantire forme di tutela ai lavoratori illecitamente coinvolti in una operazione di pseudo distacco sulla scorta di quanto previsto dall'articolo 2094 c.c. e, in base a questo, ritenere costituito un rapporto di lavoro subordinato fra distaccatario e lavoratore. Tuttavia, pure in questa ipotesi in cui ci si troverebbe di fronte ad una pattuizione atipica, pare possibile osservare come non avrebbe alcuna logica lasciare impuniti dal punto di vista penale e amministrativo comportamenti datoriali di disposizione delle prestazioni lavorative altrui al di fuori della fattispecie tipizzata dall'articolo 30. Sarebbe, pertanto, illogico sanzionare penalmente lo pseudo somministratore non autorizzato e lasciare impunito lo pseudo distaccante che magari ha distaccato/fornito prestazioni rese da un minore <sup>87</sup>. A meno, come si è detto, di non ipotizzare una totale irrazionalità

---

l'ipotesi in cui il somministratore fosse effettivamente in possesso di tale autorizzazione, non impedirebbe l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 18, comma 3, e art. 27, comma 1.

<sup>86</sup> Né sarebbe ipotizzabile che la giurisprudenza si consolidasse a dichiarare la sola nullità degli pseudo contratti di appalto. Nell'esempio sopra fatto, infatti, pure nell'ipotesi in cui si optasse per una valutazione di nullità del contratto in base alla illiceità della causa (per la non meritevolezza dell'interesse perseguito) o all'impossibilità dell'oggetto (poiché la prestazione dell'opera o del servizio *ex art.* 1655 c.c. dovesse ritenersi, nel caso di specie, impossibile senza macchinari e attrezzi), resterebbe comunque irrisolta la questione delle conseguenze della nullità nel nostro sistema codicistico, di matrice liberale, e della difficoltà di apprestare concreti strumenti delle posizioni giuridiche — quelle dei lavoratori in particolare — lese dall'operazione economica dichiarata nulla. Su tali problematiche si rinvia ampiamente all'analisi di Mazzotta, *Rapporti interpositori ecc.*, cit., 117 ss. Sulla possibilità di individuare negli appalti non genuini la fattispecie penale di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 276 v. anche una prima interessante pronuncia resa dal Trib. Ferrara, sentenza 4 novembre 2003, n. 483, su [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it). In tale pronuncia, sebbene si sia rilevata la diversità fra la fattispecie penale sancita dalla l. n. 1369/1960 e la nuova fattispecie di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003 (poiché elemento costitutivo tipico della prima era l'aver somministrato manodopera *tout court*, elemento costitutivo tipico della seconda è per il somministratore/pseudo appaltatore l'aver agito senza autorizzazione e per ciò che concerne l'utilizzatore l'aver usufruito di manodopera proveniente da un soggetto non autorizzato), si può comunque leggere una prima conferma del fatto che gli appalti non genuini che celano forniture di manodopera non autorizzate siano da ricondurre *direttamente* — e non in virtù di una mera interpretazione analogica vietata per le leggi penali — al regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>87</sup> L'art. 18 infatti prevede che la sanzione dell'ammenda possa essere dal giudice aumentata sino al sestuplo se vi è sfruttamento di minori. D'altra parte, già i primi commentatori, pur senza approfondire giuridicamente le modalità attraverso cui dovrebbe operare il rinvio, hanno ritenuto

della nuova disciplina pare dunque necessario ritenere che, attraverso la « tipizzazione » del contratto di somministrazione, il legislatore abbia non solo ritenuto meritevole di tutela una certa operazione economica come ivi definita, ma — al contempo — abbia implicitamente confermato la illiceità di tutte quelle possibili pattuizioni atipiche aventi ad oggetto il lavoro altrui.

In tal senso, è possibile ritenere che l'area di illiceità in cui si ricade quando si travalicano i confini della somministrazione (o come si è visto del distacco) non è esclusivamente volta a far riesperire gli effetti dell'articolo 2094 c.c. — cui la legge ha eccezionalmente derogato — riconoscendo e dichiarando « l'esistenza di un rapporto che già nei fatti è di lavoro subordinato fra quei soggetti »<sup>88</sup>, ma ha anche una portata sanzionatoria ulteriore che ha l'effetto di « trascinare » in un rapporto di subordinazione con lo pseudo appaltante anche situazioni che, di fatto, non sarebbero tali<sup>89</sup>. La sanzione civile della conversione di cui all'articolo 27, comma 1, avrebbe dunque una duplice anima: dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato che già esiste, quando il somministrato/pseudo appaltante/distaccatario ha esercitato il potere direttivo e gerarchico, sanzionare creando il rapporto di subordinazione in capo al somministrato/pseudo appaltante quando invece il potere direttivo sia stato esercitato dall'interposto<sup>90</sup>.

Se ciò è vero, tutto ciò che non è appalto non può che essere letto dal giudice alla luce della disciplina della somministrazione (ed, eventualmente, tramite essa alla luce dell'articolo 2094 c.c.), *tertium non datur*. Ed è alla luce della fattispecie tipica, l'unica ritenuta attraverso una selezione ed un temperamento degli interessi coinvolti meritevole di tutela, che dovranno essere vagliate tutte le operazioni spurie, atipiche, elusive<sup>91</sup>.

L'operazione compiuta, più o meno consapevolmente dal legislatore, pare essere inversa — ed allo stesso tempo speculare — a quella compiuta dal legislatore della legge n. 1369. Quest'ultimo aveva ritenuto tutte le fattispecie

---

applicabili al distacco le disposizioni degli artt. 18 e 27 in tema di somministrazione, cfr. Vannoni, *Distacco subito operativo*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi*, cit., 66.

<sup>88</sup> Secondo la nota tesi di Mazzotta, *Rapporti interpositori ecc.*, cit., che — nel vigore della 1369 — ha sostenuto una sostanziale coincidenza del divieto di interposizione con la fattispecie dell'articolo 2094 c.c.

<sup>89</sup> Secondo la ricostruzione sopra proposta, pare possibile riferire anche alla disciplina sulla somministrazione di cui al d.lgs. n. 276/2003 quelle osservazioni di Del Punta, *Appalto di manodopera*, cit., 651, secondo cui « la portata sanzionatoria della legge — (l'autore si riferiva ovviamente alla l. n. 1369) — risiede appunto in questo effetto di trascinamento che si realizza in quell'area differenziale, nella quale le prestazioni sono solamente utilizzate, ma non ancora dirette e coordinate ».

<sup>90</sup> Fondamento della sanzione *ex art.* 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, potrebbe pertanto essere sia la utilizzazione economica della prestazione lavorativa, sia la utilizzazione giuridica della prestazione (tramite l'esercizio del potere direttivo). Non è possibile, invece, affrontare in sede di questo primo commento l'annosa questione delle modalità (origine legale o contrattuale) e dello strumento giuridico attraverso cui operi il meccanismo della costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore; sul punto si rinvia all'analisi sulle diverse ricostruzioni dottrinali succedutesi nel vigore della l. n. 1369/1960 di De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit., 85 ss.; Bonardi, *op. cit.*, 130 ss.

<sup>91</sup> Sul punto cfr. anche Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti ecc.*, cit., 6.

atipiche vietate; il legislatore del 2003 — sulla scorta della evoluzione del sistema produttivo — tipizza una sola fattispecie di somministrazione, circondata da tutta una serie di garanzie<sup>92</sup>, tutto ciò che è patologico ad essa, presentandosi come pseudo somministrazione o pseudo appalto non potrà che ricadere nell'area di illiceità sancita dagli articoli 18, 27 e 28.

La nuova disciplina sulla somministrazione di lavoro si presenta, dunque, come « fattispecie assorbente » di tutte le pattuizioni che consentono di utilizzare lavoro subordinato attraverso un soggetto interposto; una fattispecie idonea a ricomprendere in sé, attraverso un procedimento sussuntivo, gli « appalti di mere prestazioni di lavoro », come anche tutte quelle « altre forme » cui faceva riferimento l'articolo 1, comma 1, della legge n. 1369.

Sotto tale punto di vista, pare possa concludersi affermando che, in un certo senso, pure la nuova disciplina confermi una regola generale di trasparenza nella gestione dei rapporti di lavoro<sup>93</sup>. La dissociazione tra colui che ha la titolarità del rapporto di lavoro e colui che utilizza la prestazione non è la regola nel nostro ordinamento e non può essere liberamente fatta oggetto di pattuizioni fra i privati. Le uniche deroghe ammesse dal legislatore sono quelle « tipizzate » nel contratto di somministrazione di lavoro e nel distacco. In caso di somministrazione, a cui a dire il vero si può ormai ricorrere quasi senza limiti<sup>94</sup>, — quantomeno — la trasparenza è garantita tramite il controllo sul soggetto che gestisce la somministrazione, nonché attraverso il rispetto del principio di parità di trattamento, del regime di responsabilità solidale, di un sistema potenzialmente in grado di garantire opportunità formative ai soggetti coinvolti, ecc. Ed è per tale ragione che pare doversi ritenere che tale fattispecie sia stata elevata dallo stesso legislatore a catalizzatore idoneo a verificare la legittimità e/o a sanzionare tutte le pattuizioni atipiche aventi ad oggetto la mera fornitura di lavoro subordinato altrui.

<sup>92</sup> In relazione alle quali si può poi discutere, in chiave di politica del diritto, sul se possano ritenersi sufficienti ad una reale tutela dei lavoratori.

<sup>93</sup> Su cui si è già rinviato a De Simone, *Titolarità dei rapporti ecc.*, cit.

<sup>94</sup> Svariate potrebbero essere le osservazioni sul regime di causali previsto dall'art. 20 per la somministrazione a tempo indeterminato e per quella a tempo determinato. Sebbene si sia scelto nel presente lavoro di analizzare i profili sistematici della nuova disciplina e di rinviare in altra sede l'approfondimento analitico del sistema di causali, pare tuttavia possibile avanzare almeno una considerazione in proposito. Non può, infatti, non essere immediatamente rilevato che il sistema di causali introdotto dall'art. 20 celi una quasi illimitata possibilità di ricorrere alla somministrazione, anche a tempo indeterminato, più di quanto *prima facie* non appaia dalla lettura della disposizione. Malgrado l'art. 20, comma 3, preveda un sistema tassativo di causali in cui è possibile ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato, liberalizzato — *ex lege* — nelle aree Obiettivo 1, e con la possibilità per la contrattazione collettiva nazionale e territoriale di prevedere ipotesi aggiuntive, è possibile osservare come la reale possibilità per le imprese di utilizzare la somministrazione senza limiti di tempo risulti, in ogni caso, garantita dalla illimitata possibilità di ricorrere alla somministrazione a tempo determinato per fare « fronte a ragioni di tipo tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo ». Data anche la illimitata possibilità di rinnovo del contratto di somministrazione, potrebbe, dunque, di fatto essere possibile per le imprese ricorrere alla somministrazione senza limiti di tempo in qualunque settore, sia esso compreso o no nell'elenco di cui all'art. 20, comma 3.

## Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro

Valerio Speciale

*Sommario:* **1.** Il rovesciamento del sistema: dal divieto di interposizione alla somministrazione lecita di lavoro. — **2.** I mutamenti economici ed organizzativi e la somministrazione di lavoro altrui. — **3.** La qualificazione del contratto. Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro è un nuovo tipo contrattuale. — **4.** Le caratteristiche e la disciplina del contratto di somministrazione di lavoro. — **5.** La inderogabilità o derogabilità convenzionale della disciplina del contratto. — **6.** Il rapporto tra contratto commerciale e contratto di lavoro. — **7.** I soggetti legittimati alla stipula del contratto di somministrazione. — **8.** La somministrazione a tempo indeterminato. — **9.** La somministrazione a tempo determinato. — **10.** I divieti di somministrazione di lavoro.

**1.** La somministrazione di mano d'opera costituisce una delle riforme più significative del decreto legislativo n. 276/2003 e che ne esprime meglio le finalità di politica del diritto, consistenti nella ulteriore flessibilizzazione dei rapporti di lavoro. La portata innovativa della nuova disciplina non va rinvenuta soltanto nelle regole che direttamente si occupano del nuovo istituto, ma deve essere ricavata anche dall'analisi di altre tipologie contrattuali (appalto di servizi, trasferimento di ramo d'azienda) e dall'abrogazione di alcune normative fondamentali (la legge n. 1369/1960 e gli articoli 1-11 della legge n. 196/1997) <sup>1</sup>.

L'impressione è quella di una vera e propria "rivoluzione del diritto del lavoro" <sup>2</sup> che ne ha modificato alcuni caratteri fondamentali. Nel precedente assetto il divieto di interposizione costituiva l'architrave di un sistema che vietava l'appalto di mere prestazioni d'opera e che consentiva la somministrazione di lavoro soltanto in ipotesi eccezionali, di creazione giurisprudenziale (il distacco) o introdotte dal legislatore quale deroga al principio generale, come nel caso del lavoro temporaneo, per il quale non a caso si era parlato di un "varco" nel "muro" del divieto di interposizione <sup>3</sup>. La riforma si muove, al contrario, in una logica diametralmente opposta. La fornitura di mano d'opera

---

\* Valerio Speciale è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti.

<sup>1</sup> Speciale, *L'intermediazione nell'uso della forza lavoro*, in Bortone, Damiano, Gottardi, *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, Roma, 2004, 56; Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 91 ss.

<sup>2</sup> Chieco, *op. cit.*, 92.

<sup>3</sup> Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1997, 503 ss.

diventa uno strumento ordinario per mezzo del quale l'impresa si procura il fattore lavoro e che si affianca al contratto previsto dall'articolo 2094 c.c. (dal quale si distingue per l'assenza di una relazione giuridica *diretta* tra il lavoratore ed il beneficiario della prestazione). La nuova dimensione fisiologica dell'istituto è comprovata dalla vasta gamma di possibilità per mezzo delle quali si può utilizzare il lavoro altrui (come dimostra l'ampiezza dei casi nei quali è possibile fare ricorso alla fornitura di lavoro a tempo indeterminato e determinato) e dall'introduzione, in particolare, di una nuova tipologia di appalto di servizi che, a differenza della somministrazione, è privo di requisiti formali e sostanziali predefiniti che ne limitino l'utilizzazione e, quando l'opera o il servizio lo consentano, può realizzarsi con la semplice organizzazione e direzione dei lavoratori (articolo 29, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003).

Si è sottolineato, peraltro, che la riforma avrebbe effetti meno dirompenti di quelli descritti. Infatti, il regime sanzionatorio previsto in caso di somministrazione irregolare o fraudolenta (estensibile anche all'appalto di servizi non genuino) e consistente nella creazione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (o del committente) dimostrerebbe la sopravvivenza del divieto generale di interposizione<sup>4</sup>. A me sembra, peraltro, che una simile conclusione non sia condivisibile. La fornitura di lavoro da fattispecie illecita ammessa solo in casi particolari si è trasformata in un'ipotesi legalmente riconosciuta e di ampia utilizzazione. La trasformazione del rapporto in caso di mancanza dei requisiti legali consente certamente di affermare che non vi è stata una completa liberalizzazione dell'istituto, ma non può ridurre la portata dell'innovazione (il divieto di interposizione non esiste più e, in ipotesi specifiche, è possibile applicare soltanto il regime sanzionatorio previgente)<sup>5</sup>.

In realtà la piena legittimità della fornitura di mano d'opera è espressione di un profondo mutamento di prospettiva del diritto del lavoro. È vero, infatti, che la logica mercantile è una componente ineludibile nel contratto di lavoro, nel quale, "continuano a convivere, come aspetti tipici della fattispecie, il profilo del lavoro-oggetto e il profilo del lavoro-soggetto: il lavoro come attività oggettivabile e il lavoro come espressione inoggettivabile della persona"<sup>6</sup>. Tuttavia la dimensione mercantile viene ad essere enfatizzata, interrompendo il legame diretto tra lavoratore e datore di lavoro. Legame che, pur non disconoscendo le caratteristiche economiche del contratto, impone al datore di lavoro una rete protettiva di diritti inderogabili che esaltano i profili persona-

<sup>4</sup> Del Punta, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di mano d'opera, comando*, in M.T. Carinci, (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 67 ss.; Id., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa. Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 2; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, tomo II, 15 ss.

<sup>5</sup> Per restare nell'ambito della tesi criticata è come se, dopo il recesso *ad nutum* e l'introduzione della giusta causa e del giustificato motivo, si dicesse che in fondo vi è ancora la piena libertà di licenziamento.

<sup>6</sup> Grandi, "*Il lavoro non è una merce*": una formula da rimeditare, in *LD*, 1997, 574-575.

listici del rapporto e che nel contempo lo “responsabilizzano” nella sua gestione concreta per la tutela di diritti fondamentali del dipendente. La sostituzione della relazione diretta tra due soggetti con un contratto tra imprenditori riduce in modo significativo o addirittura elimina, come nel caso dell’appalto di servizi, la “responsabilità” dell’utilizzatore del lavoro, perché, ad esempio, sarà possibile sostituire il lavoratore o interrompere il rapporto in ogni momento, senza necessità di trovare un punto di equilibrio tra esigenze dell’impresa e tutela dell’interesse al mantenimento dell’occupazione. L’utilizzazione stabile di lavoro altrui, inoltre, esaspera la pura logica di scambio a detrimento dei valori della persona, perché il lavoro diventa un servizio reperibile sul mercato come qualsiasi altra utilità economica<sup>7</sup>. Si è in presenza, dunque, di cambiamenti che assumono un valore simbolico che va ben al di là della funzione specifica del nuovo istituto (evitare tutte o alcune delle tutele inderogabili e consentire una ben più “libera” utilizzazione del fattore lavoro).

2. Si potrebbe sostenere, peraltro, che le considerazioni svolte siano espressione di una logica un po’ *retro* e di una nostalgia per il passato assolutamente non compatibile con “il nuovo che avanza”<sup>8</sup>. È bene, quindi, “con spirito laico”<sup>9</sup> e rifuggendo da impostazioni ideologiche, verificare se i cambiamenti nelle tecniche produttive ed organizzative non giustifichino la riforma introdotta dal legislatore. Senza avere la pretesa di analizzare approfonditamente la questione, si può dire che soprattutto negli ultimi anni si sono verificati due fenomeni (tra loro spesso intrecciati) di assoluta novità. Il primo consiste nella sempre maggiore diffusione di appalti di servizi a favore delle imprese caratterizzati dalla bassa intensità organizzativa e prevalenza del lavoro o nei quali l’organizzazione è composta essenzialmente da beni immateriali e non da macchine o attrezzature. Il secondo è identificabile nella esternalizzazione dei processi produttivi, realizzati con l’affidamento ad altri imprenditori di funzioni o attività aziendali prima svolte direttamente, nella logica di concentrare la propria attività nel *core business* delegando ad altri lo svolgimento di produzioni e prestazioni non strategiche. Le situazioni descritte si inseriscono nel fenomeno della segmentazione del processo produttivo, nel contesto oltretutto di una nozione “smaterializzata” di azienda, intesa più come luogo di elaborazione di conoscenze e di organizzazione di attività da altri realizzate che come struttura di produzione diretta<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Zappalà, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla “tipizzazione” del contratto di somministrazione di lavoro*, in questa rivista, 274 ss.

<sup>8</sup> De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 15.

<sup>9</sup> Ichino, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, in *DRI*, 2002, n. 2, 395.

<sup>10</sup> Sugli aspetti esaminati si rinvia, tra gli altri, ad Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel “muro” del divieto di interposizione*, cit., 503 ss.; Id., *Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa*, in *DLRI*, 1999, 203 ss.; Id., *Il contratto di lavoro*, in Cicu Messineo (già diretto da), Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, XXVII, tomo 2,

Le innovazioni delineate creavano inevitabili “tensioni”<sup>11</sup> con alcune discipline vigenti ed in particolare con la legge n. 1369/1960. Quest’ultima, infatti, nonostante gli sforzi interpretativi della giurisprudenza più recente (tendente ad ammettere la legittimità della mera fornitura di lavoro per certi tipi di attività ed a condizione che l’appaltatore fosse un vero imprenditore con gestione ed organizzazione autonoma)<sup>12</sup>, sembrava ostacolare il pieno riconoscimento delle nuove forme di appalto di servizi (anche perché non mancavano sentenze di segno diverso)<sup>13</sup>. Inoltre la disciplina del trasferimento di ramo d’azienda, anche se recentemente riformata, non sembrava adatta a favorire le esternalizzazioni, perché la nuova regolamentazione aveva già dato vita ad interpretazioni giurisprudenziali assai contrastanti<sup>14</sup>, con un norma (articolo 2112 c.c.) che, tra l’altro, non era certo pensata per tutelare i lavoratori nei processi di decentramento produttivo.

Non vi è dubbio, dunque, che vi era un’esigenza di adeguamento delle discipline esistenti, con l’evidente finalità di governare le novità economiche ed organizzative e di tutelare i diritti dei lavoratori interessati che spesso, a fronte di queste forme di decentramento e segmentazione della produzione, vedono fortemente penalizzate le proprie posizioni (perdita del posto, sostituzione del datore di lavoro con un altro meno “forte” dal punto di vista economico o della stabilità organizzativa, trattamenti economici e normativi inferiori a quelli originari e così via). In tale ambito, ad esempio, si sarebbero potuti ammettere gli appalti di servizi dove la componente lavorativa era di carattere assoluta-

---

vol. I, 379 ss.; Romei, *Cessione di ramo d’azienda e appalto*, in *DLRI*, 1999, 325 ss.; Corazza, *Contractual integration, impresa, azienda*, in *DLRI*, 1999, 385 ss.; Id., *L’outsourcing negli Stati Uniti d’America. Spunti di comparazione alla luce dell’analisi economica del diritto*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, cit., 183 ss.; De Luca Tamajo *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, cit., 11 ss.; Vicari, *L’outsourcing come strategia per la competitività*, in R. De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, cit., 71 ss.; Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, cit.; Del Punta, *Appalto di mano d’opera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, 625 ss.; Scarpelli, *“Esternalizzazioni e diritto del lavoro”*. *Il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999, 351 ss.

<sup>11</sup> De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, cit., 13 ss.

<sup>12</sup> Cass., 25 giugno 2001, n. 8643, in *LG*, 2001, 1175; Cass., 18 marzo 2000, n. 3196. Si vedano anche le sentenze citate da Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell’impresa*, cit., 237 ss.; da Del Punta, *Appalto di mano d’opera e subordinazione*, cit., 630 ss., e da Albi, *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la legge n. 1369/1960*, in *RIDL*, 2003, II, 536 ss., oltre le osservazioni di M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 8.

<sup>13</sup> Si veda, ad esempio, Cass., 30 ottobre 2002, n. 15337, secondo la quale, anche in appalti con modesti mezzi strumentali, per la liceità del contratto non è sufficiente la “mera assunzione e retribuzione nonché (la) gestione amministrativa del personale”, in *RIDL*, 2003, II, 536 ss.

<sup>14</sup> In tale ambito si vedano, ad esempio, Cass., 22 luglio 2002, n. 10701, e Cass., 23 luglio 2002, n. 10761, da un lato, e Cass., 15 novembre 2002, n. 16155, e Cass., 14 dicembre 2002, n. 17919, dall’altro, che attribuiscono un significato diverso al concetto di articolazione autonoma coincidente con un ramo d’azienda (identificabile anche con la sola forza lavoro per le prime e con strutture organizzative materiali per le seconde). Si rinvia, sul punto all’analisi di Romei, *Azienda, impresa, trasferimento*, in *DLRI*, 2003, 56 ss.

mente preponderante o dove l'organizzazione produttiva era fondata essenzialmente su beni immateriali ed a condizione che essi rispondessero ad esigenze di specializzazione delle imprese o avessero un elevato valore tecnologico, escludendo quelli privi di queste caratteristiche e che non fossero espressamente già riconosciuti dalla legge n. 1369/1960<sup>15</sup>. Inoltre si sarebbe dovuta introdurre la parità di trattamento economico e normativo per evitare che le esigenze indicate costituissero il pretesto per ottenere prestazioni lavorative a costi più bassi. D'altra parte, l'articolo 3 della legge n. 1369/1960, nel consentire gli appalti interni (e cioè quelli che, indipendentemente dal luogo in cui sono svolti, sono relativi ad attività funzionalmente collegate al ciclo produttivo del committente), se da un lato già favoriva forme di decentramento che potevano essere motivate anche da esigenze di specializzazione produttiva, con la parità di trattamento voleva proprio evitare rischi di una "concorrenza di costi al ribasso", per scoraggiare le imprese dall'utilizzare gli appalti per sostituire i propri lavoratori con altri più convenienti dal punto di vista economico. Questa esigenza antielusiva è certamente ancora attuale<sup>16</sup>. In questo contesto, una acuta dottrina, certamente non pregiudizialmente sfavorevole alle forme di segmentazione del processo produttivo realizzate tramite appalti o altre tipologie contrattuali, ha sottolineato come, per le forme di decentramento finalizzate al mero risparmio dei costi, si ponga "l'esigenza [...] di impedire l'elusione della disciplina protettiva o la vanificazione dell'azione sindacale"<sup>17</sup>. E nella prospettiva di riforma della legge n. 1369/1960, questo autore ha sostenuto che la parità di trattamento economico e normativo tra dipendenti diretti e quelli esterni forniti con l'appalto, "dovrebbe essere estesa a tutti i casi in cui l'appaltatore operi in posizione di dipendenza economica del committente [...]"<sup>18</sup>.

Inoltre, se si voleva riformare la nozione di trasferimento di ramo d'azienda, anche in questo caso occorreva evitare che l'allargamento della definizione prevista nell'articolo 2112 c.c. potesse favorire processi di *dumping*. Ad esempio la cessione dei dipendenti addetti a determinate funzioni aziendali ad un imprenditore che poi li avrebbe appaltati all'originario datore di lavoro doveva essere ammessa soltanto a condizione di garantire la parità di trattamento economico e normativo, per evitare, anche in questo caso, che l'utilizzazione degli stessi lavoratori avvenisse a costi inferiori e senza i vincoli normativi connessi al rapporto di lavoro. A parte, infatti, la necessità di evitare l'incen-

---

<sup>15</sup> Non si vede, infatti, perché dovrebbero essere consentiti appalti (come ad esempio quelli relativi allo smistamento della posta interna, oggi molto diffusi nella realtà imprenditoriale) che riguardano attività di tale semplicità da non richiedere alcun "valore aggiunto" di professionalità dell'appaltatore e che hanno effetti meramente sostitutivi di occupazione diretta.

<sup>16</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 12; Id., *La fornitura di lavoro altrui*, in Schlesinger (a cura di), *Il codice civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000, 586 ss.; *contra* De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 17.

<sup>17</sup> Ichino, *Il contratto di lavoro*, in Cicu, Messineo (già diretto da), Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, cit., 382.

<sup>18</sup> Ichino, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, cit., 394.

tivazione di fenomeni elusivi, la delega delle funzioni produttive e gestionali ad altro imprenditore, che costituisce il valore aggiunto che giustifica l'operazione economica nella logica imprenditoriale, non poteva tradursi in un radicale abbassamento dei livelli di tutela dei lavoratori interessati (a meno di non ritenere che solo le esigenze economiche delle imprese devono essere soddisfatte a prescindere dagli effetti che esse determinano sui rapporti di lavoro). La strada seguita dal decreto legislativo n. 276/2003 è completamente diversa. La somministrazione a tempo indeterminato (*staff leasing*) è stata consentita in una serie assai ampia di casi che, oltre a includere ipotesi capaci di assorbire per intero il complesso dell'attività di alcune aziende (*call center*, biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini)<sup>19</sup>, si estende a quasi tutte le forme di servizi a favore dell'impresa (di carattere manuale, intellettuale, a basso ed alto contenuto tecnologico) senza alcun criterio selettivo (fondato, ad esempio, su esigenze di specializzazione produttiva)<sup>20</sup>. Se a questo si aggiunge che, secondo alcune interpretazioni<sup>21</sup>, la somministrazione a tempo determinato non richiederà la soddisfazione di esigenze temporanee, ma soltanto la presenza di necessità obiettive delle imprese (a cui spetterà fissare discrezionalmente il termine finale di scadenza), le ipotesi di fornitura di mano d'opera sono pressoché illimitate. Inoltre non va dimenticato che, in concorrenza con la somministrazione<sup>22</sup>, è stata introdotta una nozione di appalto di servizi che, quando l'opera o servizio lo richieda, può coincidere con la mera organizzazione e direzione del lavoro. In questo caso, che come ben si vede può riferirsi a tutte le forniture di mano d'opera nella quale la prestazione di lavoro assume carattere fondamentale, non vi è neppure la parità di trattamento economico e normativo (prevista invece per la somministrazione), favorendo quindi operazioni di esternalizzazione di servizi finalizzati al risparmio dei costi<sup>23</sup>. La riforma della nozione di trasferimento di ramo d'azienda è certamente diretta ad agevolare la cessione di mere funzioni interne dell'impresa anche se non coincidenti con una vera e propria frazione della struttura produttiva composta da uomini e macchinari<sup>24</sup>. Questa innovazione e l'espressa possibilità, per il cessionario, di appaltare gli stessi lavoratori addetti al ramo trasferito senza parità di trattamento economico e normativo (articolo 32, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003) incentiverà operazioni di decentramento finalizzate, anche in questo caso, ad ottenere (con i medesimi lavoratori) la stessa

<sup>19</sup> Chieco, *op. cit.*, 98.

<sup>20</sup> Chieco, *op. cit.*, 105.

<sup>21</sup> Ma v. *infra* per una diversa opinione.

<sup>22</sup> Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 12; Chieco, *op. cit.*, 98; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 35.

<sup>23</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 35; Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 12; Chieco, *op. cit.*, 92.

<sup>24</sup> Romei, *Azienda, impresa, trasferimento*, cit., 64; Speziale, *L'intermediazione nell'uso della forza lavoro*, cit., 65 ss.; Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., tomo II, 264 ss.

qualità delle prestazioni a costi inferiori e senza i vincoli giuridici connessi al rapporto di lavoro.

Gli esempi potrebbero continuare, anche in considerazione dell'abrogazione delle disposizioni che regolavano gli appalti leciti nella legge n. 1369/1960 e l'eliminazione del principio della parità di trattamento tra dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore. La combinazione tra somministrazione di mano d'opera, appalto di servizi e trasferimento di ramo d'azienda consentirà veri e propri processi di destrutturazione dell'impresa, che si potranno tradurre nell'abbassamento dei livelli di tutela normativa (con particolare riferimento alla elusione completa della disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi) e nella riduzione dei trattamenti retributivi e che garantiranno alle imprese risparmi economici ed una flessibilità molto accentuata del fattore lavoro<sup>25</sup>. A parte il drastico ridimensionamento delle tutele giuridiche, la riforma non produrrà neppure sensibili incrementi nell'occupazione in tutti quei casi in cui gli istituti descritti verranno utilizzati per sostituire propri lavoratori con altri gestiti dal somministratore o dall'appaltatore (e che potrebbero essere gli stessi in precedenza utilizzati!). La finalità delle innovazioni descritte sembra essere quella di consentire alle imprese di ridurre gli oneri economici indiretti (le tutele normative) e diretti (i trattamenti retributivi e previdenziali). Il legislatore, dunque, punta a consolidare una nozione di competitività puramente di costo, che potrebbe finire per disincentivare la riqualificazione manageriale e tecnologica dell'apparato industriale italiano<sup>26</sup>. Le novità provenienti dal mondo della produzione sono state affrontate con nuove forme di regolazione che "sono state valutate criticamente da chi sottolinea il pericolo di una generale precarizzazione dei rapporti di lavoro — con le conseguenze economiche e sociali che essa comporta e dall'altro il rischio che questo tipo di soluzione non favorisca lo sviluppo qualitativo del sistema delle imprese"<sup>27</sup>, ma solo la riduzione dei costi d'impresa<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Per le diverse operazioni di esternalizzazione connesse alla combinazione dei nuovi istituti ed ai vari processi di destrutturazione dell'impresa a costi inferiori mi permetto di rinviare a Speciale, *L'intermediazione nell'uso della forza lavoro*, cit., 11 ss.

<sup>26</sup> Costabile, *Aspetti economici del Libro Bianco del Ministero del Lavoro*, in *Studi economici*, 2002, n. 77, 107 ss. (qui 1 ss. dattiloscritto), 11.

<sup>27</sup> Ghera, *Diritto del lavoro, Appendice di aggiornamento al 31 dicembre 2004*, Cacucci, Bari, 2004, 31.

<sup>28</sup> In questo contesto suona paradossale l'affermazione secondo cui la somministrazione "rappresenta non solo un'opportunità per le imprese rispetto alle logiche di esternalizzazione, ma anche un significativo innalzamento delle tutele dei lavoratori che [...] svolgono queste attività attraverso semplici appalti di servizi privi di significativa regolazione", cfr. M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi. Commento allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *GLav*, 2003, n. 4, suppl., 68. Infatti, in base alla l. n. 1369/1960 gli appalti di sola mano d'opera oggi realizzabili con la somministrazione erano vietati ed avrebbero consentito ai lavoratori interessati di rivendicare la trasformazione del rapporto in un contratto alle dipendenze dello pseudo appaltante. Se poi si intende affermare che gli appalti descritti erano, nonostante i divieti, molto diffusi, questo non esclude che il precedente regime garantiva una tutela forte ai lavoratori interessati e che la soluzione del problema non può essere certamente trovata nel legalizzare gli

3. Il decreto delegato ha riformato completamente la disciplina della fornitura di mano d'opera. L'operazione è stata realizzata, in primo luogo, con l'abrogazione degli articoli da 1 a 11 della legge n. 196/1997 sul lavoro temporaneo e della legge n. 1369/1960 e nella introduzione di un nuovo istituto, la somministrazione di lavoro. La riforma si è avvalsa dell'ormai normale sistema della delega legislativa<sup>29</sup> che pone il consueto problema del rispetto, da parte del governo, dell'articolo 76 della Costituzione<sup>30</sup>. Per verificare l'eventuale profilo di incostituzionalità, ovviamente, occorre far riferimento, più che al dibattito dottrinario<sup>31</sup>, agli orientamenti della Corte costituzionale, che è l'organo a cui verrebbe demandato il giudizio di legittimità.

Da tale punto di vista si è sottolineato come la giurisprudenza della Corte utilizzi parametri assai poco rigidi, che consentono di salvaguardare quasi sempre l'esercizio del potere normativo delegato. In tale ambito, ad esempio, si è utilizzato il concetto di "ampia delega" che non richiede una puntuale e dettagliata indicazione dei principi e criteri direttivi<sup>32</sup> e si è arrivati ad affermare che "la determinazione dei 'principi e criteri direttivi' può avvenire anche *per relationem*, con riferimento cioè ad altri atti normativi"<sup>33</sup>. In molti casi il legislatore ordinario ha utilizzato "sia deleghe plurime, sia deleghe riferite ad oggetti di notevole ampiezza e complessità, sia deleghe con indicazioni molto generiche di principi e criteri direttivi spesso ricavabili da altri atti normativi (contratti collettivi, direttive comunitarie, legislazione oggetto di coordinamento)"<sup>34</sup>, sino ad arrivare ad ipotesi in cui si è tralasciata "persino

---

illeciti, ma avrebbe richiesto una regolamentazione diversa del fenomeno (secondo le linee guida indicate nel testo).

<sup>29</sup> Scagliarini, *Riforma Biagi e delegazione legislativa: considerazioni di ordine costituzionale*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 82 ss.

<sup>30</sup> L'eccesso di delega, infatti, è un vizio che si manifesta nell'inosservanza dei principi o criteri direttivi, nella carenza di delega o nella disciplina di materie non comprese nell'oggetto definito dalla legge che autorizza il potere normativo. Cfr., tra gli altri, Paladin, *La formazione delle leggi*, in Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, vol. II, 10 ss.; Cerri, *Delega legislativa*, in *EGT*, Ist. della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, vol. X, 7 ss.; Sorrentino, Caporali, *Legge (atti con forza di)*, in *DDP*, 1994, vol. IX, 111 ss.; De Fiores, *Trasformazione della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padova, 2001, 77 ss.; Celotto, Frontoni, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc dir, Aggiornamento*, 2002, vol. VI, 703.

<sup>31</sup> Oltre agli autori già citati nella nota 30, cfr. Cervati, *La delega legislativa*, Giuffrè, Milano, 1972; Id., *La legge delega e delegata*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, vol. XXIII, 939 ss.; Pizzorusso, *Fonti del diritto*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1977, 248 ss.; Cerulli Irelli, *Legislazione delegata e delegificazione*, in *Annuario 2000*, Cedam, Padova, 2001, 149 ss.; Caretti, Morini, *Parlamento e legislazione delegata. Il caso della Commissione bicamerale per l'attuazione della legge n. 59*, in *Annuario 2000*, Cedam, Padova, 2001, 175 ss.

<sup>32</sup> Paladin, *op. cit.*, 17 ss.; Cerri, *op. cit.*, 10 ss.; Sorrentino, Caporali, *op. cit.*, 108 ss.; De Fiores, *op. cit.*, 68 ss.; Celotto, Frontoni, *op. cit.*, 703; Scagliarini, *op. cit.*, 85.

<sup>33</sup> Corte cost., 13 maggio 1987, n. 156, in *FI*, 1989, I, c. 303; Corte cost., 3 marzo 1989, n. 87, in *FI*, 1990, I, c. 61 e le altre sentenze citate da De Fiores, *op. cit.*, 68 ss., e da Celotto, Frontoni, *op. cit.*, 704.

<sup>34</sup> Sorrentino, Caporali, *op. cit.*, 108; Paladin, *op. cit.*, 12 ss.

qualsiasi indicazione di principi o criteri”<sup>35</sup>, ed in tutte queste situazioni la Corte ha ritenuto legittimo l’esercizio del potere normativo da parte del governo. In tempi recenti la Corte ha affermato che la delega può essere esercitata anche sulla base di mere “previsioni orientatrici, poste in generale”<sup>36</sup> e che l’esecutivo può ricavare le “norme che determinano l’oggetto, i principi e criteri direttivi indicati nella delega” anche sulla base del “complessivo contesto normativo in cui si collocano e si individuano le ragioni e le finalità poste a fondamento della legge di delegazione”<sup>37</sup>.

A fronte di orientamenti così “permissivi” (che di fatto sembrano escludere la possibile violazione dell’articolo 76 della Costituzione) se ne affiancano altri che attribuiscono, ai fini del giudizio di costituzionalità, un certo rilievo all’oggetto della delega<sup>38</sup>, o alle materie ed ambiti da essa definiti<sup>39</sup> o che qualificano ancora come limite per il legislatore delegato l’esistenza di principi e criteri direttivi assai dettagliati<sup>40</sup>.

Nell’ambito del decreto legislativo n. 276/2003, si è detto che l’eliminazione delle norme sul lavoro temporaneo non sarebbe stata autorizzata dalla legge delega<sup>41</sup>, anche se in essa vi è una disposizione che consente l’abrogazione espressa di tutte le norme direttamente o indirettamente incompatibili<sup>42</sup> e che quindi legittimerebbe l’operazione compiuta<sup>43</sup>. Si è replicato, peraltro, che, mentre alcune delle norme abrogate sono effettivamente incompatibili con la somministrazione (ad es. quelle sul contratto di fornitura o sul lavoro temporaneo), altre non hanno tali caratteristiche e, pertanto, vi sarebbe la violazione dell’articolo 76 della Costituzione<sup>44</sup>.

A me sembra, peraltro che, a parte la valutazione sulle singole norme in contrasto tra loro<sup>45</sup>, il problema possa essere risolto in altro modo. Non vi è

<sup>35</sup> Paladin, *op. cit.*, 18; De Fiore, *op. cit.*, 68 ss.

<sup>36</sup> Corte cost., n. 354/1998.

<sup>37</sup> Corte cost., n. 503/2000, Corte cost., n. 276/2000; Corte cost., n. 199/2003 e le altre sentenze citate da Celotto, Frontoni, *op. cit.*, 704.

<sup>38</sup> Si vedano, ad esempio, la sentenza n. 292/2000 in materia di giurisdizione amministrativa o la n. 212/2003 e le altre decisioni citate da Celotto, Frontoni, *op. cit.*, 705.

<sup>39</sup> Corte cost., n. 125/2003; Celotto, Frontoni, *op. cit.*, 706.

<sup>40</sup> “La delega legislativa non fa venir meno ogni discrezionalità del legislatore delegato, che risulta più o meno ampia a seconda del grado di specificità dei principi e criteri fissati nella legge delega”: Corte cost., ord. n. 490/2000; Corte cost., n. 199/2003; Corte cost., n. 224/1990; Corte cost., n. 239/2003.

<sup>41</sup> M.G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 359 ss.

<sup>42</sup> Art. 1, comma 2, lett. o) della legge n. 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”.

<sup>43</sup> M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 69; Del Punta, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di mano d’opera, comando*, cit., 65.

<sup>44</sup> Chieco, *op. cit.*, 93 ss., a cui si rinvia per l’indicazione delle disposizioni.

<sup>45</sup> Alcuni tra gli esempi fatti da Chieco, *op. cit.*, 93-94, non sono pertinenti. Ad esempio, egli include tra le norme non incompatibili (che configurerebbero l’eccesso di delega) l’art. 4, comma 2, della l. n. 196/1997, relativo alla parità di trattamento tra dipendenti dell’agenzia e dell’utilizzatore. A me sembra che tale disposizione si ponga invece in contrasto con l’art. 21, comma 1, del

dubbio, infatti che l'abrogazione espressa sia legittimata dal fatto che la somministrazione costituisce una nuova disciplina dell'intera materia del lavoro temporaneo (perché la sostituisce integralmente)<sup>46</sup>. Il riferimento, contenuto nell'articolo 1, comma 2, lett. o) alla sola incompatibilità non esclude, infatti, che la disposizione possa essere letta come un rinvio a tutte le tecniche abrogative previste dall'articolo 15 delle disposizioni preliminari del codice civile e che sia quindi possibile procedere alla abrogazione espressa di quelle disposizioni che si pongono in contrasto con un "nuovo sistema normativo completo"<sup>47</sup> introdotto in sostituzione del precedente. Tra l'altro una simile interpretazione trova conforto anche nella formulazione letterale dell'articolo 1 della legge delega, dove, con le norme "direttamente incompatibili" si fa riferimento all'abrogazione per incompatibilità, mentre l'espressione "normative [...] indirettamente incompatibili" implica il richiamo anche dell'altra tecnica abrogativa (quella per regolamentazione dell'intera materia)<sup>48</sup>. In questo caso, tra l'altro, l'interpretazione estensiva della disposizione della legge delega trova fondamento nella "elasticità" dei criteri enucleati dalla giurisprudenza costituzionale (se è legittimo desumere i principi e i criteri direttivi *per relationem* da altri atti normativi, a maggior ragione una disposizione che si occupa di abrogazione può essere integrata con i principi dettati dall'articolo 15 delle preleggi).

La somministrazione di lavoro è un nuovo contratto commerciale<sup>49</sup> espressamente tipizzato dal legislatore, che lo ha regolato con una dettagliata disciplina.

---

d.lgs. n. 276/2003, che, salvo alcune piccole differenze, ha analogo contenuto ed è chiaramente inconciliabile con la prima. In questo caso, dunque, si applica il principio secondo il quale "l'incompatibilità deve pervenire ad un grado di contraddizione logica, formale, assoluta, per cui dall'applicazione e dalla osservanza della nuova legge deriva necessariamente la disapplicazione o l'inosservanza dell'altra". Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1999, vol. 1, 463. Cass., 18 agosto 1966, n. 2246; Cass., 7 marzo 1979, n. 1423; Cass., 10 agosto 1998, n. 7840; Cass., 21 febbraio 2001, n. 2502.

<sup>46</sup> "Il presupposto è la posizione *ex novo* di un sistema normativo, come nel caso di un nuovo codice: una modificazione aggiuntiva non è abrogazione". Giuliani, *op. cit.*, 463; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in Cicu, Messineo (già diretto da), Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1998, 191; Cass., 21 febbraio 2001, n. 2502 e molte altre.

<sup>47</sup> Virga, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1979, 320.

<sup>48</sup> Infatti, l'abrogazione per regolamentazione dell'intera materia non presuppone la sostituzione di tutte le norme previgenti, (cfr. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano*, Cedam, Padova, 1993, tomo 1, vol. II, 215 ss.; Virga, *op. cit.*; 320; Guastini, *op. cit.*, 191) e il sopravvenire di una nuova disciplina integrale può determinare l'effetto di rendere le nuove disposizioni se non direttamente almeno "indirettamente incompatibili" con le precedenti (perché possono formalmente coesistere, ma la loro contemporanea vigenza è esclusa dalla volontà del legislatore successivo di sostituire tutta la precedente normativa).

<sup>49</sup> Con tale espressione si fa riferimento ai contratti che attengono alla circolazione dei beni o alla produzione e fornitura di beni e servizi, cfr. Cottino, *Premessa*, in Cottino (a cura di), *Contratti commerciali*, in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1991, XXXIX. Ma la somministrazione potrebbe, come l'appalto, essere qualificato anche come contratto di impresa, cfr. Stolfi, *Appalto* (voce), in *Enc dir*, Giuffrè, Milano, 1958, vol. II, 630.

Ci si è chiesti se esso sia riconducibile all'appalto di servizi o alla somministrazione<sup>50</sup> e la questione non ha un rilievo soltanto teorico. Infatti, la scelta del modello generale di riferimento serve ad individuare gli istituti non espressamente regolati che devono essere applicati. Ad esempio: in mancanza di norme espresse, il recesso dal contratto dovrà essere soggetto alla disciplina dell'appalto, a quella della somministrazione o alle norme generali sui contratti?

Il problema è assai complesso ed in questa sede è possibile soltanto una prima riflessione che non pretende di fornire una soluzione definitiva. Va in primo luogo rilevato che l'applicazione delle discipline dell'appalto o della somministrazione presuppone che il nuovo istituto sia qualificabile come sottotipo rispettivamente dei contratti previsti dagli articoli 1655 e 1559 c.c. In questo ambito è necessario fare riferimento alle interpretazioni dominanti, che possono essere raggruppate in due orientamenti principali. Il primo è quello che per la distinzione di un tipo negoziale da un altro o per la individuazione di un eventuale sottotipo fa riferimento alla causa del contratto<sup>51</sup>. Il secondo, al contrario, ritiene debbano essere presi in considerazione una molteplicità di dati, variabili da caso a caso, ed attinenti al contenuto del contratto, alla qualità delle parti, alla natura del bene oggetto del negozio, al fattore tempo, al modo di perfezionarsi del contratto, con un giudizio elastico, che va riferito non ai singoli dati ma all'insieme di essi<sup>52</sup>.

Va detto che, applicando entrambe le teorie descritte, la somministrazione di lavoro non può certamente essere qualificata come sottotipo dell'appalto di servizi (articoli 1655 e 1677 c.c.). Infatti, per costante interpretazione dottrina, l'appalto è contrassegnato dalla rilevanza dell'organizzazione dei mezzi e dell'attività<sup>53</sup>, che assume rilievo anche in quei casi in cui la prestazione di

---

<sup>50</sup> Chieco, *op. cit.*, 95 ss.; Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 1; Zappalà, *op. cit.*, 4 ss.

<sup>51</sup> Cataudella, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *DL*, 1983, I, 80 ss.; Id., *Apporti del diritto del lavoro a talune categorie civilistiche*, in Id., *Scritti sui contratti*, Cedam, Padova, 1998, 260; Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Roma, 1951, 232; Mengoni, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *RIDL*, 1986, I, 10; Gabrielli, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *RDC*, 1997, 714, Id., *Il contratto e le sue classificazioni*, in Rescigno (diretto da), *Trattato dei contratti*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, 1999, tomo 1, 41 ss., a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>52</sup> De Nova, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, 70 ss., 84 ss., 111 ss.; Sacco, *Il contratto*, in Sacco (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1993, tomo I, II, 439 ss. Va ricordato, peraltro, che nel testo sono state citate le due teorie principali in materia a cui se ne affiancano altre che costituiscono varianti di quelle indicate o hanno contenuto diverso. Mi permetto, per una descrizione più dettagliata, di rinviare a Speciale, *La struttura del lavoro temporaneo*, in *DLRI*, 1998, 312 ss., e soprattutto a Nogler, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *RIDL*, 1990, I, 182 ss., e Id., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *DLRI*, 1991, 107 ss. Le interpretazioni descritte, peraltro, sono assolutamente dominanti ed è ad esse, quindi, che si fa riferimento.

<sup>53</sup> Rubino, Iudica, *Appalto*, in Galgano (a cura di), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1992, 14 ss.; Stolfi, *op. cit.*, 630; Cagnasso, *Il contratto di appalto*, in Cottino, *Contratti commerciali*, cit., 664 ss. a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

servizio non richiede una forte componente di strutture materiali<sup>54</sup>. Tra l'altro, la recente definizione di appalto di servizi definita nell'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003 sottolinea appunto come l'organizzazione (che può coincidere con il solo esercizio del potere organizzativo e direttivo) sia elemento ineludibile della fattispecie prevista dall'articolo 1655 c.c. quando questa si concreti in un'attività dove il fattore lavoro assume valore preponderante (non a caso espressamente richiamato nell'articolo 29).

Nella somministrazione di lavoro, l'organizzazione ha rilievo soltanto nella fase preparatoria della prestazione (selezione ed avviamento del lavoratore; eventuale formazione)<sup>55</sup>, mentre durante il servizio (qui coincidente con l'esecuzione del lavoro) la prestazione viene "organizzata" dall'utilizzatore tramite l'esercizio del potere direttivo e di controllo e viene inserita nel suo contesto organizzativo e non in quello del somministratore. Si tratta di un elemento così caratterizzante della nuova fattispecie da impedire l'assimilazione con l'appalto di servizi (sia che, per l'individuazione del tipo, si faccia riferimento alla causa del contratto o alla teoria che afferma la necessità di tenere conto di una pluralità di dati variabili)<sup>56</sup>.

Per quanto attiene alla somministrazione prevista dal codice civile, si può obiettare che essa è riferita alle cose e non a prestazioni di lavoro<sup>57</sup>. Inoltre, secondo la dottrina prevalente, le prestazioni di servizi continuative o periodiche rientrano *sempre* nella nozione di appalto di servizi<sup>58</sup>. Non va dimenticato

<sup>54</sup> Rubino, Iudica, *op. cit.*, 33 ss.; Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., 451, a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche della dottrina civilistica.

<sup>55</sup> In relazione al contratto di fornitura di lavoro temporaneo, non molto diverso da questo punto di vista dalla somministrazione, tali aspetti preparatori erano stati sottolineati da Nicolai, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, 56 e Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., 478.

<sup>56</sup> Non vi è dubbio che, nell'appalto, l'organizzazione attiene al profilo causale (si veda, per tutti, Rubino, Iudica, *op. cit.*, 14). D'altra parte, anche in relazione alla teoria tipologica di De Nova, mi sembra che il diverso rilievo dell'elemento organizzativo e della direzione del lavoro determini una situazione di radicale differenza, che impedisce la qualificazione della somministrazione come sottotipo. E questo risulta ancora più evidente se si valutano altri elementi. Ad esempio il fatto che la prestazione è eseguita al di fuori dell'organizzazione del somministratore, il particolare regime autorizzatorio a cui sono soggette le agenzie di somministrazione, la totale mancanza di un potere di direzione del lavoro in capo al somministrante ecc. Si tratta di caratteri che, valutati nel loro complesso, delineano una struttura contrattuale radicalmente diversa dall'appalto.

<sup>57</sup> Sul contratto previsto dall'articolo 1559 c.c. v. Mirabelli, *Somministrazione* (voce), in *EGT*, Ist. della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, vol. XXIX, 1 ss.; Luminoso, *I contratti tipici ed atipici*, in Iudica, Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1995, 229 ss.; Boero, *La somministrazione*, in Cottino, *Contratti commerciali*, cit., 237 ss.; Corrado, *La somministrazione*, in Vassalli (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1963, tomo 2, vol. VII; Cagnasso, *La somministrazione*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1984, vol. 11, 399 ss.; Id., *La somministrazione*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 2000, vol. 11, 819 ss.; Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in Scialoja, Branca (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1970; Giannattasio, *L'appalto*, in Cicu, Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1977, 32 ss.

<sup>58</sup> Rubino, Iudica, *op. cit.*, 52; Giannattasio, *op. cit.*, 32 ss.; Moscarini, *L'appalto*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1984, vol. 11, cit., 7707 ss.; Mangini, Iacuanillo Bruggi, *Il*

che il servizio oggetto dell'appalto può consistere anche nella attività lavorativa<sup>59</sup>, e può quindi rientrare nell'ambito dell'articolo 1677 c.c. Ne consegue che, in coerenza con le riflessioni prima svolte, il nuovo contratto non può essere considerato un sottotipo di quello previsto dall'articolo 1559 c.c.

Va detto tuttavia che si è recentemente prospettata la configurazione della somministrazione di servizi come sottotipo del contratto previsto dall'articolo 1559 c.c.<sup>60</sup>. Pertanto si potrebbe ritenere che la somministrazione di lavoro è un'ulteriore specificazione della somministrazione di servizi in genere e che, pertanto, nella parte non espressamente disciplinata, si applicano le regole del codice civile (comprese quelle in tema di esclusiva e di recesso)<sup>61</sup>. Tuttavia, anche se la somministrazione di servizi si identifica nell'obbligo di realizzare una certa attività finalizzata a soddisfare le esigenze del committente, non vi è dubbio, peraltro, che tale attività è organizzata dal somministratore. È questo il caso, ad esempio, dei contratti con i quali si forniscono servizi sanitari o per l'estetica, dove, proprio per la natura della prestazione resa (terapie di vario genere, interventi sulla persona del cliente) essa è necessariamente organizzata (nei tempi, nei modi, nei risultati) da chi eroga l'attività. È evidente, allora, che, le peculiarità della somministrazione di lavoro (dove è il committente che organizza il lavoro e lo utilizza nella propria struttura produttiva) e gli altri elementi caratterizzanti della fattispecie già analizzati sono tali da impedire l'assimilazione al tipo della somministrazione di servizi<sup>62</sup>.

Si può concludere, pertanto, che l'istituto configura un nuovo tipo legale di contratto nominato<sup>63</sup>. Pertanto la disciplina giuridica del contratto di somministrazione di lavoro dovrà essere trovata nelle disposizioni dettate dagli articoli 20 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003 e, per la parte non regolata,

---

*contratto di appalto*, in Bigiavi (fondata da), *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, Utet, Torino, 1997, 61, a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>59</sup> Si pensi ai contratti per la spalatura della neve, per la manutenzione degli impianti, per la discarica di merci (dove l'attività lavorativa è esclusiva o prevalente), cfr. Ichino, *Il contratto di lavoro*, cit., 451, nota 149, o a quelli per i servizi alla persona, per il tempo libero, per il recapito espresso, per l'informazione ed investigazione ecc., cfr. Bocchini, *Somministrazione di servizi*, (voce), in *Enc dir, Aggiornamento*, Giuffrè, Milano, 2000, vol. IV, 1106 ss. Non si comprende, dunque, come si possa asserire che l'appalto di mere prestazioni di lavoro non possa essere ricondotto all'appalto di servizi di cui all'art. 1677 c.c. in quanto questa norma comprenderebbe i contratti che hanno ad oggetto "una attività concretantesi in un servizio", cfr. Zappalà, *op. cit.*, 5. Gli esempi sopra indicati dimostrano l'esatto contrario (anche perché il lavoro è un'attività che può realizzare un servizio).

<sup>60</sup> Bocchini, *La somministrazione di servizi*, Cedam, Padova, 1999; Id., *Somministrazione di servizi*, cit., 1105 ss.

<sup>61</sup> Chieco, *op. cit.*, 96.

<sup>62</sup> Si pensi, tra gli elementi caratterizzanti, alla parità di trattamento tra lavoratore somministrato e dipendenti dell'utilizzatore, all'esercizio del potere disciplinare su indicazione del committente, al regime sanzionatorio ecc.: si tratta di caratteristiche completamente dissonanti con l'appalto di servizi.

<sup>63</sup> Cfr. Zappalà, *op. cit.*, 7. Viene qui accolta la tesi secondo cui i contratti espressamente previsti dal legislatore sono "tipi legali", come nel caso dell'art. 2094 c.c. Per ulteriori approfondimenti sul punto mi permetto di rinviare a Speziale, *La struttura del lavoro temporaneo*, cit., 308, nota 57, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

dalla disciplina generale dei contratti e di quelli di durata in particolare (e non nelle norme relative all'appalto o alla somministrazione previste dal codice civile).

4. Come è noto, i contratti di durata sono quelli destinati al soddisfacimento di un bisogno, e cioè di un interesse, durevole nel tempo, che connota la stessa causa del contratto e ne condiziona l'adempimento. La protrazione nel tempo della prestazione è quindi elemento strutturale del contratto per la soddisfazione dell'interesse creditorio<sup>64</sup>. La somministrazione di lavoro rientra nella tipologia contrattuale descritta. In primo luogo l'istituto ha la finalità di fornire all'utilizzatore un soggetto che operi nella sostanza come lavoratore subordinato senza esserlo formalmente e che viene assunto con un contratto di lavoro la cui esecuzione è, al contempo, adempimento della prestazione lavorativa e di quella di somministrazione. Se il lavoro subordinato è un contratto di durata non può non esserlo uno commerciale che ha oggetto e modalità esecutive molto simili. La previsione di una duplice tipologia (a tempo indeterminato e determinato) ne conferma la natura (perché esprime la struttura del contratto, destinato a protrarsi nel tempo). La possibilità per l'utilizzatore di dirigere e controllare la prestazione di lavoro somministrata (che si inserisce nel proprio contesto produttivo) "per tutta la durata della somministrazione" (articolo 20, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003) rivela anche in questo caso l'importanza della continuità del tempo dell'adempimento per soddisfare l'interesse del beneficiario del lavoro (in esatta analogia con il potere direttivo dell'articolo 2104 c.c.). Il riferimento continuo a prestazioni che non si esauriscono istantaneamente (nel contratto devono essere indicati "la data di inizio e la durata prevista [...], l'orario")<sup>65</sup> è un altro elemento sintomatico, insieme anche alle ipotesi nelle quali è possibile stipulare la somministrazione a tempo indeterminato (molte delle quali sono legate a prestazioni di durata)<sup>66</sup>. La qualificazione nell'ambito dei contratti di durata comporta alcune conseguenze. La somministrazione prevista dal decreto legislativo n. 276/2003 potrà sostanziarsi in una prestazione continuativa (senza alcuna interruzione) o periodica (con reiterazione del lavoro in periodi predeterminati), perché si tratta di una caratteristica propria di tutti i contratti che sono funzionalmente destinati a protrarsi nel tempo<sup>67</sup>. Le tipologie indicate potranno anche coincidere con i due modelli di somministrazione disciplinati dall'articolo 20 del decreto legislativo n. 276, nel senso che la somministrazione a tempo indeter-

<sup>64</sup> Oppo, *I contratti di durata*, in *RDComm*, 1943, I, 143 ss., 227 ss., Id., *I contratti di durata*, in *RDComm*, 1944, 17 ss.; Devoto, *Appunti per una definizione delle obbligazioni ad esecuzione continuata*, in *RDComm*, 1942, I, 295 ss.

<sup>65</sup> Art. 21, comma 1, lett. e) e g) del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>66</sup> Si pensi alla gestione di biblioteche, parchi musei, alla gestione di *call center*, alle attività di *marketing*, di organizzazione della funzione commerciale ecc. (si tratta di attività che strutturalmente sono destinate a protrarsi nel tempo).

<sup>67</sup> Boero, *op. cit.*, 268; Corrado, *op. cit.*, 135 ss., per la somministrazione; Oppo, *I contratti di durata*, cit., 1943, 228 ss., per i contratti di durata.

minato potrebbe essere continuativa e quella periodica a termine. Tuttavia la coincidenza potrebbe anche non esserci. Infatti, anche nell'ambito di una somministrazione a tempo indeterminato è concepibile che il lavoro venga fornito senza soluzione di continuità o in periodi specifici, perché l'assenza di una scadenza finale è relativa al contratto e non alle modalità temporali delle prestazioni che ne realizzano il contenuto, che sono liberamente determinabili dalle parti<sup>68</sup>. La somministrazione di lavoro a termine può essere effettuata, come si vedrà<sup>69</sup> solo per esigenze temporanee. Ne consegue che essa potrà essere utilizzata soltanto per prestazioni periodiche di lavoro (che abbiano un inizio ed una fine) e non per quelle che richiedono l'esecuzione ininterrotta di attività lavorativa, perché in questo caso non sarà possibile parlare di temporaneità<sup>70</sup>.

Se è un contratto di durata, la somministrazione non potrà esaurirsi nella mera messa a disposizione del lavoratore (o di più di uno di essi, come risulta dall'articolo 20, comma 2)<sup>71</sup>, ma dovrà garantire la continuità dell'adempimento (che è l'unica idonea a soddisfare il bisogno durevole del creditore, che non sarebbe realizzato da una disponibilità che non si protraesse per tutto il tempo richiesto dal contratto). Inoltre l'agenzia dovrà assicurare la puntuale esecuzione della prestazione lavorativa. Una simile conclusione è ricavabile, innanzitutto, dalla stessa finalità giuridico-economica dell'istituto, che intende garantire all'utilizzatore la stessa prestazione che sarebbe fornita da un dipendente direttamente assunto senza che vi sia un formale vincolo di subordinazione. L'esattezza dell'adempimento che, in una relazione diretta, può essere richiesta al lavoratore, in questo caso è imposta sul somministratore, che è parte del contratto commerciale e che risponde dei comportamenti del somministrato. In sostanza vi è la traslazione in capo al fornitore degli obblighi che, nella subordinazione, gravano direttamente sul lavoratore. Inoltre il possibile esercizio del potere disciplinare da parte dell'agenzia, ma in base alle indicazioni fornite dall'utilizzatore (e per comportamenti connessi all'effettuazione del lavoro nella sua organizzazione), è parte integrante sia del contratto commerciale che di quello di lavoro<sup>72</sup> e dimostra come la prestazione debba rispondere sia sotto il profilo soggettivo (caratteristiche personali) ed oggettivo (contenuto della prestazione) agli standard qualitativi attesi da chi decide di farsi somministrare lavoro altrui. Non è pensabile, infatti, che si sanzioni disciplinarmente soltanto l'assenza del prestatore (e, quindi, il venir meno della continuità del lavoro) e non anche il modo ed i contenuti dell'attività svolta,

---

<sup>68</sup> In modo analogo, vi può essere una somministrazione di cose o di servizi a tempo indeterminato che abbia, come contenuto, prestazioni periodiche o continuative.

<sup>69</sup> V. *infra*, § 9.

<sup>70</sup> La situazione sarà completamente diversa se la somministrazione di lavoro a termine non richiede, come si è già sostenuto (v. *infra*, § 9), l'esistenza di un'esigenza temporanea. In questo caso, infatti, anche una necessità continuativa di lavoro potrà essere realizzata con una pluralità di somministrazioni a termine, la cui fissazione è rimessa alla scelta discrezionale dei contraenti.

<sup>71</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 25.

<sup>72</sup> V. *infra*, § 6.

coerentemente, d'altra parte, con quello che costituisce l'essenza del potere disciplinare nel lavoro subordinato<sup>73</sup>.

Il contratto commerciale è regolato dal decreto delegato, dalla disciplina generale dei contratti e "non è sovrastato dalla normativa imperativa e inderogabile del diritto del lavoro"<sup>74</sup>. Le parti, dunque, avranno una certa libertà nella regolazione del suo contenuto. Ad esempio potranno essere inserite delle clausole di "gradimento"<sup>75</sup>, con la previsione di un periodo di prova<sup>76</sup> (trascorso il quale non sarà possibile rifiutare la prestazione del dipendente a meno che non sussistano gli estremi per sanzioni disciplinari o per l'interruzione del rapporto), oppure all'utilizzatore potrà essere concessa la facoltà di esprimere in qualsiasi momento la sua insoddisfazione per l'attività lavorativa svolta. Le parti potranno pattuire la possibile sostituzione del dipendente "sgredito"<sup>77</sup> o anche impedito da eventi di ogni genere (ad esempio malattia, infortunio, ecc.)<sup>78</sup>, ferma restando, ovviamente, l'insensibilità di tali eventi sul rapporto di lavoro con il somministratore quando si applicano le tutele lavoristiche (come, appunto, in caso di malattia, gravidanza, ecc.) ed anche in relazione alla cessazione del rapporto<sup>79</sup>.

Per quanto attiene all'interruzione del contratto, se la somministrazione è a tempo indeterminato si applicheranno i principi propri dei contratti di durata, che consentono il recesso in ogni momento<sup>80</sup>, con obbligo del preavviso<sup>81</sup>. La possibilità di una giusta causa che esoneri il recedente dal preavviso è discussa in relazione alla somministrazione di cose<sup>82</sup>. Nel contratto a termine previsto dall'articolo 1559 c.c. si ammette la possibilità di introdurre, su accordo delle parti, il recesso *ad nutum*<sup>83</sup>, mentre "vivacemente controversa è la possibilità di riconoscere un recesso per giusta causa"<sup>84</sup>. I riferimenti al dibattito relativo alla somministrazione di cose non è stato effettuato per sostenere l'applicazione anche al nostro istituto dei principi indicati (già in precedenza esclusi),

<sup>73</sup> L'obbligo del somministratore di garantire l'esatta esecuzione della prestazione è confermato anche da M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 24 ss., e Chieco, *op. cit.*, 96, anche se con diverse argomentazioni.

<sup>74</sup> Del Punta, "La fornitura di lavoro temporaneo" nella l. n. 196/1997, in *RIDL*, 1998, I, 202 ss., in relazione al contratto di fornitura di lavoro temporaneo.

<sup>75</sup> Morone, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di mano d'opera*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit., 57.

<sup>76</sup> Morone, *op. cit.*, 58.

<sup>77</sup> Morone, *op. cit.*, 57.

<sup>78</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 25.

<sup>79</sup> V. *infra*, § 6.

<sup>80</sup> Oppo, *I contratti di durata*, cit., 1943, 240 ss.; Mirabelli, *op. cit.*, 3; Luminoso, *op. cit.*, 238; Cagnasso, *La somministrazione*, cit., 2000, 846; *contra*, Boero, *op. cit.*, 352.

<sup>81</sup> Mirabelli, *op. cit.*, 3; Luminoso, *op. cit.*, 238.

<sup>82</sup> Luminoso, *op. cit.*, 239. In senso positivo Cagnasso, *La somministrazione*, cit., 2000, 847; Corrado, *op. cit.*, 181 ss.; *contra*, Boero, *op. cit.*, 355.

<sup>83</sup> Cottino, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., 201; Luminoso, *op. cit.*, 239; Boero, *op. cit.*, 353.

<sup>84</sup> Luminoso, *op. cit.*, 239, con ulteriori indicazioni bibliografiche. In senso favorevole Cagnasso, *La somministrazione*, cit., 2000, 847; *contra* Boero, *op. cit.*, 355.

ma soltanto per dimostrare come in realtà le regole “lavoristiche” in tema di recesso non trovano puntuale applicazione negli altri contratti di durata e che, pertanto, la soluzione del problema dovrà essere effettuata con riferimento a principi generali di non sempre agevole applicazione.

Mi sembra peraltro indiscutibile che le parti, in assenza di norme inderogabili e di una disciplina specifica sul punto, avranno ampia possibilità di pattuire le condizioni e le modalità di interruzione del vincolo contrattuale (in relazione al preavviso, alla giusta causa che ne escluda la necessità, alla introduzione di una giusta causa nella somministrazione a termine con previsione, in caso di sua violazione, del risarcimento del danno, ecc.). I contraenti, ad esempio, potranno legare la sorte del contratto commerciale alle vicende del rapporto di lavoro, ad un andamento negativo della produttività dell’azienda utilizzatrice o a vicende che ne modifichino gli assetti interni (fusioni, incorporazioni, ecc.)<sup>85</sup>. Il contratto sarà anche soggetto ai normali rimedi relativi all’inadempimento, che, nei contratti di durata, deve essere considerato in modo particolare, in relazione non solo all’effetto lesivo della mancata od inesatta effettuazione di una singola prestazione (da valutare nell’ambito della diligenza richiesta al lavoratore)<sup>86</sup>, ma al riflesso che tale evento può determinare sulla fiducia nell’esattezza dei successivi adempimenti<sup>87</sup>. Anche la disciplina della impossibilità della prestazione di somministrazione di lavoro dovrà essere soggetta alle regole proprie di questo tipo di contratti. L’impossibilità, infatti, potrà essere temporanea in relazione a ciascuna frazione solutoria da realizzare nei tempi previsti, ma può essere considerata anche come definitiva (e parziale) per tutte le prestazioni non rese e non recuperabili, con necessario adattamento dei principi previsti dagli articoli 1256 e 1464 c.c. e dei riflessi che tali forme di impossibilità possono esercitare sulla persistenza del vincolo contrattuale<sup>88</sup>. Va ricordato, tra l’altro, che, in relazione al lavoro, l’impossibilità riguarderà la persona del lavoratore. Ne consegue l’applicazione dei principi in tema di impossibilità oggettiva e relativa, connessa al tipo di obbligazione ed alla esigibilità della stessa<sup>89</sup>. Pertanto anche la malattia del lavoratore (che costi-

---

<sup>85</sup> Morone, *op. cit.*, 58.

<sup>86</sup> Si è in presenza, infatti, di una prestazione di fare e di un’obbligazione di mezzi (in modo del tutto analogo al lavoro subordinato, che il contratto commerciale tende a realizzare nel contenuto e senza i vincoli giuridici ad esso collegati). Per le prestazioni con queste caratteristiche, il metro per valutare l’inadempimento è quello della diligenza prevista dall’art. 1176 c.c.: Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, Giuffrè, Milano, 1953, vol. I, 127 ss.; Visintini, *Inadempimento e mora del debitore*, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 1987, 223 ss.; Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1999, tomo 1, vol. II, 64.

<sup>87</sup> Luminoso, *op. cit.*, 241; Boero, *op. cit.*, 330; Corrado, *op. cit.*, 379; Cagnasso, *La somministrazione*, cit., 2000, 844 ss.

<sup>88</sup> Per un’analisi approfondita dei principi civilistici descritti nel testo (e del dibattito teorico) mi permetto di rinviare a Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992, 165 ss., 170 ss., 173 ss.

<sup>89</sup> L’impossibilità, infatti, pur se oggettiva (e cioè indipendente dalle condizioni personali dell’obbligato), deve essere anche relativa, nel senso che il debitore è liberato dalla sua responsabilità quando la prestazione, pur materialmente eseguibile, sia possibile soltanto con l’impiego di mezzi anormali o con il sacrificio di valori di rango superiore rispetto a quelli il cui raggiungimento è

tuisse sicura causa giustificativa del mancato adempimento nel rapporto di lavoro) potrà acquisire valore liberatorio dalla responsabilità del somministratore per la mancata esecuzione della prestazione quando l'applicazione dei principi civilistici indicati lo consentirà<sup>90</sup>.

Non è possibile esaminare gli altri aspetti della disciplina del contratto. Va ricordato, peraltro, che, oltre all'applicazione delle regole proprie dei contratti di durata, le parti potranno regolare convenzionalmente tutti gli aspetti del rapporto che non sono vincolati al rispetto di norme inderogabili, che, come si vedrà<sup>91</sup> hanno un certo peso.

In questa sede è opportuno soffermarsi su alcune peculiarità di questo nuovo tipo di contratto commerciale. Va ricordata in primo luogo la disposizione in base alla quale l'attività lavorativa deve essere svolta "nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore" (articolo 20, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003). La norma è esattamente speculare a quanto a suo tempo previsto per il lavoro temporaneo e sottolinea la particolarità del contratto, nel quale la prestazione lavorativa è coordinata e controllata dall'utilizzatore ed è finalizzata a realizzare stabilmente un interesse diverso del datore di lavoro formale<sup>92</sup>. La dissociazione tra titolarità del rapporto e sua effettiva utilizzazione è nel codice genetico dell'istituto che deve realizzare sul piano sostanziale gli stessi effetti della subordinazione senza imporne i vincoli di carattere giuridico. Essa, inoltre, è coerente con le caratteristiche di un nuovo tipo contrattuale che è direttamente finalizzato a fornire un "servizio" (il lavoro) che deve garantire la stessa utilità propria del lavoro subordinato e, quindi, deve necessariamente essere organizzata dal destinatario finale della prestazione.

Sul piano teorico si è voluto sottolineare che la collocazione del potere direttivo nella norma sul contratto commerciale gli attribuirebbe un valore diverso rispetto al lavoro temporaneo, in quanto costituirebbe "il frutto legale (e non convenzionale) di un contratto commerciale, che produce effetti diretti sul contenuto tipico della fattispecie di cui all'articolo 2094 c.c."<sup>93</sup>. In realtà si può replicare che, anche nel precedente istituto, sebbene fosse collocato nella disposizione che regolava il contratto di lavoro temporaneo, il potere direttivo

---

assicurato al creditore dall'esecuzione della prestazione. Si tratta della nota tesi di Mengoni, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"* (*studio critico*), in *RDComm*, 1954, I, 283, poi ripresa da altri. Si rinvia, per la ricostruzione del dibattito e per le varie indicazioni bibliografiche a Galgano, *Diritto civile e commerciale*, cit., 57, e, più recentemente, a Delfini, *Dell'impossibilità sopravvenuta*, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile - Commentario*, Giuffrè, Milano, 2003, 27 ss.

<sup>90</sup> Quando, ad esempio, la patologia da cui è affetto il prestatore, pur rendendo astrattamente eseguibile il lavoro, metta a repentaglio la sua salute e, quindi, diritti fondamentali, configurando una tipica ipotesi di inesigibilità (descritta nella nota 89).

<sup>91</sup> V. *infra*, § 5.

<sup>92</sup> Ciucciovino, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 20 settembre 2003, n. 276*, cit., tomo II, 68.

<sup>93</sup> In sostanza "è il contratto commerciale e non quello di lavoro che fonda i poteri *simil-datoriali* dell'utilizzatore": Chieco, *op. cit.*, 118.

e di controllo (e la previsione della soddisfazione dell'interesse dell'utilizzatore) erano parte integrante anche del contratto commerciale di fornitura, in quanto condizionava la utilizzazione della forza lavoro inviata dall'agenzia<sup>94</sup>. Pertanto, la diversa collocazione non incide sulla natura dei poteri stessi.

Per quanto riguarda la causa del contratto, qui intesa nella nozione tradizionale di "funzione economico-sociale del negozio"<sup>95</sup>, va detto che il legislatore non definisce espressamente gli elementi costitutivi della fattispecie<sup>96</sup> e che tale lacuna complica la situazione. Una ricostruzione complessiva delle caratteristiche del contratto consente di individuare la causa nella fornitura professionale di mano d'opera in cambio di un corrispettivo<sup>97</sup>. Va detto peraltro che, come nel caso della fornitura di lavoro temporaneo, si è in presenza di "un contratto di scambio non necessariamente, ma solo normalmente oneroso"<sup>98</sup>. Da tale punto di vista si è sottolineato che la somministrazione necessariamente presuppone un corrispettivo<sup>99</sup>. Ma a questa osservazione, sicuramente esatta dal punto di vista economico, si è aggiunta la considerazione che il contratto sarebbe per forza di cose oneroso. Infatti, la previsione relativa all'obbligo di rimborso, da parte dell'utilizzatore ed a favore dell'agenzia, degli oneri retributivi e previdenziali effettivamente sostenuti, costituirebbe una sorta di prezzo minimo di scambio<sup>100</sup>. In realtà il termine "rimborso" ed il preciso riferimento ad esborsi economici connessi alla gestione del rapporto di lavoro fanno ritenere che non si sia in presenza di un vero e proprio corrispettivo, bensì semplicemente nella mera compensazione di un costo aziendale<sup>101</sup>. Inoltre, la mancanza di qualsiasi espresso riferimento al corrispettivo in sede di individuazione della fattispecie (come ad esempio accade per l'appalto o la somministrazione negli articoli 1655 e 1599 c.c.) confermano la tesi della non necessaria onerosità del contratto. Se, in considerazione della natura dell'istituto e dei notevoli vincoli economici e giuridici imposti alle agenzie, nessuno può dubitare del fatto che la fornitura di lavoro sarà sempre accompagnata

<sup>94</sup> Speciale, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in Liso, Carabelli (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, F. Angeli, Milano, 1999, 241.

<sup>95</sup> Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1960, 174 ss., in particolare 183. Cass., 13 ottobre 1975, n. 3300; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401; Cass., 15 luglio 1993, n. 7844. Nel testo si è fatto riferimento alla interpretazione prevalente in dottrina e giurisprudenza, ma la nozione è assai dibattuta: si veda, per tutti, Di Majo, *Causa del negozio giuridico* (voce), in *EGT*, Ist. della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, vol. VI, 1 ss.; Sacco, *op. cit.*, 635 ss.; Giorgianni, *Causa (dir. priv.)* (voce), in *Enc dir.*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. VI, 547 ss.

<sup>96</sup> Chieco, *op. cit.*, 96, M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 24; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 75.

<sup>97</sup> Zappalà, *op. cit.*, 8.

<sup>98</sup> Romei, *Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, in Liso, Carabelli (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, cit., 117.

<sup>99</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 26; Pera, *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, in *RIDL*, 1998, I, 280, in relazione al lavoro temporaneo.

<sup>100</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 26.

<sup>101</sup> *Contra*, con riferimento alla analoga previsione del lavoro temporaneo, Nicolai, *op. cit.*, 67, M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di mano d'opera*, Giappichelli, Torino, 2001, 293, nota 12.

dalla remunerazione del somministratore (come, d'altra parte, ha già dimostrato l'esperienza del lavoro temporaneo), si può peraltro ritenere che il controvalore economico non è un elemento individuativo del tipo negoziale e che sarà pertanto possibile anche una somministrazione di lavoro a titolo gratuito <sup>102</sup>.

5. L'autonomia contrattuale delle parti trova un limite nella esistenza di norme inderogabili. E, tale principio, basilare nel diritto del lavoro, è applicabile anche al nuovo contratto commerciale di somministrazione, il cui stretto collegamento con l'effettuazione della prestazione lavorativa e con un vero e proprio rapporto di lavoro con l'agenzia non può non influenzarne il contenuto. Un primo limite alla capacità dispositiva delle parti è rinvenibile in tutte le disposizioni la cui violazione è sanzionata con la nullità (o con altre tecniche invalidanti), che costituiscono, appunto, indice inequivocabile del carattere inderogabile della norma <sup>103</sup>. Da tale punto di vista non è possibile disporre di tutte le prescrizioni contenute nell'articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>104</sup>, la cui violazione è appunto sanzionata con la invalidità <sup>105</sup> e con la trasformazione in un contratto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore. In base all'articolo 21, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 (che prevede la nullità e la conversione del rapporto), le stesse conclusioni sono estensibili alla mancanza di forma scritta del contratto commerciale ed alla carenza degli elementi tassativamente indicati nelle lett. *a)*, *b)*, *c)*, *d)* ed *e)* dell'articolo 21 (estremi dell'autorizzazione, numero dei lavoratori da somministrare, causali, ecc.). E lo stesso può dirsi per le clausole che, nella somministrazione a termine, limitano, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizza-

<sup>102</sup> Per la ricostruzione del dibattito sul punto in relazione al contratto di fornitura di lavoro temporaneo si rinvia, per tutti, a Niccolai, *op. cit.*, 67 ss. Si è detto che, nonostante l'assenza di una espressa sanzione di nullità per la violazione dell'obbligo del rimborso (come nel caso del lavoro temporaneo), il carattere oneroso del contratto scaturirebbe dal fatto che la violazione di tale obbligo è punita con la sanzione amministrativa prevista dall'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003 e che, pertanto ciò dimostrerebbe il carattere imperativo della disposizione e l'impossibilità di escludere il corrispettivo, cfr., Morone, *op. cit.*, 52. In realtà, la mancanza della sanzione civilistica della invalidità — prevista espressamente per altri obblighi tassativamente indicati dall'art. 21, comma 1, lett. dalla *a)* alla *e)* — e la previsione soltanto di una pena pecuniaria dimostrano come si sia in presenza di una "derogabilità onerosa" che non consente di giungere alle conclusioni criticate, v. sul punto, *infra*, § 5.

<sup>103</sup> De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, 20 ss. e 147 ss.

<sup>104</sup> Si tratta delle disposizioni relative al regime autorizzatorio, al potere direttivo, al recesso del lavoratore in disponibilità, alle ipotesi nelle quali è possibile la somministrazione a tempo indeterminato e determinato, al ruolo della contrattazione collettiva nei limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto, ai divieti.

<sup>105</sup> Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 29, ritiene che le ipotesi illecite previste dall'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, poiché sono attivabili solo con azione promossa dal lavoratore, configurerebbero una ipotesi di annullabilità. La tesi è certamente sostenibile, anche se non va dimenticato che nel diritto civile si vanno diffondendo forme di "nullità relative" (azionabili soltanto da determinati soggetti) e che, quindi, tale qualificazione potrebbe essere applicabile anche a questo caso.

tore di assumere il lavoratore alla scadenza del contratto di somministrazione (anch'esse considerate nulle dall'articolo 23, comma 8, del decreto legislativo n. 276/2003, salva la deroga prevista dal comma successivo).

Un secondo gruppo di disposizioni è inderogabile in quanto strettamente connesso alla esecuzione della prestazione lavorativa presso l'utilizzatore. Infatti, come si vedrà<sup>106</sup>, la legge ha introdotto una serie di norme che sono, allo stesso tempo, regolative del contenuto del contratto di lavoro e di quello commerciale, che sono in collegamento negoziale. Non va dimenticato, infatti, che il lavoratore assunto dall'agenzia a tempo determinato o indeterminato, ai sensi dell'articolo 22 del decreto legislativo n. 276/2003, dovrà svolgere la propria attività lavorativa a favore di un terzo e che molte delle regole relative alla gestione del contratto commerciale disciplinano anche il contenuto del rapporto di lavoro con il somministratore. In questo caso, in relazione alle disposizioni comuni ai due contratti, lo statuto inderogabile lavoristico prevale necessariamente su quello di diritto civile per l'esigenza protettiva che è propria del diritto del lavoro (e che trova espresso riconoscimento in una tutela costituzionale e comunitaria di particolare rilievo). E l'inderogabilità, ovviamente, si estenderà in particolare a tutte le norme che sono destinate a tutelare il lavoratore ed a creare situazioni di vantaggio a suo favore<sup>107</sup>.

Pertanto, non sarà possibile derogare alla parità di trattamento economico e normativo previsto dall'articolo 23, comma 1 (e nei limiti ivi indicati o contenuti nel successivo comma). Le parti non potranno disporre della responsabilità solidale per i trattamenti retributivi e previdenziali (articolo 23, comma 3), della materia relativa alle erogazioni economiche accessorie ed ai servizi sociali (articolo 23, comma 4), delle disposizioni relative ai rischi sulla sicurezza, all'addestramento ed agli obblighi di protezione (salvo le deroghe ivi previste)<sup>108</sup>. Lo stesso potrà dirsi della disciplina delle mansioni e del regime retributivo e risarcitorio ivi stabilito (articolo 24, comma 6), della disposizione sul potere disciplinare (articolo 24, comma 7), dell'applicazione dei diritti sindacali (articolo 24, commi 1 e 2) e degli obblighi informativi ivi connessi (articolo 24, comma 4) (la cui violazione, tra l'altro, è sanzionabile anche ai sensi dell'articolo 28 Stat. lav.), oltre che delle disposizioni previdenziali (articolo 25, commi da 1 a 4) (il cui statuto inderogabile è connesso anche ad esigenze pubblicistiche).

Un terzo gruppo di disposizioni, al contrario, sono, in alcuni casi, certamente derogabili. Il riferimento è a quelle la cui violazione, senza essere punita con l'invalidità e la conversione del rapporto, è repressa con la sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003<sup>109</sup>. In questo caso, infatti, la legge ha introdotto una disposizione che

<sup>106</sup> V. *infra*, § 6.

<sup>107</sup> De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 49, nota 70.

<sup>108</sup> Morone, *op. cit.*, 57.

<sup>109</sup> Ci si riferisce, ovviamente, a quelle disposizioni la cui violazione non comporta *anche* la nullità e la trasformazione del contratto alla dipendenza dell'utilizzatore. Per queste ultime la sanzione amministrativa è aggiuntiva rispetto a quella civilistica.

non incide sulla validità della clausola contrattuale difforme dalla norma imperativa e non produce effetti sul contratto commerciale o quello di lavoro. Dunque accanto ad un particolare regime di invalidità, la legge ha introdotto una sorta di “derogabilità onerosa”, perché la violazione della norma non inficia l’atto di autonomia contrattuale ma comporta soltanto una sanzione pecuniaria (che, in qualche misura, costituisce il “costo” della deroga convenzionale). D’altra parte, non avrebbe senso che, all’interno di uno stesso articolo, il legislatore reprimesse con l’invalidità la violazione di alcuni obblighi e prevedesse, per gli altri, soltanto il pagamento di una somma di denaro. In realtà questo regime differenziato si giustifica solo nella misura in cui queste disposizioni sono derogabili, seppure dietro pagamento di un “prezzo” (che svolge una funzione dissuasiva e repressiva dal punto di vista economico). Pertanto, tutte le previsioni contenute nell’articolo 21, comma 1, lett. dalla *f*) alla *k*) e nel comma 2 potranno essere convenzionalmente regolate in modo difforme<sup>110</sup>, a meno che il carattere inderogabile della disposizione non sia ricavabile da altri elementi presenti nel sistema<sup>111</sup>.

Ad esempio, non vi è dubbio che, dal punto di vista formale, il contratto di somministrazione potrà non recare gli elementi previsti dall’articolo 21, comma 1, lett. dalla *f*) alla *k*). Sotto il profilo sostanziale l’assunzione, da parte del somministratore, dell’obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico e previdenziale è derogabile, perché si tratta soltanto dell’accollo di un costo relativo alla prestazione lavorativa la cui ripartizione è lasciata alla libera determinazione delle parti (ferma restando l’imputazione in capo al somministratore degli adempimenti burocratici connessi al pagamento di retribuzioni e contributi)<sup>112</sup>. Le parti inoltre potranno disporre liberamente del rimborso, dall’utilizzatore al somministratore, degli oneri retributivi e previdenziali, poiché si tratta di aspetti che incidono esclusivamente sul rapporto commerciale e che non sono sanzionati dal punto di vista civilistico. L’obbligo, a carico del committente, di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili è strettamente funzionale a garantire la parità di trattamento economico prevista dall’articolo 23,

---

<sup>110</sup> E lo stesso potrà dirsi, per quanto attiene al somministratore, per la violazione dell’art. 21, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>111</sup> V. *infra*, nel testo.

<sup>112</sup> Sul dibattito sviluppatosi sull’analoga disposizione contenuta nel lavoro temporaneo v. Nicolai, *op. cit.*, 162. In senso contrario si è sostenuto che l’obbligo del pagamento diretto sarebbe inderogabile, sia perché sanzionato con il pagamento di una somma di denaro (art. 18, comma 3), sia perché la disposizione ha lo scopo primario di garantire che il somministratore sia il vero datore di lavoro ed avrebbe quindi la funzione determinante di escludere la possibilità che il ricorso al contratto commerciale sia un mero schermo dietro il quale celare il rapporto di lavoro tra dipendente ed utilizzatore, cfr. Morone, *op. cit.*, 51. Si può replicare che la sanzione amministrativa non è affatto sintomo di inderogabilità (si rinvia al testo). D’altra parte l’eventuale pagamento diretto da parte dell’utilizzatore non è tale da poter configurare, di per sé, l’intermediazione fraudolenta. La “genuinità” della somministrazione, infatti, è garantita dagli altri presupposti previsti dalla legge: regime autorizzatorio, causali determinate, requisiti formali del contratto e così via.

comma 1, e, pertanto, deve ritenersi inderogabile <sup>113</sup>. Alle stesse conclusioni si giunge per quanto riguarda l'imposizione, a carico dell'utilizzatore, del pagamento del trattamento economico e contributivo in caso di inadempimento del somministratore — articolo 21, comma 1, lett. *k*) —, in quanto si tratta di norma di tutela a favore del lavoratore, che trova, tra l'altro, un ulteriore fondamento di inderogabilità nella responsabilità solidale prevista dall'articolo 23, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>114</sup>. La disposizione che impone di recepire, nell'individuare gli elementi previsti dal comma 1 dell'articolo 21, le "indicazioni contenute nei contratti collettivi" (articolo 21, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003) è inderogabile per i requisiti contenuti nelle lett. dalla *a*) alla *e*) del comma 1, in quanto si tratta di condizioni previste a pena di invalidità e vi è un chiaro rapporto di strumentalità tra la vincolatività di tali elementi e l'obbligo di tenere conto delle indicazioni della contrattazione collettiva. Infine, con riferimento alle previsioni delle lett. *f*) e *g*) (mansioni, inquadramento, luogo, orario e trattamento economico e normativo), quando tali elementi sono definiti dalle parti del contratto commerciale <sup>115</sup>, il recepimento delle condizioni previste dai contratti collettivi sarà inderogabile in quanto relativo ad aspetti necessariamente connessi alla esecuzione della prestazione lavorativa <sup>116</sup>.

Va detto, peraltro, che, dal punto di vista della interpretazione sistematica, si potrebbe arrivare anche alla conclusione opposta: le disposizioni per le quali non è stata espressamente prevista la sanzione dell'invalidità — e, quindi, quelle contenute nell'articolo 21, comma 1, lett. dalla *f*) alla *k*) e nei commi 2 e 3 — sono, per chiara scelta del legislatore, sempre derogabili. Tuttavia, se si accogliesse tale tesi, tutte le norme relative alla somministrazione che non sono previste a pena di nullità dovrebbero considerarsi disponibili. Il che, oltre a porsi in contrasto con i principi in tema di norma inderogabile (la cui esistenza non è collegata soltanto alla sanzione dell'invalidità) <sup>117</sup> significherebbe consentire alle parti di poter disporre di principi posti a tutela del lavoratore (ad es. la parità di trattamento economico e normativo), in contrasto con le finalità della legge e con la stessa *ratio* generale della disciplina del lavoro subordinato. La responsabilità dell'utilizzatore nei confronti dei terzi dei danni arrecati al prestatore di lavoro è sicuramente derogabile (e può essere imposta al somministratore) (articolo 26 del decreto legislativo n. 276/2003) e ad analoghe conclusioni deve giungersi per il pagamento, sempre a carico del committente,

<sup>113</sup> Morone, *op. cit.*, 52.

<sup>114</sup> Morone, *op. cit.*, 28.

<sup>115</sup> Si è sottolineato, con un'opinione condivisibile, che l'indicazione nel contratto di somministrazione degli elementi indicati nel testo potrebbe avvenire dopo la stipula, per consentire la loro individuazione in un momento successivo ed in rapporto alle effettive esigenze di lavoro eventualmente ancora non note al momento di sottoscrizione del contratto: Morone, *op. cit.*, 50-51.

<sup>116</sup> Si è sostenuto che la mancata indicazione delle mansioni, del luogo, dell'orario e del trattamento economico e normativo potrebbe determinare una indeterminatezza dell'oggetto del contratto commerciale, con conseguente nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c., Morone, *op. cit.*, 50.

<sup>117</sup> De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., 20 ss.

delle differenze retributive (e del risarcimento del danno) legato allo svolgimento di mansioni superiori di cui non sia stata data informazione all'agenzia (articolo 23, comma 6, decreto legislativo n. 276/2003) <sup>118</sup>. In entrambi i casi, infatti, si tratta di previsioni che riguardano vicende che non incidono sulla tutela del lavoratore ma attengono a rapporti con soggetti estranei al contratto commerciale o a quello di lavoro o che sono collegate alla ripartizione dei rischi e dei costi connessi all'esecuzione del contratto commerciale <sup>119</sup>.

Quando il decreto legislativo n. 276/2003 non prevede la sanzione specifica (invalidità della clausola e conversione del rapporto) si applicheranno i principi generali in materia: nullità per contrasto con norma imperativa e sostituzione della disposizione convenzionale con la norma inderogabile di legge o di contratto collettivo.

**6.** La somministrazione ha caratteristiche simili al lavoro temporaneo, anche se non mancano significative differenze. Anche in questo caso, vi è un rapporto triangolare tra un'agenzia del lavoro, un utilizzatore ed un lavoratore, che è legato al somministratore da un vincolo di subordinazione, con la necessità di analizzare, tra l'altro, i rapporti tra contratto commerciale e quello di lavoro. Nel lavoro temporaneo si era sottolineata l'esistenza di un collegamento negoziale tra contratto di fornitura e rapporto di lavoro <sup>120</sup> e tale requisito è certamente rinvenibile anche nella somministrazione. Infatti si è in presenza di contratti i quali, pur caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa e conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale (alla cui disciplina rimangono rispettivamente sottoposti), sono funzionalmente collegati al raggiungimento del medesimo scopo, che è quello di garantire lavoro subordinato flessibile ad un soggetto che, pur non essendo il formale datore di lavoro, eserciti poteri e prerogative tipiche di quest'ultimo <sup>121</sup>. Non vi è dubbio, infatti,

---

<sup>118</sup> Morone, *op. cit.*, 58.

<sup>119</sup> È ovvio che la clausola che elimina la responsabilità esclusiva dell'utilizzatore per le mansioni superiori non può mai risolversi a danno del lavoratore. Altri esempi potrebbero essere fatti, per i quali si rinvia a Morone, *op. cit.*, 58.

<sup>120</sup> Speziale, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, cit., 239 ss.; Romei, *Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, cit., 106 ss.; Perulli, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *RGL*, 1999, I, 237 ss.; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 460 ss.; Nicolai, *op. cit.*, 195 ss., a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>121</sup> Sui contratti collegati si rinvia, per la giurisprudenza, a Cass., 6 settembre 1991, n. 9388 (che sottolinea il rapporto di interdipendenza tra essi esistente, in modo tale che, pur essendo i negozi distinti, le vicende dell'uno si ripercuotono su quelle dell'altro, "condizionandone la validità e l'efficacia [...]"); Cass., 16 maggio 2003, n. 7640; Cass., 28 giugno 2001, n. 8844; Cass., 9 aprile 1983, n. 2520; Cass., 4 maggio 1989, n. 2065; Cass., 27 aprile 1995, n. 4645; Cass., 20 novembre 1992, n. 12401. Sul tema si vedano, tra gli altri, Gasperoni, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *RDComm*, 1955, I, 357 ss.; Scognamiglio, *Collegamento negoziale* (voce), in *Enc dir*, Giuffrè, Milano, 1960, vol. VII, 375 ss.; Messineo, *Contratto collegato* (voce), in *Enc dir*, Giuffrè, Milano, 1962, vol. X, 48 ss.; Schizzerotto, *Il collegamento negoziale*, Jovene, Napoli, 1983; Cascio, Argiroffi, *Contratti misti e contratti collegati* (voce), in *EGT*, vol. IX, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1988, vol. IX, 1 ss.; Carresi, *Il contratto*, in Cicu, Messineo (diretto da), Mengoni (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1987, vol. I, 316 ss.;

che la somministrazione di lavoro si realizzi attraverso un particolare contratto di lavoro subordinato tra agenzia e dipendente, nel quale egli si impegna a svolgere la propria prestazione a favore di un terzo. L'effettuazione del lavoro costituisce, allo stesso tempo, adempimento dell'obbligo del prestatore nel rapporto di subordinazione nei confronti dell'agenzia ed esecuzione del contratto commerciale nei riguardi dell'utilizzatore, con un evidente rapporto di collegamento funzionale tra i due contratti <sup>122</sup>.

Il collegamento può essere genetico se i due contratti, sin dall'origine, sono tra loro legati da un nesso di strumentalità necessario (un lavoratore viene assunto a tempo determinato o indeterminato per essere adibito alla esecuzione di uno specifico contratto di somministrazione di lavoro). Il collegamento, peraltro, può anche essere funzionale, quando il rapporto tra i due contratti si realizza in tempi diversi (un dipendente assunto a tempo indeterminato viene utilizzato per l'esecuzione di un contratto commerciale a termine, oppure per una somministrazione senza scadenza finale stipulati successivamente all'assunzione).

In modo simile a quanto a suo tempo previsto per il lavoro temporaneo, il legislatore ha introdotto una disciplina comune ad entrambi i contratti <sup>123</sup> in relazione al potere direttivo e di controllo, a quello disciplinare, al trattamento economico e normativo, alla disciplina delle mansioni, agli obblighi di formazione ed informazione sulle misure di sicurezza e sui rischi dell'attività lavorativa, a quelli di protezione, al regime sanzionatorio, ai divieti. Si tratta infatti di posizioni attive e passive che da un lato rilevano come elementi del contratto di lavoro con l'agenzia ed incidono sull'effettuazione della prestazione lavorativa ed anche sulla sorte del rapporto <sup>124</sup>. Dall'altro esse integrano il contenuto del contratto tra somministratore ed utilizzatore, in quanto condizionano le "modalità d'uso" della forza lavoro che è stata "acquistata" con il contratto commerciale. È evidente, ad esempio, che l'obbligo per il dipendente di rispettare le istruzioni impartite dall'utilizzatore per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro non riguarda soltanto il contratto con l'agenzia — poiché

---

Bianca, *Diritto civile, Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1984, 454 ss.; Sacco, *op. cit.*, 465 ss., a cui si rinvia per ulteriore bibliografia.

<sup>122</sup> Sul collegamento funzionale anche nella somministrazione v. Ciucciovino, *op. cit.*, 74 ss.; Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, 179. La disposizione che nella nuova legge mette maggiormente in evidenza il collegamento negoziale è l'art. 21, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, che impone di fornire al lavoratore le informazioni relative al contenuto del contratto di somministrazione di lavoro e "la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore". Questa comunicazione deve essere fornita dal somministratore "all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore". In entrambi i casi l'obbligo di informazione dimostra che vi è una correlazione strutturale tra contratto di lavoro e contratto commerciale, perché il lavoratore deve avere cognizione delle caratteristiche della somministrazione prevista dall'art. 20 che egli è destinato a soddisfare con la propria prestazione che trova fondamento nel rapporto di lavoro a termine o a tempo indeterminato.

<sup>123</sup> Ciucciovino, *op. cit.*, 79 ss.

<sup>124</sup> Infatti la violazione dei limiti sostanziali e formali previsti dalla legge si traduce nella conversione del contratto commerciale e di quello di lavoro.

è diretta a regolare la titolarità e le modalità dell'esercizio del potere direttivo e disciplinare — ma è anche parte del contenuto del contratto di somministrazione, poiché stabilisce le condizioni entro le quali l'utilizzatore può coordinare le prestazioni di servizi rese dal lavoratore somministrato.

In altri casi la disciplina dei due contratti è diversa. Le causali del contratto commerciale non sono uguali a quelle del contratto di lavoro. I requisiti di forma sono previsti soltanto per la somministrazione e non anche per il rapporto di lavoro (per il quale vi è soltanto un obbligo di informazione sui contenuti del contratto commerciale). La disciplina del licenziamento introdotta dall'articolo 20, comma 1, e dall'articolo 22, comma 3, è riferita soltanto al contratto di lavoro, mentre la disposizione connessa al computo del lavoratore somministrato nell'organico dell'utilizzatore riguarda soltanto il contratto commerciale (articolo 22, comma 5) <sup>125</sup>.

Rispetto al lavoro temporaneo, nel nuovo istituto le differenze più rilevanti concernono, a parte la disciplina comune in precedenza descritta, una più marcata autonomia tra contratto commerciale e quello di lavoro. Mentre il primo, infatti, segue le regole specifiche del decreto legislativo n. 276/2003 e quelle relative ai contratti di durata in genere, il rapporto di lavoro è soggetto alle norme generali sulla subordinazione per il contratto a tempo indeterminato o determinato (a parte le deroghe introdotte dagli articoli 20 e ss. del decreto delegato) <sup>126</sup>. Inoltre, manca una disposizione come quella prevista dall'articolo 3, comma 4, della legge n. 196/1997 che prevedeva la possibile introduzione del periodo di prova, il diritto del dipendente ad eseguire la prestazione lavorativa per l'intero periodo di assegnazione e la possibilità del recesso anticipato soltanto per giusta causa <sup>127</sup>. La norma introduceva delle regole minime sulla gestione del rapporto che erano comuni al contratto commerciale ed a quello di lavoro, i quali oggi, al contrario, non sono disciplinati per questi aspetti. Il collegamento negoziale, sicuramente presente anche per il nuovo istituto, deve dunque tenere conto della relativa autonomia dei due tipi negoziali.

In tale ambito non va dimenticato che nei contratti collegati le vicende dell'uno influenzano necessariamente quelle di un altro e devono applicarsi le regole della nullità parziale, per cui l'invalidità di un contratto può comportare l'invalidità dell'altro o la sopravvivenza di uno solo di essi, o le norme sull'inadempimento o sulla impossibilità sopravvenuta parziale (con effetti

---

<sup>125</sup> Gli esempi possono continuare: l'art. 22, comma 5, attiene unicamente alla somministrazione commerciale; l'art. 24, comma 1, riguarda soltanto il contratto di lavoro, mentre l'art. 24, comma 2, solo il contratto tra agenzia ed utilizzatore.

<sup>126</sup> Si veda l'art. 22, commi 1 e 2, dove si specifica il rinvio alla disciplina generale sul rapporto di lavoro subordinato. Tra le deroghe introdotte dal decreto legislativo vanno ricordate, ad esempio, la scissione tra potere direttivo e disciplinare, la disciplina speciale sulla proroga ed la parziale esclusione del regime sanzionatorio previsto dal d.lgs. n. 368/2001 per quanto attiene la somministrazione subordinata a termine ecc.

<sup>127</sup> Chieco, *op. cit.*, 126; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 25; Ciucciovino, *op. cit.*, 87.

risolutori o estintivi del vincolo relativi ad entrambi i contratti o soltanto ad uno di essi) e così via<sup>128</sup>. Tuttavia la (relativa) autonomia tra i due contratti e le tutele inderogabili del lavoro subordinato non potranno non influenzare i principi in materia di collegamento negoziale. Infatti la disciplina lavoristica (con il suo fondamento costituzionale e comunitario) e le esigenze protettive da essa espresse dovranno necessariamente prevalere sulle regole civilistiche in materia di contratti. E tale prevalenza potrà verificarsi o con l'applicazione diretta delle disposizioni speciali e comuni introdotte dal decreto delegato (in tema di mansioni, parità di trattamento, divieti, ecc.) o con la relativa "insensibilità" delle vicende del contratto commerciale rispetto a quello di lavoro.

Gli eventi connessi alla gestione del rapporto, ad esempio, seguiranno regole diverse. In caso di malattia, gravidanza od infortunio, l'utilizzatore, in base ad una precisa clausola contrattuale, potrà anche chiedere la sostituzione del lavoratore, il quale, peraltro, nell'ambito del contratto con il somministratore manterrà i propri diritti connessi al vincolo di subordinazione (conservazione del rapporto, corresponsione del trattamento economico o previdenziale, ecc.). Nei casi indicati, l'applicazione dei principi civilistici in tema di impossibilità sopravvenuta potrà riflettersi sulla prosecuzione del contratto commerciale (determinandone la sospensione o anche l'estinzione)<sup>129</sup>, ma non inciderà sullo statuto protettivo del lavoratore e sul rapporto con l'agenzia<sup>130</sup>. L'introduzione di un periodo di prova nel contratto commerciale potrà legittimare, in caso di esito negativo, il rifiuto del lavoratore, ma certamente non influenzerà il contratto di lavoro (a meno che il dipendente sia stato assunto in prova e, pertanto, sottoposto al gradimento dell'utilizzatore)<sup>131</sup>. L'insoddisfazione del

---

<sup>128</sup> Bianca, *op. cit.*, 457; Sacco, *op. cit.*, 467; Scognamiglio, *op. cit.*, 378 ss. In giurisprudenza si rinvia alle sentenze citate nella nota 121 a cui *adde* Cass., 7 aprile 1979, n. 1993.

<sup>129</sup> V. *retro*, §. 4.

<sup>130</sup> Morone, *op. cit.*, 57, sostiene che nel contratto di somministrazione potrà essere anche indicato il nominativo del soggetto (o dei soggetti) da somministrare. "In questo modo la prestazione dell'agenzia assume i caratteri dell'infungibilità, con la conseguenza che, ove divenga irrealizzabile per un motivo non ascrivibile a responsabilità della stessa agenzia, il vincolo contrattuale viene meno per sopravvenuta impossibilità, a meno che le parti non abbiano stabilito diversamente". Il principio è condivisibile, ma non si applica soltanto nell'ipotesi di assunzione dell'obbligo a somministrare uno specifico lavoratore. Anche nel caso di impegno generico a fornire lavoro, se la prestazione del somministrato diventa impossibile (in coerenza con le regole già analizzate: v. *retro*, § 4 e nota 90) vi potrebbe essere l'estinzione dell'obbligo di fornitura (a meno che le parti non abbiano pattuito diversamente in termini di sostituzione, di deroga alle norme sulla impossibilità ecc.).

<sup>131</sup> Infatti, in modo simile a quanto previsto per il lavoro temporaneo, il patto di prova, anche se inserito nel contratto di lavoro, deve essere adattato alle caratteristiche di un rapporto stabilmente diretto a soddisfare le esigenze di un terzo. Pertanto sarà l'utilizzatore che dovrà esprimere il gradimento sulle capacità e sulla personalità del lavoratore e, quindi, il giudizio negativo potrà necessariamente riflettersi anche sulla persistenza del rapporto di lavoro subordinato. La situazione sarà diversa, ovviamente, se, per espressa pattuizione tra agenzia e dipendente, la prova non è collegata alla prestazione da effettuare a favore del terzo, ma ad altri fattori connessi al vincolo contrattuale con il somministratore. Sul punto mi permetto di rinviare alle analoghe osservazioni da me svolte in costanza della l. n. 196/1997: Speciale, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, cit., 253 ss.

committente per la scarsa qualità del lavoro somministrato non consentirà di ridurre il trattamento economico e normativo garantito dall'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003. L'utilizzatore potrà, in questo caso, anche chiedere la sostituzione del dipendente (in base a pattuizione espressa tra le parti), ma se non vi sono gli estremi per un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo il rapporto di lavoro rimarrà in vita<sup>132</sup>. La violazione, da parte dell'utilizzatore, degli obblighi di protezione a favore del lavoratore previsti dall'articolo 23, comma 5, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 276/2003 legittimerà l'immediata sospensione della fornitura di lavoro, in deroga ai principi generali in materia di adempimento di un'obbligazione di durata. Gli esempi potrebbero continuare.

Una situazione analoga si verificherà per quanto attiene le vicende estintive del contratto commerciale e di quello di lavoro. In questo caso, in primo luogo, vi sarà l'applicazione delle regole speciali previste dal decreto legislativo n. 276/2003: licenziamento del lavoratore a tempo indeterminato durante la fase della disponibilità soltanto per giusta causa o giustificato motivo (articolo 20, comma 2)<sup>133</sup> e, nel caso di "fine dei lavori" nella somministrazione commerciale a tempo indeterminato, applicabilità dell'articolo 3 della legge n. 604/1966 (e delle tutele previste dall'articolo 12 del decreto legislativo n. 276/2003). L'articolo 22, comma 4, del decreto delegato, oltre a sancire che non si applicano le norme sui licenziamenti collettivi, dimostra che l'estinzione del contratto commerciale senza scadenza finale non è di per sé giustificativa dell'interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato<sup>134</sup>, ma presuppone l'esistenza di una autonoma causa che legittimi il recesso (e che deve essere rinvenuta nella legge sui licenziamenti individuali). La formulazione utilizzata ("fine dei lavori"), il riferimento alla esclusione delle norme sulla riduzione di personale (e, quindi, ad un recesso non legato a situazioni soggettive del lavoratore)<sup>135</sup> fanno ritenere che si tratti di ipotesi nelle quali il contratto commerciale è stato interrotto per esaurimento dell'attività o per altre ragioni *diverse* da quelle riguardanti la persona del lavoratore. La norma,

---

<sup>132</sup> Morone, *op. cit.*, 57. La soluzione indicata si applicherà in tutte le ipotesi di sostituzione del dipendente per le più svariate ragioni previste dalle parti o su espressa richiesta dell'utilizzatore. Il "richiamo" del lavoratore, certamente consentito (cfr. Chieco, *op. cit.*, 126; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 25), permetterà la cessazione del contratto di lavoro soltanto se, in base alla disciplina del lavoro subordinato (integrata da quella speciale introdotta dal d.lgs. n. 276/2003), sarà possibile procedere al licenziamento. Ciucciiovino, *op. cit.*, 88, sottolinea l'applicazione al lavoro somministrato del "regime generale del recesso" fatte salve le deroghe introdotte dal d.lgs. n. 276/2003.

<sup>133</sup> Si tratta di una disposizione inutile perché ricavabile dai principi generali ed in particolare dall'art. 22, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003. Essa, tra l'altro, è collocata nella norma sul contratto commerciale mentre, poiché è riferita al rapporto di lavoro, avrebbe dovuto essere omessa o inserita nell'art. 22.

<sup>134</sup> *Contra* Ciucciiovino, *op. cit.*, 84.

<sup>135</sup> La disposizione deve essere interpretata come diretta ad escludere la disciplina procedurale e sostanziale in materia di licenziamenti collettivi, Ciucciiovino, *op. cit.*, 85.

riferita al licenziamento per giustificato motivo oggettivo plurimo<sup>136</sup>, ribadisce l'autonomia tra contratto commerciale e quello di lavoro e l'applicazione dei principi lavoristici in materia. In particolare, il somministratore dovrà dimostrare l'impossibilità di poter mantenere il lavoratore a tempo indeterminato nello stato di disponibilità (per eccessività dei costi) o di non poterlo adibire ad altre occasioni di lavoro coerenti con la sua professionalità<sup>137</sup>.

Le ipotesi di interruzione del contratto di somministrazione, previste dalla legge (in relazione al potere disciplinare previsto dall'articolo 23, comma 7, che potrebbe sostanziarsi anche nella cessazione del vincolo, alla risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità) o introdotte da accordi tra le parti (recesso convenzionale con preavviso o per giusta causa nel contratto a tempo indeterminato o a termine) non necessariamente si tradurranno nell'estinzione del contratto di lavoro<sup>138</sup>. L'autonomia tra i contratti ed anche il diverso *status* dell'assunto a tempo determinato o senza scadenza finale imporrà una valutazione caso per caso ed in base alle diverse regole di diritto civile e di diritto del lavoro.

Una prestazione insoddisfacente da parte del lavoratore, che non sia tale da configurare una giusta causa di recesso ma che, nel contempo, costituisca inadempimento del contratto commerciale (in quanto si sostanzia nella somministrazione di un soggetto non in linea con lo standard di qualità richiesto dal cliente), potrà consentire anche una risoluzione del vincolo negoziale ma non avrà riflessi sul contratto di lavoro (nel senso che l'assunto a tempo indeterminato tornerà in disponibilità e quello a termine avrà diritto alla prosecuzione del rapporto fino alla scadenza)<sup>139</sup>. Un recesso convenzionale (con o senza preavviso) in un contratto commerciale a tempo indeterminato non interromperà automaticamente anche il rapporto di lavoro, nel senso che, per il somministrato a tempo indeterminato si applicherà la disciplina speciale prevista dall'articolo 22, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003, con conseguente ritorno in disponibilità (o con l'applicazione dell'articolo 3 della legge n. 604/1966 se vi sono i presupposti), e per quello a termine — se la sua utilizzazione in un contratto commerciale senza scadenza finale è possibile in quanto sussistono esigenze temporanee<sup>140</sup> — occorrerà la sussistenza della giusta causa di licenziamento. L'esaurimento di una somministrazione commerciale a termine non costituirà di per sé giustificazione del licenziamento dell'assunto a tempo indeterminato (che tornerà nella situazione di disponibi-

<sup>136</sup> Ciucciovino, *op. cit.*, 85.

<sup>137</sup> In senso dubitativo sull'obbligo di *repêchage* Ciucciovino, *op. cit.*, 86. Sull'articolo 22, comma 4, v. Chieco, *op. cit.*, 128-129; Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 25; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 74.

<sup>138</sup> V. Ciucciovino, *op. cit.*, 88, secondo la quale non vi è dubbio sulla "assoggettabilità del lavoro somministrato al regime generale del recesso dei rapporti" di lavoro.

<sup>139</sup> In senso analogo, la risoluzione del contratto di somministrazione da parte dell'agenzia per mancato pagamento del corrispettivo da parte dell'utilizzatore non si rifletterà sulla sorte del rapporto di lavoro con le stesse conseguenze descritte nel testo.

<sup>140</sup> V. *infra*, § 9.

lità)<sup>141</sup>. Una grave mancanza del lavoratore, che potrebbe legittimare l'interruzione del contratto commerciale, sarà una giusta causa di recesso soltanto in presenza dei presupposti stabiliti dall'articolo 2119 c.c. e della sua attitudine ad incidere sul vincolo fiduciario nel contratto di lavoro<sup>142</sup>. E tale regola, oltre che per il rapporto a termine, sarà estensibile anche al contratto di lavoro a tempo indeterminato. Infatti, la disciplina speciale dell'articolo 22, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 (riferita alla "fine dei lavori" e pertanto a situazioni diverse da quelle attinenti alla persona del lavoratore) non sarà applicabile. E lo stesso potrà dirsi per quanto stabilito dall'articolo 20, comma 2, del decreto delegato, che riguarda il recesso durante la fase della disponibilità e non eventi che si verificano nel corso del rapporto commerciale e che, se molto gravi e riconducibili alla giusta causa, possono incidere anche sulla fiducia del somministratore nei confronti del dipendente.

È evidente, dunque, che i principi civilistici in tema di collegamento negoziale (le ipotesi che determinano l'invalidità, l'inefficacia, la risoluzione per inadempimento o impossibilità sopravvenuta di un contratto si riflettono necessariamente sull'altro collegato) vengono in questo caso ad essere completamente derogati, con applicazione delle regole descritte, che garantiscono una tutela di un certo rilievo al lavoratore. Tuttavia, va ricordato, che, a prescindere dall'assetto normativo, la situazione di "duplice debolezza contrattuale" del dipendente (nei confronti dell'agenzia dalla quale dipendono le sue occasioni di lavoro e verso l'utilizzatore da cui spera di essere assunto in forma stabile) renderà la concreta dinamica dei rapporti tra lavoratore, somministratore e cliente totalmente diversi. È plausibile, infatti, che, anche nelle ipotesi in cui la legge garantisce diritti inderogabili (per quanto attiene alla conservazione del posto, al trattamento economico, alla tutela in materia di licenziamenti, ecc.) il lavoratore sarà sollecitato ad accettare soluzioni che lo penalizzino pur di non perdere la possibilità di continuare a lavorare con la stessa agenzia o con il medesimo utilizzatore. Nell'ambito del lavoro temporaneo, la scarsa entità del contenzioso giudiziario è espressione proprio di questa "dipendenza economica", che spinge il lavoratore a non rivendicare i propri diritti, con una situazione che non sembra destinata a mutare con il nuovo istituto.

**7.** La somministrazione di lavoro può essere effettuata soltanto da soggetti autorizzati che siano in possesso di specifici requisiti legali e patrimoniali, per la cui analisi si rinvia al commento sulle norme del decreto legislativo n.

---

<sup>141</sup> Ciucciovino, *op. cit.*, 84 ss. Tale conclusione è desumibile dall'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, in base al quale i lavoratori assunti a tempo indeterminato rimangono a disposizione del somministratore tra una missione e l'altra.

<sup>142</sup> In tale giudizio si dovrà tenere conto che, se è vero che il contratto di lavoro, a differenza di quello commerciale, è finalizzato a soddisfare in via principale l'interesse del somministratore, tuttavia si tratta di un contratto peculiare in cui l'attività è destinata a soddisfare stabilmente le esigenze di un terzo. Ne consegue che il comportamento tenuto nei confronti dell'utilizzatore può incidere sul vincolo fiduciario dell'agenzia sia in relazione a quel contratto che ai futuri adempimenti nei confronti di altri clienti.

276/2003 che si occupano di tale disciplina (articoli 4 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003). In questa sede è opportuno occuparci soltanto dell'altro contraente del contratto commerciale (l'utilizzatore) rispetto al quale la legge non prevede alcuna limitazione. La somministrazione potrà dunque essere stipulata tra un'agenzia ed un imprenditore, una società di persone o capitali, un'organizzazione di tendenza od un semplice privato<sup>143</sup>.

Si è posto il problema se l'utilizzatore possa essere una Pubblica Amministrazione, e la risposta è stata positiva in relazione alla somministrazione a termine<sup>144</sup>, che è espressamente autorizzata dall'articolo 86, comma 9, del decreto legislativo n. 276/2003<sup>145</sup> ed in deroga a quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, secondo il quale "il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni ed il loro personale".

Si è sostenuto che, rispetto all'articolo 6 della legge delega n. 30/2003<sup>146</sup> vi sarebbe eccesso di potere delegato, perché la disposizione "intendeva escludere non le pubbliche amministrazioni oggettivamente intese, ma soltanto il "*il personale delle pubbliche amministrazioni*", con una espressione che "allude chiaramente ai pubblici dipendenti legati da un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, non certo ai lavoratori somministrati che sono e rimangono dipendenti di un terzo, l'agenzia fornitrice"<sup>147</sup>. A tale interpretazione è facile obiettare che l'articolo 6 intendeva escludere le Pubbliche Amministrazioni come soggetto giuridico da tutte le forme di lavoro flessibile (somministrazione inclusa) e che la formulazione usata, anche se non molto felice, esprime chiaramente tale intento<sup>148</sup>.

Si è affermato, peraltro, che, anche accogliendo la tesi descritta, vi sarebbe sempre un eccesso di delega. Infatti, l'applicazione della somministrazione alla PA avrebbe richiesto "un espresso richiamo". Tuttavia, poiché "in nessun punto della legge delega esiste una deroga all'esclusione della PA dalla riforma (appunto non esiste alcun 'espresso richiamo' degli articoli da 1 a 5, legge n.

---

<sup>143</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 20.

<sup>144</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 20 ss.; Chieco, *op. cit.*, 108; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 66 ss.

<sup>145</sup> "La previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'articolo 27, comma 1, non trova applicazione nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni cui la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato".

<sup>146</sup> "Le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate".

<sup>147</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 21.

<sup>148</sup> E questa possibile lettura è ipotizzata anche da M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 22. La disposizione si esprime in modo non lineare, perché la non applicazione della legge delega ai dipendenti della Pubblica Amministrazione, se serve perfettamente allo scopo per quanto riguarda quegli istituti che presuppongono il rapporto di lavoro diretto tra due soggetti — part time, *job sharing*, lavoro intermittente, ecc. — non è sufficientemente precisa in relazione ad un contratto, come la somministrazione, dove la Pubblica Amministrazione è soltanto un potenziale utilizzatore della nuova tipologia contrattuale e non certo il titolare del rapporto di lavoro flessibile. Mi sembra, peraltro, che l'intenzione del legislatore delegante sia senza dubbio quella indicata nel testo.

30/2003), tanto meno in materia di somministrazione [...]”<sup>149</sup>, vi sarebbe la violazione dell’articolo 76 della Costituzione. In realtà l’articolo 6 della legge n. 30/2003 individua un principio e criterio direttivo che vincola il legislatore delegato. In sostanza, il Parlamento ha stabilito che il Governo, nell’esercizio della sua funzione legislativa, avrebbe dovuto escludere la PA da tutta la disciplina attuativa degli istituti (sommariamente) delineati nella legge delega, con possibilità, peraltro, di introdurre in forma espressa un’eccezione. L’indicazione del Parlamento è stata puntualmente eseguita con l’articolo 86, comma 9, del decreto legislativo n. 276/2003, che prevede appunto l’estensione della somministrazione a termine anche alla PA (con la significativa eccezione della esclusione del regime sanzionatorio previsto dall’articolo 27, comma 1, del decreto delegato). Non è configurabile, pertanto, alcun eccesso di delega. L’applicazione della somministrazione anche alla Pubblica Amministrazione renderà necessario verificare la compatibilità della disciplina comune al contratto commerciale e di lavoro con quella speciale prevista per il lavoro pubblico, che potrebbe presentare problemi che non possono essere esaminati in questa sede. E, proprio per tale ragione, è prevista la possibilità di un incontro con le organizzazioni sindacali dei lavoratori pubblici per “esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all’entrata in vigore del presente decreto legislativo”, con possibile emanazione di “provvedimenti legislativi in materia” (articolo 86, comma 8, decreto legislativo n. 276/2003)<sup>150</sup>.

**8.** L’articolo 20 ha previsto la possibilità di somministrare lavoro altrui a tempo indeterminato, introducendo nel nostro sistema lo *staff leasing* già diffuso nella realtà anglosassone<sup>151</sup>. Rispetto al sistema preesistente si tratta di un notevole salto di qualità. La fornitura di mano d’opera, infatti, non ha più la finalità di soddisfare soltanto esigenze temporanee dell’impresa (e, quindi, per loro natura necessariamente limitate sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo) ma di fare fronte a bisogni di lavoro stabile. Il che comporta una notevole potenzialità espansiva dell’istituto, anche in considerazione della varietà ed estensione delle causali previste dalla legge.

Dal punto di vista occupazionale, il nuovo contratto commerciale realizza soprattutto l’effetto di sostituire occupazione diretta con quella fornita da altri e l’utilizzatore avrà un’ampia possibilità di gestione del personale somministrato, che, anche in considerazione delle prassi che si sono formate con il

<sup>149</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 22.

<sup>150</sup> Chieco, *op. cit.*, 108, secondo il quale “si cerca in questo modo di porre riparo al *vulnus* di una legislazione che chiaramente e ingiustificatamente tradisce il processo di avvicinamento tra lavoro pubblico e privato”. Si rinvia, sul punto, anche a M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 67.

<sup>151</sup> Chieco, *op. cit.*, 96; Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 17; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 67; Corazza, *Il modello statunitense dello staff leasing e la somministrazione*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l’impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 155 ss.; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 27; Vallebona, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 99; Ferraro, *op. cit.*, 173.

lavoro temporaneo ed in base a specifiche clausole contrattuali, potrà essere allontanato o sostituito senza applicazione delle tutele connesse ai licenziamenti individuali e collettivi<sup>152</sup>. Inoltre, anche la parità di trattamento economico e normativo non necessariamente costituirà un argine alla diffusione della somministrazione. Infatti, da un lato le imprese industriali avranno il vantaggio derivante da un costo di lavoro inferiore rispetto a quello normale, perché i dipendenti delle agenzie sono soggette alle (inferiori) aliquote contributive previste per i dipendenti delle aziende commerciali (articolo 25 del decreto legislativo n. 276/2003)<sup>153</sup>. Inoltre un ulteriore risparmio è connesso alla prassi (già diffusasi per il lavoro temporaneo) di addebitare al cliente solo i costi diretti connessi all'attività lavorativa effettivamente espletata, escludendo gli oneri per malattia, gravidanza, ecc. Anche il maggior esborso complessivo connesso al prezzo dell'intermediazione non costituirà un particolare problema per aziende economicamente floride che ben accetteranno i maggiori oneri in cambio di una flessibilità molto accentuata. In definitiva, dunque, il nuovo istituto sembra modulato soprattutto sulle esigenze delle imprese, e certamente non sembra favorire "i tassi di occupazione" o "la qualità e stabilità (!) del lavoro" che sono tra gli obiettivi fondamentali del decreto delegato (articolo 1). Per quanto attiene alle ipotesi in cui è possibile la somministrazione a tempo indeterminato, si è sostenuto che il riferimento ai "servizi" o "attività" debba intendersi come espressivo di "tipologie di mansioni"<sup>154</sup>. In realtà la formulazione utilizzata dalla legge non consente di arrivare a tale conclusione, perché vi è l'evidente riferimento alle funzioni o attività aziendali oggettivamente intese e non alle singole professionalità richieste<sup>155</sup>. Inoltre, in relazione alle attività indicate, sarà possibile somministrare lavoratori per tutte le mansioni che, direttamente o indirettamente, siano collegate ad esse, garantendo l'intero fabbisogno di lavoro necessario<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> L'esperienza concreta realizzata durante la vigenza della l. n. 196/1997 dimostra che in tutti i contratti di fornitura di lavoro temporaneo sono diffuse le clausole indicate nel testo. Tra l'altro, anche nel caso in cui la sostituzione non era realizzabile perché ad esempio, dopo il superamento positivo della prova, non era possibile liberarsi del dipendente, il sistema utilizzato era quello di sottoscrivere una pluralità di contratti assai brevi (con possibilità, quindi, di liberarsi del dipendente alla scadenza dell'ultimo di essi). A maggior ragione le ipotesi descritte potranno verificarsi con la somministrazione.

<sup>153</sup> In aggiunta c'è anche l'ulteriore esenzione contributiva prevista dal comma 2 dell'art. 25 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>154</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 28.

<sup>155</sup> Da questo punto di vista particolarmente significativi sono i riferimenti alla "gestione" (di biblioteche, *call center*, parchi, musei ecc.), alle costruzioni edilizie, alle installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, dove è evidente la descrizione di un determinato tipo di attività produttiva che deve essere realizzata. Conclusioni analoghe possono essere raggiunte per i "servizi" e le "attività", anche perché il legislatore, quando ha voluto, ha utilizzato il termine "mansioni" (come nel comma 6 dell'art. 23).

<sup>156</sup> Nella ipotesi della gestione di parchi potrà essere fornito non solo il giardiniere, che è una mansione tipica di questa attività, ma anche chi svolge i compiti di approvvigionamento delle piante, cfr. M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 29. In relazione ad un magazzino potrà essere somministrato sia il magazziniere che l'addetto al trasporto ecc.

L'articolo 20 del decreto delegato lascia chiaramente intendere che le ipotesi indicate sono tassative<sup>157</sup>, senza possibilità di estenderle ad altre anche in via di applicazione analogica. Tale conclusione è suffragata dal carattere "autorizzatorio" della disposizione (la somministrazione "è ammessa") e dalla sanzione prevista dall'articolo 27, comma 1, dove la conversione del rapporto di lavoro avviene nel caso di violazione "dei limiti e delle condizioni" ivi previste (tra cui vi sono anche i casi in cui è possibile somministrare a tempo indeterminato)<sup>158</sup>. Si è affermato che, sebbene la formulazione della legge induca a ritenere che nella somministrazione a tempo indeterminato non si debba fornire alcuna motivazione del ricorso al lavoro altrui, tuttavia ciò si porrebbe in contrasto con la legge delega, per la quale la fornitura di lavoro a tempo determinato o indeterminato deve fondarsi su "ragioni di carattere tecnico, organizzativo o produttivo" (articolo 1, comma 2, lett. *m*), n. 2, legge n. 30/2003). Pertanto si è proposta una interpretazione correttiva, in base alla quale anche per il contratto commerciale senza scadenza finale occorrerebbe dimostrare la sussistenza di ragioni giustificative<sup>159</sup>. In realtà, la formulazione della legge (che contiene una serie di ipotesi dettagliatamente descritte e dove manca qualsiasi riferimento alle motivazioni economiche della somministrazione) ed il confronto con quella a termine (che al contrario prevede la necessità di esigenze tecnico-produttive) dimostrano come la somministrazione a tempo indeterminato è del tutto "acausale"<sup>160</sup>. Nei limiti delle attività e servizi indicati, l'utilizzatore sarà quindi libero di ricorrere al nuovo istituto, e non dovrà fornire alcuna giustificazione economica<sup>161</sup>.

Altro problema è quello del possibile eccesso di delega. Se, in effetti, alcune delle ipotesi previste rimandano a causali tecnico-organizzative (ad esempio "l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali", o "l'installazione o smontaggio di impianti o macchinari" e le altre fattispecie previste nella lett. *h*) del comma 3 dell'articolo 20), la stragrande maggioranza di esse non le prevede. In questo caso vi è stata una palese violazione dei principi e criteri direttivi che, pur nella loro genericità, erano inequivocabili nella volontà di imporre, anche per la somministrazione a tempo indeterminato, esigenze tecniche, produttive od organizzative. In sostanza, nonostante gli orientamenti "permissivi" della Corte

---

<sup>157</sup> Vallebona, *op. cit.*, 100; Ferraro, *op. cit.*, 175.

<sup>158</sup> La disposizione, in sostanza, ha carattere inderogabile e non tollera modifiche di nessun genere, ivi inclusa la possibile estensione ad altre ipotesi non previste dalla legge.

<sup>159</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 27.

<sup>160</sup> Ferraro, *op. cit.*, 176.

<sup>161</sup> La insindacabilità, da parte del giudice, della scelta organizzativa è confermata anche da M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 28 e da Vallebona, *op. cit.*, 101. Tra l'altro l'interpretazione descritta è suffragata anche dall'art. 21, comma 1, lett. *c*) del d.lgs. n. 276/2003, nel quale si fa riferimento ai "casi e le ragioni di carattere tecnico produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 20. I "casi", opposti alle "ragioni", dimostrano come, con la prima espressione, si faccia riferimento ad ipotesi di ammissibilità che prescindono da qualsiasi motivazione specifica.

costituzionale in precedenza descritti<sup>162</sup>, la violazione dell'articolo 76 della Costituzione sembra qui evidente<sup>163</sup>.

I casi in cui è possibile stipulare la somministrazione senza scadenza finale sono numerosi e di ampia portata<sup>164</sup>. Si è osservato che alcuni di essi sono tali da assorbire per intero il complesso delle attività di alcune aziende (*call center*, biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini) e riguardano anche servizi strategici delle imprese già oggi oggetto di esternalizzazione<sup>165</sup>. Ed in effetti, se si tiene conto che vi potrebbero essere imprese interamente gestite con lavoratori somministrati, o casi in cui tutti i servizi principali ed accessori di un'azienda potranno essere affidati a soggetti esterni (mantenendo solo un piccolo nucleo di dipendenti diretti, magari al di sotto della soglia delle 16 unità), si comprende quale possa essere il salto di qualità teoricamente possibile nell'organizzazione dell'impresa rispetto alla situazione attuale (soprattutto in relazione alla sottrazione del datore di lavoro dai limiti propri della legislazione lavoristica)<sup>166</sup>.

La legge abilita la contrattazione collettiva ad introdurre ulteriori "casi" nei quali è possibile effettuare la somministrazione. La genericità della dizione utilizzata lascia ampia libertà al contratto, che potrà individuare sia altri settori in cui applicare l'istituto sia causali economiche come quelle in parte già contemplate dalla legge. In sostanza vi è una delega normativa piena<sup>167</sup> che consentirà all'autonomia collettiva di svolgere la medesima funzione della legge. Si è già osservato che il rinvio è alla contrattazione nazionale e territoriale e non a quella aziendale<sup>168</sup>, con l'evidente intento di evitare una proliferazione casistica che sconti la eventuale debolezza sindacale in azienda e favorisca ulteriori processi di destrutturazione del lavoro stabile<sup>169</sup>. Si è detto

<sup>162</sup> V. *retro*, § 3.

<sup>163</sup> In questa ipotesi, infatti, la delega ha un oggetto specifico, non è possibile desumere da altre parti della legge altri criteri direttivi che consentano di derogare al principio, né è possibile fare riferimento ai "criteri elastici" enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per evitare la violazione dell'art. 76 Cost. (v. *retro*, § 3). In senso contrario Chieco, *op. cit.*, 106, che, in sostanza, ritiene che l'eccesso di delega non vi sia perché i "casi" equivalgono alle ragioni, con una tesi non condivisibile.

<sup>164</sup> V. *retro sub art. 20*, comma 3. Si è sostenuto che molte delle ipotesi indicate si riferiscono a servizi oggi già appaltati all'esterno (M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 68) o ad attività tradizionalmente comprese nell'art. 5 della (abrogata) l. n. 1369/1960 o che scaturiscono dalle innovazioni tecnologiche o produttive, cfr. Ferraro, *op. cit.*, 175.

<sup>165</sup> Chieco, *op. cit.*, 98; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 68.

<sup>166</sup> In particolare per quanto riguarda la disciplina dei licenziamenti ed i diritti sindacali Chieco, *op. cit.*, 104, ha sottolineato la possibilità di una esternalizzazione integrale di tutta l'impresa. A mio giudizio, peraltro, è necessario non enfatizzare la situazione. Da un lato, infatti, vi è un problema di costi (in media superiori a quelli di un normale rapporto di lavoro subordinato), dall'altro vi è una esigenza di "fidelizzazione" del dipendente — assolutamente irrealizzabile se non si ha una relazione diretta con l'impresa — che limiteranno il fenomeno entro limiti più ridotti rispetto a quelli astrattamente ipotizzabili.

<sup>167</sup> Ferraro, *op. cit.*, 175.

<sup>168</sup> Chieco, *op. cit.*, 99; Ferraro, *op. cit.*, 175.

<sup>169</sup> Ferraro, *op. cit.*, 175, ritiene che la finalità sia quella di evitare "l'inevitabile frammentarietà ed eccessiva differenziazione della regolamentazione eventualmente introdotta".

che la norma favorirebbe la stipula di accordi separati<sup>170</sup>, ma in realtà la formulazione della legge è del tutto neutra sul punto<sup>171</sup>. Mentre si è opportunamente sottolineato come l'articolazione territoriale della contrattazione potrebbe dare vita a diverse ipotesi "con processi di concorrenza tra territori dagli sviluppi imprevedibili"<sup>172</sup>.

**9.** Il contratto commerciale potrà essere stipulato anche a tempo determinato "a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività dell'utilizzatore". Questa tipologia ha la finalità di sostituire il precedente contratto di fornitura di lavoro temporaneo. In questo caso, peraltro, invece di specificare espressamente che sono necessarie esigenze economiche temporalmente limitate (secondo la formulazione usata dall'articolo 1, commi 1 e 2, della legge n. 196/1997), si è utilizzata una diversa espressione che è stata modulata sull'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001, relativo al contratto di lavoro a termine, con la significativa aggiunta del riferimento anche alla normale attività produttiva del committente.

Nei primi commenti si è immediatamente sottolineato che la nuova formulazione della legge esclude la necessità che la somministrazione sia fondata su esigenze temporanee dell'utilizzatore<sup>173</sup>, e che, in sostanza, il termine esprime soltanto la durata limitata del contratto. La somiglianza con il contenuto dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001 solleciterà lo stesso dibattito che si è già sviluppato sul contratto di lavoro a tempo determinato<sup>174</sup>, con la divisione tra fautori della temporaneità della causale giustificativa<sup>175</sup> e coloro che sostengono la tesi contraria. Qui è opportuno, peraltro, analizzare preventivamente le argomentazioni contrarie alla tesi delle esigenze temporanee. Si è detto, in primo luogo, che il riferimento alla "ordinaria attività dell'utiliz-

<sup>170</sup> Chieco, *op. cit.*, 99.

<sup>171</sup> Chieco arriva a tale conclusione in base alla interpretazione di Curzio, *Introduzione*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, cit., 25, secondo il quale la sostituzione dell'espressione contratti "stipulati dalle organizzazioni sindacali" con quella di contratti "stipulati da organizzazioni sindacali di tale natura" potrebbe "incentivare i cosiddetti 'accordi separati', sottoscritti solo da alcuni o da un solo sindacato più rappresentativo". In realtà si può obiettare che, anche la precedente formulazione (con il "dalle") non impediva certamente la formazione di accordi solo con alcuni sindacati, visto che l'articolo partitivo serviva soltanto a selezionare, tra più soggetti sindacali, quelli abilitati a stipulare il contratto collettivo, senza presupporre la necessità del consenso della totalità dei sindacati rappresentativi. In sostanza il "dai" serve soltanto a qualificare i soggetti comparativamente più rappresentativi da quelli che non lo sono e non ad imporre il consenso unanime.

<sup>172</sup> Chieco, *op. cit.*, 99.

<sup>173</sup> Chieco, *op. cit.*, 100 ss.; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 70; Zappalà, *op. cit.*, 20, nota 94; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 29 ss.; Vallebona, *op. cit.*, 101; Ferraro, *op. cit.*, 171 ss.

<sup>174</sup> Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 18.

<sup>175</sup> Tra cui anche Speziale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 377 ss.; Id., *Il contratto a termine*, in Aa. Vv., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti delle giornate di studio AIDLASS del 24 e 25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003, 427 ss.

zatore” dimostrerebbe che il contratto può essere stipulato anche per attività stabili del committente<sup>176</sup>. In realtà, sempre con riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato, si era sostenuto che le esigenze temporanee (che giustificano l'apposizione del termine), pur potendo essere riferite a situazioni anche reiterabili nel tempo con una certa costanza (ad esempio le punte stagionali o la necessità di intensificare l'attività contabile per la predisposizione del bilancio annuale di esercizio), tuttavia escludono quelle ipotesi la cui reiterazione è così frequente da costituire una condizione “normale” dell'attività produttiva. In questi casi l'esigenza temporanea (ad esempio la necessità, in un esercizio commerciale, di un incremento di lavoro ogni sabato della settimana) consente una più accentuata utilizzazione del personale esistente, ma non la stipula di un contratto a termine. Infatti, valutata nel contesto produttivo globale, si è in presenza di una intensificazione del lavoro che rispecchia una costante “ordinaria” e cioè sempre presente nell'attività dell'impresa, mentre la temporaneità presuppone una situazione che, pur ripetendosi nel tempo (ad esempio due o tre o più volte l'anno), non costituisce una esigenza di tale continuità da dover essere considerata come “stabile” (o, per usare un ossimoro, come una “temporaneità stabile”)<sup>177</sup>. Il riferimento alla “ordinaria attività dell'utilizzatore”, dunque, non è certamente incompatibile con la temporaneità della causale, e specifica soltanto che, nella somministrazione, anche le esigenze temporanee “costanti” (nel senso sopra indicato) possono essere soddisfatte con il contratto commerciale a termine, ampliando quindi la possibile utilizzazione dell'istituto<sup>178</sup>.

Si è affermato che l'impossibilità del giudice di sindacare nel merito la scelta organizzativa su cui si basa la somministrazione sarebbe espressione della “acausalità” del termine<sup>179</sup>. Ed è facile replicare che il controllo sulla legittimità e non sulla opportunità della ragione economico-organizzativa non esclude che essa possa fondarsi su un'esigenza temporanea, di cui dovrà

---

<sup>176</sup> Chieco, *op. cit.*, 100 ss.; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 70; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 30; Vallebona, *op. cit.*, 101; Ferraro, *op. cit.*, 171.

<sup>177</sup> Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 382. Dove la “stabilità”, o meglio la “temporaneità stabile”, è l'effetto della continuità e della reiterazione delle esigenze temporanee, che rispecchiano oscillazioni costanti nella produttività richiesta al lavoratore e che richiedono, pertanto, continue intensificazioni dell'attività lavorativa.

<sup>178</sup> Cfr. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 19, secondo il quale l'inciso dimostrerebbe che, pur a fronte di causali temporanee, i dipendenti possono essere impiegati anche in attività ordinarie delle imprese. Le espressioni da me utilizzate nel saggio sul lavoro a termine (dove ho affermato che “nella produzione o nello scambio di beni o servizi l'alternanza di momenti di maggiore intensità lavorativa con altri di minor rilievo è in qualche misura normale e certamente, pur potendo configurare *in sé* un'esigenza temporanea, non sarà tale in connessione con l'ordinaria attività dell'impresa”) (cfr. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 382) e la formulazione introdotta nell'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 (“anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore”) lasciano pensare che chi ha redatto la disposizione abbia in qualche misura voluto superare l'obiezione da me sollevata in relazione al contratto a termine (con l'intento di consentire un uso più ampio della somministrazione).

<sup>179</sup> Chieco, *op. cit.*, 101.

verificarsi soltanto l'esistenza, senza sindacarne la congruità sotto il profilo della idoneità ed economicità della scelta gestionale. Anche il mancato espresso riferimento alla temporaneità<sup>180</sup> non appare decisivo<sup>181</sup>. Si è sostenuto, inoltre, che l'interpretazione sulle esigenze temporanee si porrebbe in contrasto con la legge delega, che, con il suo riferimento alle ragioni tecnico organizzative, sembra ipotizzare una fungibilità tra somministrazione a termine e quella senza scadenza finale<sup>182</sup>. Si può replicare che, se questo fosse vero, si tratterebbe di un problema di eccesso di delega che non esclude, peraltro, che la dizione usata dalla legge venga interpretata nel senso indicato.

In realtà, pur prendendo atto della ambiguità della formulazione utilizzata<sup>183</sup>, la tesi della temporaneità delle esigenze economiche ed organizzative mi sembra la più fondata. Un primo indizio è rinvenibile nel fatto che i "casi" previsti dall'articolo 20, comma 3, per la somministrazione a tempo indeterminato ricomprendono, in misura preponderante, attività o funzioni aziendali che rispecchiano esigenze di lavoro stabile — come, ad esempio, quelli indicati nelle lett. b), c), d), e), f) —, anche se non mancano ipotesi di natura non continuativa<sup>184</sup>. Si può dunque sostenere che la somministrazione a termine riguarda esigenze produttive diverse da quelle stabili e, pertanto, di carattere temporaneo (in coerenza con la loro durata limitata nel tempo legata alla sussistenza di una scadenza finale). Un altro indizio è costituito dall'articolo 86, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003<sup>185</sup> il quale, nel mantenere in vigore le clausole dei contratti collettivi stipulati ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lett. a), della legge n. 196/1997, prevede che esse, salvo diverse intese, rimangono in vigore fino alla scadenza dei contratti "con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine". Si è affermato che la disposizione non ha carattere decisivo, perché dimostrerebbe soltanto che il contratto commerciale può essere stipulato *anche* per ragioni oggettivamente a termine<sup>186</sup>, confermate dal riferimento, tra l'altro, alle esigenze di carattere sostitutivo. Si può replicare, peraltro, che la norma, al contrario, dimostra come il legislatore abbia voluto, con una sorta di disposizione di interpretazione autentica, spiegare che le esigenze economiche della somministrazione a termine devono essere temporanee. Infatti: a) i contratti collettivi stipulati ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lett. a), della legge n. 196/1997 sono per forza di cose

<sup>180</sup> Ferraro, *op. cit.*, 172.

<sup>181</sup> Infatti anche la quasi identica espressione contenuta nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 non esclude che si possa arrivare, in sede di interpretazione sistematica, a parlare di esigenze temporanee anche per il contratto di lavoro a termine.

<sup>182</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 30.

<sup>183</sup> Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 19.

<sup>184</sup> Ad esempio quelle contenute nella lett. h) e nella lett. a) dell'art. 20, che sembrano far riferimento, in alcuni casi, ad esigenze temporalmente limitate: la progettazione di reti intranet ed extranet; la realizzazione di costruzioni edilizie, installazioni e smontaggio di impianti e macchinari ecc.

<sup>185</sup> Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 19.

<sup>186</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31.

riferiti ad ipotesi temporalmente limitate (perché la legge non ne autorizzava altre), e, pertanto, non era necessario, per mantenerli in vigore, citare la temporaneità delle esigenze (e bastava dire che le causali contenute nei contratti stessi continuavano a produrre i loro effetti); b) quando la legge ha voluto semplicemente “salvare” le clausole della contrattazione collettiva già esistenti si è limitata a sostenere che esse “mantengono la loro efficacia fino a diversa determinazione delle parti stipulanti o recesso unilaterale”<sup>187</sup>, senza alcuna indicazione relativa alla temporaneità.

A quelle indicate, si aggiungono altre considerazioni. Se l'articolo 20, comma 4, non richiedesse ragioni produttive ed organizzative temporanee, ciò significherebbe che, di fatto, la fissazione del termine del contratto commerciale sarebbe rimessa alla discrezionalità dei contraenti (ed in particolare dell'utilizzatore) che sarebbero condizionati unicamente dalla sussistenza di motivazioni economiche, ma totalmente liberi nella predeterminazione della scadenza finale<sup>188</sup>. Tuttavia non si comprende perché la legge abbia utilizzato la formulazione dell'articolo 20, e non quella tipica di altri contratti di durata di diritto civile (ad esempio la locazione) dove, appunto, ci si limita ad asserire che il contratto può essere stipulato “per un dato tempo” (articolo 1571 c.c.) o dove tale elemento si ricava indirettamente da altre espressioni<sup>189</sup>. Né si può dire che sono state usate locuzioni proprie del lavoro subordinato (in considerazione del fatto che viene somministrata mano d'opera), perché anche in tale ambito, quando si intende specificare che il termine è lasciato alla mera discrezionalità del datore di lavoro (senza necessità di alcuna giustificazione), si utilizzano espressioni completamente diverse<sup>190</sup>. Dal punto di vista linguistico, dunque, vi è una netta dissonanza con le formulazioni normalmente usate per introdurre, nei contratti di durata, un termine “acausale” (che non richiede motivazioni) e lasciato alla mera discrezionalità delle parti stipulanti.

Ma anche sotto il profilo funzionale è evidente che, se tutto fosse rimesso alla scelta delle parti (o di una di esse: in questo caso l'utilizzatore), non si comprenderebbe perché si debba far riferimento ad esigenze “di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”, cioè a ragioni obiettive che sembrano escludere la piena libertà nell'apposizione del termine finale. Tra l'altro, la legge impone di indicare per iscritto la causale economica, a pena di

<sup>187</sup> Art. 86, comma 3, secondo periodo, del d.lgs. n. 276/2003, finalizzato a mantenere in vigore i contratti collettivi esistenti nei settori dell'agricoltura e dell'edilizia.

<sup>188</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 30 ss.; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 70.

<sup>189</sup> È questo il caso dell'affitto (art. 1616 c.c.), dove si afferma che “se le parti non hanno determinato la durata [...]”, o della somministrazione di cose (art. 1569 c.c.), nella quale si usano formulazioni analoghe (“se la durata della somministrazione non è stabilita [...]”).

<sup>190</sup> Ad esempio, per quanto riguarda i dirigenti si afferma che “è consentita la stipulazione di contratti a tempo determinato [...]” (art. 10, comma 4, d.lgs. n. 368/2001). Il comma 3 della stessa disposizione stabilisce che “nei settori del turismo e dei pubblici servizi è ammessa l'assunzione diretta di mano d'opera per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni [...]”, e le formulazioni sono analoghe per le assunzioni nei servizi aeroportuali o per il contratto di formazione e lavoro.

nullità del contratto (articolo 21, comma 4), e la sua illegittimità può anche derivare dal fatto che, pur essendo formalizzata, essa non sia concretamente esistente (articolo 27, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003). Ma se è imposta la forma scritta *ad substantiam* ed è possibile un controllo *ex post* che può addirittura arrivare ad invalidare il contratto, è evidente che le ragioni economiche devono avere un carattere oggettivo e non possono essere rimesse alla libera scelta dei contraenti (perché altrimenti non si spiegherebbe l'obbligo di motivazione e soprattutto la conversione del contratto nel caso di loro mancanza)<sup>191</sup>. Il carattere oggettivo delle motivazioni economiche deve essere coordinato con l'apposizione del termine di durata (che è elemento essenziale del contratto). Infatti se le ragioni giustificative sono sottratte alla scelta delle parti, devono avere natura economica ed organizzativa e richiedono obbligatoriamente una scadenza finale, esse necessariamente devono avere natura temporanea, che è l'unica che può legittimare la durata predeterminata. Se fosse possibile stipulare il contratto per ragioni organizzative non temporanee, si tornerebbe ad attribuire ai contraenti la possibilità di fissare il termine finale, in contrasto con tutti gli elementi indicati. Mi sembra, dunque, che l'insieme delle argomentazioni sopra descritte porti a sostenere il carattere temporaneo della causale del contratto.

Si è affermato che, comunque, a prescindere dal problema analizzato, vi sarebbe un eccesso di delega in quanto, rispetto alla legge n. 30/2003, che imponeva la *individuazione* delle ragioni tecniche ed organizzative — articolo 1, comma 2, lett. *m*), n. 2 —, il decreto delegato si sarebbe limitato a ripetere la formulazione contenuta nella norma delegante<sup>192</sup> senza determinare causali “tipizzate e selettive”<sup>193</sup>. In effetti l'obiezione ha un suo fondamento. Va detto, peraltro, che una parziale individuazione è stata effettuata aggiungendo il requisito delle ragioni “sostitutive” ed il riferimento alla “ordinaria attività dell'utilizzatore”. Anche in considerazione degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale prima descritti<sup>194</sup> si potrebbe sostenere che la norma

---

<sup>191</sup> Chieco, *op. cit.*, 102, nota 53, sostiene che l'obbligo di motivazione non è tale da escludere il potere dei contraenti di fissare liberamente il termine finale anche in mancanza di esigenze temporanee. La mia tesi, infatti sottovaluterebbe “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”. Ma è facile replicare: che senso avrebbe esternare una causale rimessa alla totale facoltà di scelta dei soggetti interessati? E perché esercitare un controllo sulla “concreta ragione” adottata, se tutto è affidato alla completa libertà di una (o di entrambe) le parti contraenti?

<sup>192</sup> Chieco, *op. cit.*, 106; Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 18; Id., *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di mano d'opera, comando*, cit., 79.

<sup>193</sup> Chieco, *op. cit.*, 106; *contra*, M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 70.

<sup>194</sup> V. *retro*, § 3.

sia conforme all'articolo 76 della Costituzione, perché in parte ripetitiva della disposizione della legge delegante ed in parte specificativa <sup>195</sup>.

In modo analogo a quanto previsto per il contratto di lavoro a tempo determinato <sup>196</sup>, nella somministrazione a termine è attribuita alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre, anche in misura non uniforme, limiti quantitativi alla utilizzazione del contratto commerciale, in conformità alla disciplina prevista dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 368/2001 <sup>197</sup>. Anche in questo caso, il limite ha la funzione di ridurre la diffusione di prestazioni di servizio che sostituiscano forme di lavoro diretto nell'impresa <sup>198</sup>. Si è affermato che, seppure non espressamente previsto, i limiti quantitativi potrebbero essere introdotti anche per lo *staff leasing* <sup>199</sup>. La conclusione è certamente condivisibile, perché l'abilitazione alla individuazione dei soli "casi" di somministrazione — articolo 20, comma 3, lett. l) —, se ha indubbio carattere autorizzatorio, non sembra poter configurare una limitazione della autonomia collettiva, che, in evidente contrasto con l'articolo 39 della Costituzione, verrebbe ad essere "espropriata" in modo permanente di un potere contrattuale connesso ad una materia indirettamente connessa ai rapporti di lavoro <sup>200</sup>. Va detto, peraltro, che, in questo caso, non essendo fondata su una norma di legge ma soltanto su una disposizione del contratto collettivo, il limite quantitativo vincolerebbe soltanto gli aderenti ai sindacati stipulanti.

La facoltà di imporre "tetti" alla somministrazione a termine è rimessa soltanto ai contratti nazionali (e non a quelli di altro livello) <sup>201</sup>, da parte di sindacati comparativamente rappresentativi <sup>202</sup>, e senza specificare se i contratti collettivi

<sup>195</sup> E questo anche in considerazione dell'ampia delega concessa al Governo (v. *retro*, § 3). Tuttavia, si potrebbe anche sostenere che in effetti la individuazione, che deriva dal verbo "individuare" (che significa "determinare, riconoscere con precisione", "conferire ad una realtà determinata il carattere che la distingue dalle altre", Treccani, *Vocabolario - Il conciso*, Istituto Enc. Italiana, Roma, 1998, 751), non è stata qui realizzata, con conseguente eccesso di delega.

<sup>196</sup> Vallebona, *op. cit.*, 101; Ferraro, *op. cit.*, 171; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31; Chieco, *op. cit.*, 100.

<sup>197</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31, sottolinea come la previsione del limite quantitativo "è del tutto ignorat(a) dalla legge delega [...]".

<sup>198</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31, che parla di "un (blando) argine".

<sup>199</sup> Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 20; Chieco, *op. cit.*, 100, nota 42.

<sup>200</sup> La materia ha una connessione indiretta con la subordinazione perché, pur riguardando un contratto commerciale, l'utilizzazione di questo nuovo tipo negoziale può avere una funzione sostitutiva di lavoro diretto ed è funzionalmente collegato con un contratto di lavoro. Per quanto riguarda i profili di incostituzionalità derivanti dal divieto della contrattazione collettiva di regolare questioni relative ai rapporti individuali e collettivi di lavoro mi permetto di rinviare all'analisi da me già svolta: in generale, Speciale, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: rapporti tra le fonti e principi costituzionali*, in *DLRI*, 1996, 334-336, ed in relazione al contratto di lavoro a termine, Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 375, nota 52.

<sup>201</sup> Chieco, *op. cit.*, 100; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31; Ferraro, *op. cit.*, 171.

<sup>202</sup> Sui problemi connessi a tale formulazione v., tra gli altri, D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, 676 ss.; Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam, Padova, 1998, 338 ss.; Campanella, *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*,

sono quelli delle agenzie di somministrazione o degli utilizzatori. La formula utilizzata lascia entrambe le possibilità <sup>203</sup>. Si è ipotizzato che la formulazione utilizzata nel comma 4 dell'articolo 20 ("da sindacati" e non "dai sindacati") consentirebbe di "acquisire il consenso di alcune soltanto delle organizzazioni" più rappresentative <sup>204</sup>. In realtà, come si è già osservato in precedenza <sup>205</sup> si può obiettare che anche l'altra formulazione utilizzata nell'articolo 10 del decreto legislativo n. 368/2001 (con il "dai") non impediva certamente la formazione di accordi solo con alcuni sindacati, visto che l'articolo partitivo serviva soltanto a selezionare, tra più soggetti, quelli abilitati a stipulare il contratto collettivo, senza presupporre la necessità del consenso per la totalità delle organizzazioni rappresentative <sup>206</sup>.

A differenza di quanto previsto per il lavoro a termine, la violazione dei limiti quantitativi è espressamente sanzionata dall'articolo 27 del decreto legislativo n. 276/2003 con la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore <sup>207</sup> e con il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria (articolo 18, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003) <sup>208</sup>. Il problema è più delicato per gli eventuali tetti quantitativi introdotti dai contratti collettivi per lo *staff leasing*. Infatti l'articolo 27, comma 1, si riferisce alla violazione delle condizioni e dei limiti previsti dalla legge (o dai contratti collettivi nelle materie autorizzate dalla legge) e non alla mancata applicazione di disposizioni che trovano esclusivamente nell'autonomia collettiva la loro fonte (come, appunto, nel caso del contingentamento della somministrazione commerciale a tempo indeterminato). Tuttavia, la mancanza di una sanzione legale espressa (con esistenza, quindi, di una lacuna), la sussistenza di una disciplina specifica per la violazione dei limiti quantitativi per la somministrazione a termine <sup>209</sup> e la comunanza della *ratio legis* tra fattispecie disciplinata e quella non regolata (reprimere il superamento delle percentuali di contingentamento introdotte dalla autonomia collettiva) consentono di estendere analogicamente anche allo *staff leasing* il regime sanzionatorio previsto per il contratto commerciale a tempo determinato nel caso di mancato rispetto dei "tetti" imposti dai contratti <sup>210</sup>.

Il richiamo all'articolo 10 del decreto legislativo n. 368/2001, pone due tipi di

---

Giuffrè, Milano, 2000, 155 ss.; Ricci, *Il contratto collettivo fonte e l'art. 39 Cost.*, in Aa. Vv., *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio AIDLASS 2001, Giuffrè, Milano, 2002, 180 ss.

<sup>203</sup> *Contra*, M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31, secondo cui la preferenza andrebbe data alla contrattazione delle imprese utilizzatrici.

<sup>204</sup> Ferraro, *op. cit.*, 171.

<sup>205</sup> V. *retro*, nota 171.

<sup>206</sup> In sostanza il "dai" serve soltanto a distinguere i soggetti comparativamente più rappresentativi da quelli che non lo sono e non ad imporre il consenso unanime.

<sup>207</sup> La disposizione, infatti, si applica, su richiesta del lavoratore, anche nel caso di mancato rispetto dei "limiti" previsti dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>208</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31.

<sup>209</sup> Art. 20, comma 4, e art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>210</sup> Nel testo si è fatto riferimento alla tradizionale teoria dell'analogia, sulla quale si rinvia, per

problemi, che erano stati sollevati anche in relazione al contratto a tempo determinato. Il primo riguarda il vincolo imposto all'autonomia collettiva, alla quale è inibito, in alcune ipotesi tipizzate dalla legge<sup>211</sup>, introdurre limiti quantitativi, con possibile violazione dell'articolo 39 della Costituzione, in quanto si impedisce in modo permanente l'attività contrattuale su determinate materie. La questione, anche in questo caso, è del tutto attuale e, almeno in conformità ad autorevoli interpretazioni dottrinarie ed ad alcuni orientamenti della giurisprudenza costituzionale, rende la norma illegittima<sup>212</sup>. Il secondo problema riguarda il valore delle fattispecie previste dall'articolo 10, comma 7, del decreto delegato n. 368/2001. Sono causali aggiuntive per la somministrazione a tempo determinato o designano soltanto ipotesi per le quali non è possibile introdurre tetti ai contratti? La questione si è già posta per i rapporti di lavoro a termine, con diverse opinioni. Secondo quanto a suo tempo già dissi in relazione al contratto di lavoro<sup>213</sup>, la formulazione letterale dell'articolo 10 non consente di attribuire *automaticamente* alle situazioni previste dal comma 7 il valore di fattispecie che legittimano *di per sé* il contratto a termine ed è necessario verificare se esse rispecchino i requisiti previsti dall'articolo 1 del decreto delegato. Poiché l'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 ribadisce che l'articolo 10 del decreto legislativo n. 368/2001 è richiamato per l'individuazione di limiti quantitativi per l'utilizzazione della somministrazione a tempo determinato, mi sembra evidente che, anche in questo caso, le ipotesi previste dall'articolo 10 legittimeranno soltanto l'esclusione dei tetti alla stipulazione dei contratti, ma non autorizzeranno anche il contratto commerciale a termine, a meno che non vi siano le esigenze temporanee (anche se riferite all'ordinaria attività dell'utilizzatore) previste dal primo periodo del comma 4 dell'articolo 20<sup>214</sup>.

**10.** La legge introduce alcuni divieti nella utilizzazione del contratto commerciale (e, indirettamente, anche nei rapporti di lavoro previsti dall'articolo 22 del decreto delegato), che si applicano sia alla somministrazione a tempo indeterminato che a quella a termine<sup>215</sup>. Rispetto alla precedente disciplina del lavoro temporaneo vi è stata una significativa riduzione delle fattispecie vietate<sup>216</sup>, che, tra l'altro, sono soltanto quelle espressamente previste dalla legge (mentre

---

tutti, a Bobbio, *Analogia* (voce), in *NDI*, Utet, Torino, 1968, vol. I, 603 ss.; Cass., 25 ottobre 1989, n. 4373; Cass., 18 dicembre 1985, n. 6462 e molte altre.

<sup>211</sup> Si tratta delle causali previste nelle lett. dalla *a*) alla *d*) del comma 7 e del comma 8 dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001.

<sup>212</sup> V. *retro*, testo e nota 200.

<sup>213</sup> Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 375 ss.

<sup>214</sup> Ad esempio, la somministrazione di un lavoratore di età superiore ai cinquantacinque anni, se sicuramente è tra le fattispecie escluse dalla possibile introduzione di limiti quantitativi da parte della contrattazione collettiva, non legittimerà *di per sé* il contratto commerciale a termine, che potrà essere stipulato soltanto se vi sarà un'esigenza temporanea di lavoro.

<sup>215</sup> Ferraro, *op. cit.*, 179.

<sup>216</sup> M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 67; Chieco, *op. cit.*, 108; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31.

nella legge n. 196/1997 ulteriori ipotesi erano demandate alla contrattazione collettiva o a un decreto ministeriale)<sup>217</sup>. I divieti sono formulati in misura quasi identica a quelli introdotti dal decreto legislativo n. 368/2001 per il contratto di lavoro a termine<sup>218</sup>, a dimostrazione di come la somministrazione, pur configurando un rapporto negoziale tra imprese, abbia “un’anima” lavoristica (e, di fatto, sia finalizzata a sostituire il lavoro subordinato).

L’abrogazione delle disposizioni sul lavoro temporaneo è stata censurata sotto il profilo dell’eccesso di delega, perché la legge n. 30/2003 autorizzava soltanto l’eliminazione delle norme direttamente o indirettamente incompatibili ed è evidente che “nessuna incompatibilità è nella specie ravvisabile tra le ulteriori ipotesi di divieto abrogate e il contratto di somministrazione”<sup>219</sup>. Tuttavia, come si è già detto, l’effetto abrogativo è connesso alla regolamentazione, da parte del decreto legislativo n. 276/2003, dell’intera materia, in conformità a principi generali sicuramente applicabili anche in questo caso<sup>220</sup>.

Il divieto di sostituire con la somministrazione i lavoratori in sciopero risponde ad esigenze di civiltà e di tutela di un diritto fondamentale previsto dall’articolo 40 della Costituzione, che verrebbe svuotato del suo contenuto se fosse possibile limitare od impedire, con l’utilizzazione di altri lavoratori, gli effetti dannosi connessi alla astensione dal lavoro. Si è sottolineato che “il divieto opererà solo nel caso di scioperi leciti dei dipendenti dell’utilizzatore”<sup>221</sup>, con la riproposizione di una problematica che era stata già posta per il lavoro temporaneo ed il contratto a termine. A parte la difficoltà di individuare la nozione di sciopero legittimo<sup>222</sup>, si può affermare che, alla stregua della giurisprudenza esistente che configura una astratta possibilità di definire la legittimità o meno dell’astensione del lavoro<sup>223</sup>, lo sciopero illegittimo non è [...] uno sciopero<sup>224</sup> e, pertanto, non rientra nell’ambito di limitazione della norma<sup>225</sup>. Altro aspetto è quello connesso al cosiddetto crumiraggio “interno” (sostituzione degli scioperanti con altri dipendenti che non partecipano alla lotta) ed “esterno” (chi si astiene dal lavoro viene rimpiazzato da lavoratori estranei all’impresa). Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente il primo è legittimo, mentre il secondo è vietato (anche se non mancano incer-

<sup>217</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 31.

<sup>218</sup> Chieco, *op. cit.*, 108; M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 67.

<sup>219</sup> Chieco, *op. cit.*, 109.

<sup>220</sup> V. *retro*, § 3.

<sup>221</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 32.

<sup>222</sup> Miscione, *I divieti di contratto a termine*, in Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002, 91; Borgogelli, *Sciopero e modelli giuridici*, Giappichelli, Torino, 2001, 57 ss.

<sup>223</sup> Cass., 30 gennaio 1980, n. 711; Cass., 1 settembre 1982, n. 4757; Cass., 4 marzo 1987, n. 2283; Cass., 16 novembre 1987, n. 8401.

<sup>224</sup> Romei, *Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, cit., 150; Romei, *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, in *LD*, 1999, 242 ss.

<sup>225</sup> Sul dibattito sviluppatosi in relazione al contratto a termine ed all’operatività del divieto di sostituire gli scioperanti soltanto nel caso di sciopero legittimo, si rinvia a Mautone, *Divieti*, in Biagi (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 125, nota 6, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

tezze e dubbi)<sup>226</sup>. Il problema, di grande complessità teorica, non può essere affrontato in questa sede. Non vi è dubbio, peraltro, che (a parte il limite della legittimità dello sciopero di cui si è già parlato) l'utilizzazione di lavoro somministrato sarà vietata sia nel caso in cui si sostituiscano i dipendenti che direttamente scioperano, sia quando la sostituzione operi nei confronti di coloro che, non partecipando all'astensione, vengono spostati a svolgere le mansioni di quelli in lotta ed i cui posti vengano rimpiazzati con addetti forniti dall'agenzia di lavoro. Anche in questo caso, infatti, vi è la evidente finalità di utilizzare la somministrazione in funzione antisindacale e per "svuotare" gli effetti dello sciopero, e l'applicazione del divieto trova, quindi, una piena giustificazione<sup>227</sup>.

Il contratto commerciale è vietato anche per sostituire i lavoratori licenziati collettivamente nei sei mesi precedenti o che siano sospesi (o ad orario ridotto) con trattamento di integrazione salariale, a condizione che la somministrazione riguardi lavoratori (licenziati o sospesi) adibiti alle stesse mansioni e che non vi siano diversi accordi sindacali. La finalità, in questo caso, è di evitare che la somministrazione diventi strumento per la sostituzione di lavoro stabile<sup>228</sup> ed ha anche una funzione "antifraudolenta" preventiva e dissuasiva (scoraggiare gli imprenditori da un'utilizzazione impropria dei licenziamenti collettivi o della cassa integrazione quale strumento per rimpiazzare i propri dipendenti con lavoratori indiretti). Si è affermato che gli accordi sindacali in deroga saranno quelli stipulati nella procedura di mobilità prevista dall'articolo 4 della legge n. 223/1991 (e dai soggetti sindacali ivi previsti)<sup>229</sup>. Tuttavia la formulazione letterale della norma non consente di giungere a tale conclusione, e pertanto saranno possibili accordi anche in sede diversa e senza limiti relativi ai soggetti o ai livelli interessati<sup>230</sup>.

---

<sup>226</sup> Miscione, *op. cit.*, 87 ss.; Mautone, *op. cit.*, 123 ss.; Pietropaoli, *Divieti di apposizione del termine al contratto di lavoro*, in Perone (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, Giappichelli, Torino, 2002, 226 ss.

<sup>227</sup> Infatti, se lo spostamento interno dei non scioperanti può forse trovare fondamento nell'art. 41 Cost. (si rinvia alla giurisprudenza indicata da Miscione, *op. cit.*, 88 in relazione al contratto a termine), una simile conclusione non è certamente applicabile ai lavoratori somministrati, oltretutto in presenza di divieto espresso di legge. In questo caso, infatti, ammettere la sostituibilità vorrebbe dire far prevalere le esigenze dell'impresa a fronte di una scelta del legislatore che privilegia, invece, l'art. 40 Cost., introducendo una norma che impedisce la sostituzione dei dipendenti in lotta.

<sup>228</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 32.

<sup>229</sup> Chieco, *op. cit.*, 109.

<sup>230</sup> M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 32. La possibilità di stipulare accordi in deroga anche nel corso della procedura di mobilità pone il problema, già sollevato in relazione al contratto a termine da Mautone, *op. cit.*, 134-135, se, in tale ambito, il superamento del divieto presupponga l'esistenza di ragioni tecnico produttive che lo giustifichino. La questione, che si collega ai limiti intrinseci degli accordi gestionali (anche alla luce della sentenza della Corte cost., n. 268/1994, in *FI*, 1994, I, 2307 ss.) non può essere affrontata in questa sede. Va detto, peraltro, che se la tesi proposta venisse accolta, vi sarebbe un incentivo ulteriore da utilizzare, per superare il divieto, accordi sindacali diversi da quelli stipulabili nell'ambito della procedura prevista dall'art. 4 della l. n. 223/1991.

L'articolo 20, comma 5, prevede dei divieti. Pertanto si tratta di una norma che introduce una deroga rispetto ad una regola e che deve essere interpretata in modo restrittivo, senza che da essa possano desumersi "nuove eccezioni"<sup>231</sup>. Per tale ragione il riferimento agli articoli 4 e 24 della legge n. 223/1991 va inteso come riguardante tutti i casi di riduzione di personale (siano o non siano preceduti dalla cassa integrazione), con esclusione, peraltro, di ipotesi diverse, quali i licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo, la risoluzione consensuale del rapporto, le dimissioni incentivate, i prepensionamenti, anche quando esse siano riconducibili alla medesima operazione economica di riduzione delle eccedenze<sup>232</sup>. Non vi è alcun problema di coordinamento con il diritto di precedenza nelle assunzioni previsto dall'articolo 8 della legge n. 223/1991 e dall'articolo 15 della legge n. 264/1949, oggi ridotto a sei mesi dall'articolo 6, comma 4, del decreto legislativo n. 297/2002. Infatti il diritto indicato riguarda i lavoratori licenziati in caso di assunzione presso la medesima impresa, mentre il divieto (sempre semestrale) è riferito alla utilizzazione di un contratto commerciale di somministrazione<sup>233</sup>. La legge considera l'unità produttiva e non l'intera impresa e, conseguentemente, l'ambito applicativo della disposizione deve essere ricavato in relazione alle strutture dell'azienda concretamente coinvolte nella riduzione di personale e non a quelle non investite dai licenziamenti. Il divieto riguarda la fornitura di lavoro relativa alle stesse mansioni dei licenziati. Tuttavia, sempre nella logica antifraudolenta prima indicata, la somministrazione dovrebbe essere proibita anche nel caso in cui (tramite lo "scorrimento") l'utilizzatore copra con propri dipendenti i posti vacanti per effetto della riduzione del personale e utilizzi i contratti commerciali per sostituire i lavoratori spostati ad altre mansioni (e, quindi, dal punto di vista formale non vi sarebbe identità tra le attività professionali di quelli licenziati e di quelli forniti con il contratto commerciale). In caso contrario, infatti, il divieto legislativo sarebbe facilmente aggirabile e penalizzerebbe le finalità della disposizione<sup>234</sup>. Nel caso di licenziamenti collettivi scaglionati nel tempo e non effettuati contestualmente, il termine semestrale decorrerà dall'ultimo di essi, perché solo in questo momento si realizza l'intera fattispecie del recesso e si concretizza l'esigenza di tutela perseguita dalla disposizione. Per quanto riguarda le unità produttive coinvolte in sospensioni o riduzioni di orario, a parte i limiti della identità delle mansioni e la necessità del riferimento ad una parte dell'intera impresa già in precedenza analizzati (con analoghe problematiche), non vi è la previsione del periodo temporale di sei mesi, e,

<sup>231</sup> Cass., 1 settembre 1999, n. 9205, in *GC*, 2000, I, 83.

<sup>232</sup> Cass., 16 ottobre 2000, n. 13751; Cass., 9 agosto 2003, n. 12037; Cass., 24 marzo 2003, n. 4274; Cass., 2 maggio 1995, n. 4806; Cass., 24 aprile 1991, n. 4556.

<sup>233</sup> Le due normative, quindi, non interferiscono minimamente e non pongono i problemi analizzati nel contesto del contratto a termine.

<sup>234</sup> Senza contare che un'operazione come quella descritta, a condizioni economiche invariate, sarebbe prova evidente della mancanza di serie ragioni economiche giustificative della riduzione di personale.

pertanto, il divieto opererà per tutta la durata della sospensione o riduzione di orario <sup>235</sup>.

Infine, in relazione alle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 626/1994 (e successive modifiche), il divieto ha un chiaro intento sanzionatorio per chi non si preoccupa della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, anche se, contrariamente a quanto previsto per il lavoro temporaneo, non vi è l'obbligo di dimostrare alla Direzione provinciale del lavoro la effettiva realizzazione della valutazione stessa <sup>236</sup>. In senso critico si è rilevato che non sono stati ripetuti i divieti di fornitura di mano d'opera per lo svolgimento di attività pericolose che erano proprie del lavoro temporaneo, sottolineando che si tratta di "una scelta decisamente censurabile", perché poco attenta alla tutela della salute dei lavoratori flessibili <sup>237</sup>.

La violazione dei divieti comporta, su richiesta del lavoratore, la sanzione della conversione del contratto commerciale in un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore. Infatti tra i "limiti" a cui fa riferimento l'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 (ed il cui superamento determina la trasformazione del contratto) vanno inclusi anche quelli previsti dal comma 5 dell'articolo 20 per l'utilizzazione della somministrazione di lavoro.

---

<sup>235</sup> La norma, per la sua genericità, si riferisce a qualsiasi ipotesi di integrazione salariale prevista dalla legge (e, quindi, anche ai contratti di solidarietà). Il divieto fa riferimento al caso in cui sia "operante" una sospensione/riduzione di orario, con "diritto al trattamento di integrazione salariale". La formula è ambigua, perché il diritto (secondo l'ormai costante giurisprudenza in materia) presuppone un'autorizzazione amministrativa che abitualmente viene concessa dopo il periodo di sospensione o riduzione di orario. Ritengo, peraltro, che, poiché la *ratio* della norma è quella di evitare la sostituzione di personale che concretamente manchi (o non effettui l'intera prestazione lavorativa), il termine usato faccia riferimento al momento in cui effettivamente i dipendenti siano sospesi o ad orario ridotto ed indipendentemente dalla emissione del provvedimento amministrativo.

<sup>236</sup> Chieco, *op. cit.*, 109. Tra l'altro, l'omissione indicata dimostra come, per superare il divieto, sia sufficiente provare che la valutazione dei rischi è stata effettuata e formalizzata in un documento, indipendentemente dalla sua effettiva capacità di realizzare gli scopi protettivi e di prevenzione a cui è finalizzata la previsione dell'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994. In tal senso, in relazione all'analogo norma per il lavoro temporaneo, M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 299.

<sup>237</sup> Chieco, *op. cit.*, 109.

## Somministrazione di lavoro e profili prevenzionistici

Lilli Carollo

*Sommario:* **1.** Premessa. — **2.** Condizioni al ricorso di somministrazione di lavoro relative alla salute e sicurezza dei lavoratori. — **3.** La ripartizione degli obblighi di prevenzione: l'informazione e la formazione. — **4.** *Segue:* la sorveglianza medica *speciale*. — **5.** Computabilità dei lavoratori somministrati nell'organico dell'utilizzatore.

**1.** Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 <sup>1</sup> ha, come noto, introdotto la disciplina della somministrazione di lavoro agli articoli 20-28, riformulando in termini di maggiore flessibilità il previgente rapporto tramite agenzia, il lavoro temporaneo <sup>2</sup>.

Nel disciplinare l'istituto il legislatore ha compreso una serie di norme di dettaglio in materia di salute e sicurezza tali da regolare la particolare struttura trilatera del rapporto, costituito da somministratore, utilizzatore e lavoratore, seguendo peraltro le linee già tracciate dalla disciplina prevenzionistica per il lavoro temporaneo.

Si consideri che la contiguità tra le due normative, in tema di salute e sicurezza, si spiega in quanto entrambe sono ispirate ai dettati comunitari in materia.

La tutela della sicurezza e salute dei lavoratori temporanei, difatti, è stata oggetto di una direttiva particolare, la direttiva del 25 giugno 1991, n. 383 <sup>3</sup>, concepita allo scopo di garantire ai lavoratori assunti tramite agenzia, esposti a particolare rischio di infortuni e malattie professionali in ragione della particolare struttura del rapporto e della natura temporanea della prestazione, una "normativa particolare e complementare", cioè un sistema integrativo di norme rispetto a quello già approntato dalla disciplina generale contenuta nella direttiva quadro 89/391/CE, affinché questi possano usufruire di un livello di protezione eguale rispetto a quello assicurato ai lavoratori stabilmente inseriti nell'impresa e non siano soggetti ad un differente trattamento per quanto

---

\* Lilli Carollo è collaboratrice ISFOL.

<sup>1</sup> In *GU*, 9 ottobre 2003, n. 235, Serie generale.

<sup>2</sup> Inoltre, l'art. 85, comma 1, lett. c), ha abrogato la storica legge n. 1369/1960 che sanciva il divieto di intermediazione di manodopera e l'art. 85, comma 1, lett. f), ha abrogato gli articoli 1-11 della legge n. 196/1997.

<sup>3</sup> In *GUCE*, 29 luglio 1991, L. 206. La direttiva n. 91/383/CE è rivolta altresì alla tutela dei dipendenti assunti con contratto a tempo determinato.

concerne le condizioni di lavoro relative alla salute e sicurezza dei lavoratori dell'impresa utilizzatrice (articolo 2, paragrafi 1 e 2, direttiva 91/383)<sup>4</sup>.

Come vedremo, parte centrale della normativa relativa alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori somministrati è costituito dalle norme che disciplinano la ripartizione degli obblighi di sicurezza tra il somministratore, che assume il lavoratore ed è quindi il titolare del contratto di lavoro e l'utilizzatore presso il quale e nell'interesse del quale il lavoratore presta la propria attività, essendo assoggettato al potere direttivo e di controllo di questo.

Difatti, lo sdoppiamento della figura datoriale ha come conseguenza principale la ripartizione dei poteri e degli obblighi normalmente posti in capo ad un unico soggetto, tra i quali, necessariamente, quelli rivolti alla protezione della salute e sicurezza del luogo di lavoro.

Risulta necessario, perciò, in ossequio ai parametri comunitari, un apparato di norme teso a regolamentare la materia in modo che il lavoratore somministrato, già esposto maggiormente al rischio di infortuni e malattie professionali rispetto ai lavoratori dipendenti stabilmente inseriti nell'azienda<sup>5</sup>, non subisca, a causa della scissione della figura datoriale, una carenza di tutela della propria salute e sicurezza, ma anzi, venga ad esso garantito lo stesso livello di prote-

---

<sup>4</sup> Per un'analisi della normativa prevenzionistica nel lavoro temporaneo e della conformità ai parametri comunitari si rinvia a Bortone, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Liso, Carabelli (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, F. Angeli, Milano, 1999, 323 ss.; Di Lecce, *Il lavoro interinale nell'attuale modello prevenzionistico*, in *D&L*, 2001, n. 4, 843 ss.; Lai, *Salute e sicurezza e nuove forme di lavoro*, in Id., *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, Giappichelli, Torino, 2002, 245 ss.; Id., *Salute e sicurezza e lavoro temporaneo*, in [www.cislsicilia.net/SALUTE-SICUREZZA/lai626.htm](http://www.cislsicilia.net/SALUTE-SICUREZZA/lai626.htm); Leone, *La sicurezza sul lavoro per i lavoratori interinali*, in Ricci (a cura di), *La sicurezza sul lavoro*, Cacucci, Bari, 1999, 95 ss.; Levi, *La posizione debitoria dell'impresa utilizzatrice di lavoro temporaneo, nel contesto della trilateralità del rapporto*, in Galantino (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Giuffrè, Milano, 2000, 295 ss.; Magno, *Problemi di sicurezza nel lavoro interinale*, in *RIMP*, 1997, I, 265 ss.; Rocca, *La normativa di tutela della salute e sicurezza dei prestatori di lavoro temporaneo*, in Biagi (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro. Commentario alla l. n. 196/97*, Giuffrè, Milano, 1997, 107 ss.; Stolfa, *Lavoro interinale e obblighi di sicurezza*, in *ISL*, 1997, n. 8, 486 ss.; M. Tiraboschi, *La legalizzazione del lavoro intermittente tramite "agenzia" nell'ordinamento giuridico italiano. Prime riflessioni sulla legge n. 196/97*, in *DRI*, 1997, n. 3, 45 ss.; M. Tiraboschi, *La legalizzazione della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo tra emersione del sommerso e promozione dell'occupazione. Osservazioni dal punto di vista della sicurezza sul lavoro*, in Biagi (a cura di), *op. cit.*, 113 ss.; M. Tiraboschi, *Salute e sicurezza dei lavoratori temporanei: l'anomalia del caso italiano*, in *DPL*, n. 18, 1284 ss.; M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999.

È doveroso precisare che avendo la somministrazione di lavoro mantenuto molte analogie con la disciplina del rapporto di fornitura di lavoro temporaneo, si farà riferimento per l'analisi delle norme prevenzionistiche, anche a posizioni dottrinali adottate per il lavoro temporaneo.

<sup>5</sup> I lavoratori assunti tramite agenzia sono spesso destinati a lavori pericolosi, monotoni e stressanti, e molte volte non viene garantita loro una sufficiente informazione e/o una adeguata formazione alla prevenzione. Ritrovandosi, inoltre, in realtà lavorative ogni volta differenti, viene loro preclusa la possibilità di sviluppare il senso di appartenenza e conoscenza degli ambienti di lavoro e dei relativi pericoli. Sul punto, ampiamente, M. Tiraboschi, *La legalizzazione della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo tra emersione del sommerso e promozione dell'occupazione ecc.*, cit., 116. Biagi, M. Tiraboschi, *Lavoro atipico: profili qualificatori e intensità dell'obbligo di sicurezza*, in *DRI*, 1999, n. 1, 59 ss.

zione offerto ai lavoratori dipendenti dell'utilizzatore in virtù del principio di parità di trattamento.

2. Prima di esaminare le norme predisposte al fine di ripartire compiti ed obblighi di sicurezza tra i due soggetti datoriali, è opportuno evidenziare che il legislatore ha imposto due *divieti* al ricorso della somministrazione relativi alla materia prevenzionistica<sup>6</sup>.

Il primo divieto di carattere *soggettivo* e mutuato dalla disciplina del lavoro temporaneo, riguarda il regime autorizzatorio delle agenzie per il lavoro che intendano svolgere attività di somministrazione<sup>7</sup>. Queste, infatti, per iscriversi all'albo di cui all'articolo 4, non devono occupare, nel proprio organico, personale direttivo che abbia riportato condanne penali, anche non definitive, "per delitti o contravvenzioni previsti da leggi dirette alla prevenzione degli infortuni sul lavoro", articolo 5, comma 1, lettera *d*).

Il secondo divieto al ricorso di somministrazione, ma di carattere *oggettivo*, viene imposto alle imprese che non abbiano effettuato la *valutazione dei rischi* ai sensi dell'articolo 4, decreto legislativo n. 626/1994, articolo 20, comma 5, lettera *c*).

La norma, che esorta le imprese utilizzatrici all'adempimento degli obblighi prevenzionistici, persegue lo scopo di inserire i lavoratori somministrati in una realtà affidabile ove si sia adempiuto a norma di legge agli obblighi inerenti la prevenzione degli infortuni e malattie professionali, primo fra tutti quello di aver compiuto la *valutazione dei rischi*<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> La l. n. 196/1997 già prevedeva diversi divieti alla stipulazione del contratto di fornitura di lavoro temporaneo, alcuni dei quali mantenuti dal d.lgs. n. 276/2003, come si è detto, ispirato e in linea di continuità con la precedente normativa. Deve rilevarsi che due particolari divieti non sono stati ripresi dal d.lgs. n. 276/2003. L'uno, stabilito dall'art. 1, comma 4, lett. *a*), per cui spettava alla contrattazione collettiva stabilire le ipotesi di divieto "(...) con particolare riguardo alle mansioni il cui svolgimento può presentare maggiore pericolo per la sicurezza del prestatore di lavoro o di soggetti terzi". Il secondo, previsto dal medesimo articolo, stesso comma, lett. *f*), veniva imposto per "le lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi individuati con decreto del Ministero del lavoro". Con quest'ultima disposizione il legislatore italiano aveva fatto propria la *facoltà* data dal legislatore comunitario nell'art. 5, par. 1, della direttiva n. 91/383/CE di poter limitare il lavoro interinale per le attività di particolare pericolosità per l'incolumità di un lavoratore temporaneo ad esse adibite. Tuttavia, l'attuale mancanza di una previsione analoga non si risolve in un inadempimento da parte dell'ordinamento, dato che il legislatore comunitario, come accennato, aveva lasciato agli Stati membri una semplice *facoltà* riguardo al divieto in questione.

<sup>7</sup> L'art. 4 del d.lgs. n. 276/2003 dispone che presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali è istituito un apposito Albo delle agenzie per il lavoro. Delle cinque sezioni, due riguardano le agenzie abilitate alla somministrazione di lavoro. La lett. *a*) individua la sezione per le agenzie abilitate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'art. 20, mentre la lett. *b*) indica quella destinata alle agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato abilitate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'art. 20.

<sup>8</sup> La valutazione dei rischi è tra le misure generali di prevenzione previste dal d.lgs. n. 626/1994. L'art. 4, d.lgs. n. 626/1994, stabilisce che "il datore di lavoro, in relazione alla natura dell'azienda ovvero dell'unità produttiva, valuta tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, nella scelta delle

La stessa, “presupposto dell’intero sistema di prevenzione”<sup>9</sup>, come noto posta in essere dal datore di lavoro, nella somministrazione di lavoro deve essere effettuata dal soggetto utilizzatore, il quale è pure obbligato a redigerne (nonché custodirne) il relativo documento. La ragione di ciò, risiede nel fatto che il lavoratore svolge la propria attività negli ambienti come pure nell’interesse di questo ultimo, rimanendo sottoposto al suo potere direttivo e di controllo.

Il somministratore, controparte contrattuale, è a sua volta tenuto all’accertamento dell’avvenuta valutazione dei rischi da parte dell’utilizzatore, costituendo questo ultimo adempimento, come si è visto, uno dei presupposti per la validità del contratto di somministrazione.

Difatti, un contratto di somministrazione stipulato con un’impresa utilizzatrice che non abbia effettuato la valutazione dei rischi comporta la qualificazione dello stesso come “irregolare” secondo quanto previsto dall’articolo 27, comma 1, ed il lavoratore potrà perciò richiedere al giudice, mediante ricorso *ex* articolo 414 c.p.c., la *costituzione* di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell’utilizzatore, con effetto dall’inizio della somministrazione.

La violazione del divieto in questione comporta altresì il pagamento di una sanzione amministrativa da 250 a 1250 euro, come sancito dall’articolo 18, comma 3, da parte di entrambi i soggetti datoriali<sup>10</sup>. Il predetto disposto, infatti, fa riferimento non solo all’utilizzatore inadempiente dell’obbligo di valutare i rischi quale destinatario della sanzione pecuniaria, ma anche al somministratore, tenuto, come si è visto, ad accertare l’avvenuta valutazione dei rischi da parte dell’utilizzatore.

Si consideri, inoltre, che nella somministrazione di lavoro la valutazione dei rischi ed il relativo documento assumono particolare importanza in quanto forniscono le informazioni necessarie affinché somministratore ed utilizzatore possano inserire nel contratto l’indicazione degli “eventuali rischi per l’integrità e la salute del lavoratore e le misure di prevenzione adottate”, elemento ritenuto necessario pena la *nullità* del contratto, dall’articolo 21, comma 1, lettera d).

---

attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, e nella sistemazione dei luoghi di lavoro”. In base a tale valutazione dovrà essere elaborato un documento contenente una relazione sulla valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute durante il lavoro, nella quale siano specificati i criteri adottati per la valutazione stessa, l’individuazione delle misure di prevenzione e protezione, i dispositivi di protezione individuale, nonché il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza. Deve segnalarsi che l’art. 4, d.lgs. n. 626/1994 è stato modificato dall’art. 21, comma 2, l. n. 39/2002, (legge comunitaria 2001), emanata a seguito della sentenza della Corte di Giustizia CE del 15 novembre 2001, n. 49/00, Von Bahr, Pres.; Stix-Hackl, Avv. Gen.; *Commissione c. Repubblica italiana*, in *DL*, 2002, II, n. 3, 208 ss.; ma anche in *MGL*, 2002, n. 4, 256. Per un’interessante analisi dei fatti in causa, si veda Smuraglia, *Sicurezza del lavoro e obblighi comunitari. I ritardi dell’Italia nell’adempimento e le vie per uscirne*, in *RIDL*, 2002, I, 183 ss.

<sup>9</sup> Lai, *Profili interpretativi e applicativi del D.Lgs. n. 626/1994*, in Id., *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, cit., 110.

<sup>10</sup> Così Rausedi, *Somministrazione di lavoro: sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2004, n. 16, 1066.

Si consideri, inoltre, che la mancanza anche solo di questa indicazione trasforma il prestatore di lavoro in lavoratore dipendente dell'utilizzatore (articolo 21, comma 4).

La rilevanza all'apposizione di simili contenuti da parte del legislatore, confermata dal fatto che in caso di mancanza, non solo il contratto è nullo, ma vi è la costituzione di un rapporto di lavoro tra lavoratore e utilizzatore, a cui si aggiunge la sanzione amministrativa di cui all'articolo 18, comma 3, in capo ad entrambi i soggetti datoriali, si giustifica in quanto i predetti elementi costituiscono il presupposto affinché il somministratore possa adempiere ad un obbligo di informazione verso il lavoratore.

Difatti, il somministratore, venuto a conoscenza del tipo di attività cui sarà preposto il proprio dipendente, dei relativi rischi ai quali andrà incontro e delle misure adottate, ha l'obbligo di comunicare tali informazioni per iscritto al lavoratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro, ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore (articolo 21, comma 3)<sup>11</sup>.

L'inadempimento di tale obbligo fa scattare il pagamento, da parte del solo somministratore, della sanzione pecuniaria amministrativa imposta dall'articolo 18, comma 3.

Non viene specificato, tuttavia, se il somministratore sia soggetto alla sanzione nell'ipotesi in cui, pur dando comunicazione al lavoratore, non rispetti il canone formale. Ad ogni modo, la scarsa efficacia di una comunicazione di tal genere data oralmente, fa presumere che anche il mancato utilizzo della forma scritta sia sanzionato *ex* articolo 18, comma 3.

**3.** Veniamo ora alla questione della ripartizione della titolarità degli obblighi di sicurezza tra soggetto somministratore e soggetto utilizzatore, in particolare quelli riguardanti l'informazione, la formazione e la sorveglianza sanitaria. Prima di analizzare il contenuto delle norme, va innanzitutto rimesso il merito al decreto legislativo n. 276/2003 di aver accorpato, in un unico comma, il comma 5 dell'articolo 23, le disposizioni riguardanti la titolarità degli obblighi

---

<sup>11</sup> Le norme in esame possono considerarsi la trasposizione di quanto stabilito dall'art. 7, direttiva n. 91/383/CE, secondo cui l'impresa e/o lo stabilimento utilizzatori, prima che il lavoratore assunto tramite agenzia sia messo a loro disposizione, precisino all'agenzia di lavoro interinale in particolare la qualifica professionale richiesta e le caratteristiche proprie del posto di lavoro da occupare (§ 1). Viene successivamente stabilito che l'agenzia di lavoro interinale comunichi tutti questi elementi ai lavoratori interessati, anche nel contratto di messa a disposizione (§ 2). Diversamente, la l. n. 196/1997 prevedeva per il lavoro temporaneo che le eventuali misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività fossero previste nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo tra agenzia fornitrice e lavoratore — art. 3, comma 3, lett. h). Va segnalato sul punto, inoltre, l'intervento integrativo da parte della contrattazione collettiva. L'art. 17, comma 2, lett. a), Ccnl del 28 maggio 1998 per il lavoro interinale, così come modificato dall'accordo di rinnovo dell'8 luglio 2002, prevede per i lavoratori temporanei a tempo determinato l'introduzione nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, al momento dell'assunzione, delle "misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività con l'indicazione del soggetto erogatore dell'informazione e dell'attività formativa (Responsabile della prevenzione e della protezione), nonché, ove possibile, del medico competente".

in materia di sicurezza, spettanti, seppur con diverso spessore, al somministratore e all'utilizzatore, la cui collocazione, nella precedente normativa, poteva esser oggetto di critiche per frammentarietà e scarsa sistematicità.

Relativamente agli obblighi di informazione e formazione, l'articolo 23, comma 5, primo periodo, stabilisce che il somministratore “*informa* i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale e li *forma e addestra* all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale essi vengono assunti in conformità alle disposizioni recate dal decreto legislativo n. 626/1994 e successive modifiche e integrazioni”.

La norma prosegue prevedendo la possibilità che “tale obbligo sia adempiuto dall'utilizzatore”. In tal caso, però, “ne va fatta indicazione nel contratto con il lavoratore”, affinché questi venga a conoscenza del soggetto titolare dell'obbligo di sicurezza nei suoi confronti.

L'uso del singolare per la parola “obbligo” lascerebbe intendere che vi sia la possibilità di trasferire per via pattizia esclusivamente *l'obbligo di formazione e addestramento* all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa.

L'obbligo di *informazione* sui rischi per la salute *connessi alle attività produttive in generale* resterebbe, invece, in capo al somministratore che, come si è visto, è già tenuto a comunicare per iscritto al lavoratore, secondo quanto previsto dall'articolo 21, comma 3, gli *eventuali* rischi per l'integrità e la salute e le misure di prevenzione adottate — articolo 21, comma 1, lettera *d*).

In tal senso, in capo al somministratore vi sarebbe da una parte un obbligo di informazione generico e di carattere prettamente teorico, dall'altra un obbligo informativo di natura più specifica riguardante i rischi e le misure adottate per prevenire gli stessi relativamente alla singola attività lavorativa.

Si ritiene, tuttavia, che essendo il somministratore datore di lavoro dal punto di vista formale, questo sia altresì obbligato a quanto disposto in sede di normativa generale dall'articolo 21, comma 1, lettera *a*), decreto legislativo n. 626/1994, secondo il quale “il datore di lavoro provvede affinché ciascun lavoratore riceva un'adeguata informazione sui rischi per la sicurezza e la salute connessi *all'attività dell'impresa in generale*”, non potendo, difatti, trascurarsi un obbligo informativo da parte del somministratore relativo alla organizzazione del lavoro nell'impresa, e perciò, ad esempio, dei rischi connessi all'attività di altri lavoratori<sup>12</sup>.

Diversamente dall'obbligo di informazione di cui sopra, come si accennava, l'obbligo di formazione e addestramento del lavoratore all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa posto dal

---

<sup>12</sup> La dottrina non concorda sul mancato coordinamento lessicale tra l'art. 21, comma 1, lett. *a*), d.lgs. n. 626/1994, in cui si parla, come si è visto, di rischi “connessi all'attività dell'impresa in generale” e l'art. 23, comma 5, d.lgs. n. 276/2003, che fa riferimento ai rischi “connessi alle attività produttive in generale”, ritenendo questo ultimo disposto teso a ridurre il livello di tutela garantito ai lavoratori assunti attraverso somministrazione di lavoro. In tal senso Soprani, *Somministrazione di lavoro e tutela prevenzionistica*, in *DPL*, 2004, n. 15, 994.

legislatore in capo al somministratore, può essere attribuito, mediante una delega, all'utilizzatore. Ciò si spiega in ragione del fatto che in talune circostanze si presenti la necessità da parte di questo ultimo di agire direttamente sulla formazione e addestramento del lavoratore, ad esempio per maggiore sicurezza nell'uso delle attrezzature, o per ragioni di convenienza, dovendo dimostrare il funzionamento dei macchinari esclusivamente nel luogo in cui si trovano<sup>13</sup>.

L'utilizzatore è, invece, espressamente richiamato ad *informare* il lavoratore secondo quanto previsto dal decreto legislativo n. 626/1994 e successive modifiche e integrazioni ove le mansioni alle quali è adibito il prestatore di lavoro richiedano una *sorveglianza medica speciale* o comportino rischi specifici<sup>14</sup>.

Il legislatore aggiunge come norma di chiusura del sistema prevenzionistico a tutela dei lavoratori somministrati che l'utilizzatore è altresì tenuto ad osservare "tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti ed è responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi" (articolo 23, comma 5, terzo e quarto periodo). La norma, di chiusura dell'intero sistema di ripartizione degli obblighi, esprime di fatto la volontà, da parte del legislatore, di aver equiparato, sotto il profilo prevenzionistico, il soggetto utilizzatore alla figura del datore di lavoro su cui normalmente incombono gli obblighi in materia di sicurezza, individuando perciò nel medesimo il destinatario dell'obbligo generale di cui all'articolo 2087 c.c.<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Questa lettura delle norme non troverebbe, tra l'altro, contraddizioni con i principi comunitari. Il legislatore comunitario, difatti, non specifica il soggetto tenuto alla formazione, richiedendo esclusivamente che questa sia "sufficiente e adeguata alle caratteristiche proprie del posto di lavoro, tenuto conto della qualificazione e esperienza del lavoratore" (art. 4, direttiva n. 91/383/CE), mentre conserva in capo all'agenzia fornitrice di lavoro, informata debitamente dall'utilizzatore circa la qualifica professionale e le caratteristiche proprie del posto di lavoro, l'obbligo di informare il lavoratore prima che questo svolga la propria attività (art. 7, direttiva n. 91/383/CE). Si vedano al riguardo le posizioni di Niccolai, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, 303; Stolfa, *op. cit.*, 489. Altra dottrina, invece, interpretando la delega come riferita ad entrambi gli obblighi di informazione e di formazione, ritiene la stessa in conflitto con il principio comunitario secondo il quale l'agenzia fornitrice dovrebbe rimanere obbligata ad informare il lavoratore in generale sulle caratteristiche del posto che andrà ad occupare (art. 7, direttiva n. 91/383/CE); così Magno, *Problemi di sicurezza nel lavoro interinale*, in *RIMP*, 1997, I, 269; Rossi, *Misure di sicurezza e lavoro interinale: gli obblighi del datore di lavoro*, in *RIMP*, 1997, 281. Ancora in disaccordo con la delega in questione Levi, *op. cit.*, 321.

<sup>14</sup> Si consideri che la norma traspone l'art. 3 della direttiva 91/383/CE, il quale stabilisce che l'impresa utilizzatrice deve informare il lavoratore dell'esigenza di una sorveglianza medica speciale e deve precisare "gli eventuali rischi aggravati specifici connessi con il posto di lavoro". La trasposizione, tuttavia, deve considerarsi parziale, in quanto il legislatore non ha previsto, come richiesto dalla norma comunitaria, che l'informazione debba vertere anche sull'esigenza di qualifiche o attitudini particolari.

<sup>15</sup> La scelta di rendere l'utilizzatore titolare e responsabile degli obblighi di sicurezza nei confronti dei lavoratori somministrati così come lo è nei confronti dei propri dipendenti deriva dall'art. 8, direttiva n. 91/383/CE che, facendo salva la responsabilità prevista dalla legislazione nazionale per l'agenzia di lavoro interinale, stabilisce che "l'impresa e/o lo stabilimento utilizzatori siano, per tutta la durata della missione, responsabili delle condizioni d'esecuzione del lavoro".

Sarà perciò l'utilizzatore tenuto a fornire al lavoratore somministrato i dispositivi di protezione individuale e disporre di un servizio di prevenzione e protezione informato della presenza in azienda di lavoratori assunti attraverso agenzia <sup>16</sup>.

4. Nella somministrazione di lavoro, così come avveniva per il lavoro temporaneo, l'istituto del controllo sanitario è denominato "sorveglianza medica speciale".

L'aggettivo "speciale" è riscontrabile nella stessa direttiva n. 91/383/CE ex articolo 5 e parrebbe voler dare un contenuto più specifico rispetto alla "sorveglianza medica sanitaria" richiesta obbligatoriamente nei casi previsti dalla normativa generale in tema di sicurezza e salute dei lavoratori (articoli 3, 16 e 17, decreto legislativo n. 626/1994) <sup>17</sup>.

A parere di alcuni l'elemento di specialità potrebbe rinvenirsi nella possibilità di stabilire la protrazione degli accertamenti sanitari oltre la cessazione dell'attività lavorativa, come suggerito, d'altra parte, dallo stesso legislatore comunitario <sup>18</sup>.

Il legislatore, tuttavia, non ne ha dato alcuna definizione specifica, come invece si suppone abbia richiesto la norma comunitaria <sup>19</sup>; al riguardo, perciò, si può far riferimento ad una definizione dottrinale secondo cui "sorveglianza medica speciale" sarebbe "il complesso di accertamenti specificamente prescritti per singole lavorazioni pericolose o agenti nocivi, quali piombo, amianto e rumore ai sensi del decreto legislativo n. 277/1991, per i videoterminali, gli agenti cancerogeni, gli agenti chimici e gli agenti biologici, ai sensi rispettivamente dei titoli VI, VII, VII-bis e VIII, decreto legislativo n. 626/1994" <sup>20</sup>.

Questione di interesse in merito all'istituto della *sorveglianza medica speciale* riguarda l'imputabilità all'uno o all'altro soggetto datoriale dell'obbligo di

---

<sup>16</sup> L'art. 6, direttiva n. 91/383/CE, non ancora trasposto esplicitamente nel nostro ordinamento richiede infatti che l'utilizzatore segnali la presenza e le funzioni assegnate ai lavoratori somministrati al servizio di prevenzione e protezione, in modo tale che questo possa svolgere la propria attività nei confronti di tutti i lavoratori dell'impresa.

<sup>17</sup> Rossi Gasparini, Lepore, *La normativa di tutela della salute e sicurezza dei prestatori di lavoro temporaneo*, in Biagi (a cura di), *op. cit.*, 114.

Si deve, tuttavia, segnalare l'opinione di chi, pur rimproverando una mancata armonizzazione dei termini, ritiene che parlare di "sorveglianza medica speciale" e "sorveglianza sanitaria" sia lo stesso, e che la diversa terminologia deriverebbe semplicemente da un mancato coordinamento lessicale tra la norma specifica e la normativa generale sul controllo sanitario. Così Bortone, *op. cit.*, 328.

<sup>18</sup> Rossi Gasparini, Lepore, *op. cit.*, 114. Gli Autori si collegano all'art. 5, par. 3, direttiva n. 91/383/CE, in cui si stabilisce, difatti, che gli Stati membri hanno la *facoltà* di prevedere che la sorveglianza medica speciale appropriata si protragga oltre la scadenza del rapporto di lavoro del lavoratore interessato.

<sup>19</sup> L'art. 5, direttiva n. 91/383/CE, prevede che i lavoratori che hanno un rapporto di lavoro tramite agenzia "a cui si fa appello per lavori che formano oggetto di una sorveglianza medica speciale *definita dalla legislazione nazionale* beneficino di una appropriata sorveglianza medica speciale".

<sup>20</sup> Lai, *La sicurezza del lavoro tra legge e contrattazione collettiva*, cit., 261.

nominare il medico competente agli accertamenti sanitari dei lavoratori assunti attraverso la somministrazione di lavoro.

Sul punto può essere d'aiuto quanto stabilito, come si è visto, dal quarto periodo, comma 5, dell'articolo 23, per cui l'utilizzatore osserva, nei confronti del lavoratore dipendente del somministratore, « tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti ed è responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi ».

Secondo tale ottica sarebbe l'utilizzatore il soggetto tenuto ad assicurare ai lavoratori somministrati un appropriato controllo sanitario; si aggiunga che ad alimentare l'ipotesi vi è anche il fatto che il medico competente dell'impresa utilizzatrice è l'unico soggetto a conoscenza dei rischi specifici cui il lavoratore è esposto in un determinato ciclo produttivo.

Si potrebbe, nondimeno, percorrere la soluzione opposta e cioè che sia il medico competente del somministratore incaricato ad effettuare gli accertamenti sanitari, soprattutto alla luce dell'introduzione, da parte del decreto legislativo n. 276/2003, dell'obbligo di inserire nel contratto di somministrazione le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e gli eventuali rischi per la salute ad esse collegate — articolo 21, comma 1, lettere *d*) ed *e*)<sup>21</sup>. Le indicazioni fornite dal contratto di somministrazione sarebbero utili al medico competente nominato dal somministratore per valutare efficacemente durante *tutto* l'arco del rapporto di somministrazione l'idoneità del lavoratore rispetto alle attività cui è destinato presso i diversi soggetti utilizzatori, confermando di volta in volta l'idoneità del lavoratore o prescrivendo accertamenti integrativi ove necessari.

L'ipotesi prospettata avrebbe il vantaggio di evitare al lavoratore una serie continua di accertamenti da parte dei diversi medici nominati presso le imprese utilizzatrici nelle ipotesi di "missioni" particolarmente brevi disposte dal medesimo somministratore, assicurando, nel contempo, un rapporto sanitario continuo con lo stesso medico<sup>22</sup>.

Tuttavia, in ragione della particolare articolazione del rapporto di lavoro in questione, si conviene con l'ipotesi prospettata da parte della dottrina<sup>23</sup> secondo cui è opportuno coinvolgere *sempre* nell'attività del controllo sanitario dei lavoratori entrambi i medici competenti, ciascuno nel proprio ambito di intervento.

Secondo tale orientamento, il sanitario nominato dal somministratore verrebbe chiamato all'accertamento *preventivo* al momento dell'assunzione, al fine di valutare l'idoneità del lavoratore a svolgere l'attività richiesta dal soggetto utilizzatore, mentre il medico competente dell'impresa ospitante sarebbe attivo per i controlli sanitari successivi, c.d. periodici, durante tutto il periodo di messa a disposizione del lavoratore presso l'utilizzatore.

---

<sup>21</sup> In tal senso Soprani, *op. cit.*, 995.

<sup>22</sup> Si veda al riguardo la posizione di Del Nevo, *Quando è necessario nominare il medico competente: gli obblighi reali in tema di sorveglianza sanitaria*, in *ISL*, 2001, n. 6.

<sup>23</sup> Di Lecce, *op. cit.*, 849. Del Forno, *Sicurezza e sorveglianza sanitaria nel lavoro interinale*, in *RivistAmbiente*, 2002, n. 2, 242.

5. Ulteriore disposizione di interesse in materia di sicurezza e salute, in linea di continuità con la precedente normativa del lavoro temporaneo, nonché corollario del principio di parità di trattamento tra lavoratori assunti tramite agenzia e lavoratori stabilmente occupati presso l'utilizzatore, risiede nell'articolo 22, comma 5, secondo cui i prestatori di lavoro, in caso di somministrazione, sono computati nell'organico dell'impresa utilizzatrice ai fini dell'applicazione delle normative di legge o di contrattazione collettiva relative alla materia dell'igiene e sicurezza sul lavoro, in via del tutto eccezionale rispetto alla restante disciplina del rapporto di lavoro<sup>24</sup>.

La previsione si giustifica in quanto i lavoratori assunti con contratto di somministrazione e i lavoratori dipendenti del soggetto utilizzatore, svolgendo l'attività nel medesimo ambiente lavorativo, nutrono un comune interesse sul piano della sicurezza e salute sul luogo di lavoro.

I lavoratori somministrati, ad esempio, verranno computati nell'organico dell'utilizzatore per l'ambito di operatività dell'autocertificazione relativa alla valutazione dei rischi, ai fini della determinazione del numero dei rappresentanti alla sicurezza, per l'indicazione del numero dei componenti dell'azienda ai fini dell'adempimento dell'obbligo di predisporre un servizio di prevenzione e protezione interno alle aziende o per le ipotesi in cui il datore di lavoro può svolgere direttamente il servizio di prevenzione e protezione (allegato I, decreto legislativo n. 626/1994).

Inoltre, la disposizione in commento, in combinato disposto con l'articolo 24, comma 2, in cui si prevede il diritto del prestatore di lavoro di esercitare presso l'utilizzatore per tutta la durata della somministrazione i diritti di libertà e di attività sindacale, rende possibile la partecipazione dei lavoratori somministrati all'elezione del rappresentante per la sicurezza e perciò la garanzia di essere da questo rappresentati e tutelati.

Si consideri, inoltre, che l'opinione prevalente rinviene anche la possibilità che il lavoratore assunto dal somministratore possa essere eletto come rappresentante per la sicurezza presso l'utilizzatore, a condizione che sia messo a disposizione di questo ultimo per un periodo congruo ad espletare efficacemente il mandato<sup>25</sup>.

Perciò, nel disegno del legislatore, così come il lavoratore somministrato viene ad acquisire lo *status* di "lavoratore" ex articolo 2, decreto legislativo n. 626/1994, l'utilizzatore, analogamente a quanto avveniva per il lavoro temporaneo, è equiparato sotto il profilo degli obblighi di sicurezza, alla figura del datore di lavoro cui normalmente sono imposti gli obblighi prevenzionistici previsti dalla normativa generale, il decreto legislativo n. 626/1994 e successive integrazioni e modificazioni.

---

<sup>24</sup> Si consideri che la norma riprende quanto stabilito per il lavoro temporaneo dall'art. 6, comma 5, legge n. 196/1997.

<sup>25</sup> Così Biagi, Lopez, *Terziario avanzato e nuovi lavori: osservazioni dal punto di vista della normativa prevenzionistica*, in *DRI*, 2000, n. 3, 305; Lai, *op. cit.*, 275. Di Lecce, *op. cit.*, 845. Dello stesso avviso, con riferimento alla disciplina della somministrazione di lavoro, Soprani, *op. cit.*, 996.

Una simile interpretazione, tuttavia, non può prescindere dalla ripartizione degli obblighi prevenzionistici relativi all'informazione, alla formazione e alla sorveglianza medica. Difatti, come si è visto, il legislatore ai fini di una più efficace tutela, ha comunque mantenuto gli obblighi relativi ai rischi di carattere *generale* in capo al somministratore, assegnando poi al soggetto utilizzatore tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti (e le responsabilità ad essi connessi), riguardanti soprattutto i rischi *specifici* relativi alle attività pericolose, alle attrezzature particolari e all'ambiente di lavoro <sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Così la maggior parte della dottrina interpretava le norme sul lavoro temporaneo, Lai, *op. cit.*, 266; Bortone, *op. cit.*, 330; Di Lecce, *op. cit.*, 847; Levi, *op. cit.*, 319; Stolfi, *op. cit.*, 488. In tal senso, riguardo alla somministrazione di lavoro, Mantovani, *Salute e sicurezza del lavoro nella riforma Biagi*, in *Guida al lavoro Pirola*, 2004, n. 20, 34.

## Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e qualifiche professionali elevate

*Stefano Malandrini*

*Sommario:* **1.** Domanda ed offerta di lavoro in provincia di Bergamo e personale con mansioni direttive. — **2.** Contratti di fornitura di lavoro temporaneo e problematiche operative riscontrate a livello locale. — **3.** Un'ipotesi aggiuntiva di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. — **4.** I contenuti dell'intesa.

**1.** Le dinamiche occupazionali in provincia di Bergamo si contraddistinguono per un tasso di disoccupazione estremamente contenuto, che per quanto riguarda la componente maschile si colloca, in riferimento al 2003, allo 0,5 per cento <sup>1</sup>: un dato che identifica una soglia di disoccupazione puramente “frizionale” e che rappresenta il miglior risultato conseguito in ambito regionale — la disoccupazione media maschile nella regione Lombardia è del 2,5 per cento — posizionandosi 6,3 punti percentuali al di sotto del tasso medio maschile italiano <sup>2</sup>.

Nonostante le difficoltà congiunturali che, negli ultimi anni, hanno spesso comportato il ricorso a processi di riconversione, riorganizzazione, ristrutturazione aziendale, in particolare per quanto riguarda alcuni comparti industriali ampiamente coinvolti dall'intervento di ammortizzatori sociali e di forme di flessibilità in uscita dal posto di lavoro <sup>3</sup>, il mercato del lavoro in provincia di Bergamo si contraddistingue infatti per una forte capacità di assorbimento di manodopera e quindi di tenuta occupazionale (dovuta alla composizione articolata del tessuto economico locale, alla forte internazionalizzazione, alla compresenza di distretti, di realtà industriali particolarmente strutturate, di un ampio numero di PMI operanti in reti o filiere fortemente integrate), confermata anche dalla crescente tendenza all'assunzione di personale extra-Unione europea, con un numero di istanze di autorizzazione all'ingresso di lavoratori

---

\* *Stefano Malandrini è dirigente dell'Area sindacale dell'Unione Industriali della Provincia di Bergamo.*

<sup>1</sup> Fonte dati: CCIAA Bergamo-Istat. La rilevazione si riferisce alla fascia d'età 15-64 anni.

<sup>2</sup> Pari al 6,8 per cento nel 2003.

<sup>3</sup> A titolo esemplificativo, i dati diffusi dalla Commissione provinciale per l'impiego ad aprile 2004 evidenziano, in riferimento al comparto dell'industria tessile, un ricorso alla CIGO, nel corso del 2003 e nei primi mesi del 2004, da parte di 66 aziende per 4.591 dipendenti coinvolti, un ricorso alla CIGS da parte di 5 aziende per 345 dipendenti coinvolti, 19 procedure di mobilità per 441 dipendenti.

stranieri — depositate dalle imprese interessate presso la locale Direzione provinciale del lavoro — in proporzione di 15/1 rispetto alle autorizzazioni concesse <sup>4</sup>.

In particolare, una campionatura svolta nel 2002 <sup>5</sup> dal servizio sindacale dell'Unione, riferita alle procedure di licenziamento collettivo condotte *ex* articoli 4 e 24 della legge n. 223/1991 in 46 imprese associate, per 941 esuberi complessivi, ha evidenziato che il personale posto in mobilità riesce a trovare una collocazione lavorativa alternativa entro un periodo medio di poche settimane <sup>6</sup>, anche se spesso in comparti o settori di attività differenti da quello di provenienza. La scomposizione dei dati relativi al *trend* occupazionale sopra citato rivela un leggero aggravio (seppure sempre piuttosto contenuto, se considerato in termini assoluti) delle difficoltà occupazionali per il personale di età compresa tra i 15 ed i 24 anni <sup>7</sup>, a conferma evidentemente delle maggiori opportunità che il mercato del lavoro locale offre alle professionalità più formate, a discapito di chi ancora si trova in fase di inserimento al lavoro e di crescita professionale. Tuttavia a fronte di una crescente difficoltà delle imprese nel reperire qualifiche operaie con un significativo grado di esperienza, da adibire a mansioni specializzate o qualificate, che impedisce l'insorgenza di problematiche occupazionali rilevanti per tali figure professionali, occorre rilevare che a livello provinciale sono presenti criticità piuttosto forti per la ricollocazione di personale con livello di professionalità elevato, soprattutto in riferimento a soggetti d'età superiore a 40 anni <sup>8</sup>.

Si consideri infatti che, nell'analisi annuale condotta da Federmanager-Bergamo, riferita agli iscritti attivi, su 30 licenziamenti disposti nel 2003 addirittura 22 (ovvero il 73,3 per cento del totale) si riferiscono a soggetti di età compresa tra 42 e 55 anni <sup>9</sup>. Una tendenza in linea con le rilevazioni dei centri per l'impiego della Provincia di Bergamo, che evidenziano — oltre ad un saldo complessivo annuo sempre positivo e un incremento tendenziale nel ricorso a tipologie contrattuali atipiche (approssimativamente 2/3 del totale degli avvia-

---

<sup>4</sup> Una stima compiuta congiuntamente dal servizio sindacale dell'Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo e dall'ufficio stranieri della Direzione provinciale del lavoro nel 2002 ha evidenziato un *trend* annuo di circa 1.500 richieste di ingresso di personale straniero *ex* artt. 22 e 24 del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, (lavoro subordinato a tempo determinato ed indeterminato e lavoro stagionale), a fronte del rilascio di un numero di autorizzazioni oscillante — negli ultimi anni — intorno a solo 100 unità.

<sup>5</sup> Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo, servizio sindacale, *Oltre l'art. 18*, maggio 2002, aggiornamento.

<sup>6</sup> In particolare, la campionatura ha evidenziato una durata media della procedura di consultazione sindacale di solo 28,02 giorni ed un tendenza alla successiva impugnazione dei licenziamenti estremamente ridotta, a conferma dell'assenza — in linea generale — di particolari problematiche occupazionali connesse alla gestione degli esuberanti collettivi.

<sup>7</sup> In relazione a tale fascia di età, il tasso di disoccupazione maschile e femminile è pari all'8,4 per cento, ovvero oltre il doppio di quello riferito alla fascia 30-64 anni, pari al 3,3 per cento.

<sup>8</sup> A tale proposito si valuti che, secondo le stime della segreteria provinciale Cisl di Bergamo, aggiornate a dicembre 2003, il 33 per cento degli esuberanti conseguenti a procedure di mobilità coinvolge personale con età superiore a 50 anni.

<sup>9</sup> Analisi aggiornata al 31 dicembre 2003. Fonte dati: Federmanager-Bergamo.

menti al lavoro disposti nell'anno 2003 riguarda rapporti a tempo determinato, cfl, apprendistato, part-time)<sup>10</sup>, solitamente rivolte a soggetti giovani — la prevalenza di lavoratori disoccupati nella fascia costituita dal personale con oltre 40 anni di età<sup>11</sup>. Un dato da integrare con le analisi condotte dalla CCIAA nel 2003 e riferite ai programmi di assunzioni delle imprese suddivise per qualifiche professionali: i dirigenti risultano l'unica categoria per la quale è previsto un saldo negativo<sup>12</sup>.

2. Una campionatura condotta presso le imprese associate all'Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo<sup>13</sup>, precedente la definizione della nuova formula legale della "somministrazione" di lavoro, ha consentito di constatare che, tra le principali problematiche lamentate dalle società utilizzatrici di lavoratori temporanei, emerge il riscontro di una generale carenza di qualifiche professionali idonee a soddisfare le esigenze aziendali, nonché della scarsa corrispondenza tra le capacità professionali dimostrate dal personale inviato in missione e le aspettative/richieste espresse inizialmente dalle direzioni aziendali, in sede di trattativa commerciale<sup>14</sup>. Un problema emerso con particolare rilievo in riferimento alle qualifiche professionali più elevate ed in conseguenza del quale alcune imprese, rientranti nel campione indagato, hanno riferito di procedere a verifiche preventive ed accurate dei profili selezionati dalle società di fornitura, per l'indispensabile accertamento delle effettive capacità dei lavoratori.

La prospettiva di ricevere in missione personale non sempre corrispondente alle esigenze dell'azienda costituisce pertanto un problema particolarmente avvertito dalle imprese utilizzatrici, in quanto tende ad influenzare, seppure indirettamente, sia la valutazione del costo della fornitura, sia la previsione della corrispondenza tra la tempestività e accuratezza del servizio offerto e le necessità aziendali, ovverosia interessa — secondo gli esiti della campionatura svolta — i principali fattori che determinano l'inserimento di personale attraverso questa specifica tipologia di rapporto di lavoro<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> A titolo esemplificativo si consideri che a dicembre 2003 le quattro tipologie contrattuali citate hanno complessivamente raggiunto quota 7.091 unità, a fronte di un numero totale di avviamenti pari a 9.161 unità.

<sup>11</sup> 2.748 su 5.920, in riferimento alla sola componente maschile.

<sup>12</sup> Pari a-12 unità. Fonte dati: indagine congiunturale CCIAA Bergamo, anno 2003.

<sup>13</sup> Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo, servizio sindacale, *Lavoro temporaneo: il parere delle aziende. Breve indagine sui rapporti tra sistema industriale bergamasco e società di fornitura di lavoro temporaneo*, ottobre 2002.

<sup>14</sup> In riferimento alla media ponderata in base al numero delle missioni, in oltre il 90 per cento del campione, è stata riscontrata una quota di problematicità riconducibile all'inadeguatezza delle competenze professionali dei lavoratori inviati in missione. Si consideri inoltre che le imprese che non hanno evidenziato difficoltà sono di fatto ricorse a prestazioni di lavoratori temporanei solo per mansioni di contenuto professionale particolarmente ridotto.

<sup>15</sup> Cfr. Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo, servizio sindacale, *Lavoro temporaneo: il parere delle aziende. Breve indagine sui rapporti tra sistema industriale bergamasco e società di fornitura di lavoro temporaneo*, cit., 17.

Proprio in conseguenza di tali problematicità è particolarmente frequente, da parte delle imprese utilizzatrici, il ricorso a molteplici contatti con varie società di fornitura presenti nell'ambito territoriale di riferimento, per selezionare i lavoratori temporanei necessari all'impresa. La media provinciale intersettoriale prevede infatti il coinvolgimento di almeno tre società per ogni contratto sottoscritto<sup>16</sup>.

In particolare la campionatura ha anche evidenziato l'esigenza aziendale, presente in misura ridotta ma comunque significativa<sup>17</sup>, di attivare contratti di fornitura aventi ad oggetto mansioni di contenuto professionale particolarmente elevato, soprattutto per quanto riguarda le aree della produzione, dell'amministrazione e dei rapporti commerciali<sup>18</sup>. Si tratta della necessità di prestazioni saltuarie ma qualificate, di supporto all'operatività ordinaria dell'azienda, utili solo per periodi brevi ma ricorrenti. Un'esigenza che — in vigenza della normativa sui contratti di fornitura di lavoro temporaneo — ha trovato un forte ostacolo nelle difficoltà operative sopra evidenziate, acute dalla particolare delicatezza delle mansioni affidate a tali lavoratori.

È tuttavia evidente che le problematiche esposte sono di carattere endogeno, ovvero derivano dalle dinamiche operative che attengono ai confronti instaurati in sede di definizione dei rapporti di fornitura e non sono riconducibili a caratteristiche oggettive del mercato del lavoro locale. L'analisi condotta nel precedente paragrafo, riferita all'andamento dei tassi di disoccupazione, evidenzia infatti — a fronte delle esigenze aziendali sopra espresse — la presenza di un significativo "bacino" costituito da lavoratori di qualifica professionale elevata, con età anagrafica superiore ai 40 anni, forte esperienza/competenza professionale, disponibili al lavoro in azienda ma difficilmente in grado di reperire occasioni occupazionali di carattere subordinato o continuativo. Personale che appare quindi potenzialmente interessato a svolgere prestazioni di durata più o meno lunga, attraverso specifiche missioni, eventualmente alternate a prestazioni parasubordinate<sup>19</sup> od a contratti di consulenza e di lavoro autonomo *ex* articolo 2222 c.c. con altri committenti.

**3.** La disposizione di cui alla lettera *i*) dell'articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003, che consente la definizione di ipotesi lecite di ricorso alla nuova formula della "somministrazione a tempo indeterminato" (*c.d. staff leasing*) da parte della contrattazione collettiva anche territoriale, ha individuato una

---

<sup>16</sup> Cfr. Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo, servizio sindacale, *Lavoro temporaneo: il parere delle aziende. Breve indagine sui rapporti tra sistema industriale bergamasco e società di fornitura di lavoro temporaneo*, cit., 16.

<sup>17</sup> Il *trend* è confermato dalle stime di Unimpiego-Bergamo, il cui servizio di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro interessa, in misura superiore al 50 per cento, qualifiche professionali impiegate ovvero di contenuto particolarmente elevato, nonché dalle segnalazioni che pervengono al servizio sindacale dell'Unione.

<sup>18</sup> È quanto emerso anche in sede di confronto congiunto con la Presidenza di Federmanager-Bergamo, svolto in data 12 maggio 2004 presso l'area formazione dell'Unione degli Industriali.

<sup>19</sup> Co.co.co. ovvero prestazioni a progetto *ex* artt. 61 e ss., d.lgs. n. 276/2003, a seconda delle caratteristiche dell'attività nonché della posizione pensionistica individuale.

possibile linea di intervento, idonea ad agevolare la risoluzione delle problematiche espresse nel precedente paragrafo e non superabili con l'abrogata tipologia dei contratti di fornitura. Valorizzando tale opportunità, le parti sociali interessate hanno conseguentemente concordato un'ipotesi sperimentale di attivazione dello *staff leasing*, attraverso una specifica intesa successivamente ratificata per adesione dalle principali società di fornitura/somministrazione presenti in provincia di Bergamo<sup>20</sup>. L'accordo provinciale consente la somministrazione a tempo indeterminato di personale con mansioni dirigenziali o comunque direttive, in tutti i comparti industriali.

In particolare si consideri che:

— la trattativa sviluppata tra la locale associazione di rappresentanza delle imprese e l'organismo sindacale di tutela della categoria dei dirigenti di aziende industriali è stata caratterizzata da un approccio collaborativo, che ha agevolato la definizione congiunta di una ipotesi di soluzione alle problematiche afferenti la ricollocazione al lavoro di qualifiche professionali particolarmente elevate e quindi più "difficili" da reinserire. Si consideri inoltre che il coinvolgimento delle parti sociali di livello provinciale consente già di per sé maggiori opportunità di ricollocazione, in quanto favorisce l'incontro puntuale e tempestivo tra le richieste e le offerte di lavoro raccolte da tali interlocutori. Rileva inoltre la stabilità del rapporto tra soggetto somministrato ed impresa utilizzatrice che, in riferimento a mansioni di contenuto professionale elevato, costituisce un fattore di particolare interesse per le imprese e non era ottenibile con il modello di contratto di fornitura disciplinato dalla legge n. 196/1997;

— il confronto sindacale è stato condotto dopo una attenta valutazione della trasversalità/intersettorialità delle problematiche riguardanti la ricollocazione delle figure professionali a cui l'intesa è rivolta, nonché dopo la disamina delle particolari caratteristiche del mercato del lavoro presente a livello locale. Si tratta di fattori che particolarizzano e contestualizzano i contenuti dell'accordo, giustificando l'intervento del livello territoriale di contrattazione, in alternativa a quello nazionale, con modalità tese ad evitare sovrapposizioni con le trattative che interverranno progressivamente, ad opera delle associazioni e dei sindacati di categoria, in attuazione del rinvio di cui alla lettera i) dell'articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003;

— è stato ritenuto utile impostare un doppio canale d'intervento a supporto della ricollocazione dei lavoratori, valorizzando — parallelamente alla somministrazione a tempo indeterminato — anche una più semplice attività di mediazione privata tra domanda ed offerta di lavoro, attraverso l'instaurazione di una procedura di collaborazione tra le parti sociali sottoscrittrici, finalizzata ad agevolare il riscontro di opportunità di lavoro tradizionali, di carattere subordinato e parasubordinato;

— l'intesa rinvia alla successiva contrattazione collettiva nazionale per la definizione dell'indennità di disponibilità spettante al personale somministrato,

---

<sup>20</sup> Si tratta, ad oggi, di 5 società di fornitura/somministrazione, che coprono oltre il 70 per cento del mercato locale.

in quanto non intende generare indebite sovrapposizioni con altri piani di confronto, peraltro già in corso di sviluppo;

— la sottoscrizione anticipata dell'intesa, rispetto alla effettiva decorrenza della normativa in tema di somministrazione a tempo indeterminato<sup>21</sup>, è dovuta al carattere innovativo dell'accordo ed alla conseguente intenzione di proporlo quale modello di riferimento per successive trattative, anche riguardanti qualifiche professionali di contenuto meno elevato.

**4.** L'accordo è stato stipulato tra Unione Industriali e Federmanager-Bergamo, ovvero l'articolazione territoriale del sindacato nazionale rappresentativo dei dirigenti di aziende industriali, sottoscrittore del Ccnl di settore applicato alle aziende associate a Confindustria. In particolare le parti hanno tratto spunto dalla facoltà concessa dalla disposizione di cui all'articolo 20, comma 3, lettera i), del decreto legislativo n. 276/2003, attuativo della legge delega n. 30/2003, che autorizza la costituzione di contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato anche in ipotesi definite dalla contrattazione collettiva territoriale. L'obiettivo, prefissato dalle parti in sede di apertura della trattativa, si fonda sulla condivisione dell'opportunità di adottare strumenti di valorizzazione delle risorse umane aziendali che ricoprono ruoli caratterizzati da particolare autonomia funzionale, con specifico riferimento alla categoria dei dirigenti, come definiti dall'articolo 1 del vigente Ccnl Confindustria-Federmanager<sup>22</sup>. Per ragioni prudenziali, dovuti al carattere innovativo dell'intesa, si è optato per un contratto a tempo determinato di 12 mesi, con rinnovo automatico anno per anno fatto salvo l'esercizio della facoltà di disdetta unilaterale con preavviso.

Per ragioni di rappresentatività del sindacato sottoscrittore, l'intesa è stata rivolta al solo personale che ha ricoperto la qualifica di dirigente di aziende industriali per un periodo minimo di sei mesi nell'ultimo biennio. A tali lavoratori è stato reso possibile un doppio canale di inserimento al lavoro, a seconda delle esigenze individuali:

1. se il lavoratore è interessato a prestazioni di lavoro dipendente, ovvero con contratto a progetto, ovvero con contratto per prestazione occasionale, la disponibilità individuale raccolta dal sindacato viene trasferita alle imprese attraverso le società abilitate allo svolgimento di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro, collegate all'associazione datoriale. Per questo primo canale di intervento, l'aspetto innovativo consiste nella formalizzazione di un percorso collaborativo di circolazione delle richieste/offerte di lavoro, condiviso e supportato dalle parti sociali;

---

<sup>21</sup> L'accordo è stato sottoscritto nella fase transitoria che ha trovato svolgimento in assenza della decretazione attuativa prevista dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276/2003. Vedilo all'indirizzo internet: [www.csmb.unimo.it/dri/2-2004.html](http://www.csmb.unimo.it/dri/2-2004.html)

<sup>22</sup> "Sono dirigenti i prestatori di lavoro per i quali sussistano le condizioni di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c. e che ricoprono nell'azienda un ruolo caratterizzato da un elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale ed esplicano le loro funzioni al fine di promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell'impresa".

2. se il lavoratore è interessato alla formula del lavoro temporaneo, viene consentita la sottoscrizione di contratti di somministrazione a tempo indeterminato nelle funzioni aziendali ove dovessero riscontrarsi l'esigenza di "prestazioni caratterizzate da elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale, per promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell'impresa ovvero collaborare a tal fine, con un grado di autonomia riferibile alla categoria dei dirigenti o comunque a mansioni direttive di particolare od elevato contenuto professionale".

In riferimento al punto 2, si consideri che tali mansioni possono quindi esulare da quelle proprie delle sole qualifiche dirigenziali, in quanto funzioni genericamente "direttive" sono ricopribili anche da quadri ovvero da impiegati con livello di inquadramento particolarmente elevato.

L'accordo prevede inoltre un coinvolgimento progressivo delle società di fornitura/somministrazione, attraverso la semplice ratifica dell'intesa, al fine di favorire l'estensione del suo ambito di applicazione. Per la regolamentazione della somministrazione è fatto integrale rinvio agli articoli 20 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003. Per quanto attiene infine alle indicazioni di cui all'articolo 22, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003 si consideri che, nella definizione della misura dell'indennità mensile di disponibilità per i periodi nei quali il lavoratore somministrato rimane in attesa di assegnazione, si è ritenuto opportuno non stabilire un importo ma fare riferimento a quanto previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro applicato alle società di fornitura/somministrazione. Si valuti a tale proposito che specifici confronti sono già intercorsi tra le associazioni datoriali e sindacali nazionali, per definire contrattualmente questa indennità, concordando — almeno transitoriamente — il rinvio all'applicazione di quanto definito dalla previgente disciplina contrattuale nazionale riguardante i contratti a tempo indeterminato per prestazioni di lavoro temporaneo. Tuttavia manca — al momento — una condizione del tutto esaustiva dei criteri di risoluzione delle problematiche applicative che ne derivano, soprattutto in relazione alle modalità con cui tali intese si rapportano alla sopravvenuta decretazione ministeriale che ha determinato gli importi minimi inderogabili delle indennità di disponibilità di cui al citato articolo 22.

## La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003

Chiara Bizzarro e Michele Tiraboschi

*Sommario:* **1.** Premessa. — **2.** Legittimità del distacco e certezza dei rapporti giuridici sottostanti. — **3.** Somministrazione, appalto, distacco. — **4.** L'interesse del distaccante. — **5.** Distacco e procedure di mobilità. — **6.** In particolare l'interesse nell'ipotesi di distacco all'interno del gruppo di imprese. — **7.** La temporaneità del distacco. — **8.** La prassi del rimborso. — **9.** Il consenso del lavoratore nel distacco. Il mutamento di mansioni. — **10.** Distacco e trasferimento. — **11.** Conclusioni.

**1.** Oggetto di ampia elaborazione dottrinale<sup>1</sup> e giurisprudenziale<sup>2</sup>, l'istituto del distacco ha trovato una sua compiuta disciplina legale nell'ambito dei rapporti di lavoro privatistici<sup>3</sup> soltanto di recente. Il distacco, infatti, è ora definito e regolato all'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.

---

\* Chiara Bizzarro è assegnista di ricerca del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi" dell'Università di Modena e Reggio Emilia.

Michele Tiraboschi è professore straordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

Sebbene si tratti di una riflessione comune ai due Autori, a Chiara Bizzarro sono attribuibili i §§ 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 e a Michele Tiraboschi i §§ 1, 2, 3 e 11.

<sup>1</sup> Cfr., tra gli altri, Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002; M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, 178 ss.; De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza: interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, F. Angeli, Milano, 1995, spec. 281 ss.; Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, 646; Grandi, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *EGT*, 1990, XX, 5 ss.; Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1980, 53 ss.; Magno, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1976, 205 ss.

<sup>2</sup> Cfr. Cass. Civ., 7 novembre 2000, n. 14458, in *OGL*, 2000, I, 968; Cass. Civ., 7 giugno 2000, n. 7743, in *NGL*, 2000, 769; Cass. Civ., 26 maggio 1993, n. 5907, in *GI*, 1996, I, 848 con nota di Pacchiana Parravicini; Cass. Civ., 3 dicembre 1986, n. 7161, in *MGL*, 1987, 344 con nota di Sbrocca; Cass. Civ., 10 giugno 1999, n. 5721, in *RIDL*, 2000, II, 36 con nota di Caro; Cass. Civ., 23 aprile 1992, n. 4851, in *RIDL*, 1993, II, 445, con nota di Pizzoferrato; Cass. Civ., 16 giugno 1992, n. 7328, in *DL*, 1993, II, 443 con nota di Canali De Rossi; Cass. Civ., S.U., 13 aprile 1989, n. 1751, in *DL*, 1989, II, 467 con nota di Assorgia; Cass. Civ., 8 febbraio 1988, n. 1325, in *NGL*, 1988, 648; Cass. Civ., 22 gennaio 1987, n. 614, in *MGC*, 1987, 194; Cass. Civ., 8 febbraio 1985, n. 1013, in *MGC*, 1985, 347; Cass. Civ., 3 agosto 2001, n. 10771, in *MGC*, 2001, 1550; Cass. Civ., 10 agosto 1999, n. 8567, in *DPL*, 2000, 264; Cass. Civ., 26 maggio 1996, n. 7762, in *MGC*, 1996, 1210; Cass. Civ., 4 giugno 1992, n. 6807, in *MGC*, 1992, 915; Cass. Civ., 18 giugno 1991, n. 6911, in *MGC*, 1991, 918.

<sup>3</sup> Come noto il distacco e il comando — termini che nel rapporto di lavoro privato sono sinonimi e spesso costituiscono una endiadi (così: Ichino, *Il contratto di lavoro. I*, Giuffrè, Milano, 2000, 496) — sono invece istituti esplicitamente regolamentati, con una disciplina parzialmente difforme da quella di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003, nel pubblico impiego (artt. 56-57, T.U. 3/1957).

276, di attuazione dell'articolo 1, comma 2, lettera *m*), n. 3, della legge 14 febbraio 2003, n. 30, che, come noto <sup>4</sup>, non trova applicazione ai rapporti di lavoro nell'ambito della Pubblica Amministrazione.

Nell'ambito di una complessiva riforma delle prestazioni di lavoro rese a favore di terzi, la legge delega prospettava, invero, la ridefinizione dei casi di « comando e distacco »; tanto che parte della dottrina ha subito rilevato una discrasia tra l'espressione adottata dalla legge delega e quella adottata dal decreto delegato che effettivamente parla solo di distacco <sup>5</sup>. Tali perplessità non sembrano tuttavia condivisibili perché prive di rilevanza pratica e, anche, in ragione del fatto che nel settore privato i termini « comando e distacco » sono stati sempre utilizzati come sinonimi e sostanzialmente costituivano una endiadi <sup>6</sup>. Il decreto delegato si limita pertanto a portare chiarezza terminologica e a semplificare il *nomen* dell'istituto.

Più interessante è rilevare, per contro, che l'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nel tipizzare la fattispecie per il settore privato, recepisce taluni orientamenti evolutivi emersi in una elaborazione dottrinale e giurisprudenziale più che decennale relativa al campo di applicazione e alla finalità della legge n. 1369/1960. E questo è evidente già a partire dal profilo definitorio, là dove il decreto dispone che il distacco si realizza legittimamente allorché un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. L'istituto del distacco assume ora una configurazione giuridica maggiormente definita e certa. E questo anche a seguito della circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 15 gennaio 2004, n. 3 <sup>7</sup>, che, nel precisare le finalità dell'intervento del legislatore delegato, fornisce un importante ausilio nella interpretazione del nuovo dato legale <sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Sulla esclusione del settore pubblico dal campo di applicazione della riforma Biagi del mercato del lavoro cfr. l'art. 1, comma 2, e l'articolo 86, comma 8, del d.lgs. n. 276/2003. In dottrina cfr., per tutti, Mainardi, Salomone, *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, 34 ss. e, con specifico riferimento al distacco, spec. 49-51.

<sup>5</sup> In questo senso cfr. Esposito, *L'incerta collocazione del "comando" e del "distacco" nelle fattispecie interpositive*, in De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, ES, Napoli, 147-148, in particolare sub nota 1, e Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 2004, 110, sub nota 66.

<sup>6</sup> Come riconosce la dottrina maggioritaria, con riferimento all'impiego privato, i termini comando e distacco sono sempre stati utilizzati come sinonimi. Oltre a Ichino, *Il contratto di lavoro*, I, cit., 496, cfr. Magrini, *op. cit.*, 53 e M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 178. *Contra*, coerentemente con quanto sostenuto ora (*supra*, nota 5), Esposito, *La mobilità a favore del terzo*, cit., 73 ss.

<sup>7</sup> Vedila in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice analitico A-Z, voce *Distacco*.

<sup>8</sup> L'elaborazione sull'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 è invero già copiosa. Cfr., tra gli altri, i contributi di Monaco, *Il distacco del lavoratore*, in M.T. Carinci, Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, 204 ss.; Del Punta, *La nuova*

Una attenta valutazione della elaborazione compiuta da dottrina e giurisprudenza relativamente alla fattispecie del distacco (v. *infra*, § 2) consente in effetti di evidenziare talune rilevanti incertezze interpretative sollevate dalla assenza di un sicuro dato normativo a fronte del drastico divieto di cui alla legge n. 1369/1960; incertezze tali da giustificare, al di là di letture superficiali della complessa disciplina in materia di interposizione nei rapporti di lavoro<sup>9</sup>, un intervento esplicito del legislatore quantunque limitato al sostanziale consolidamento dei principali indirizzi interpretativi evolutivi sin qui emersi in modo non sempre coerente sul piano della casistica giurisprudenziale. Peraltro, è proprio in questa prospettiva di analisi, che sviluppa la riflessione sull'istituto a partire dagli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali emersi in vigenza della legge n. 1369/1960, che sarà più agevole prospettare una ipotesi ricostruttiva complessiva relativa al rapporto sussistente, nell'ambito della nuova disciplina di cui al titolo III del decreto legislativo n. 276/2003, tra distacco, da un lato, e interposizione e appalto, dall'altro lato.

2. Secondo una linea di politica legislativa che caratterizza l'intero decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276<sup>10</sup>, anche con riferimento all'istituto del distacco, il legislatore delegato sviluppa — e rende di applicazione generalizzata — taluni orientamenti giurisprudenziali di carattere evolutivo rispetto al quadro normativo previgente, soprattutto con riferimento alla legge n. 1369/1960<sup>11</sup>, confermando in primo luogo la legittimità del distacco. In effetti, come riconosciuto dalla giurisprudenza<sup>12</sup> e confermato in sede di

---

*disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 176 ss.; Vallebona, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 109 ss.; Angiello, *Il distacco del lavoratore. Commento all'art. 30*, in Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 339 ss.; Esposito, *L'incerta collocazione del "comando" e del "distacco" nelle fattispecie interpositorie*, cit., 147 ss.; Chieco, *op. cit.*, 109 ss. Cfr. altresì, se vuoi, M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004, 227 ss.

<sup>9</sup> In questo senso cfr., per esempio, Rotondi, *Disciplina legislativa del distacco: opportunità o limite?*, in *DPL*, 2004, n. 6, 402-403, secondo cui una regolamentazione legale del distacco deve ritenersi superflua, nonché disincentivante del ricorso a questo strumento, derivando la disciplina del medesimo dalla semplice applicazione dei principi generali che regolamentano il rapporto di lavoro.

<sup>10</sup> Si pensi, in particolare, alla nuova disciplina dell'appalto, nonché all'intervento sulle collaborazioni coordinate e continuative. Per un tentativo di dimostrazione di questo assunto cfr., *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in Bianchi, Bonati, Cacciapaglia, De Fusco, Di Nunzio, Gremigni, Magnani, Meteresca, M. Tiraboschi (a cura di), *Le nuove collaborazioni*, in *Gli speciali di Guida al Lavoro*, gennaio 2004, 14 ss., e M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 205 ss.

<sup>11</sup> Cfr. diffusamente *infra*, nel testo, e in particolare le conclusioni.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. Civ., 17 marzo 1981, n. 1560, in *NGL*, 1981, 246; Cass. Civ., 23 aprile 1981, n. 2437, in *MGI*, 1981, 661; Cass. Civ., 26 febbraio 1982, n. 1264, in *NGL*, 1982, 107; Cass. Civ., 6 luglio 1982, n. 4017, in *NGL*, 1982, 405; Cass. Civ., 14 febbraio 1983, n. 1131, in *MGI*, 1983, 285; Cass.

elaborazione dottrinale<sup>13</sup>, allorché il comando o distacco non è posto in essere al fine di eludere la normativa in materia di interposizione di manodopera, ma per far fronte ad un concreto interesse del datore di lavoro distaccante, esso esula dalla *ratio* della legge n. 1369/1960 e dal relativo campo di applicazione. In assenza di una espressa previsione normativa, il problema della valutazione della legittimità del distacco, stante la previsione dell'articolo 1 della legge n. 1369/1960, era tuttavia complicato dalla natura oggettiva e assoluta del precetto<sup>14</sup>, e dalla conseguente irrilevanza, per consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>15</sup>, dello scopo perseguito dal datore di lavoro interposto e dal soggetto utilizzatore della prestazione<sup>16</sup>. Tanto da rendere appunto necessario, per parte della dottrina, un intervento espresso del legislatore<sup>17</sup>.

L'operatività dell'istituto viene ora a collocarsi in un contesto normativo che si registra la abrogazione espressa della legge n. 1369/1960<sup>18</sup>, ma che pur tuttavia non dispone — come pure da taluno affrettatamente sostenuto<sup>19</sup> — il venir meno del divieto di interposizione nei rapporti di lavoro, stante il regime delle autorizzazioni, in uno con i presupposti formali e sostanziali legittimanti la somministrazione di lavoro<sup>20</sup>. Non solo il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro rimane confermato, ma viene coerentemente sostenuto, sul piano della effettività e della congruità rispetto al tipo di beni lesi, da un robusto apparato sanzionatorio della somministrazione irregolare e della somministrazione fraudolenta di lavoro altrui<sup>21</sup>. A conferma che l'intervento di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, lungi dal porsi in una prospettiva

---

Civ., 18 aprile 1983, n. 2655, in *NGL*, 1983, 539 e, da ultimo, Cass. Civ., n. 5721/1999, cit., e Cass. Civ., n. 7743/2000, cit.

<sup>13</sup> Magrini, *op. cit.*, 56; De Simone, *op. cit.*, 299. *Contra*, ma in posizione isolata, Spano, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, 139 e Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Giuffrè, Milano, 1965, 110.

<sup>14</sup> Cfr., in particolare, Biagi, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in *GLav*, 1997, n. 3, 10, ora in Montuschi, M. Tiraboschi, Treu (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 271 ed in particolare 279-280.

<sup>15</sup> Cfr., tra le tante, Cass. Civ., 7 settembre 1993, n. 9398, in *RIDL*, 1994, II, 92, con nota di Martinelli, *Interposizione illecita e lavoro in cooperativa: problema irrisolto?*; Cass. Pen., Sez. III, 8 luglio 1992, n. 1427, in *MGL*, 1993, 341; Cass. Pen., Sez. III, 29 settembre 1980, n. 11895, in *MGL*, 1981, 204.

<sup>16</sup> In dottrina cfr., sul punto e per tutti, M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 45-46, 68-69 e, con riferimento al distacco, 183 ss.

<sup>17</sup> Ancora M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, *op. loc. cit.*, ove l'A. prospettava, come unica soluzione per legittimare la fattispecie del distacco in presenza della l. n. 1369/1960, un esplicito intervento del legislatore.

<sup>18</sup> Cfr. l'art. 85, comma 1, lett. c) dello stesso d.lgs. n. 276/2003.

<sup>19</sup> Cfr. Alleva, Andreoni, Angiolini, Casadio, Coccia, Ghezzi, Mariucci, Naccari, Roccella, *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse, Roma, 2002.

<sup>20</sup> Cfr. M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit.

<sup>21</sup> Cfr. Pennesi, *Interposizione nelle prestazioni di lavoro, abrogazione della legge n. 1369/1960 e contenzioso in atto*, e Carotti, *Il nuovo regime sanzionatorio in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro*, in Olivelli, M. Tiraboschi (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi - Intermediazione pubblica e privata, regimi di autorizzazione e accreditamento, borsa del lavoro, tutele del lavoratore sul mercato*, Giuffrè, Milano, 2004.

di mera deregolamentazione e mercificazione del lavoro<sup>22</sup>, si propone la modernizzazione degli strumenti giuridici che «presiedono il governo dei processi di *outsourcing*, incentivando forme di innovazione e di riorganizzazione delle imprese capaci di provocare ricadute sul piano della competitività e, di conseguenza, anche sul piano occupazionale»<sup>23</sup>.

Con specifico riferimento all'articolo 30 del decreto, l'obiettivo dichiarato del legislatore delegato è dunque quello di fornire maggiore certezza giuridica alle scelte imprenditoriali nel rispetto della tutela degli interessi di tutti i soggetti — e segnatamente dei lavoratori — coinvolti nei processi di esternalizzazione. È bene ricordare infatti che, a fronte delle esigenze imprenditoriali che legittimano il distacco, si erano in passato affermate, anche a causa di talune significative oscillazioni giurisprudenziali<sup>24</sup>, prassi aziendali che compromettevano non poco la tutela dei lavoratori interessati. Si pensi, in particolare, alla sospensione convenzionale del rapporto<sup>25</sup> e al licenziamento con contestuale assunzione presso il datore di lavoro distaccatario<sup>26</sup>. E si pensi anche alla questione dell'anzianità di servizio<sup>27</sup> e alla tutela del prestatore di lavoro in caso di mutamento di mansioni<sup>28</sup>.

In vigore della legge n. 1369/1960 la dottrina aveva cercato di risolvere la questione della legittimità del distacco riconducendolo nelle categorie proprie del diritto civile, talora valorizzando l'elemento del consenso del lavoratore<sup>29</sup>. La giurisprudenza, invece, si era soffermata sul dato oggettivo della modifica-

---

<sup>22</sup> Cfr., tra i tanti, Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it); Andreoni, *Decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276. *Brevi osservazioni*, in [www.cgil.it/giuridico](http://www.cgil.it/giuridico).

<sup>23</sup> Cfr. *Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi* (reperibile all'indirizzo internet [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it)), sub par. *Promuovere investimenti e maggiore occupazione agevolando la riorganizzazione delle imprese e governando i processi di outsourcing*.

<sup>24</sup> Sulle conseguenze della assenza di una norma positiva che disciplinasse il distacco in termini di incertezza del diritto e delle relative scelte imprenditoriali, cfr. Biagi, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., 280.

<sup>25</sup> Critica l'orientamento giurisprudenziale che, nell'ipotesi di carenza di interesse ma sussistendo il consenso del lavoratore, tende a configurare una sospensione convenzionale del rapporto Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1997, 472. Analogamente critico l'orientamento giurisprudenziale che ritiene sussistente una ipotesi di sospensione convenzionale del rapporto ove vi sia il consenso del lavoratore senza indagare la sussistenza di un interesse del datore di lavoro distaccante, Pizzoferrato, *Prestito di lavoro, interesse del datore "distaccante" e consenso del lavoratore*, nota a Cass. Civ., 23 aprile 1992, n. 4851, in *RIDL*, 1993, II, 445.

<sup>26</sup> La prassi del licenziamento con contestuale assunzione del lavoratore presso altra società del gruppo quale strumento di mobilità delle risorse umane nel gruppo è analizzata, con riguardo anche ai profili di criticità, da De Simone, *op. cit.*, 327-329.

<sup>27</sup> Per questo profilo cfr. Cass. Civ., n. 5907/1993, cit.

<sup>28</sup> Con particolare riferimento al mutamento di mansioni, la nuova norma interviene a disciplinare l'applicazione dei principi sanciti, in materia di mobilità del lavoratore all'interno dell'impresa, dall'art. 2103 c.c. alla diversa ipotesi del distacco relativa alla mobilità del lavoratore verso una organizzazione estranea a quella del datore di lavoro distaccante: tale aspetto, infatti, aveva presentato, in assenza di una norma positiva, non pochi profili di problematicità. Per un approfondimento di questo aspetto cfr. *infra* nel testo.

<sup>29</sup> Cfr. Magrini, *op. cit.*, 55 ss., e Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., in

zione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, ritenendo che non sussistesse una ipotesi di interposizione illecita ove vi fosse, in capo al distaccante, un interesse al distacco<sup>30</sup>. In questa prospettiva — a cui si era recentemente conformato il Ministero del lavoro con nota 11 aprile 2001<sup>31</sup> — è l'interesse al distacco che garantisce la persistenza del vincolo di sinallagmaticità tra le prestazioni oggetto del contratto di lavoro tra distaccante e lavoratore distaccato, preservandosi pertanto la causa del contratto e l'unicità del rapporto in capo al datore di lavoro originario<sup>32</sup> il quale continua ad esercitare il proprio potere direttivo eventualmente delegandolo al distaccatario<sup>33</sup> al fine di consentire l'inserimento del lavoratore nella organizzazione di questi quale elemento tipico della fattispecie del distacco<sup>34</sup>.

La giurisprudenza escludeva pertanto qualsiasi mutamento nella titolarità soggettiva del rapporto di lavoro ritenendo si realizzasse, dal lato del lavoratore, una ipotesi di mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione. Conseguenza di tale impostazione è stata la precisazione che il mutamento delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa potesse essere disposto unilateralmente dal datore di lavoro senza che, pertanto, fosse necessario il consenso del lavoratore distaccato<sup>35</sup>.

**3.** Per chiarire il nuovo quadro legale disciplinato dall'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è peraltro opportuno ripercorrere brevemente il nesso esistente con gli altri due istituti disciplinati dal titolo III dello stesso decreto legislativo: la somministrazione di lavoro e l'appalto.

Sotto il profilo funzionale si tratta, in tutti e tre i casi, di strumenti di organizzazione della attività produttiva secondo una logica di esternalizzazione del lavoro. Si distinguono, però, sotto il profilo della struttura. La sommini-

---

particolare 79 ss. Per una ricognizione dei diversi orientamenti dottrinali cfr. De Simone, *op. cit.*, 286 ss. E anche Pizzoferrato, *Prestito di lavoro, ecc.*, cit., 437-439.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 14458/2000, cit.; Cass. Civ., n. 7743/2000, cit.; Cass. Civ., 2 novembre 1999, n. 12224, in *NGL*, 2000, 39; Cass. Civ., n. 5721/1999, cit.; Cass. Civ., n. 5907/1993, cit.; Cass. Civ., n. 7328/1992, cit.; Cass. Civ., n. 1751/1989, cit.; Cass. Civ., n. 1325/1988, cit.; Cass. Civ., 4720/1986, cit.

<sup>31</sup> Cfr. Vallebona, *op. cit.*, 109.

<sup>32</sup> « La dissociazione fra il soggetto che ha proceduto all'assunzione del lavoratore e l'effettivo beneficiario della prestazione (fattispecie c.d. di "distacco" o "comando"), in forza del principio generale che si desume dall'art. 2127 c.c. e dalla legge n. 1369 del 1960 — che esclude che un imprenditore possa inserire a tutti gli effetti un proprio dipendente nell'organizzazione di altro imprenditore senza che il secondo assuma la veste di datore di lavoro — è consentita soltanto a condizione che continui ad operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante. La regola si trova espressa nella costante giurisprudenza della Corte che richiede la sussistenza di un preciso interesse del datore di lavoro derivante dai suoi rapporti con il terzo. In altri termini, il distacco deve realizzare uno specifico interesse imprenditoriale che consenta di qualificare il distacco quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone, così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa ed il conseguente carattere non definitivo del distacco stesso », Cass. Civ., n. 7743/2000, cit.

<sup>33</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 14458/2000, cit.; Cass. Civ., n. 8567/1999, cit.

<sup>34</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 10771/2001, cit.; Cass. Civ., n. 7762/1996, cit.

<sup>35</sup> Cfr. *infra* nel testo.

strazione e il distacco, infatti, diversamente dall'appalto genuino, integrano una ipotesi di interposizione nei rapporti di lavoro: un soggetto è formalmente titolare del rapporto di lavoro e un altro ne utilizza di fatto la prestazione lavorativa<sup>36</sup>. A loro volta, poi, somministrazione e distacco si differenziano tra di loro in ragione dell'interesse del datore di lavoro interposto<sup>37</sup>. Infatti, mentre nella somministrazione di lavoro l'interesse è tipico e consiste nel corrispettivo per la fornitura di mano d'opera, nel distacco, invece, l'interesse che legittima l'istituto coincide con un interesse produttivo e organizzativo del datore di lavoro distaccante che non può in nessun caso concretizzarsi nell'interesse a percepire un mero corrispettivo<sup>38</sup> ovvero a eludere le nuove disposizioni in materia di somministrazione di lavoro. In termini del tutto speculari, condizione di liceità della somministrazione è che — come dispone ora l'articolo 20, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 — il prestatore di lavoro svolga la sua prestazione di lavoro a soddisfacimento dell'interesse dell'utilizzatore.

Il diverso interesse del datore di lavoro nel distacco comporta, inoltre, che la prestazione resa dal lavoratore sia resa in esecuzione dell'unico rapporto di lavoro con il distaccante. L'atto di assegnazione temporanea ad un altro datore di lavoro costituisce pertanto esercizio del potere direttivo e organizzativo del distaccante: non è, pertanto, necessario il consenso del lavoratore<sup>39</sup>.

Nella somministrazione, di contro, il lavoratore che stipula il contratto con l'agenzia di somministrazione presta necessariamente il proprio consenso a rendere la prestazione presso un soggetto terzo nell'interesse del quale tale prestazione dovrà essere eseguita.

Si evidenzia, così, la diversa natura e funzione del distacco rispetto alla somministrazione, dovendosi pertanto escludere che il distacco possa essere configurato, e utilizzato, come uno strumento alternativo alla somministrazione ma privo delle relative garanzie<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Il nesso strutturale tra i due istituti emerge anche dal primo tentativo di disciplinare positivamente il distacco operato nel 1993 contestualmente alla emanazione della disciplina del rapporto di lavoro temporaneo attraverso il d.l. 5 gennaio 1993, n. 1, successivamente, però, non convertito. Anche in quella sede la differenza fra i due istituti, in base all'ultimo comma dell'art. 13, era stata individuata nei requisiti di legittimità del distacco: interesse del datore di lavoro distaccante e temporaneità del distacco, relativamente a tale provvedimento normativo cfr. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, 3, *sub* nota 3 e Pizzoferrato, *Prestito di lavoro, ecc.*, cit., 456-457.

<sup>37</sup> In questo senso già Magrini, *op. cit.*, 58, laddove l'autore distingue fra distacco e interposizione illecita di manodopera rilevando che nel distacco « la destinazione della prestazione al terzo è per definizione un modo di realizzazione dell'interesse contrattuale del datore di lavoro a disporre organizzativamente del comportamento del lavoratore, nell'intermediazione illecita la destinazione della prestazione all'imprenditore committente non soddisfa altro interesse dell'intermediario che quello al corrispettivo ».

<sup>38</sup> Per ulteriori considerazioni sulla natura dell'interesse del datore di lavoro distaccante cfr. *infra* nel testo.

<sup>39</sup> Ma *contra* sulla necessità del consenso del lavoratore Magrini, *op. cit.*, in particolare 90 ss.

<sup>40</sup> In questo senso sembra esprimersi Chieco, *op. cit.*, 110, che analizza la fattispecie qualificandola come « somministrazione non professionale ».

Il comune dato dell'interposizione comporta, per altro verso, che la fattispecie del distacco e quella della somministrazione possano essere assimilati nella fase dell'esecuzione della prestazione legittimando, così, il ricorso all'analogia per quanto attiene ai profili della regolamentazione dei rapporti fra le parti<sup>41</sup>. Non solo. Ove il distacco intervenga in assenza dei requisiti di legittimità individuati dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003, dovrà ritenersi configurata un'ipotesi di somministrazione priva dei presupposti formali e sostanziali con la conseguente applicazione delle relative sanzioni.

Ulteriormente diversa è poi l'ipotesi dell'appalto. In questo caso viene infatti esternalizzata una fase della attività imprenditoriale: il vantaggio che l'appaltante trae dalla forza lavoro altrui è indiretto: è l'appaltatore che, a proprio rischio e tramite la propria organizzazione di impresa, realizza il risultato oggetto dell'appalto avvalendosi anche — con maggiore o minore intensità in ragione del tipo di appalto<sup>42</sup> — dell'elemento produttivo dato dalla propria forza lavoro. Proprio il confronto tra appalto e distacco consente di chiarire la differenza che ricorre in dottrina allorché si distingue il distacco proprio dal c.d. distacco improprio<sup>43</sup>. Nell'ipotesi di distacco improprio, ad esempio nell'ambito di un appalto di servizi eseguito presso il committente, quest'ultimo non esercita alcun potere tipico del rapporto di lavoro subordinato sui lavoratori dipendenti dell'appaltatore e, in particolare, non esercita il potere direttivo. L'articolo 29, comma 1, del decreto, nel precisare i criteri per la distinzione tra appalto genuino e interposizione vietata, contempla espressamente, nel senso di escludere la genuinità dell'appalto, l'esercizio da parte del com-

---

<sup>41</sup> Si consideri la rilevanza di questa conclusione con riferimento all'obbligo di tutela di salute e sicurezza del lavoratore. In assenza di una disciplina specifica potrebbe trovare applicazione per analogia l'art. 23, comma 5, in materia di somministrazione che prevede « il somministratore informa i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale e li forma e addestra all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento della attività lavorativa per la quale essi vengono assunti in conformità alle disposizioni recate dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni. Il contratto di somministrazione può prevedere che tale obbligo sia adempiuto dall'utilizzatore; in tale caso ne va fatta indicazione nel contratto con il lavoratore. Nel caso in cui le mansioni cui è adibito il prestatore di lavoro richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, l'utilizzatore ne informa il lavoratore conformemente a quanto previsto dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni. L'utilizzatore osserva altresì, nei confronti del medesimo prestatore, tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti ed è responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi. ».

<sup>42</sup> In particolare sugli appalti c.d. *labour intensive* cfr. M. Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 225.

<sup>43</sup> Tale distinzione è riconducibile alla elaborazione di Magrini, *op. cit.* Con essa si è confrontata la dottrina che successivamente si è occupata della materia. Tale distinzione, di contro, non è stata valorizzata dalla giurisprudenza che ha focalizzato l'attenzione, in presenza dell'interesse del datore di lavoro distaccante, sul mutamento delle modalità di esecuzione della prestazione. Cfr., sul punto, Pizzoferrato, *Prestito di lavoro, ecc.*, cit., 435. Per il richiamo a tale distinzione cfr. Cass. Civ., n. 7161/1986, cit., che si segnala per avere rinvenuto la legittimità del distacco nella sussistenza anche dell'interesse del lavoratore. Per la rilevanza dell'interesse del lavoratore nel distacco cfr. De Simone, *op. cit.*, 294-295.

mittente del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei dipendenti dall'appaltatore<sup>44</sup>. Di contro, nel distacco proprio, in funzione della realizzazione dell'interesse datoriale che lo legittima, il distaccante delega al distaccatario l'esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro<sup>45</sup>, e cioè il potere organizzativo e quello direttivo, rimanendo tuttavia in capo al datore di lavoro distaccante il diritto di richiamare il lavoratore in qualsiasi momento ovvero di risolvere, ove ne sussistano i presupposti, il contratto di lavoro con il lavoratore distaccato<sup>46</sup>.

4. Nell'individuare il requisito dell'interesse l'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003 non aggiunge altra qualificazione che « proprio » riferito al datore di lavoro. Come chiarisce la circolare n. 3/2004 questa formulazione consente ora una interpretazione piuttosto ampia del requisito dell'interesse « tale che il distacco può essere legittimato da qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello della mera somministrazione ». La medesima circolare precisa inoltre che l'interesse deve perdurare per tutto il tempo del distacco in funzione dell'interesse che il distacco mira a soddisfare. Come evidenziato nel paragrafo precedente un primo limite di carattere sistematico emerge con riferimento all'istituto della somministrazione di lavoro: l'interesse che legittima il distacco non può mai essere l'interesse al corrispettivo per la fornitura di lavoro altrui.

Non solo. L'interesse stesso dovrà ritenersi sussistente ove sia coerente con la natura e la funzione dell'istituto, in questo senso l'utilizzo della clausola generale non sembra né aver violato la legge delega, che ad un'interpretazione letterale sembrava rinviare ad una tecnica di tipizzazione dei casi di distacco legittimo<sup>47</sup>, né sembra integrare un elemento di vaghezza tale da pregiudicare il ricorso all'istituto o comportare di contro un ricorso indiscriminato allo stesso<sup>48</sup>.

La sussistenza del requisito dell'interesse sarà, infatti, verificata caso per caso

---

<sup>44</sup> Sembra opportuno osservare che tale criterio acquista una importante valenza sistematica, perché si affianca a quello tradizionale riguardante la proprietà dei mezzi di produzione (art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960, cfr. anche l'art. 84, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003) quale indice del progressivo mutamento del concetto di impresa come caratterizzata non tanto dalla proprietà dei mezzi di produzione quanto dall'organizzazione. Per l'approfondimento di questo aspetto si rinvia a M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 224 ss.

<sup>45</sup> In relazione all'esercizio da parte del distaccatario del potere direttivo nei confronti del distaccante cfr., recentemente, Cass. Civ., 3 novembre 2000, n. 14383, in *NGL*, 2001, 161, che, nel caso di successione a titolo universale tra due imprese a causa di una incorporazione, specifica che il nuovo soggetto giuridico succede al precedente anche nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo sul lavoratore distaccato da un terzo.

<sup>46</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 10771/2001, cit.

<sup>47</sup> In questo senso Esposito, *L'incerta collocazione del "comando" e del "distacco" nelle fattispecie interpositive*, cit., 150.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

dalla giurisprudenza <sup>49</sup>, alle cui determinazioni precedenti al decreto legislativo n. 276/2003 si può, peraltro, sin d'ora fare già riferimento. E tali determinazioni evidenziano l'idoneità del requisito dell'interesse a verificare la legittimità del distacco avuto riguardo alle situazioni concrete. La giurisprudenza di legittimità, ha, infatti, qualificato l'interesse che legittima il distacco come specifico <sup>50</sup>, rilevante, concreto e persistente <sup>51</sup>. A tali requisiti si aggiunge, inoltre, la necessità di valutare l'interesse con riferimento al concreto espletamento della attività lavorativa resa dal lavoratore distaccato <sup>52</sup>. Coerentemente sembra disporre lo stesso articolo 30, comma 1, ove prevede che l'attività lavorativa sia determinata. La determinazione della attività lavorativa permette, infatti, di valutare la sussistenza in concreto dell'interesse ed è coerente con la disposizione di cui al comma 3 del medesimo articolo 30 ove si prevede che il lavoratore debba manifestare il proprio consenso ove si determini un mutamento di mansioni in seguito al distacco, evidentemente tale consenso presuppone l'individuazione dell'attività lavorativa richiesta.

In dottrina, poi, l'interesse è stato definito come « diretto » e non fraudolento <sup>53</sup>, ed è stato qualificato avuto riguardo al contenuto della prestazione e all'impianto organizzativo e produttivo del datore di lavoro distaccante <sup>54</sup>.

Entrambi gli imprenditori hanno in realtà un interesse più o meno evidente al distacco, come del resto ribadito nella circolare n. 3/2004. A questo riguardo, occorre, peraltro, ricordare come la giurisprudenza di legittimità avesse tuttavia precisato la necessità che fosse comunque prevalente l'interesse del datore di lavoro distaccante <sup>55</sup>.

**5.** L'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, non esclude ovviamente tutte le ipotesi di distacco legittimo. Occorre infatti ricordare che l'articolo 8, comma 3, del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito con modificazioni dalla legge 19 luglio 1993, n. 236, ha introdotto nel nostro ordinamento la possibilità, nell'ambito della procedura di mobilità, di disporre il distacco del personale in esubero presso un altro datore di lavoro ove si raggiunga un accordo sindacale. Tale ipotesi si differenzia da quella prevista dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003 in quanto, in questo caso, l'interesse che legittima il distacco è quello del lavoratore a non essere licenziato ed eventualmente l'interesse pubblico a preservare i livelli occupazionali. Ne deriva che esso, previa la sussistenza dell'accordo sindacale, può

---

<sup>49</sup> Per l'accertamento di merito incensurabile per il giudice di legittimità, cfr. Cass. Civ., n. 6807/1992, cit. e Cass. Civ., n. 6911/1991, cit.

<sup>50</sup> Cass. Civ., n. 7743/2000, cit.

<sup>51</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 5907/1993, cit.

<sup>52</sup> Cass. Civ., n. 12224/1999, cit.

<sup>53</sup> Cfr. Pizzoferrato, *Prestito di lavoro, ecc.*, cit., 444. L'A. precisa che l'interesse deve essere specifico e non può ritenersi sussistente ove vi sia l'interesse « generico » a evitare il licenziamento di un lavoratore momentaneamente in soprannumero ovvero a perseguire un risultato economico comune a quello che persegue il distaccatario.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 5721/1999, cit.

essere disposto anche ove manchi l'interesse del distaccante ovvero questo coincida con il mero passaggio dei costi della manodopera eccedentaria in capo al distaccatario <sup>56</sup>.

6. L'interesse, come chiarito anche dalla circolare n. 3/2004, sussisterà verosimilmente nella più parte dei casi di distacco all'interno di imprese che fanno parte dello stesso gruppo imprenditoriale <sup>57</sup>. Come sottolineato in apertura il distacco costituisce in effetti uno dei principali strumenti della mobilità dei lavoratori all'interno del gruppo ed è pertanto assai frequente in quei contesti. Ne deriva l'opportunità di contemplare specificatamente l'atteggiarsi del requisito dell'interesse nei gruppi imprenditoriali.

Nell'ordinamento giuridico italiano i gruppi imprenditoriali non acquistano autonoma rilevanza come unico centro di imputazione di rapporti <sup>58</sup> salvo che essi siano costituiti in frode alla legge, quale strumento per eludere l'applicazione di norme giuridiche attraverso l'abuso della personalità giuridica dei singoli enti che costituiscono il gruppo <sup>59</sup>.

L'ipotesi di un distacco intragruppo non acquista pertanto una autonoma rilevanza giuridica, differenziandosi dalle altre fattispecie di distacco disposte senza che vi sia un collegamento tra impresa distaccante e impresa distaccataria. Certo che nell'ipotesi di collegamento societario, come è stato osservato in dottrina <sup>60</sup>, l'interesse che il datore di lavoro mira a perseguire con il distacco sarà provato in maniera più agevole. In questa ipotesi, infatti, come sottolineato ora dalla circolare n. 3/2004, si dovrà ritenere sussistente l'interesse ove si ravvisi « una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo ».

Analogamente in dottrina era stato sottolineato che l'esistenza del gruppo imprenditoriale non acquista altra rilevanza giuridica se non quella di integrare un mero « presupposto di fatto » da cui partire per la verifica della sussistenza

---

<sup>56</sup> In dottrina cfr. Ichino, *Il contratto di lavoro. I*, cit., 498.

<sup>57</sup> La legittimità della prassi del distacco nei gruppi di impresa, a fronte della sussistenza dell'interesse e del requisito della temporaneità, era già stata riconosciuta, in assenza della norma legale, dalla nota ministeriale 11 aprile 2001, n. 5/26183/70/VA. In dottrina cfr. Vallebona, *op. cit.*, 109.

<sup>58</sup> Ichino, *Il contratto di lavoro. I*, cit., 501.

<sup>59</sup> L'esistenza del gruppo societario di cui erano parte le due imprese, distaccante e distaccatario, ha indotto la giurisprudenza di legittimità a ritenere sussistente un'ipotesi di distacco anche a fronte di un preteso accordo fra le parti che avrebbe integrato una diversa fattispecie di sospensione convenzionale del rapporto e ciò con l'effetto di tutelare in misura più ampia il lavoratore ritenendo che il rapporto fosse proseguito senza soluzione di continuità con l'originario datore di lavoro distaccante (cfr. Cass. Civ., n. 5907/1993, cit. e anche Cass. Civ., n. 6911/1991, cit.). Da tali ipotesi emerge che il distacco all'interno del gruppo di imprese potrebbe essere uno strumento che garantendo la mobilità delle risorse umane eviterebbe la frantumazione dei rapporti e conseguentemente una minor tutela del lavoratore.

<sup>60</sup> Pizzoferrato, *Prestito di lavoro, ecc.*, cit., 435.

del concreto interesse del distaccante ad inviare il proprio lavoratore presso un terzo <sup>61</sup>.

Tutto ciò premesso, pertanto, l'interesse al distacco non è di per sé integrato dalla mera esistenza di un collegamento patrimoniale <sup>62</sup> tra le società facenti parte del gruppo, ma deve ritenersi sussistente, avuto riguardo al particolare rapporto economico tra distaccante e distaccatario, ove soddisfatti anche solo un interesse di coordinamento e controllo della attività imprenditoriale condotta dalle due imprese <sup>63</sup>.

Peraltro potrebbe configurarsi un profilo di problematicità, rispetto alla lettera della norma che prevede la necessità di un « proprio interesse » in capo al datore di lavoro distaccante. In questo senso così come l'orientamento giurisprudenziale consolidato <sup>64</sup> esclude la possibilità di valicare lo schermo della personalità giuridica, potrebbe non essere considerato sufficiente un interesse del gruppo che non sia perfettamente sovrapponibile a quello dell'impresa distaccante.

**7.** Al requisito dell'interesse si aggiunge quello della temporaneità del distacco che, individuato già dalla giurisprudenza <sup>65</sup>, è stato recepito dall'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Stante l'attuale regolamentazione della somministrazione di manodopera ed in particolare la liceità della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato regolamentata dal decreto legislativo n. 276/2003, la natura temporanea del distacco diventa un ulteriore elemento distintivo del distacco rispetto alla somministrazione.

In base alla elaborazione giurisprudenziale, la temporaneità è un corollario dell'interesse essendo la durata del distacco funzionale alla realizzazione dello stesso.

Temporaneità, pertanto, non è sinonimo di brevità ma, più semplicemente, di

---

<sup>61</sup> De Simone, *op. cit.*, 281, ove esclude che l'esistenza del gruppo sia un elemento qualificante della fattispecie del distacco e successivamente (297) ove l'A. qualifica l'esistenza del gruppo imprenditoriale come un mero « presupposto di fatto » per la valutazione della legittimità della fattispecie concreta.

<sup>62</sup> Ichino, *Il contratto di lavoro. I*, cit., 501.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> « Il collegamento economico-funzionale tra imprese gestite da società del medesimo gruppo, controllate da una società madre, non comporta — secondo il costante indirizzo giurisprudenziale di questa Corte — il venir meno della autonomia delle singole società, dotate di distinta soggettività giuridica, e non è sufficiente a far ritenere che gli obblighi inerenti al rapporto di lavoro subordinato intercorso tra un lavoratore ed una delle suddette società si estendano necessariamente alle altre società collegate (v. Cass. nn. 9517 del 1992, 8532 del 1991, 2819 del 1989, 8532 del 1968 e 8659 del 1987) » in Cass. Civ., 16 febbraio 2000, n. 1733, in *MGC*, 2000, 355; analogamente, Cass. Civ., n. 7743/2000, cit.; Cass. Civ., 10 novembre 1999, n. 12492, in *MGC*, 1999, 2220; Cass. Civ., 29 novembre 1996, n. 10688, in *MGC*, 1996, 1640; risalente, ma con specifico riferimento al distacco, Cass. Civ., 2 dicembre 1985, n. 6023, in *MGC*, 1985, 1824.

<sup>65</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 14458/2000, cit.; Cass. Civ., n. 7743/2000, cit.; Cass. Civ., n. 7762/1996, cit.; Cass. Civ., n. 5907/1993, cit.; Cass. Civ., n. 7328/1992, cit.; Cass. Civ., n. 1751/1989, cit.; Cass. Civ., n. 1325/1988, cit.; Cass. Civ., n. 614/1987, cit.; Cass. Civ., n. 1013/1985, cit.

non definitività<sup>66</sup>. La giurisprudenza ha in effetti avuto modo di chiarire che la temporaneità non comporta una durata più o meno lunga del distacco, che al limite può coincidere con l'intera durata del rapporto di lavoro ed essere contestuale all'assunzione del lavoratore<sup>67</sup>. Non solo. La giurisprudenza ha coerentemente aggiunto che la dimensione temporale è connessa all'interesse di modo che la durata del distacco non deve necessariamente essere predeterminata rimanendo necessario, come ribadito pure dalla circolare n. 3/2004, che l'interesse perduri per tutto il tempo del distacco<sup>68</sup>.

**8.** A fronte della elaborazione che considera lecito il distacco, in quanto l'interesse del distaccante garantisce l'unicità del rapporto di lavoro e il permanere della causa del contratto stipulato con l'originario datore di lavoro, la giurisprudenza aveva statuito che il datore di lavoro fosse l'unico soggetto responsabile del pagamento della retribuzione al lavoratore<sup>69</sup> e dell'assolvimento dei relativi obblighi contributivi. La prassi, però, ha registrato la tendenza a prevedere che il costo sostenuto per il lavoratore distaccato fosse rimborsato dal distaccatario, e tale aspetto è stato talvolta invocato a dimostrazione del fatto che, in quei casi, il distacco non fosse lecito ma integrasse una interposizione di manodopera<sup>70</sup>.

La giurisprudenza ha tuttavia progressivamente chiarito — sino a giungere alla sentenza delle Sezioni Unite n. 1751/1989<sup>71</sup> richiamata dalla circolare n. 3/2004 — che la prassi del rimborso di per sé non esclude la liceità del distacco in presenza dei requisiti caratterizzanti della fattispecie e, segnatamente, dell'interesse del distaccante. Occorre sottolineare, peraltro, che l'ipotesi del rimborso si avrà, stante la situazione di crisi in cui versa l'impresa distaccante, nella maggior parte dei casi in cui il distacco sia disposto *ex* articolo 8 della legge n. 236/1993. Avuto riguardo a questa ipotesi il rimborso ha indotto parte della dottrina a qualificare il distacco come oneroso<sup>72</sup>. L'onerosità, stante quanto precisato con riferimento all'interesse che legittima il distacco e alla diversità di tale interesse rispetto a quello che presiede alla somministrazione, sarebbe da ritenersi incompatibile con la liceità del distacco. Il rimborso, di contro, non sembra integrare un corrispettivo offerto al datore di lavoro distaccante da parte del distaccatario per la prestazione resa in suo favore dal lavoratore distaccato, ma tale prassi è volta, come precisa ora la circolare n. 3/2004, a rendere « più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi sostenuti

<sup>66</sup> Da ultimo Cass. Civ., n. 14458/2000, cit. La giurisprudenza ha anche specificato che l'interesse è temporaneo se non realizza una situazione ricorrente come la prassi di inviarsi reciprocamente dei lavoratori qualora siano assenti dei lavoratori dipendenti del soggetto distaccatario, Cass. Civ., n. 12224/1999, cit.

<sup>67</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 7328/1992, cit.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 6911/1991, cit.

<sup>70</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 6911/1991, cit.

<sup>71</sup> Cass. Civ., S.U., n. 1751/1989, cit., vedila in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it), indice A-Z, voce *Comando*.

<sup>72</sup> Ichino, *Il contratto di lavoro. I.*, cit., 496 e 499.

da ogni singola società »<sup>73</sup>. Coerentemente la medesima circolare aggiunge la condivisibile precisazione, secondo cui « l'importo del rimborso non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante »<sup>74</sup>.

9. Dal confronto tra il comma 1 e il comma 3 dell'articolo 30 si deduce che il consenso del lavoratore non è un elemento costitutivo della fattispecie in esame, confermando, anche sotto questo profilo, un consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>75</sup>. Infatti, se il distacco si configura come legittimo esercizio, da parte del datore di lavoro, del proprio potere organizzativo, il consenso del lavoratore non è richiesto, stante il dovere di obbedienza *ex* articolo 2104 c.c.<sup>76</sup>. Come è noto, il potere del datore di lavoro di modificare unilateralmente le modalità di esecuzione della prestazione è sottoposto ai limiti di cui all'articolo 2103 c.c. L'applicazione di questa disposizione, dettata per disciplinare le ipotesi di mobilità interna del lavoratore, è risultata problematica con riferimento alla peculiare fattispecie del distacco.

Inevitabilmente l'inserimento in una altra organizzazione lavorativa comporta, infatti, un mutamento sostanziale delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro sia con riferimento alle mansioni esplicate sia con riferimento al luogo di esecuzione della prestazione. Sembra pertanto particolarmente opportuna la disposizione di cui al comma 3 dell'articolo 30 che prevede la disciplina del mutamento di mansioni nell'ipotesi del distacco nonché quella riguardante il mutamento del luogo di esecuzione della prestazione.

La norma in esame prescrive che qualora il distacco comporti un mutamento di mansioni è necessario il consenso del lavoratore.

Questa disposizione criticata da alcuni dei primi commentatori<sup>77</sup> come un irrigidimento della fattispecie consente di eliminare un ulteriore elemento di incertezza nella regolamentazione del distacco, in applicazione dei principi che presiedono alla tutela della professionalità del lavoratore tenendo conto della specialità della fattispecie.

In questo contesto occorre leggere il comma 3 dell'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003, così come sembra del resto fare la circolare interpreta-

---

<sup>73</sup> Già Magrini, *op. cit.*, 60, rileva che a fronte di un interesse del distaccante a disporre organizzativamente del comportamento lavorativo non può ritenersi che l'accollo totale e/o parziale della retribuzione a carico del terzo distaccatario sia di per sé indice dell'illiceità dell'interposizione, per la quale, considerato l'art. 1, comma 1, della l. n. 1369/1960, la manodopera è normalmente « assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario ».

<sup>74</sup> Così, testualmente, la circolare n. 3/2004.

<sup>75</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 14458/2000, cit. e Cass. Civ., n. 5907/1993, cit. La coerenza fra l'orientamento giurisprudenziale consolidato che esclude la necessità del consenso del lavoratore e riconduce il distacco entro i poteri organizzativi e direttivi del datore di lavoro distaccante e la necessità di applicare quanto previsto dall'art. 2103 c.c. è sottolineata da Brollo, *op. cit.*, 467-468 e anche, con riferimento al d.lgs. n. 276/2003, da Vallebona, *op. cit.*, 109.

<sup>76</sup> Da ultimo Cass. Civ., n. 14458/2000, cit.

<sup>77</sup> Cfr. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 178 e Monaco, *Il distacco del lavoratore*, cit., 217.

tiva del Ministero del lavoro n. 3/2004: « il consenso del lavoratore vale a ratificare l'equivalenza delle mansioni laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi una riduzione e/o specializzazione dell'attività effettivamente svolta, inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso ». Tale interpretazione aderisce a quel condivisibile orientamento giurisprudenziale che, escludendo la necessità del consenso per la configurabilità del distacco lecito, lo ha però ritenuto necessario ove le mansioni del lavoratore presso il distaccante fossero « particolarmente qualificate »<sup>78</sup>. Questa ricostruzione del ruolo del consenso del lavoratore nella fattispecie del distacco è coerente con l'interpretazione consolidata dell'articolo 2103 c.c.

Con riferimento alla nozione di equivalenza è stato riconosciuto che essa non può essere identificata per se stessa, ma costituisce lo strumento affinché si raggiunga lo scopo di tutela perseguito dalla norma: evitare una lesione alla professionalità del lavoratore<sup>79</sup>.

In giurisprudenza si ritengono mansioni equivalenti quelle che consentono al lavoratore di utilizzare il corredo di nozioni, esperienze e perizia acquisito nella pregressa fase del rapporto<sup>80</sup>. L'equivalenza in senso professionale non deve, peraltro, valutarsi « con riferimento ai livelli professionali astrattamente individuati dalla contrattazione collettiva, ma piuttosto con riferimento al concreto contenuto della prestazione di lavoro »<sup>81</sup>. In questo senso la nozione di equivalenza comporta che possono essere attribuite al lavoratore mansioni coerenti con la capacità professionale dedotta nel contratto con la conseguenza che il limite al mutamento di mansioni diviene più rigoroso con l'aumentare del livello di qualificazione o specializzazione<sup>82</sup>.

A fronte di tali considerazioni, e valutata la peculiarità della fattispecie del distacco, la previsione che attribuisce rilevanza al consenso del lavoratore appresta una speciale tutela consentendo al lavoratore di valutare in concreto il mutamento di mansioni rispetto al contenuto del suo patrimonio professionale.

Non è, di contro, considerata esplicitamente l'ipotesi in cui durante il distacco il lavoratore consegua una qualifica superiore.

In giurisprudenza peraltro il riconoscimento delle mansioni superiori conseguite nelle ipotesi di distacco è stato riconosciuto ove le mansioni svolte a favore del terzo fossero omogenee rispetto a quelle precedentemente svolte a favore del datore di lavoro<sup>83</sup>. Tale orientamento non è condiviso dalla dottrina che a fronte della ricostruzione del distacco entro i poteri di organizzazione del

<sup>78</sup> Nella giurisprudenza di legittimità Cass. Civ., n. 5907/1993, cit. Per quella di merito Pretura di Rieti, 26 marzo 1997, in *NGL*, 1997, 359.

<sup>79</sup> In questo senso l'ampia argomentazione di Broilo, *op. cit.*, 149-150, e *ivi* ulteriori riferimenti dottrinali.

<sup>80</sup> Cfr. M. Biagi (continuato da M. Tiraboschi), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, § 105, nonché da ultimo, Cass. Civ., 15 febbraio 2003, n. 2328, in *MGC*, 2003, 337.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> Ichino, *Il contratto di lavoro*. 2, Giuffrè, Milano, 2003, 288.

<sup>83</sup> Cfr. Cass. Civ., 20 giugno 1990, n. 6181, in *MGL*, 1990, 435.

lavoratore ritiene applicabile anche sotto questo profilo l'articolo 2103 c.c.<sup>84</sup> senza il limite dell'omogeneità delle mansioni.

Altra dottrina, ritiene che il diritto alla qualifica superiore, conseguita presso il distaccatario, sussista nei confronti del distaccante solo ove il distacco sia destinato a realizzare *prevalentemente* [corsivo dell'autore] un interesse del distaccante ovvero nell'ipotesi in cui la nuova professionalità del lavoratore sia successivamente utilizzata presso l'impresa d'origine. Tale conclusione parte da una ricostruzione diversa da quella seguita dalla giurisprudenza e recepita dal legislatore: che il distacco possa essere meglio ricondotto alla stipulazione a favore del terzo piuttosto che all'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro<sup>85</sup>.

A fronte della ricostruzione accolta dal legislatore nella redazione dell'articolo 30 sembra invece doversi concludere per l'applicabilità del diritto alle mansioni superiori conseguite anche in caso di distacco.

In questo senso depone anche l'esplicita previsione di cui all'articolo 23, comma 6, in materia di somministrazione. In base a tale norma l'utilizzatore ha l'obbligo di dare immediata comunicazione scritta al somministratore nel caso in cui adibisca il lavoratore a mansioni superiori o comunque a mansioni non equivalenti. Problematica appare, invece, l'applicazione al distacco della conseguenza che deriva dalla mancanza di tale comunicazione, l'esclusiva responsabilità dell'utilizzatore per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori. In questo caso infatti, non avendo rilevanza nei confronti del lavoratore il rapporto eventualmente intercorrente fra distaccante e distaccatario, sembra doversi ritenere, secondo quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 30, che anche in questa ipotesi permanga la responsabilità del solo datore di lavoro distaccante.

Tale conseguenza, sembra, invece, doversi escludere ove l'attribuzione a mansioni superiori sia intervenuta per accordo fra lavoratore e distaccatario senza il consenso del distaccante<sup>86</sup>. Per valutare la sussistenza di tale accordo, eventualmente anche implicito, potrebbe acquisire rilevanza la norma che in caso di mutamento di mansioni attribuisce rilievo al consenso del lavoratore. Si potrebbe infatti ritenere che, ove il distaccatario adibisca il lavoratore a mansioni diverse da quelle concordate con il distaccante, e del quale il lavoratore sia pienamente consapevole per aver manifestato il proprio consenso, il lavoratore stesso abbia un obbligo di buona fede ad informare tempestivamente il proprio datore di lavoro.

Non sembra doversi ritenere che l'articolo 30, comma 1, ove precisa che il distacco è disposto per una determinata attività lavorativa, comporti un limite al potere organizzativo del distaccatario tale da escludere che questi possa attribuire al lavoratore mansioni diverse da quelle svolte presso il distaccante,

<sup>84</sup> Cfr. Brollo, *op. cit.*, 313 ss.

<sup>85</sup> Cfr. Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., 118-119.

<sup>86</sup> Analogamente Brollo, *op. cit.*, 314 ss.

anche se superiori. Come sopra precisato il consenso richiesto in caso di mutamento di mansioni concerne l'ipotesi di specializzazione delle mansioni, inoltre il riferimento alla determinata attività lavorativa sembra dover essere letto in relazione all'interesse che tale attività mira a soddisfare<sup>87</sup>. Diversamente si avrebbe una eccessiva compressione dell'istituto<sup>88</sup> al punto che sfumerebbe la stessa distinzione fra distacco proprio e improprio laddove, come pure sopra precisato, il primo si distingue dal secondo proprio per l'attribuzione del potere organizzativo, e conseguentemente direttivo, al soggetto distaccatario<sup>89</sup>.

**10.** Il distacco presso un diverso datore di lavoro comporta di norma anche il mutamento del luogo di esecuzione della prestazione. La riconduzione del provvedimento di distacco al potere organizzativo del datore di lavoro ha conseguentemente posto il problema dell'applicazione dell'articolo 2103 c.c. nella parte in cui disciplina il trasferimento<sup>90</sup>. Invero il distacco, ove legittimo, è per definizione temporaneo; non solo, ma elemento alquanto valorizzato in dottrina<sup>91</sup>, esso comporta che l'unità produttiva cui il lavoratore è adibito sia estranea alla organizzazione del datore di lavoro.

Conseguentemente, la giurisprudenza ha escluso che la disciplina del trasferimento fosse immediatamente applicabile alla fattispecie in esame<sup>92</sup>.

Tale orientamento è stato criticato in dottrina come incoerente con la ricostruzione del distacco nell'ambito dei poteri organizzativi del datore di lavoro distaccante, proponendo in via analogica l'applicazione delle stesse garanzie previste per il trasferimento<sup>93</sup>.

Anche con riferimento al profilo concernente il mutamento del luogo di esecuzione della prestazione, la norma dettata dall'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, introduce, allora, un elemento di chiarezza. La disposizione, infatti, prevede che solo ove il distacco comporti un mutamento della sede di lavoro sita a 50 km di distanza da quella originaria siano necessarie comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive.

---

<sup>87</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>88</sup> Ma in questo senso cfr. Alleva, *La nuova disciplina dei distacchi*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 180-181.

<sup>89</sup> Cfr. *amplius* § 3.

<sup>90</sup> Cfr. in questo senso, per la giurisprudenza di merito, Tribunale Milano, 23 dicembre 2000, in *D&L*, 2001, 430, ma *contra* Cass. Civ., n. 1325/1988, cit.

<sup>91</sup> Cfr. Brollo, *op. cit.*, 466 ss.

<sup>92</sup> Cfr. Cass. Civ., n. 1325/1988, cit., secondo cui « il 'comando' non postula, perché possa essere disposto, l'esistenza delle condizioni di cui all'art. 2103 c.c.; e ciò anche in considerazione della diversa situazione oggettiva disciplinata dalla suddetta norma, ossia lo spostamento del lavoratore da una unità all'altra della stessa azienda e non presso un'azienda con soggettività diversa. Conseguentemente, il criterio in essa contenuto, se pure utilizzabile in qualche caso, (es: messa in opera di macchinari, cura degli stessi) non è assumibile a governo del diverso istituto in questione che interessa soggetti giuridici con propria autonomia ».

<sup>93</sup> Cfr. Brollo, *op. cit.*, 468.

Tale norma riproduce, aggiungendo la previsione delle ragioni sostitutive, la disposizione codicistica in materia di trasferimento. Ne deriva che nell'ipotesi di mutamento del luogo della prestazione oltre i 50 km<sup>94</sup> il datore di lavoro avrà l'onere, secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata relativa all'analoga norma in tema di trasferimento, di specificare, a fronte della richiesta da parte del lavoratore, le ragioni che lo inducono a disporre il distacco<sup>95</sup>. Si può argomentare *a contrario* che, ove il distacco non comporti uno spostamento di tale portata, non sussiste in capo al datore di lavoro l'obbligo di esplicitare l'interesse che lo induce a disporre il distacco.

Anche in questa ipotesi non sembra ravvisabile un irrigidimento della fattispecie ma un bilanciamento degli interessi delle parti coinvolte nel distacco: è riconosciuta la legittimità del distacco quale esercizio del potere organizzativo del datore di lavoro escludendo che possa configurare un'ipotesi di illecita interposizione, ma ove l'esercizio del potere del datore di lavoro possa essere particolarmente gravoso per il lavoratore è predisposta una tutela ulteriore che ne garantisce la posizione.

**11.** In un quadro giurisprudenziale oscillante, l'emanazione di una norma positiva che ha espressamente riconosciuto la legittimità del distacco<sup>96</sup> e ne ha identificato gli elementi costitutivi della relativa fattispecie ha quindi il merito di aver eliminato le principali incertezze in materia. Peraltro la nozione di distacco accolta dall'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, valorizza, come visto, orientamenti giurisprudenziali consolidati, recependone non solo i presupposti formali di legittimità ma anche l'intera ricostruzione sistematica nell'ambito di taluni profili normativi dell'intero ordinamento lavoristico. In primo luogo l'assenza di una modificazione del rapporto obbligatorio sotto il profilo del soggetto titolare comporta, come già chiarito dalla giurisprudenza, che il datore di lavoro distaccante rimanga interamente responsabile del trattamento economico del lavoratore distaccato (e quindi di quello previdenziale); in secondo luogo il consenso del lavoratore non è disciplinato come un elemento costitutivo della fattispecie ma acquista rilevanza per l'ipotesi in cui vi sia un mutamento delle mansioni in capo al lavoratore. Da sottolineare, infine, il nodo della applicabilità della disciplina del trasferimento di cui all'articolo 2103 c.c. al distacco. L'articolo 30 del decreto prevede che una

<sup>94</sup> L'assenza di una determinazione specifica della distanza che rende applicabile la disciplina del trasferimento comporta ad oggi ancora elementi di incertezza (per una sintesi della problematica cfr. Ichino, *Il contratto di lavoro*, 2., cit., 332), da questo profilo la norma in materia di distacco potrebbe avere una ricaduta sotto il profilo dell'individuazione della parallela disciplina del trasferimento (in questo senso anche Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 178 sub nota 18).

<sup>95</sup> La giurisprudenza sul punto è consolidata, cfr., da ultimo, Cass. Civ., 18 novembre 1999, n. 12812, in *OGL*, 1999, 985.

<sup>96</sup> Cfr. Del Punta, *Articolo 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, Somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 74, che parla di « emersione normativa » di un istituto di matrice giurisprudenziale.

disciplina analoga sia ora applicabile per le ipotesi, nella pratica più frequenti, in cui il distacco comporti uno spostamento della sede di lavoro di più di 50 km rispetto a quella originaria.

Il comma 3 dell'articolo 30, allora, si rivela come un corollario della ricostruzione della fattispecie del distacco come modifica unilaterale delle modalità di esecuzione della prestazione. Ritenuto che tale potere rientri nel potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro, il legislatore delegato ha regolamentato l'applicazione dei principi che disciplinano il rapporto obbligatorio fra datore e lavoratore nella speciale fattispecie del distacco<sup>97</sup> così come l'articolo 2103 c.c. disciplina l'ipotesi di mobilità del lavoratore all'interno dell'organizzazione datoriale.

---

<sup>97</sup> Non è pertanto condivisibile la tesi di Chieco, *op. cit.*, 109, che parla di una ingiustificata « elasticizzazione » dei poteri datoriali con riferimento alle mansioni per le quali ravvisa una limitazione e al trasferimento per il quale, invece, ravvisa un ampliamento. Per criterio del contemperamento degli interessi contrapposti nella disciplina del trasferimento, che sembra presiedere anche alla formulazione dell'art. 30, comma 3, cfr. Ichino, *Il contratto di lavoro*. 2, cit., 329 ss.

## La responsabilità sociale dell'impresa: riflessioni a margine di una strategia europea sullo sviluppo sostenibile

Riccardo Salomone

*Sommario:* **1.** Posizione del problema. — **2.** La *corporate social responsibility* nell'esperienza nordamericana. — **3.** Il quadro comunitario: consensi e dissensi sulle proposte europee. — **4.** Il caso italiano: la responsabilità sociale e il diritto del lavoro.

**1.** Fissare regole minime per il capitalismo selvaggio, si dice, impone di affrontare apertamente il tema della responsabilità sociale delle imprese<sup>1</sup>. Aumentati vieppiù i casi<sup>2</sup> di comportamenti imprenditoriali spontanei, per così dire, responsabili — bilanci e codici etici<sup>3</sup>, etichettature sociali<sup>4</sup>, ecc. — l'Europa comunitaria ha avviato una strategia sulla c.d. *corporate social responsibility* con l'obiettivo di favorire la convergenza tra politica industriale, politica per l'occupazione e sviluppo sostenibile<sup>5</sup>. Anche nel nostro Paese (dopo le sollecitazioni del *Libro Bianco sul mercato del lavoro*) il tema della responsabilità sociale è stato prima individuato dal Governo tra le priorità del semestre di presidenza dell'Unione europea<sup>6</sup> e guardato poi con un certo interesse dal movimento sindacale<sup>7</sup>.

Tanta attenzione per un tema come la responsabilità sociale è spiegata con la

---

\* Riccardo Salomone è ricercatore di Diritto del lavoro presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

<sup>1</sup> Sui controversi rapporti tra etica e diritto v. da ultimo le osservazioni critiche di Rossi, *Il conflitto epidemico*, Adelphi, Milano, 2003, *ivi*, Cap. V, *L'equivoco dell'etica negli affari e dei codici etici e il ruolo della morale*, 113 ss. e *ivi* ulteriori riferimenti.

<sup>2</sup> Cfr., per alcuni dati e per un resoconto di casi esemplificativi, Chiesi, Martinelli, Pellegatta, *Il bilancio sociale*, Il Sole-24 ore, Milano, 2000.

<sup>3</sup> Per l'impostazione metodologica, Montuschi, *Regolamenti aziendali, etica del lavoro e ricerca del consenso*, in *ADL*, 2001, n. 2, 413 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Perulli, *Brevi note sulla certificazione di conformità sociale dei prodotti*, in *DRI*, 2000, n. 1, 27.

<sup>5</sup> Cfr. le comunicazioni della Commissione Ue su *Politiche sociali e del mercato del lavoro: una strategia di investimento nella qualità*, COM(2001) 313; *Promozione delle norme fondamentali del lavoro e miglioramento della governance sociale nel quadro della globalizzazione*, COM(2001) 416. V. inoltre il *Libro Verde* sulla responsabilità sociale delle imprese del 2001, COM (2001) 366. Infine, la comunicazione su *Corporate Social Responsibility: a business contribution to Sustainable Development*, luglio 2002, COM (2002) 347.

<sup>6</sup> V. infatti prima il progetto CSR-SC del Ministero del welfare presentato presso l'Università Bocconi il 13 dicembre 2002, poi la conferenza europea sulla CSR e il Forum Europeo Multi-Stakeholder di Venezia del 13 e 14 novembre 2003.

<sup>7</sup> Cfr. il 1° Convegno Nazionale CGIL, *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma, 5 novembre

crisi di effettività dei modelli di regolazione tradizionale — in specie degli ordinamenti europeo-continentali <sup>8</sup> — e, soprattutto, dei modelli di tutela del lavoro e degli standard sociali. Tra le alternative proposte per il progressivo miglioramento delle condizioni di lavoro su scala globale, da più parti viene considerata decisiva la leva delle dinamiche di impresa: trasparenza dei processi di produzione, valutazione comparativa dei trattamenti praticati rispetto ai concorrenti <sup>9</sup>.

Eppure sulla responsabilità sociale prevale ad oggi un atteggiamento di generale cautela, forse anche in ragione di una apparente sproporzione tra l'ampiezza del dibattito culturale che la questione dell'etica imprenditoriale suggerisce e le sue ricadute immediate in termini normativi <sup>10</sup>.

2. Sono ormai molte, dunque, le ragioni per provare a sciogliere il nodo dell'inquadramento complessivo del fenomeno, nelle sue relazioni con l'ordinamento giuridico e il sistema sociale di un dato Paese o contesto. La responsabilità sociale di impresa abbraccia idee differenti, ricomprende esperienze e prassi multiformi, di realtà e ordinamenti giuridici lontani. I tratti di disomogeneità sono molto numerosi, non tanto in relazione alla diffusione di prassi ed esperienze — cosa che tutto sommato potrebbe apparire anche scontata — quanto piuttosto in relazione alle interrelazioni con i diversi sistemi normativi in cui tali prassi vengono prese in considerazione, nonché agli obiettivi che attraverso la promozione di iniziative ispirate alla c.d. responsabilità sociale dell'impresa vengono di volta in volta perseguiti.

Per parlare di responsabilità sociale si deve cioè considerare un fenomeno risalente, ampio e composito. Il panorama europeo conosce esperienze sedimentate <sup>11</sup>. E oltreoceano la tematica della *corporate social responsibility* occupa da lungo tempo uno spazio considerevole negli studi scientifici <sup>12</sup>.

---

2003. V. ora il volume di Maulucci (a cura di), *E l'impresa sceglie l'etica - Relazioni sindacali e responsabilità sociale dell'impresa*, Ediesse, Roma, 2004.

<sup>8</sup> Sulle prospettive di evoluzione del sistema normativo europeo (dal punto di vista della teoria delle fonti) cfr. infatti le osservazioni di Pastore, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *LD*, 2003, n. 1, 5 ss. Più in generale v. anche gli interventi raccolti nello stesso numero (quasi monografico) di *LD*, *Chi ha paura del soft law?*, 2003, n. 1.

<sup>9</sup> Per una proposta organica in questa direzione v. Sabel, O'Rourke, Fung, *Quale volano per gli standard internazionali di protezione sociale? Proposta per un progressivo miglioramento delle condizioni di lavoro nell'economia globalizzata*, in *DML*, 2001, 85 ss.

<sup>10</sup> In chiave giuslavoristica cfr. Tursi, *La responsabilità sociale delle imprese e il diritto del lavoro*, intervento al convegno *La Responsabilità Sociale delle Imprese e della P.A.*, 10 giugno 2003, Genova, a quanto consta inedito.

<sup>11</sup> V. i casi di Danimarca e Olanda: Rosdahl, *The social responsibility of enterprises, Some conceptions and perspectives*, *The Danish Institute of Social Research Working Papers*, 2000, n. 2.

<sup>12</sup> Lo stesso capitalismo statunitense si è caratterizzato nel tempo per il particolare legame tra imprese, azionisti, *managers* e consumatori. I principi della *accountability* costituiscono, come si sa, snodo cruciale di quel sistema. Si pensi che qualcuno ha individuato le origini della *responsabilità sociale dell'impresa* persino in alcune vicende giudiziarie dei primi decenni del Novecento: Von Stange, *Corporate Social Responsibility through Constituency Statutes: Legend or Lie?*, in *Hofstra Labor Law Journal*, Spring 1994, n. 11, 461, cita il caso *Dodge v. Ford motor Co.* del 1919

Spesso si guarda non soltanto a prassi rilevanti nell'ottica di *human resources management*<sup>13</sup>. Comportamenti responsabili vengono immaginati, infatti, più in generale, riguardo agli azionisti, alla comunità finanziaria<sup>14</sup>, nei rapporti che l'impresa tiene con fornitori, *partners* finanziari, banche, amministrazioni pubbliche e persino con la "comunità sociale" di riferimento, laddove si misurino il livello dei consumi, delle emissioni degli impianti produttivi o si mettano a punto forme di bilancio ambientale<sup>15</sup>.

Non desta però particolare meraviglia che, nei sistemi dove il grado di regolazione lavoristica si presenta più basso (e i processi normativi profondamente diversi dai nostri), l'attenzione per un tema come la responsabilità sociale risulti così elevata. Sorprende invece un poco che vi sia capacità attrattiva in un contesto ad alta intensità di regolazione come quello europeo-continentale. Ed è allora piuttosto ovvio che il fiorire di tante pratiche imprenditoriali "socialmente corrette" possa lasciar perplessi, non solo per il carico simbolico, quasi spiazzante — rispetto alla logica più lineare del profitto — cui si accompagna l'idea stessa di un'etica di impresa, ma anche per i singolari percorsi semi-ordinamentali da cui tali pratiche nascono e in cui esse si inseriscono. L'attualità oltretutto restituisce un'immagine ambigua anche delle esperienze "anglo-sassoni", dopo che gli scandali di Enron, World-Com, Xerox hanno reso più evidenti le difficoltà di alcuni meccanismi di valorizzazione etica (*advisors*, codici, certificazioni dei bilanci) nel rispondere in modo adeguato alle funzioni per cui erano stati progettati.

---

ove la Corte Suprema del Michigan rigettò la posizione "socialmente responsabile" di Henry Ford che intendeva limitare i dividendi degli azionisti alla misura del 5% mensile "*to employ still more men, to spread the benefits of this industrial system to the greatest possible number, to help them build up their lives and their homes*". È comunque dagli anni Cinquanta e Sessanta che il tema ha assunto importanza crescente. Cfr. Bowen, *Social responsibilities of the businessman*, Harper and Row, New York, 1953; Epstein, *Business Ethics and corporate Social Policy: Reflections on an Intellectual Journey*, 1964-1996, in *Business and Society*, 1998, n. 7.

<sup>13</sup> V. Rosthorn, *Business Ethics Auditing - More than a Stakeholder Toy*, in *Journal of Business Ethics*, 2000, vol. 11, n. 1. Per es. confrontando le prerogative sindacali, le forme del coinvolgimento sindacale, l'osservanza delle normative in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, l'esistenza di percorsi e progetti formativi e di carriera per il personale, le modalità con cui sono costruiti i sistemi di incentivazione, la sperimentazione di nuove politiche di *job creation* e il livello dell'investimento sul personale, nonché la misurazione quantitativa dei procedimenti disciplinari e del contenzioso in genere, ecc.

<sup>14</sup> Composizione del capitale sociale, il tasso di partecipazione dei soci alle attività aziendali, la tutela delle minoranze e la remunerazione degli azionisti, l'esistenza di rendicontazioni sociali e ambientali, gli strumenti della c.d. *customer satisfaction*, le etichettature sociali. Cfr. Diller, *A social conscience in the global market place? Labour dimensions of codes of conduct, social labeling and investor initiatives*, in *ILR*, 1999, vol. 138, n. 2, 99 ss. Per le diverse opzioni definitorie v. Rosdahl, *op. cit.*, 26-27.

<sup>15</sup> V. Carrol, *Business and society: ethics and stakeholder management*, Cincinnati, South-Western College Publishing, 1996, 74 e già Carrol, *The pyramid of Corporate Social Responsibility: toward the moral management of organizational Stakeholder*, in *Business Horizons*, 1991, vol. 34, 39 ss. A riferimento si prendono i c.d. *stakeholders*, termine che nasce in contrapposizione al termine *stockholder* (azionista) ed è stato formulato per la prima volta dallo *Stanford Research Institute* nel 1963 per indicare alcuni soggetti portatori di un interesse proprio rispetto all'attività dell'impresa. Cfr. Freeman, *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Pitman, Marshfield, 1984.

Su tanta fiducia pesano forse le opzioni di chi ritiene che la promozione dell'“etica” nei rapporti economici possa congiungere coesione sociale e sviluppo sostenibile<sup>16</sup>. Investimenti in capitale umano e trasparenza nelle scelte aziendali, si dice, innescano processi virtuosi capaci di compensare con gradualità gli effetti destrutturanti della globalizzazione, senza diminuzioni sul fronte della redditività economica<sup>17</sup>. Lo sviluppo di comportamenti “socialmente attivi” viene considerato insomma produttivo di effetti benefici per l'impresa nella sua individualità, in termini occupazionali, rispetto ai percorsi formativi del personale, in relazione alla crescita produttiva del territorio, dell'area di localizzazione della produzione e nei rapporti con i consumatori, fino al punto da superare le diseconomie esterne e i costi sociali connessi all'esistenza e all'attività dell'impresa stessa.

**3.** Nell'ottica giuridica, vi sono alcuni aspetti del dibattito attuale che meritano un approfondimento maggiore di quanto non sia avvenuto fino ad ora. Vanno riconsiderate, in primo luogo, le dinamiche concrete che hanno portato la responsabilità sociale ad essere descritta come l'elemento di raccordo tra politiche economiche e politiche sociali europee nella prospettiva di perseguire congiuntamente sviluppo e coesione sociale<sup>18</sup>. Inoltre, le vicende della responsabilità sociale offrono una prospettiva di analisi più specifica, e però essenziale rispetto alla discussione in corso in Italia. Una prospettiva che consente di guardare ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario con l'idea di valorizzare le peculiarità del nostro sistema all'interno dei percorsi istituzionali europei. Ciò porta ad osservare, in particolare, quanto è implicito nella promozione dell'etica imprenditoriale rispetto ai processi normativi classici del nostro ordinamento e del nostro diritto del lavoro: l'idea di una responsabilità sociale di impresa ha in sé da questo punto di vista una certa dose di ambiguità, perché il concetto si curva facilmente ad opzioni di politica del diritto lontane, se non contrapposte<sup>19</sup>.

Nel dibattito italiano la responsabilità sociale delle imprese è stata spesso presentata come imposta dall'Europa, o comunque come lo strumento che l'ordinamento europeo ha privilegiato nella prospettiva di attribuire alle imprese un ruolo centrale nella lotta contro l'esclusione sociale. Un tassello utile

<sup>16</sup> Come noto si tratta di uno dei punti di partenza della analisi di Sen. Cfr. Sen, *Etica ed economia*, Laterza, Bari, 1988. Sul concetto di *social capital* v. da ultimo i contributi raccolti in Ramaswamy, Sunder, Kelly Thomas and Isham, Jonathan (ed.), *Social Capital, Well Being and Economic Development*, Edward Elgar Publisher, 2002.

<sup>17</sup> Carrol, *The pyramid of Corporate Social Responsibility: toward the moral management of organizational Stakeholder*, cit., 43 ss. Cfr. anche Diller, *op. cit.*, 100, che riprende Mayhew, *Trouble with the triple bottom line*, in *Financial Times*, 10 agosto 1998. Per l'impostazione opposta v. comunque già Friedman, *The social responsibility of Business is to increase profit*, in *New York Times magazine*, 13 settembre 1970.

<sup>18</sup> Per l'inquadramento complessivo del tema v., da ultimo, Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.

<sup>19</sup> Per tutti Henderson, *Misguided Virtue: False Notion of Corporate Social Responsibility*, Institute of Economic affairs, Londra, 2001.

all'inquadramento sistematico del tema, così come oggi lo si presenta nel dibattito politico-sindacale, dovrebbe per questo ricavarsi considerando più attentamente proprio le sollecitazioni provenienti dal contesto comunitario.

Invero a tali sollecitazioni, indubbiamente presenti, non è facile attribuire valenza univoca, come dimostrano la cautela e la diffidenza con cui gli imprenditori e il movimento sindacale europei si sono contrapposti all'ottimismo (e alla insistenza) delle istituzioni comunitarie nel portare avanti la strategia sulla *corporate social responsibility*.

Di responsabilità sociale si è cominciato a discutere con il *Libro Verde* del 18 luglio 2001<sup>20</sup>. E al *Libro Verde* è seguita nel 2002 una comunicazione della Commissione giunta a conclusione di un lungo processo di consultazione di rappresentanti istituzionali, imprese, parti sociali e ONG. I risultati di tale processo sono stati presentati come altamente positivi<sup>21</sup>. La Commissione ha sottolineato in generale il favore con cui è stata accolta l'iniziativa comunitaria, confermando l'utilità di un ampio dibattito sul concetto di responsabilità sociale delle imprese. Le posizioni — sconosciute ai più — assunte sul *Libro Verde* da UNICE e ETUC, CEC, e da alcune ONG, ci mostrano invece piuttosto chiaramente quanto si sia ancora lontani da una possibile convergenza. Lo dimostra, ad esempio, il fatto che l'UNICE abbia respinto in radice l'idea di un intervento volto ad aumentare il coordinamento e la coerenza delle pratiche socialmente responsabili tenute dalle imprese in Europa. L'UNICE ha negato che iniziative di promozione della *corporate social responsibility* possano essere condotte con il coinvolgimento di altri soggetti diversi dall'impresa stessa: il principio basilare è e deve restare quello della volontarietà e dell'iniziativa spontanea da parte datoriale. L'UNICE ha evidenziato inoltre il fatto che quello "omologante" sarebbe un approccio completamente sbagliato: volere regolamentare o anche soltanto fornire un quadro di riferimento normativo europeo alla responsabilità sociale delle imprese sarebbe del tutto controproducente, in quanto ciò soffocherebbe la capacità creativa e di innovazione delle imprese stesse. Più che sufficiente in quest'ambito sarebbe — a suo dire — il quadro regolativo definito a livello internazionale dalle *Guide Lines* della OECD<sup>22</sup> e dai principi dell'OIL e un ulteriore intervento comunitario non farebbe altro, secondo l'UNICE, che contribuire ad aumentare quello che lo stesso *Libro Verde* aveva evidenziato essere il maggior difetto, ad

<sup>20</sup> *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, COM(2001) 366, def.

<sup>21</sup> Con la comunicazione del 2002 viene avviato un disegno di maggiore coinvolgimento delle parti sociali, delle imprese, di esponenti della "società civile", di consumatori e investitori. La comunicazione è stata indirizzata infatti alle istituzioni europee, agli Stati membri, alle parti sociali, alle associazioni d'impresa e dei consumatori, alle singole imprese e, più in generale, a tutti i potenziali *stakeholders*. Secondo la Commissione, infatti, potrà essere solo un impegno congiunto a rendere possibile lo sviluppo e l'applicazione della strategia europea di promozione della *corporate social responsibility*, ed è abbastanza naturale e comprensibile, inoltre, che anche le imprese, gli *stakeholders* e le parti sociali dei Paesi candidati all'ammissione in Europa siano invitate dalla Commissione ad aderire a tale iniziativa.

<sup>22</sup> Cfr. i rapporti OECD, *Private initiatives for Corporate Social Responsibility: an analysis*, febbraio 2001 e *Corporate Social Responsibility: Private initiatives and Public Goals*, maggio 2001.

oggi, delle pratiche socialmente responsabili: il proliferare incontrollato delle iniziative.

Al pari dell'UNICE, del resto anche la ETUC<sup>23</sup> ha accolto solo all'apparenza con favore il documento della Commissione e l'intenzione di lanciare il dibattito sulla responsabilità sociale dell'impresa. La ETUC ha precisato che, per essere credibili, le pratiche in materia di responsabilità sociale non possono essere definite, attuate e valutate unilateralmente da parte delle imprese, essendo piuttosto necessario far partecipare al processo, se pure in diversa misura, anche gli *stakeholders*. In particolare poi la ETUC si è espressa favorevolmente rispetto alla ipotesi che su questo fronte si attivi una *partnership* con le ONG più rappresentative, ragionando in termini di una gestione complessiva di tali problematiche e attribuendo ad esse una possibile funzione complementare nella gestione di tali pratiche.

Se per l'UNICE le iniziative correlate alla responsabilità sociale dell'impresa devono rimanere all'interno delle prerogative manageriali per l'ETUC, al contrario, esse dovrebbero essere sviluppate all'interno di un quadro legislativo o contrattuale. L'idea di promuovere la *corporate social responsibility*, non deve tuttavia, far pensare — così si è espressa l'ETUC — che ciò significhi anche la fine di relazioni industriali imperniate sulla logica conflittuale. Né tantomeno che l'introduzione di queste *policies* a livello di impresa possano contribuire a porre su un piano paritario tutti gli *stakeholders* coinvolti. Codici di condotta, programmi e processi di etichettatura sociale, etc. e, in generale, tutti gli strumenti di *soft-regulation* debbono essere considerati in ogni caso come strumenti di un processo transitorio, e non definitivo, verso l'intervento delle norme di legge o di contratto collettivo.

La posizione della CEC<sup>24</sup> è in linea con quella della ETUC. La CEC ha evidenziato il ruolo fondamentale che le parti sociali possono svolgere nella stesura dei codici etici adottati dalle imprese, che potrebbero essere implementati grazie al coinvolgimento dei rappresentanti dei lavoratori. Quanto alla alternativa *voluntary/regulated action* la CEC si è espressa nel senso di una preferenza per un intervento regolatore "morbido": l'Unione europea dovrebbe evitare una regolamentazione eccessivamente stringente, sancendo però il principio fondamentale in base al quale le imprese europee dovrebbero essere obbligate annualmente a redigere insieme al rendiconto finanziario anche un rendiconto *sociale*. Il ruolo della Commissione, a parere della CEC, potrebbe consolidarsi nel senso di catalizzare le migliori prassi del territorio comunitario, incoraggiando al contempo la diffusione delle esperienze più innovative.

La posizione della *Social Platform* delle ONG a livello europeo<sup>25</sup> rispecchia invece l'idea che l'impegno su scala europea per incentivare le pratiche di responsabilità sociale dell'impresa non possa andare disgiunto dalla conside-

<sup>23</sup> La posizione dell'ETUC è stata invece resa nota in una comunicazione del 10-11 ottobre 2001.

<sup>24</sup> Resa nota con una comunicazione del 30 novembre 2001.

<sup>25</sup> Il documento è del 26 novembre 2001.

razione che le stesse imprese attive in Europa si trovano poi molto spesso ad operare in Paesi extra-europei. Ciò comporta che il primo obiettivo della strategia europea dovrebbe essere quello di riuscire a saldarsi efficacemente alle iniziative esistenti su scala mondiale. Si aggiunge, inoltre, che le pratiche di responsabilità sociale dovrebbero essere poste in essere dalle imprese soltanto dopo un'ampia consultazione con tutti gli *stakeholders* coinvolti.

Nel passaggio dal *Libro Verde* alla comunicazione del 2002, i progressi compiuti dalla strategia europea sono dunque scarsi. Certo, merita attenzione il fatto che le autorità europee si siano adoperate per collocare l'iniziativa sulla responsabilità sociale in una cornice globale, ammettendo che la sua promozione debba fondarsi su norme e strumenti riconosciuti, e quindi legittimati<sup>26</sup>, su scala mondiale. In tale prospettiva, la strategia sulla responsabilità sociale potrebbe, da un lato, offrirsi come strumento di sostegno allo sviluppo delle politiche comunitarie e, dall'altro lato, evitare la proliferazione di strumenti troppo differenziati. Agire insomma come canale di legittimazione dei comportamenti imprenditoriali responsabili, riconducendoli ad un quadro organico nel suo complesso.

Le difficoltà delle istituzioni comunitarie emergono però in modo molto evidente, specie laddove si consideri che la "strategia" europea non oltrepassa il tentativo di sistemazione di opzioni e priorità, utile al più ad inquadrare i principi della responsabilità sociale all'interno delle diverse politiche comunitarie: la Strategia europea per l'occupazione, la politica industriale e imprenditoriale, la politica ambientale e quella dei consumatori, la politica degli appalti pubblici e infine le politiche estere e di cooperazione allo sviluppo<sup>27</sup>. La Commissione si esprime del resto nel senso della preferenza per la volontarietà delle iniziative di *corporate social responsibility*. Ed obiettivo dell'Unione europea sarebbe, in questo contesto, esclusivamente quello di facilitare il coordinamento degli strumenti utilizzati per assicurare il corretto funzionamento del mercato interno<sup>28</sup>.

Ora, può meritare comunque apprezzamento l'impegno assunto dall'Europa

---

<sup>26</sup> Su questo aspetto, in un quadro di intervento a livello globale, v. infatti la analisi critica legata al problema della *legitimacy* e alle reali dinamiche delle iniziative intraprese dalle multinazionali, di Arthurs, *Private Ordering and Workers Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as Regime of Labour Market Regulation*, in Conaghan, Fischl, Klare (eds.), *Labour law in an Era of Globalization, Transformative practices and possibilities*, Oxford University Press, Oxford, 2002, spec. 472-473 e 484-487.

<sup>27</sup> Il Consiglio dell'Unione europea, con la risoluzione del 3 dicembre 2001, ha però precisato che una strategia europea di responsabilità sociale delle imprese potrebbe completare le misure esistenti su scala locale e nazionale nei diversi Paesi dell'Unione, apportando un consistente valore aggiunto. Il Consiglio ha convenuto, in particolare, sul fatto che la responsabilità sociale delle imprese possa servire non solo a rafforzare la coesione sociale, a garantire un livello elevato di protezione dell'ambiente e del rispetto dei diritti fondamentali, ma anche a migliorare la competitività delle imprese senza distinzione quanto a dimensione o a settore di attività.

<sup>28</sup> In linea di massima, rileva la Commissione "l'adozione di una politica di responsabilità sociale è una decisione che spetta alle stesse imprese, che nasce dinamicamente dalla loro interazione con le parti interessate. Tuttavia, dal momento che sembra che la responsabilità sociale delle imprese vada a beneficio della società contribuendo al rafforzamento dello sviluppo durevole, spetta ai

sul versante della diffusione della informazione a proposito delle prassi responsabili. Ed è opportuno sottolineare, in questa logica, l'invito — non accompagnato tuttavia da misure concrete — ad adattare il concetto, le pratiche e gli strumenti della responsabilità sociale alla situazione specifica delle piccole e medie imprese. È vero, infatti, che spesso le piccole imprese gestiscono il loro impatto sulla società in maniera più intuitiva e informale delle grandi imprese mentre, in realtà, molte di esse hanno già adottato pratiche sociali ed ecologiche responsabili, senza avere sufficiente dimestichezza con il concetto o senza fornire informazioni adeguate riguardo alle loro attività; e tali pratiche sono spesso definite e interpretate come pratiche responsabili di gestione dell'impresa<sup>29</sup>.

Ma le difficoltà comunitarie non sono neppure un caso isolato: in Olanda, ad esempio, nel 2001 una raccomandazione del *Consiglio Sociale ed Economico* (l'organismo consultivo a composizione paritetica composto da rappresentanti delle organizzazioni sindacali e datoriali), concernente i principi basilari della responsabilità sociale delle imprese, è stata oggetto di un acceso dibattito. A partire da questa raccomandazione si è aperta a livello istituzionale una ampia discussione circa la opportunità di un intervento legislativo indirizzato ad obbligare le imprese ad adottare sistemi informativi e di certificazione relativi alle iniziative socialmente responsabili attivate all'interno delle singole realtà aziendali. Il confronto però non ha portato ad alcun provvedimento legislativo, dopo la preferenza esplicitata dalle stesse parti sociali e da quasi tutti i partiti di Governo (ad esclusione del solo partito social-democratico) per una strategia di *corporate social responsibility* costruita su base volontaria, in relazione alle iniziative delle singole imprese: si è ritenuto infatti compito precipuo della legislazione statale quello di un intervento funzionale a precostituire le condizioni necessarie allo sviluppo di pratiche imprenditoriali socialmente rilevanti e a predisporre un congruo sistema di incentivi utili alla loro diffusione.

4. Se l'attenzione si sposta sul caso italiano, è vero che nell'ultimo decennio la sensibilizzazione rispetto alle tematiche sociali e ambientali sembra in buona misura aumentata. In concreto, tuttavia, il ricorso agli strumenti di responsabilizzazione etico-sociale sembra ancora piuttosto scarso<sup>30</sup>. Qui, in effetti, è

---

poteri pubblici incoraggiare l'adozione da parte delle imprese di pratiche responsabili sul piano sociale e ambientale".

<sup>29</sup> Il 50% delle piccole e medie imprese europee svolgerebbe già oggi infatti attività responsabili sul piano sociale ed ambientale a vantaggio dei loro interlocutori esterni. Cfr. Indagine 2001 della Rete europea di ricerca sulle PMI (ENSR) su oltre 7000 piccole e medie imprese: *European SMEs and Social and Environmental Responsibility*, 7<sup>a</sup> relazione dell'Osservatorio europeo delle PMI europee, 2002, Commissione europea, DG Impresa.

<sup>30</sup> Malgrado in Italia si possano contare almeno 12 differenti standard di valutazione in ambito di certificazione/misurazione della responsabilità sociale, le imprese che si sono sottoposte a questo processo sono ancora pochissime. Se consideriamo lo standard più accreditato a livello internazionale (SA8000) le imprese italiane certificate sono soltanto 40. Anche sul versante delle certificazioni ambientali, la voglia di trasparenza delle imprese resta ancora bassa, e ciò malgrado su questo tema la platea dei consumatori risulti particolarmente sensibile: sono poco più di 2000

merito del *Libro Bianco sul mercato del lavoro* l'aver proposto per la prima volta all'attenzione del dibattito politico-sindacale l'inquadramento complessivo della tematica della responsabilità sociale dell'impresa, individuandola come snodo cruciale nella prospettiva della trasparenza dei processi decisionali dell'impresa e auspicando che gli operatori economici potessero avere le capacità necessarie per sviluppare una cultura orientata verso la responsabilità sociale "nella logica di un investimento in risorse umane, andando oltre le prescrizioni legali minime in campo sociale".

Alla teorica promozione degli strumenti di valorizzazione dell'etica imprenditoriale sono però seguite proposte ambigue e piuttosto deludenti. Si pensi alla più recente iniziativa governativa, costruita sulla sola idea di concedere sgravi e benefici fiscali alle imprese che si siano dimostrate "socialmente responsabili" (il progetto prevede la predisposizione di un sistema di indicatori utile alle aziende per valutare la propria *performance* sul piano sociale; le stesse imprese sarebbero in questo modo incentivate ad attivare procedure di autovalutazione per sottoporre poi il proprio *social statement* ad un organismo apposito e ottenere così l'incentivo fiscale e/o finanziario).

Quello che occorre domandarsi è, dunque, se ci siano (ed eventualmente quali siano) spazi e strumenti normativi per promuovere i comportamenti "responsabili" delle imprese. Le difficoltà di individuare tali spazi e tali strumenti rispetto agli ordinamenti europeo-continentali confermano, ci pare, che il punto critico di ogni strategia sulla responsabilità sociale dell'impresa è costituito proprio dalla sua scarsa conciliabilità con i nostri sistemi di relazioni industriali e con le tecniche regolatorie del diritto del lavoro europeo e italiano in particolare. Ora, è indiscutibile che la tematica sia una tematica trasversale a più discipline<sup>31</sup>. Eppure quella giuslavoristica dovrebbe porsi, in un certo modo, quale chiave di lettura privilegiata del rapporto etica/impresa. Se si guardano gli obiettivi perseguibili con le strategie di responsabilità sociale in termini di politica del diritto, l'idea di promuovere una responsabilità sociale di impresa si identifica in fondo nel diritto del lavoro stesso, nella sua tradizionale accezione e configurazione. Ciò sia considerando i profili etici attinenti alla dimensione umana del lavoro<sup>32</sup>, sia pensando al diritto del lavoro nella sua concezione classica, quale tecnica unilaterale di protezione del prestatore c.d. contraente debole o quale diritto di tutela sociale in un'economia di mercato.

---

le aziende italiane che hanno una certificazione ambientale: 1932 secondo le procedure ISO 14001 e 152 secondo quelle Emas, Fonte: Censis, [www.censis.it](http://www.censis.it).

<sup>31</sup> Per una ricostruzione dell'intreccio tra discipline economiche, giuridiche e sociologiche nel sistema nordamericano, cfr. di recente il *Forum* su *Corporate Social Responsibility: Paradigm or Paradox?*, in *Cornell Law Review*, 1999, 1195; nonché Mayer, *Community, Business Ethics and global Capitalism*, in *American Business Law Journal*, Winter 2001, n. 38, 215. Cfr. anche Ostas, *Deconstructing Corporate Social Responsibility: insights from Legal and Economic Theory*, in *American Business Law Journal*, 2001, n. 38, 261 ss.

<sup>32</sup> Mengoni, *L'enciclica "Laborem exercens" e la cultura industriale*, in *DLRI*, 1982, 595 ss. e più di recente Napoli, *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro*, in Napoli, *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997-2001)*, Giappichelli, Torino, 2002, 3 ss. e qui 5-6.

Entrata in crisi la funzionalizzazione in senso forte della attività di impresa<sup>33</sup>, esclusa la praticabilità concreta di una funzionalizzazione attuata con gli impulsi legislativi della programmazione economica, scontato il « progressivo oblio » della c.d. democrazia economica, la responsabilità sociale dell'imprenditore — la *funzione sociale* dell'impresa per dirla con l'articolo 41 della Costituzione — si è riflessa nel diritto del lavoro stesso, inteso quale proiezione formale del recupero di potere della classe operaia<sup>34</sup>, nel sistema legislativo attributivo di poteri di controllo e condizionamento delle scelte dell'imprenditore esercitato attraverso lo Statuto dei lavoratori<sup>35</sup>, nonché attraverso il sistema contrattuale delle informazioni e della consultazione sindacale<sup>36</sup>.

Perciò l'unico modo per pensare oggi, in coerenza a questa prospettiva, ad una responsabilità sociale dell'impresa nell'ottica del diritto del lavoro sarebbe quello di riconsiderare seriamente le forme di coinvolgimento dei lavoratori nella gestione d'impresa, come mezzo di controllo della *governance* societaria (cosa, peraltro, possibile in vista della trasposizione nel nostro ordinamento della direttiva n. 86/2001 sulla società europea, ma ad oggi tutt'altro che probabile). Ora, è ovvio però che, se anziché a tutto questo, si pensa — come il dibattito attuale lascia intendere — soltanto a scelte strategiche delle aziende e alle conseguenti tecniche di giuridificazione di prassi di esclusiva provenienza datoriale, allora è l'idea stessa di una responsabilità sociale di impresa a cozzare con le categorie consuete del giuslavorista, che si trova in buona misura spiazzato. Perché collocare la responsabilità sociale dell'impresa nell'ambito delle prassi volontarie, significa in definitiva collocarne il fondamento oltre la legge ed oltre il contratto collettivo. E significa escludere in radice la possibilità di configurare una forma di responsabilità passibile di "controllo" ed escludere, in caso di inadempienza, l'esistenza di una sanzione giuridicamente rilevante nell'ottica dell'ordinamento statale o dell'ordinamento intersindacale. Con ciò l'integrazione volontaria da parte dell'impresa di preoccupazioni sociali e ambientali finisce oltretutto per piegarsi, in modo più o meno consapevole, ad obiettivi diversi dalla sola promozione dell'etica responsabile e della corret-

<sup>33</sup> Nella variante secondo cui la tutela dei fini e dell'utilità sociale garantita dalla nostra Costituzione economica, intesa come "limite funzionale" dell'iniziativa privata, si sarebbe dovuta identificare "con la tutela dei contro-interessi, gli interessi delle categorie sottoprotette o, se si preferisce, della classe lavoratrice, che la massimizzazione del profitto mette in gioco". Cfr. Mancini, *Il diritto al lavoro rivisitato*, in *PD*, 1973, 687 ss. e qui 701. Per la ricostruzione di quel dibattito cfr. anche Galgano, *Sub Art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, Branca (a cura di), *Rapporti Economici, Tomo II*, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 40-43; Mazzoni, *I controlli sulle attività economiche*, in *La Costituzione economica, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 1977, 307 ss. e qui particolarmente 321-326.

<sup>34</sup> Mariucci, *Il lavoro decentrato, Discipline legislative e contrattuali*, F. Angeli, Milano, 1979, e qui 13 ss.

<sup>35</sup> Non a caso si è parlato dello Statuto dei lavoratori proprio come di una "prefigurazione normativa del modo operaio di partecipare al governo dell'impresa". Romagnoli, *Autorità e democrazia in azienda: teorie giuridico-politiche*, in *Id.*, *Lavoratori e sindacati tra vecchio e nuovo diritto*, Il Mulino, Bologna, 1974, 109 ss. e qui 118.

<sup>36</sup> Ghezzi, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese ed il sistema contrattuale delle informazioni e della consultazione del sindacato*, in *RGL*, 1978, I, 3 ss. e qui spec. 7-9.

tezza nei comportamenti datoriali. Così come ogni altra strategia di *management* partecipativo, può darsi che essa non risponda alle logiche del confronto sindacale dei sistemi avanzati di relazioni industriali e comporta quindi il rischio di uno *svuotamento delle relazioni industriali basate sul contratto e sul conflitto collettivo* <sup>37</sup>.

Si pensi, per tutte, alla vicenda emblematica dei codici etici delle imprese. Un codice etico non è in fondo, nelle sue ricadute propriamente normative, niente altro se non un moderno sostituto dei regolamenti di impresa, che “racchiude le regole finalizzate a sviluppare il senso di appartenenza del lavoratore all’impresa, l’orgoglio di contribuire ai successi sul mercato, l’illusione di condividere e realizzare un fine comune”, e cioè lo strumento che concretizza i “valori di riferimento del nuovo millennio e si preoccupano di spingere i lavoratori verso la condivisione e la loro realizzazione: è l’obiettivo comune, la *mission* trascendente la fisiologica opposizione degli interessi che si esprime nella causa contrattuale di scambio” <sup>38</sup>.

Né è difficile constatare, in questa luce, che lo stesso *Libro Bianco* nel sottolinearne l’importanza come strumento di ausilio alla trasparenza dei processi decisionali, presenti altresì la responsabilità sociale come snodo fondamentale in relazione alle tecniche e alle strategie manageriali volte a conservare nell’orbita dell’impresa la forza lavoro maggiormente qualificata e utile al processo produttivo, cioè alle politiche di “fidelizzazione” dei lavoratori. Quando il *Libro Bianco* sollecita tutti gli attori a sperimentare nuove tecniche ispirate alla logica del *management by objectives* sottolinea in effetti che « la responsabilità sociale, intesa come investimento in capitale umano, può rappresentare una scelta strategica vincente per l’impresa, nel senso di migliorare il rendimento dei dipendenti, generando maggiori profitti, ed allo stesso tempo destando una crescente attenzione nei consumatori e negli investitori » e ne esalta così in qualche misura anche la valenza intrinseca di scelta di *marketing*, di esclusiva provenienza datoriale.

---

<sup>37</sup> Treu, *Diritto del lavoro e relazioni industriali*, in Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 190. Nello stesso ordine di idee cfr. anche le osservazioni di Arthurs, *Private Ordering and Workers Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as Regime of Labour Market Regulation*, in Conaghan, Fischl, Klare (eds.), *Labour law in an Era of Globalization, Transformative practices and possibilities*, cit., 471 ss. È noto tra l’altro come l’ampio interesse mostrato da alcuni nella promozione di strumenti tesi a valorizzare la responsabilità sociale delle imprese in ambito europeo abbia a lungo contribuito ad alimentare le preoccupazioni del movimento sindacale sul presunto disimpegno del mondo imprenditoriale nella preparazione della direttiva comunitaria sulla società europea e della direttiva concernente l’esercizio dei diritti di informazione e consultazione nelle imprese nazionali.

<sup>38</sup> Montuschi, *Regolamenti aziendali, etica del lavoro e ricerca del consenso*, cit., 421. Questa ambiguità emerge, d’altra parte, anche nei documenti ufficiali delle autorità comunitarie. Le imprese europee, vi si osserva, non devono limitarsi alla creazione di valore con la produzione di beni e servizi che la società richiede, ma indirizzarsi anche alla continua creazione di posti di lavoro. Ma — è la Commissione europea ad ammetterlo e a dichiararlo ripetutamente — sono ormai le stesse imprese ad avere preso coscienza del fatto che gli obiettivi di un successo commerciale sostenibile non sono perseguibili massimizzando i profitti a breve termine, bensì solo adottando comportamenti vigili nei confronti del mercato e nei confronti dei consumatori.

Il rischio è dunque, in qualche modo, quello di una eterogenesi dei fini: presentare il concetto di *corporate social responsibility* come un concetto in sé e per sé neutro, calandolo in tale guisa in un contesto come quello italiano, per renderlo poi funzionale allo svuotamento degli strumenti consueti di regolazione dei rapporti di lavoro, specie nella loro dimensione collettiva. Si riproporrebbe così, sia pure su scala ridotta, l'*impasse* tipica dell'economia globale, dove sono proprio le imprese multinazionali ad avere avviato, con sollecitudine altrimenti inspiegabile, un percorso di auto-legittimazione fondato sulla valorizzazione di modelli di coinvolgimento sociale e di responsabilizzazione ambientale<sup>39</sup>. Un percorso in linea forse con la necessità, rilevata da molti, di "sottomettere le relazioni internazionali a regole materiali diverse da quelle che governano le relazioni interne"<sup>40</sup>, ma non sempre limpidamente indirizzato alla difesa e allo sviluppo delle tutele dei lavoratori.

---

<sup>39</sup> V. Hepple, *The importance of law, guidelines and codes of conduct in monitoring corporate behaviour*, in *BCLR*, 2000, n. 37, 3 ss. e specialmente Arthurs, *Private Ordering and Workers Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as Regime of Labour Market Regulation*, in Conaghan, Fischl, Klare (eds.), *Labour law in an Era of Globalization, Transformative practices and possibilities*, cit., 472-473 e *ivi* ulteriori riferimenti.

<sup>40</sup> Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999, XIV-XV.

## Responsabilità sociale delle imprese: il ruolo del diritto del lavoro

Marco Ferraresi

*Sommario:* **1.** Un punto di vista giuridico. — **2.** Breve premessa storica. — **3.** “Istituzioni” di responsabilità sociale delle imprese. — **3.1.** Gli incentivi. — **3.1.1.** I marchi sociali. — **3.1.2.** L’investimento socialmente responsabile. — **3.2.** I codici di condotta. — **4.** Conclusioni.

**1.** Che il tema della responsabilità sociale delle imprese sia oggetto di attenzione da parte di organizzazioni non governative, governi nazionali, istituzioni comunitarie e organizzazioni internazionali è cosa nota. Meno indagato sino ad oggi è stato invece il ruolo del diritto, essendosi concentrato il dibattito più sulla dimensione — pur basilare — “etica” della questione<sup>1</sup>. Nondimeno, proprio il crescente interesse dei pubblici poteri palesa, al di là di affermazioni di principio, un’esigenza d’ingresso o crescita del diritto sul tema e, quindi, di una cornice giuridica entro la quale inquadrare il problema. A prima vista potrebbe sostenersi che è proprio il principio — ripetutamente e pressoché universalmente affermato — “volontario” della responsabilità sociale delle imprese ad escludere il diritto dal novero degli interlocutori. La stessa espressione di responsabilità “sociale” pare elaborata proprio per escludere a priori la configurabilità di qualsivoglia responsabilità “giuridica” in merito<sup>2</sup>: un tema dunque di mero rilievo “morale”, un problema di “coscienza”, un approccio volontario, per l’appunto, di fronte al quale le regole

---

\* Marco Ferraresi è dottorando di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali presso l’Università di Pavia.

<sup>1</sup> Giovanni Paolo II, *Centesimus annus*, 1991, § 58, esige il supporto istituzionale al problema morale: “si tratta (...) di aiutare interi popoli, che ne sono esclusi o emarginati, ad entrare nel circolo dello sviluppo economico ed umano. Ciò sarà possibile non solo attingendo al superfluo, che il nostro mondo produce in abbondanza, ma soprattutto cambiando gli stili di vita, i modelli di produzione e di consumo, le strutture consolidate di potere che oggi reggono le società. Né si tratta di distruggere strumenti di organizzazione sociale che han dato buona prova di sé, ma di orientarli secondo un’adeguata concezione del bene comune in riferimento all’intera famiglia umana. Oggi è in atto la cosiddetta « mondializzazione dell’economia », fenomeno, questo, che non va deprecato, perché può creare straordinarie occasioni di maggior benessere. Sempre più sentito, però, è il bisogno che a questa crescente internazionalizzazione dell’economia corrispondano validi Organi internazionali di controllo e di guida, che indirizzino l’economia stessa al bene comune, cosa che ormai un singolo Stato, fosse anche il più potente della terra, non è in grado di fare”.

<sup>2</sup> Davidsson, *Legal Enforcement of Corporate Social Responsibility within the EU*, in *Columbia Journal of European Law*, 2002, 542.

giuridiche potrebbero fungere addirittura da disincentivo all'assunzione di responsabilità sociale da parte delle imprese.

Non solo, poiché la responsabilità sociale — secondo la nozione corrente — consiste nell'assunzione da parte delle imprese dell'impegno alla integrazione di interessi sociali e ambientali nelle rispettive attività economiche<sup>3</sup>, al di là e *in melius* rispetto alla disciplina già vigente negli ordinamenti giuridici di riferimento, ciò segnerebbe la conferma della superfluità del giurista<sup>4</sup>.

Nondimeno per più ragioni pare potersi ricavare anche un punto di vista giuridico di trattazione dell'argomento<sup>5</sup>.

In linea di prima approssimazione potrebbe dirsi questo: se si auspica che le imprese — al loro interno e tra di loro — instaurino "buone prassi" di responsabilità sociale è perché si è riscontrata in diversi casi una insufficienza di tutele (dei lavoratori, dei consumatori, dell'ambiente, ecc.) o, eventualmente, una esigenza di un loro innalzamento. Non si può però celare l'obiettivo che le buone prassi vengano in futuro cristallizzate in norme giuridiche, a compimento e perfezionamento di comportamenti già invalsi, e che i vuoti di tutela vengano colmati in un'ottica di progresso umano e sociale.

Inoltre, un modo efficace di incoraggiare le buone prassi di comportamento è un sistema di incentivi: accanto a forme di incentivi "informali" e di privata iniziativa ve ne sono (già in vigore o in fase di progettazione) alcuni di creazione legislativa o regolamentare, i quali non possono che essere oggetto di analisi giuridica. Inoltre, accanto ad essi si vanno formalizzando procedure di verifica e di valutazione dei comportamenti delle imprese che (già dotati di per

<sup>3</sup> Il Libro Verde della Commissione delle Comunità europee, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, 18 luglio 2001, COM(2001)366 def., 7, adotta questa definizione: "integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle imprese nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate". Non vi è comunque unanimità di vedute sulla nozione e sull'oggetto della responsabilità sociale, come rileva lo stesso Parlamento europeo, che propone di sostituirla con "responsabilità delle imprese", perché la "responsabilità sociale" sposterebbe il dibattito nel quadro sociale trascurando l'importanza della sostenibilità ambientale (v. *Progetto di parere PE 310.523*, 9.4.2003, Emendamento 2). Per le diverse opinioni sulla nozione di responsabilità sociale, v. Henderson, *Misguided Virtue - False Notions of Corporate Social Responsibility*, IEA, London, 2001.

<sup>4</sup> Come si afferma nel Libro Verde della Commissione delle Comunità europee, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, cit., 15: "le disposizioni a carattere obbligatorio garantiscono norme minime che si impongono a tutti, mentre i codici di condotta e tutte le altre iniziative di natura volontaria non possono che integrare e promuovere norme di contenuto più elevato destinate agli aderenti". Si v. anche Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, 2001, 41: "Con questo concetto si allude, come noto, non soltanto al semplice adempimento degli obblighi di carattere legale imposti da precetti legislativi od anche di origine convenzionale, quanto anche all'impegno di andare oltre il semplice adempimento investendo sempre più nelle risorse umane".

<sup>5</sup> Magatti, *L'impresa della responsabilità. Linee per la ricerca. Invito ad assolvere un vizio*, in Magatti, Monaci, *L'impresa responsabile*, Bollati Boringhieri, Torino, 1999, 39, sottolinea l'importanza di un approccio istituzionale al tema della responsabilità sociale: "La responsabilità deve sempre fare i conti con la dimensione istituzionale (...) l'esercizio della responsabilità ha sempre il problema di riversarsi in qualche contesto istituzionale, se vuole diventare socialmente significativo".

sé di elementi di giuridicità) concorrono a loro volta alla “giuridificazione” del fenomeno.

Peraltro il dato giuridico è necessariamente presupposto, in due sensi: sia nel senso che è il punto di partenza di assunzione di responsabilità sociale, la quale intende migliorare il livello di tutela già da esso approntato; sia nel senso che è il dato giuridico stesso, “evolutivamente” interpretato, a rappresentare il primo modo (il più semplice e spesso il più economico) attraverso cui innalzare le tutele giuridiche esistenti.

Di più, elemento giuridico ed elemento volontaristico spesso si confondono (o si integrano) in presenza di norme di *soft law*, le quali ben si prestano a “disciplinare” una tecnica così scottante e proiettata nel futuro, in un’ottica di ampio respiro, particolarmente dove gli obiettivi da raggiungere sono importanti e i mezzi sono molteplici o non ancora ben definiti<sup>6</sup>.

Da ultimo, se è vero che si è posto quasi unanimemente l’accento sul carattere volontario della responsabilità sociale delle imprese, è altrettanto vero che da più parti si è segnalata, pur timidamente, l’opportunità dell’intervento del diritto<sup>7</sup>.

Una volta chiarito che esiste uno spazio per il diritto<sup>8</sup>, ci si chiede se esista un ruolo specifico per il diritto del lavoro e quale esso sia<sup>9</sup>. A nostro avviso, il diritto del lavoro può giocare un ruolo centrale.

Anzitutto se, come detto, la responsabilità sociale implica una integrazione degli interessi sociali, ed una loro considerazione a fianco degli interessi

---

<sup>6</sup> Notoriamente, poi, le norme di *soft law* fungono spesso da preludio a norme di *hard law*, attraverso regole legislative, amministrative e decisioni giudiziali, che in qualche modo le rendono precettive. Sul tema, cfr. il numero monografico *Chi ha paura del soft law?*, in *LD*, 2003, 1 e in particolare il contributo di Bano, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione del soft law*, 49 ss. V. anche Ministero del lavoro e delle politiche sociali, *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia*, cit., 36-38.

<sup>7</sup> Ad es., secondo Sobczak, *Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis*, in *DS*, 2002, 9-10, 806 ss. (e *ivi* ulteriori rimandi), è necessario delineare un quadro giuridico entro cui collocare le iniziative volontarie di responsabilità sociale, in assenza del quale tali iniziative possono addirittura fungere da mezzo per “impedire o almeno rallentare” l’adozione di norme giuridiche, laddove si rendono necessarie nuove e migliori tutele dei diritti.

<sup>8</sup> Altro è dire, come qui si sostiene, che la responsabilità sociale delle imprese sia un tema di per sé “non giuridico”, all’interno del quale è possibile ricavare un punto di vista di diritto, altro è affermare (v. Davidsson, *Legal Enforcement of Corporate Social Responsibility within the EU*, cit., 544) che gli obiettivi di essa possano essere indifferentemente raggiunti con strumenti giuridici o altri mezzi, perché “*whether that goal is reached through a legal or a voluntary mechanism is only a question of remedies and enforcement, not of the nature of CSR*”: in questo modo si amplia la nozione di responsabilità sociale sino a farle ricomprendere tutto ciò che riguarda l’impresa nei suoi rapporti interni ed esterni. Così facendo la tematica perde l’autonomia, l’identità acquisita sino ad ora e l’omogeneità dei contenuti. È ben vero che di per sé, da un punto di vista meramente lessicale, “responsabilità sociale” può significare anche l’interpretazione più ampia proposta, ma a pena di incorrere nell’inconveniente segnalato. Si preferisce dunque accogliere qui l’interpretazione più ristretta, tradizionale e maggioritaria.

<sup>9</sup> V. Tursi, *La responsabilità sociale delle imprese e il diritto del lavoro*, relazione al convegno su *La Responsabilità Sociale delle Imprese e delle P.A. - Prospettive per le Aziende Liguri*, Genova, 10 giugno 2003, in <http://csr.dima.unige.it>.

economici <sup>10</sup>, i primi soggetti di confronto non possono che essere i lavoratori e i loro rappresentanti, come la Commissione europea stessa ha affermato. Anzi, in quanto rivolto a soggetti che operano all'interno dell'impresa, il diritto del lavoro è certamente un ambito privilegiato di analisi del tema.

Questa preferenza è confermata da quella che è la funzione classica del diritto del lavoro: un diritto funzionale, cioè, al progresso della società, all'attenuazione delle disuguaglianze e delle posizioni di debolezza di determinati soggetti, alla composizione e integrazione di interessi economici e sociali. La responsabilità sociale delle imprese persegue esattamente questo obiettivo di realizzazione di uno sviluppo sostenibile, in armonia con le esigenze di coesione sociale <sup>11</sup>.

È poi sufficiente scorrere le pagine dei principali documenti comunitari e internazionali sul tema per accorgersi che un notevole numero di istituti e materie lavoristiche è implicato.

L'interesse dell'OIL, l'inserimento dell'argomento nella politica sociale europea, le recenti iniziative del nostro Ministero del lavoro, l'attivismo delle parti sociali, sono tutti indici della crescente importanza che il diritto del lavoro può giocare.

È anzi auspicabile che si instauri un circolo virtuoso tra responsabilità sociale e diritto del lavoro: la prima, evidenziando, come detto, gli attuali squilibri di tutela, porterebbe il contributo delle parti sociali alla progettazione del diritto del lavoro del domani. La responsabilità sociale potrebbe in sostanza dare nuove idee al diritto del lavoro. Il secondo avrebbe invece la funzione di incentivare la prima e di darle una certezza istituzionale, pur senza soffocarne la spontaneità creativa <sup>12</sup>.

**2.** Si è da più parti detto che il tema in esame è direttamente connesso con la globalizzazione dei mercati. A ben vedere, la responsabilità sociale delle imprese è un tema vecchio quanto la questione sociale che segue la nascita del sistema capitalistico. Fin dalla rivoluzione industriale si pone l'urgenza della tutela di condizioni minime di dignità e di sicurezza per i lavoratori e si registra la profonda incidenza della fabbrica sull'ambiente naturale.

Ma, in effetti, ben altra pregnanza assume l'argomento a partire, in particolare, dagli anni Settanta dello scorso secolo: da un punto di vista quantitativo, per l'estensione globale, per il numero e le categorie di soggetti coinvolti (non solo

<sup>10</sup> Teubner, *Enterprise Corporatism: New Industrial Policy and the Essence of the Legal Person*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1988, I, 227, sostiene che la responsabilità sociale consiste nel "come perseguire l'integrazione sociale dell'economia".

<sup>11</sup> Che i diritti dei lavoratori debbano costituire oggetto privilegiato di attenzione, in tema di comportamenti socialmente responsabili delle imprese, pare percepito anche dall'opinione pubblica secondo una recente indagine ISPO: v. la presentazione di Fossati, *Analisi sulla responsabilità sociale delle imprese*, relazione al convegno su *La Responsabilità Sociale delle Imprese e delle P.A. - Prospettive per le Aziende Liguri*, cit.

<sup>12</sup> Su questa "osmosi" tra esperienze giuridiche e volontarie, v. Salerno, *La regolamentazione internazionale dei rapporti di lavoro con imprese multinazionali*, Giuffrè, Milano, 1986, 129 e 158.

i dipendenti dell'impresa, ma tutti i suoi collaboratori, quelli delle imprese fornitrici, sub-fornitrici, appaltatrici, delle società collegate, i consumatori, gli investitori, gli azionisti, gli abitanti delle comunità locali di insediamento, la Pubblica Amministrazione, ecc.); da un punto di vista qualitativo, per la complessità del fenomeno, derivante dalle radicali trasformazioni dei modi di vivere, produrre, comunicare e a sua volta incidente su di essi.

Il progresso scientifico, tecnologico e mediatico, unitamente a un contesto giuridico internazionale più favorevole, hanno comportato un'espansione e un'intensificazione delle relazioni commerciali a livello mondiale senza precedenti. Accade così sovente che le imprese occidentali costituiscano filiali in Paesi in via di sviluppo, magari ivi decentrando fasi del proprio processo produttivo, oppure creino gruppi di imprese comprendenti imprese locali, assumendone per lo più il controllo, o più semplicemente allaccino relazioni contrattuali con fornitori locali per l'acquisizione di materie prime, e via dicendo. Contestualmente, però, il ricorrere di fenomeni di sfruttamento umano e ambientale, particolarmente negli stessi Paesi in via di sviluppo, ha segnalato l'urgenza di interventi riparatori. Con speciale riferimento alla nostra materia, si registra la tendenza di molte imprese a utilizzare manodopera straniera (direttamente nel Paese d'origine o, eventualmente, mediante temporaneo distacco negli stabilimenti dell'Occidente) al fine di ridurre all'osso il costo del lavoro, insediandosi in Paesi dove le garanzie dei diritti dei lavoratori sono ancora a uno stato embrionale<sup>13</sup> (sollecitando indirettamente riduzioni di tutele nei Paesi occidentali a sostegno della competitività dei costi<sup>14</sup>). Ciò, peraltro, spesso in violazione di diritti fondamentali dei lavoratori stessi.

Si sono pervero rivelati inidonei, come rimedi, sia il diritto internazionale (il quale si rivolge principalmente agli Stati e non alle imprese<sup>15</sup>), sia il diritto nazionale (riuscendo l'impresa multinazionale, per i suoi profili di transnazionalità, a sfuggire spesso alla *lex loci*). Non solo, il diritto si è dimostrato in genere uno strumento rigido e incapace di cogliere i rapidi mutamenti storici, scientifici e tecnologici, al fine di apprestare efficaci tutele dell'ambiente e dei soggetti che ruotano intorno alla catena produttiva di una grande impresa.

---

<sup>13</sup> Questa tendenza a far coincidere basse tutele normative e maggiori investimenti non sarebbe però dimostrata secondo Kucera, *Normes fondamentales du travail et investissements étrangers directs*, in *RIT*, 2002, 1-2, 33 ss. e Hepple, *Diritto del lavoro, disuguaglianza e commercio globale*, in *DLRI*, 2003, 1, 35-36. V. anche lo studio dell'OCSE, *Le commerce, l'emploi et les normes du travail. Une étude sur le droits fondamentaux des travailleurs et l'échange international*, 1996.

<sup>14</sup> Liubicic, *Corporate Codes of Conduct and Product Labelling Schemes: the Limits and Possibilities of Promoting International Labor Rights through Private Initiatives*, in *Law and Policy in International Business*, 1998, 120.

<sup>15</sup> Westfield, *Globalization, Governance and Multinational Enterprise Responsibility: Corporate Codes of Conduct in the 21st Century*, in *Virginia Journal of International Law Association*, 2002, 1078. Come rileva Gulotta, *Le relazioni industriali nelle imprese multinazionali*, Giuffrè, Milano, 2002, 214-215, v'è anche una riluttanza degli Stati a riconoscere l'esistenza di norme di diritto internazionale consuetudinario e a stipulare trattati di disciplina del fenomeno multinazionale, in particolare proprio per quanto concerne gli aspetti del lavoro. I Paesi in via di sviluppo vedono peraltro in questa urgenza di tutela minima di diritti sociali una politica protezionistica degli Stati occidentali, non in grado di competere coi bassi costi di manodopera dei Paesi meno ricchi.

Per la verità, la responsabilità sociale delle imprese non interessa solo le grandi imprese multinazionali: v'è infatti in atto un graduale coinvolgimento anche delle piccole e medie imprese, nella prospettiva di una maggiore sensibilità nei confronti dei problemi di tutela dell'ambiente e di più leali relazioni industriali. Il tema non è dunque necessariamente connesso al fenomeno della globalizzazione, potendo rilevare anche solo in via "interna". In tal caso, non viene in primo piano tanto l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali dei lavoratori, quanto quella di migliorare le garanzie esistenti, soprattutto ai fini di una dimensione più partecipativa delle relazioni in azienda e una maggiore protezione della salute-sicurezza dei lavoratori.

Nell'un caso come nell'altro, sia cioè per gli aspetti transnazionali sia per quelli nazionali della responsabilità sociale delle imprese, l'interesse per il tema origina comunque dalle stesse o da simili cause. Sinteticamente, da una parte si sono moltiplicate le iniziative, pubbliche e private, in reazione ai detti fenomeni di sfruttamento; da un'altra, v'è una maggiore propensione dei cittadini al consumo "etico" e quindi al controllo del *come* della produzione; da un'altra ancora, le imprese prendono consapevolezza dei ritorni economici derivanti dall'immagine di un soggetto economico rispettoso dei diritti dei lavoratori, dell'ecosistema e delle comunità locali. Di qui (unitamente a quanto si è detto in merito alla "inidoneità" del diritto) l'assunzione di responsabilità sociale da parte delle imprese e l'impegno a uno svolgimento "eticamente" orientato dell'attività produttiva.

**3.** Come precedentemente osservato, è opinione pressoché unanime che la responsabilità sociale delle imprese abbia una natura e una origine "volontarie": è l'impresa che, liberamente, sceglie di impegnarsi a garantire, al di là del dato giuridico, un livello più adeguato di tutele (nel nostro caso ai lavoratori). Il quadro giuridico esistente, dalle norme interne a quelle internazionali, è presupposto e sta pertanto "a monte" della responsabilità sociale (non a caso, spesso i codici di condotta richiamano anzitutto le imprese al rispetto del diritto vigente <sup>16</sup>).

Ciò che importa è piuttosto indagare se e quali "elementi" di diritto ruotino attorno a tale volontarietà: *ex ante*, come incentivi; *ex post*, come conseguenze giuridiche, che scaturiscono dai comportamenti volontariamente assunti dalle imprese. Rileva dunque verificare come questa volontà sia incoraggiata e quali effetti discendano dall'assunzione dell'impegno sociale.

L'analisi metterà in luce come in realtà, sino ad oggi, si è spesso superficialmente e incautamente operata una equiparazione tra la "volontarietà" della responsabilità sociale e la sua presunta "non-giuridicità", ignorando o fingendo di ignorare che la manifestazione e l'esercizio di volontà possono essere alla base di effetti sul piano di un ordinamento giuridico. Se, da una parte, ciò è parso coerente con l'esigenza di promuovere determinate garanzie in maniera più *soft* rispetto alla tradizionale tecnica di imposizione di obblighi diretta-

<sup>16</sup> V., *infra*, par. 3.2.

mente sanzionabili, dall'altra vi sono invero strumenti di responsabilità sociale che presentano significativi punti di contatto con istituti classici del diritto civile, del lavoro e della concorrenza. Ciò può essere alla base di obblighi anche piuttosto stringenti in capo alle imprese, così come può essere "fonte" di forme di tutela più o meno diretta di interessi socialmente rilevanti.

**3.1.** In questo paragrafo prendiamo in esame il sistema normativo di incentivi che spingono le imprese all'assunzione di responsabilità sociale (mentre si è già detto brevemente delle ragioni più generali di carattere etico, economico e sociale che vi presiedono).

Tale sistema può a grandi linee bipartirsi nei programmi di certificazione sociale, da un lato, e nel c.d. investimento socialmente responsabile, dall'altro.

**3.1.1.** Tra le forme incentivanti preminente rilievo ha il c.d. *social labelling*, la certificazione sociale dei prodotti. Essa può essere definita come « the words and symbols on products which seek to influence the economic decisions of one set of stakeholders by providing an assurance about the social and ethical impact of a business process on another group of stakeholders »<sup>17</sup>. Degli stessi strumenti (*the words and symbols on products*) si avvale anche la certificazione "ambientale", volta ad assicurare un processo produttivo e un prodotto rispettosi dell'integrità ambientale, dell'ecosistema. Occupandoci di diritto del lavoro, restringiamo però l'analisi alla certificazione sociale, salvi i richiami necessari alla certificazione ambientale.

Attraverso i *social labels* si intende favorire la tutela dei diritti (particolarmente quelli fondamentali) dei lavoratori, orientando i consumatori<sup>18</sup> verso l'acquisto di beni prodotti da imprese rispettose di quei diritti, sfavorendo nel contempo (più o meno direttamente) i beni non prodotti nelle medesime condizioni<sup>19</sup>. Questo è possibile perché (e fintantoché) i consumatori preferiscono, tra due prodotti simili e a un prezzo non molto difforme, acquistare prodotti "etici", elaborati cioè nel rispetto dei diritti dei lavoratori. Il marchio sociale permette così, in modo visibile e riconoscibile, di distinguere il prodotto "etico" da quello almeno in apparenza "non etico" o neutro, rendendo edotti i consumatori sulle condizioni di produzione di un bene. Tale strategia dovrebbe così innescare un contegno "emulativo" delle imprese inizialmente più riottose ai programmi di certificazione e un circolo virtuoso di tutela di alcuni *standards* di protezione giuridica dei lavoratori.

---

<sup>17</sup> Zadek, Lingayah, Forstater, *Social labels: Tools for Ethical Trade - Final Report*, New Economic Foundation for the European Commission, 1998, 1.

<sup>18</sup> È ciò che viene definito effetto "finestra" del *social labelling*.

<sup>19</sup> I marchi sociali sono anche uno strumento di "commercio equo e solidale", certificando i beni (particolarmente prodotti da imprese insediate in Paesi in via di sviluppo) equamente remunerati, al di là del prezzo di mercato e avuto riguardo alla disparità delle parti contrattuali (alienante e acquirente). V. Comunicazione della Commissione delle Comunità europee al Consiglio, *Communication from the Commission to the Council on "fair trade"*, Brussels, 29 novembre 1999, COM(1999)619 def.

Non è questa la sede per ripercorrere la storia dei *social labels*, al cui utilizzo come strumenti di responsabilità sociale sottostanno comunque le stesse condizioni ed esigenze segnalate *sub* 1. e 2.

In generale, i programmi di certificazione si distinguono tra quelli “obbligatori”, i quali impediscono l’accesso al mercato di un bene sprovvisto del marchio, e quelli “volontari”, che pur non impedendo il commercio di beni non certificati mirano a favorire il successo dei beni dotati del marchio. Non constano però, in ambito sociale, certificazioni obbligatorie (mentre ne esistono in fatto di tutela ambientale), bensì solo certificazioni volontarie. I programmi volontari mirano in sostanza a promuovere il rispetto dei diritti dei lavoratori mediante il libero incontro di domanda e offerta sul mercato e una naturale selezione dei prodotti determinata dalle scelte dei consumatori.

I programmi volontari si distinguono, a loro volta, a seconda dei soggetti che li propongono (imprese<sup>20</sup>, associazioni di imprese<sup>21</sup>, organizzazioni non governative<sup>22</sup>, collaborazioni tra organizzazioni non governative e parti sociali<sup>23</sup>, enti pubblici<sup>24</sup>), dell’ambito soggettivo di applicazione (comprendente la sola impresa aderente o tutte le imprese della catena produttiva<sup>25</sup>), dell’ambito oggettivo di applicazione del marchio (tutti i prodotti di un’impresa, o solo alcuni, o l’impresa stessa nel suo complesso), dei settori produttivi interessati<sup>26</sup>, della gamma di diritti dei lavoratori che si intende promuovere (ad es., facendo o meno riferimento ai *core labour standards* delle convenzioni OIL), del loro finanziamento (sovvenzioni pubbliche, costi a carico dell’impresa che utilizza il marchio, sovrapprezzo del prodotto a carico del consumatore), dell’eventuale inserimento dei programmi stessi nei codici di condotta<sup>27</sup>, dei sistemi di verifica e di monitoraggio del comportamento delle imprese aderenti (ad opera delle imprese stesse autocertificanti, di organismi privati indipendenti, di pubbliche

<sup>20</sup> Tra le imprese, la Reebok ha spontaneamente adottato un proprio programma di certificazione, volto a contrastare principalmente il lavoro minorile nella produzione di palloni.

<sup>21</sup> Ad es. la Care&Fair, associazione professionale di commercianti di tappeti, è impegnata nel settore della produzione di tappeti sul versante del lavoro minorile e della tutela di condizioni minime di salario: v. il sito [www.care-fair.com](http://www.care-fair.com).

<sup>22</sup> Tra cui la fondazione Rugmark: cfr. nota 31.

<sup>23</sup> V. ad es. il Flower Label Program ([www.flower-label-program.org](http://www.flower-label-program.org)), per la tutela sia dell’ambiente, sia di molti diritti sociali (lotta al lavoro forzato, alle discriminazioni, libertà sindacale, sicurezza sul luogo di lavoro, ecc.).

<sup>24</sup> È il caso di Kaleen, “sponsorizzato” da governi e imprese, nel settore della produzione di tappeti.

<sup>25</sup> Includendo pertanto produttori, importatori, esportatori, appaltatori, fornitori.

<sup>26</sup> Uno dei settori maggiormente coinvolti è quello tessile e dell’abbigliamento. Su questo v. Commissione europea, *Round Table on Labelling Issues for the Textile/Clothing Sector. Summary Record of the Proceedings*, Bruxelles, 2002.

<sup>27</sup> Alcune imprese preferiscono utilizzare semplicemente il proprio consueto marchio, inserendo i programmi “sociali” in un codice di condotta e sottoponendo questo a procedure di monitoraggio (v. *sub* 3.2.). Sui rapporti tra codici e marchi, cfr. Hilowitz, *Label social et lutte contre le travail des enfants: quelques réflexions*, in *RIT*, 1997, 2, 237 ss. V. anche Commissione delle Comunità europee, *European Workshop on Monitoring of Codes of Conduct and Social Labels*, Brussels, 25 novembre 1998.

autorità). Veniamo ora alle questioni giuridiche di maggiore interesse implicate.

a) *Diritti oggetto dei programmi di certificazione sociale*<sup>28</sup>. I diversi programmi di certificazione hanno un *range* di copertura di diritti piuttosto diversificato. Minimo comune denominatore a quasi tutti i programmi è però la tutela del lavoro minorile, per la quale, non a caso, vi è anche una spiccata sensibilità dell'opinione pubblica<sup>29</sup>. Non solo, questo è anche l'ambito in cui i programmi di certificazione sono tra i più avanzati, poiché, accanto all'obiettivo di rendere effettivo il divieto di adibire al lavoro al di sotto di una certa soglia di età<sup>30</sup>, prevedono (con ciò diventando a pieno titolo strumenti di responsabilità sociale delle imprese) misure a sostegno delle famiglie dei bambini "sottratti" al lavoro e della loro educazione<sup>31</sup>. Questi programmi sottendono la consapevolezza che i fanciulli sono la risorsa per il futuro dei Paesi in via di sviluppo e pertanto predispongono misure piuttosto incisive<sup>32</sup>.

Oltre al lavoro minorile, numerosi marchi certificano un livello sufficiente di salari della manodopera impiegata. Altri programmi sottostanti ai marchi si occupano di eliminazione del lavoro forzato, di non-discriminazione, di libertà sindacale e diritto alla negoziazione collettiva, di salute e sicurezza sul posto di lavoro e infine di prestazioni sociali, formazione e durata massima del lavoro. In pochi casi si fa però riferimento agli *standards* fissati dalle convenzioni OIL o dalle norme internazionali del lavoro.

Sussistono peraltro dubbi sulla portata e i limiti della certificazione sociale in ordine alla tutela dei diritti menzionati. In breve, i dubbi concernono il grado di affidabilità delle procedure di verifica<sup>33</sup>; per le imprese, essenziale è il livello di notorietà del marchio e l'interesse effettivo dei consumatori all'acquisto di prodotti "etici"; il novero dei diritti di pretesa protezione non è sempre sufficientemente ampio; manca spesso la proporzionalità del mezzo al fine (non per tutti i prodotti la certificazione sociale sortisce infatti gli effetti attesi).

Non mancano tuttavia esperienze positive e incoraggianti. In presenza di determinate condizioni, i marchi sociali riportano successo sia sul versante dei ritorni economici privati delle imprese, sia delle condizioni dei lavoratori, sia

---

<sup>28</sup> Per uno schema riassuntivo, v. Diller, *Responsabilité sociale et mondialisation: qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des pratiques d'investissement?*, in *RIT*, 1999, 2, 120.

<sup>29</sup> Per l'esame di alcune esperienze pratiche, v. Hilowitz, *Label social et lutte contre le travail des enfants: quelques réflexions*, cit., 231 ss.

<sup>30</sup> Limite usualmente situato tra i 14 e 16 anni d'età.

<sup>31</sup> È ad esempio il caso del programma della fondazione Rugmark, che ha contribuito, con i proventi derivanti dalla concessione in licenza del marchio, alla costruzione di numerose scuole: cfr. il sito [www.rugmark.org](http://www.rugmark.org).

<sup>32</sup> In argomento, v. anche Nunin, *Il lavoro dei minori: interventi recenti internazionali e interni*, in *RGL*, 2000, I, 655 ss.

<sup>33</sup> Come rileva Perulli, *Diritti sociali e mercato globale*, in *RGL*, 2000, I, 957, per i *social labels* non si tratta di accertare caratteristiche intrinseche del prodotto (per le quali potrebbe essere sufficientemente affidabile una certificazione privata), ma il comportamento sociale delle aziende: serie verifiche richiederebbero il coinvolgimento di strutture pubblicitistiche insieme alle parti sociali.

dei consumatori (dal punto di vista della propria soddisfazione morale e personale), sia delle politiche pubbliche sociali nazionali e internazionali, le quali trovano in essi un punto d'appoggio. Occorre però innanzitutto che i marchi siano noti ai consumatori: a tal fine l'aspetto pubblicitario è evidentemente determinante. È infatti necessario che i potenziali acquirenti sappiano dell'esistenza di un determinato marchio, del suo significato, della sua funzione. Solo così è possibile che i consumatori riconoscano il marchio, così da essere in grado di scegliere, tra varie alternative, il prodotto certificato. Per quanto concerne la gamma dei diritti tutelati, è opportuno che essa sia sufficientemente ampia da favorire un concreto miglioramento delle condizioni di vita dei beneficiari; ove invece, come nella più volte citata materia del lavoro minorile, l'attenzione sia focalizzata su di un ristretto ambito di tutela, il successo della certificazione è condizionato dalla informazione e dalla sensibilità dell'opinione pubblica sul tema.

A ben vedere, però, giocano un ruolo cruciale le procedure di verifica e di monitoraggio sull'adempimento di quegli "obblighi" in relazione ai quali si concede il marchio sociale<sup>34</sup>. In tal senso, un maggiore affidamento deriva dai controlli "esterni", piuttosto che da quelli meramente "interni" a un'impresa. È altresì indice di affidabilità dei controlli l'esistenza, in capo all'ente di accreditamento, di un potere di ispezione dei locali dell'impresa. Con riferimento infine alla composizione degli organismi di controllo, è garanzia di indipendenza e di credibilità la presenza di rappresentanti di pubbliche istituzioni, organizzazioni non governative, corpi intermedi della società civile.

b) Social labelling e diritto della concorrenza<sup>35</sup>. Spinoso è il profilo del rapporto tra i programmi di certificazione sociale e le norme che regolano i rapporti commerciali internazionali<sup>36</sup>. In un certo senso, i marchi sociali possono fungere da "barriere non tariffarie" (*non trade-barriers*) al commercio internazionale. In effetti, tali misure potrebbero, di fatto o di diritto, risultare protezionistiche, ostacolando la circolazione di beni su di un dato territorio, in quanto non prodotti secondo gli *standards* richiesti dal programma di certificazione sociale. I principi di riferimento sono contenuti nel GATT (*General Agreement on Tariff and Trade*) e nel TBT (*Agreement on Technical Barriers to Trade*) nell'ambito del WTO (*World Trade Organisation*). Per il vero, non c'è giurisprudenza internazionale commerciale che si riferisca esplicitamente all'utilizzo di marchi sociali. Vi è però giurisprudenza, estensibile analogica-

<sup>34</sup> Per un esempio interessante di procedure di certificazione, cfr. Faticoni, *La certificazione SA8000 come strumento di prevenzione e controllo del mobbing*, in *LG*, 2003, 4, 321-322.

<sup>35</sup> Cfr. Okubo, *Environmental Labelling Programs and the GATT/WTO Regime*, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 1999, 599 ss.; Blengino, *I programmi di social labelling ed il commercio internazionale: implicazioni giuridiche*, in *DE*, 2001, 1, 415 ss. Un accenno del problema è anche nella Comunicazione della Commissione delle Comunità europee, *Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile*, Brussels, 2 luglio 2002, COM(2002)347 def., 17-18.

<sup>36</sup> V. l'approfondita analisi di Okubo, *Environmental Labelling Programs and the GATT/WTO Regime*, cit., 599 ss.

mente al nostro caso, che concerne programmi di certificazione ambientale aventi ad oggetto “processi e metodi di produzione” del prodotto, non riguardanti cioè direttamente le caratteristiche strutturali del prodotto. A ben vedere, tali orientamenti sono suscettibili di essere estesi alla certificazione sociale, che non bada al prodotto in quanto tale, ma alle sue condizioni di produzione<sup>37</sup>. È però necessario distinguere i programmi (volontari) di certificazione “sponsorizzati”<sup>38</sup> dall’ autorità pubblica centrale, da quelli gestiti invece esclusivamente dai privati. Nel celebre caso *Tuna vs. Dolphin*<sup>39</sup> si decise che il programma di certificazione, sponsorizzato dal Governo statunitense, non contrastasse coi principi del GATT, in quanto volontario e non discriminatorio tra “like products”<sup>40</sup> provenienti da diversi Stati (poiché l’ eventuale vantaggio a un dato prodotto sarebbe derivato da libere scelte dei consumatori, dunque dal mercato). È invece dubbio se sia applicabile il TBT ai marchi ambientali “non-products related”, nell’ ambiguità del testo dell’ accordo. Ove non applicabile, entrano in gioco in via suppletiva i principi del GATT in tema di non discriminazione<sup>41</sup>.

Per il caso di programmi “sponsorizzati” interamente da privati, si ritengono parimenti applicabili i principi del GATT in tema di non-discriminazione ove il programma, di per sé di natura privata, sia stato fatto oggetto anche solo di pressione o influenza governativa.

I principi del TBT e del GATT (in particolare i principi di non-discriminazione, di “trasparenza” nel programma di certificazione, di “comparazione del mezzo al fine”, per il quale è necessario scegliere tra più misure quella meno restrittiva del commercio), non si applicano invece direttamente ai privati: tuttavia, gli Stati devono vigilare affinché l’ attività degli stessi non comporti gli effetti distorsivi della concorrenza che il TBT stesso vuole prevenire. E lo Stato è responsabile dei danni causati dall’ attività dei privati.

---

<sup>37</sup> È quanto sostenuto ad esempio dallo Stato del Canada, in una sua comunicazione al WTO - Committee on Trade and Environment, *Labelling and Requirements of the Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT): Framework for Informal, Structured Discussions*, 23 giugno 2003, WT/CTE/W/229.

<sup>38</sup> Intendendo con ciò la presentazione, l’ incentivazione, la partecipazione alle procedura di verifica e di monitoraggio di programmi sociali.

<sup>39</sup> GATT Document DS21/R, 3 settembre 1991, in tema di tecniche di raccolta del tonno ai fini della protezione dei delfini. Il programma di certificazione del Governo degli Stati Uniti richiedeva l’ adozione di misure precauzionali nelle operazioni di pesca del tonno, al fine di evitare l’ uccisione dei delfini. Il Messico ha sollevato la questione di compatibilità del programma di certificazione con le disposizioni del GATT.

<sup>40</sup> Sono considerati “prodotti simili” quelli tra loro direttamente competitivi e sostituibili gli uni con gli altri.

<sup>41</sup> In proposito, da un lato si è sostenuto che il riconoscimento della legittimità di tali programmi consentirebbe a uno Stato di imporre i propri *standards* a Paesi operanti in condizioni del tutto differenti. Dall’ altro, si è detto che la loro preclusione renderebbe ineffettiva la maggior parte degli *eco-labels*, basati sulla certificazione delle condizioni di produzione. L’ applicazione del TBT comporta comunque l’ osservanza del *Code of Good Practice*, che implica il rispetto (oltre che del principio di non-discriminazione): del limite degli “ostacoli non necessari al commercio internazionale”, degli *standards* posti a livello internazionale (ove esistenti e non inadeguati), dell’ obbligo di comunicazione agli Stati membri dei provvedimenti in questione, anche al fine di un confronto e di una discussione.

c) *Progetti normativi sui marchi sociali*. Va innanzitutto ricordato che la concessione di un *social mark* è contemplata dalle recenti proposte del Ministero del lavoro per la formulazione di *standards* in tema di responsabilità sociale delle imprese, per le aziende partecipanti al programma<sup>42</sup>. Ma anche a prescindere da ciò sono all'esame del nostro Parlamento due disegni di legge in tema di certificazione di conformità sociale dei prodotti realizzati senza l'utilizzo di lavoro minorile.

Il disegno di legge S 343, del 27 giugno 2001 (in corso di esame in commissione dal 28 maggio 2003), riproduce il precedente C 6126 approvato al Senato il 2 giugno 1999 sulla *Certificazione di conformità sociale dei prodotti realizzati senza l'utilizzo di lavoro minorile*, poi decaduto per via dello scioglimento delle Camere. Il programma è volontario e volto ad attribuire un apposito marchio di conformità sociale dei prodotti (laddove si accerti appunto il mancato utilizzo di lavoro minorile)<sup>43</sup> istituito dal Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sotto forma di logo apponibile sulla propria produzione o su determinati prodotti. In maniera estremamente sintetica, possono individuarsi come punti "forti" del disegno di legge i seguenti:

a) è prevista la costituzione di un Comitato di sorveglianza sulla conformità sociale dell'attività produttiva delle imprese che volontariamente accettano il programma. Tale Comitato include rappresentanti ministeriali, sindacali e dei consumatori.

b) Il Comitato "al fine di poter realizzare le necessarie verifiche (...) si avvale di tutti gli strumenti dallo stesso ritenuti idonei, stipulando convenzioni ed accordi non onerosi con altri soggetti della Pubblica Amministrazione, competenti in materia di accordi di lavoro"<sup>44</sup>. Il soggetto certificante, per come è strutturato e per i mezzi che può utilizzare, pare dotato di una certa credibilità. Punti deboli del disegno di legge sono invece:

1) il disposto dell'articolo 2, comma 3, che comporta l'immediata concessione del marchio in seguito alla richiesta dell'azienda, corredata da una semplice autocertificazione di non utilizzo di lavoro minorile<sup>45</sup>.

2) Il fatto che la certificazione si estenda solo alle fasi della lavorazione poste sotto il "diretto controllo" dell'azienda interessata, con esclusione apparentemente dei processi esternalizzati, dove più facilmente si verificano gli abusi.

<sup>42</sup> V. [www.minwelfare.it](http://www.minwelfare.it). V. inoltre i progetti della Regione Emilia-Romagna per un *Marchio di Qualità Sociale Regionale* e un *Marchio di Qualità Sociale Regionale/Immigrati*, [www.ipielle.emr.it](http://www.ipielle.emr.it).

<sup>43</sup> Così inteso dall'art. 1, c. 3: "Ai fini della presente legge si intende per lavoro minorile qualsiasi attività lavorativa svolta a tempo pieno o parziale da minori soggetti all'obbligo scolastico negli ordinamenti dei Paesi di appartenenza, e comunque di età inferiore ai quindici anni".

<sup>44</sup> Art. 3, c. 6.

<sup>45</sup> Secondo Perulli, *Brevi note sulla certificazione di conformità sociale dei prodotti*, in *DRI*, 2000, 1, 33: "prevedendo il meccanismo di iscrizione automatica ed 'immediata' all'Albo (art. 2, c. 3) sulla base di una mera autocertificazione, viene del tutto esclusa ogni forma di controllo *ex ante*, laddove, al contrario, la concessione del marchio dovrebbe avvenire solo a seguito di una attenta istruttoria, onde evitare il rischio di utilizzo illegittimo dell'etichetta sociale". L'adesione non abbisogna della autocertificazione per le imprese che "attestino di essere in possesso di sistemi certificati di gestione della responsabilità sociale in materia di lavoro minorile".

Più incisivo pare il disegno di legge C 1663 del 26 settembre 2001 (assegnato in Commissione il 4 febbraio 2002), *Disposizioni in materia di certificazione di conformità sociale delle imprese che non utilizzano lavoro minorile*. In esso è previsto innanzitutto che la certificazione abbia ad oggetto tutta la catena produttiva, comprensiva dei rapporti dell'impresa interessata al *social labelling* coi fornitori, i sub-fornitori e i soggetti operanti su licenza della medesima. Il marchio è finanziato dalle imprese stesse partecipanti al programma e le false attestazioni prodotte per ottenere il marchio sono punite con sanzioni penali, oltreché con il ritiro del marchio e la pubblicazione della sentenza su quotidiani a diffusione nazionale. Infine, viene istituita una Consulta in tema di conformità sociale e lavoro minorile, con competenze di proposta e programmazione di attività volte a diffondere la conoscenza del marchio sociale presso il pubblico, a sensibilizzare l'opinione pubblica e le istituzioni nella lotta al lavoro minorile, a migliorare le condizioni di famiglie e comunità povere <sup>46</sup>.

**3.1.2.** Oltre alla certificazione sociale, strumenti di incentivo all'assunzione di responsabilità sociale da parte delle imprese possono compendiarsi sotto la nozione di "investimento socialmente responsabile", cui già si è fatto cenno <sup>47</sup>. Esso comprende diversi strumenti, che vanno almeno ricordati anche se non è possibile approfondire singolarmente: a) l'inserimento della clausola sociale nei contratti di appalto con la Pubblica Amministrazione, che permette di selezionare tra le possibili controparti quelle socialmente più responsabili <sup>48</sup>; b) l'autoregolamentazione delle società finanziarie e d'investimento, le quali spesso prediligono investire in soggetti socialmente responsabili o comunque

---

<sup>46</sup> Su tutti questi aspetti, v. artt. 2, 6 e 7.

<sup>47</sup> Cfr. Libro Verde della Commissione delle Comunità europee, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, cit., 22-23 e Comunicazione della Commissione, *Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile*, cit. 18. V. O'Brien Hylton, "Socially Responsible" Investing: Doing Good versus Doing Well in an Inefficient Market, in *The American University Law Review*, 1992, 2 ss.; Djurasovic, *The Regulation of Socially Responsible Mutual Funds*, in *The Journal of Corporation Law*, 1997, 258: "Socially responsible investing involves the incorporation of moral or political principles into the construction and management of an investment portfolio".

<sup>48</sup> Sui limiti del diritto comunitario all'integrazione di considerazioni sociali negli appalti pubblici, v. Commissione delle Comunità europee, *Interpretative Communication of the Commission on the Community Law Applicable to Public Procurement and the Possibilities for Integrating Social Considerations into Public Procurement*, Brussels, 15.10.2001, COM(2001)566 final. V. inoltre la convenzione OIL n. 94 del 1949, *Labour Clauses (Public Contracts) Convention*. Possono ritenersi strumento di responsabilità sociale anche le clausole sociali ex articolo 36 S.I., poiché incentivano le imprese a garantire determinati *standards* di tutela applicando normative a cui non sarebbero tenute. Su dette clausole v. Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, n. 2, 133 ss.; Romeo, *La clausola sociale dell'articolo 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e L. n. 327/2000*, in *LG*, 2001, 7, 613; Vincenti, *Origine ed attualità della c.d. "clausola sociale" dell'articolo 36 dello Statuto dei lavoratori*, in *DL*, 1999, I, 429. Per il caso tedesco, v. Kocher, *Private Standards between Soft Law and Hard Law: The German Case*, in *IJCLLR*, 2002, 270-272.

secondo criteri di responsabilità sociale; c) gli indici sociali della borsa valori <sup>49</sup>; d) i fondi-pensione etici <sup>50</sup>; e) la subordinazione della concessione di incentivi gravanti sui fondi pubblici al rispetto di determinati *standards* sociali.

L'investimento socialmente responsabile è strumento di responsabilità sociale che "colpisce" indirettamente le imprese, attraverso le preferenze degli investitori, molti dei quali hanno preso a considerare in questi ultimi anni, tra i rilevanti fattori costitutivi del rischio d'impresa, le questioni sociali e ambientali. Per questo, un numero sempre maggiore di operatori ritiene che sia più oculato investire in imprese socialmente responsabili <sup>51</sup>. Simile comportamento degli investitori è un indice importante di quanto l'assunzione di responsabilità sociale da parte di un'impresa possa (positivamente) incidere sulla sua competitività. Per quanto riguarda poi gli "investimenti" della Pubblica Amministrazione, oltre a considerazioni di carattere squisitamente economico, vengono in rilievo più generali finalità sociali e pubblicitiche, che vengono appunto perseguite attraverso un'influenza indiretta sui comportamenti dei privati.

Gli investitori stessi si dotano di parametri di valutazione dei comportamenti sociali di un'impresa, osservandone direttamente i comportamenti (*screening*), escludendo determinati settori (ad es. produttori di armi), richiedendo informazioni, esortando le imprese stesse (*engaging*) a comportamenti più responsabili <sup>52</sup>. Gli investitori possono anche rivolgersi a c.d. analisti non finanziari <sup>53</sup>, sorti *ad hoc* negli ultimi anni, al fine di diffondere la cultura dell'investimento socialmente responsabile. Cruciali, per la fiducia degli investitori, sono l'elaborazione di sicuri criteri di valutazione dei comportamenti delle imprese, il controllo delle informazioni fornite, la certezza della responsabilità degli amministratori di fondi per la violazione dei criteri di investimento socialmente responsabile.

### 3.2. Dopo aver analizzato il sistema normativo degli incentivi all'adozione di

<sup>49</sup> V., a proposito, l'indice Dow Jones per imprese impegnate nello "sviluppo sostenibile": [www.sustainability-index.com](http://www.sustainability-index.com).

<sup>50</sup> V. il menzionato progetto del Ministero del lavoro, che prevede il finanziamento di un fondo pensione-etico attraverso lo "smobilizzo" del TFR (in base al progetto di riforma del sistema pensionistico: v. ddl S 2058) e l'investimento del capitale in imprese socialmente responsabili. Per un accenno ad esperienze estere, v. Sobczak, *Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux Etats-Unis*, cit., 808. V. inoltre Adams, Knutsen, *A Charitable Corporate Giving Justification for the Socially Responsible Investment of Pension Funds: A Populist Argument for the Public Use of Private Wealth*, in *Iowa Law Review*, 1995, 211 ss.

<sup>51</sup> V. i dati forniti da Dal Maso, *Il ruolo della finanza nella promozione della corporate social responsibility*, relazione al convegno su *La Responsabilità Sociale delle Imprese e delle P.A. - Prospettive per le Aziende Liguri*, cit.

<sup>52</sup> A volte infatti gli investitori scelgono di investire in determinate imprese, esattamente al fine di influire sui loro comportamenti mediante il diritto di voto derivante dalla titolarità del pacchetto azionario.

<sup>53</sup> Si v. il sito dell'UK Social Investment Forum, la rete britannica di organizzazioni impegnate in materia, [www.uksif.org](http://www.uksif.org), nonché quello del SIRI (Sustainable Investment Research International), [www.sirigroup.org](http://www.sirigroup.org).

comportamenti socialmente responsabili, passiamo a considerare gli effetti giuridici che *seguono* all'assunzione di responsabilità sociale da parte delle imprese, vale a dire alla manifestazione della volontà di impegnarsi socialmente.

Lo strumento principale nel quale si sostanzia oggi la responsabilità sociale delle imprese è indubbiamente il “codice di condotta” (altrimenti detto codice etico, di autodisciplina, di autoregolamentazione, di buona condotta, di buone pratiche<sup>54</sup>). Possiamo molto sinteticamente definire il codice di condotta come un insieme di regole di comportamento che l'impresa, volontariamente, si impegna a rispettare nei confronti di lavoratori, consumatori, fornitori, appaltatori, pubblici poteri, azionisti, investitori (c.d. *stakeholders*), nell'esercizio della propria attività produttiva<sup>55</sup>. Sotto questa etichetta unitaria si cela peraltro una pluralità di modelli, la cui differenziazione fa leva sulla diversità dei soggetti creati, di quelli coinvolti, delle materie implicate, del grado di specificità delle prescrizioni, delle eventuali procedure di verifica e implementazione. Si distinguono così codici creati unilateralmente dalle imprese o dalle loro associazioni sindacali<sup>56</sup>, codici “contrattati” con la controparte sindacale<sup>57</sup> o predisposti e proposti da questa<sup>58</sup>, codici proposti da organizzazioni internazionali<sup>59</sup> o non governative<sup>60</sup>, oppure dai governi nazionali<sup>61</sup>, o ancora

---

<sup>54</sup> Di recente, v. il *Draft code of practice on violence and stress at work in services: A threat to productivity and decent work* dell'OIL.

<sup>55</sup> Più precisamente, si v. la nozione contenuta nell'allegato A al Libro Verde della Commissione delle Comunità europee, *Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, 18.7.2001, COM(2001)366 def., 27: “Dichiarazione ufficiale dei valori e delle prassi commerciali di un'impresa e, a volte, dei suoi fornitori. Un codice enuncia norme minime e attesta l'impegno preso dall'impresa di osservarle e di farle osservare dai suoi appaltatori, subappaltatori, fornitori e concessionari. Può trattarsi di un documento complesso che richiede il rispetto di norme precise e prevede un complesso meccanismo coercitivo”.

<sup>56</sup> V. per un'ampia elencazione, comprensiva dei testi, [www.codesofconduct.org](http://www.codesofconduct.org).

<sup>57</sup> Un esempio rilevante è il codice di condotta contenuto in un accordo di categoria stipulato il 22 settembre 1997 nel settore tessile tra la Etuf: Tcl (Federazione europea dei lavoratori tessili abbigliamento e cuoio) e la Euratex (corrispondente organizzazione imprenditoriale del settore). Più di recente, si v. il codice di condotta del settore conciario stipulato tra la stessa associazione dei lavoratori e la *Cotanace* (confederazione europea dell'industria conciaria) il 10 luglio 2000, [www.euroleather.com](http://www.euroleather.com). Tali accordi si inseriscono nell'ambito del dialogo settoriale sociale europeo. Peraltro il tenore di tali accordi induce a ritenerli non immediatamente vincolanti per i membri associati. Sono bensì previste procedure di aggiornamento, valutazione e correzione, ma nessun meccanismo di carattere sanzionatorio, nemmeno disciplinare interno. È previsto solo un generico impegno delle parti a invitare i membri aderenti ad adottare il codice, a promuoverne l'attivazione progressiva a livello aziendale, a inserirlo come requisito preliminare dei “contratti con contraenti e fornitori”. Il codice *Cotanace* è stato comunque “recepito” nel Ccnl Aimpes-Filta della pelletteria (19 maggio 2000): ivi si prevede l'impegno a promuoverne l'adozione a livello d'impresa (con l'incentivo di una etichetta sociale).

<sup>58</sup> Come il *Basic Code of Labour Practice*, elaborato dalla Confederazione internazionale dei sindacati liberi nel 1997.

<sup>59</sup> V. ad es. il *United Nations Global Compact* del 2000, varato dal Segretario Generale dell'ONU Kofi Annan, [www.unglobalcompact.org](http://www.unglobalcompact.org).

<sup>60</sup> Cfr. il sistema elaborato da *Social Accountability International*, [www.cepaa.org](http://www.cepaa.org).

<sup>61</sup> V. il progetto del Ministero del lavoro italiano, [www.minwelfare.it](http://www.minwelfare.it).

nell'ambito di una *partnership* tra governi, imprese, parti sociali<sup>62</sup>. Vi sono poi codici che si rivolgono a tutti i lavoratori dell'impresa, altri che si rivolgono solo a determinati gruppi o categorie (spesso peraltro si estendono ai dipendenti di imprese fornitrici o appaltatrici). In determinati casi sono richiamati i *labour standards* delle convenzioni OIL, in altri il raggio di comprensione è più limitato. Infine, taluni codici prevedono sistemi di verifica, valutazione, aggiornamento e monitoraggio (magari con la collaborazione di organismi indipendenti), o addirittura sistemi di risoluzione di controversie vertenti sulle norme del codice<sup>63</sup>, mentre altri ne sono privi.

Veniamo a considerare gli aspetti giuridici che attengono ai codici di condotta. a) Il codice di condotta ha una natura tipicamente volontaria<sup>64</sup>: ciò è vieppiù evidente quando esso è emanato unilateralmente (codice interno), o quando una impresa aderisce spontaneamente a un codice proposto esternamente (codice esterno)<sup>65</sup>. Di per sé la privata intenzione di attenersi a una regola sprovvista di efficacia vincolante non comporta nessun effetto sul piano dell'ordinamento giuridico. Tuttavia la *manifestazione* di tale intenzione (tipicamente, attraverso la pubblicazione del codice di condotta), può comportare alcune conseguenze.

Ci si chiede anzitutto se la fattispecie possa essere inquadrata nell'istituto della promessa unilaterale "atipica"<sup>66</sup>. La volontà manifestata di applicare un codice di condotta altro non sarebbe che una promessa di attenersi a determinate norme di comportamento. Né può essere messo in dubbio che i promissari siano i lavoratori o i sindacati stessi (piuttosto che la generalità dei consumatori o dei concorrenti), quando il codice sia espressamente indirizzato a loro<sup>67</sup>, oppure il testo sia stato concordato tra le controparti, e più in generale ogni volta che la tutela approntata dal codice paia più orientata ad esplicarsi sul

<sup>62</sup> È il caso dell'*Ethical Trading Initiative* che ha coinvolto il Governo del Regno Unito: [www.eti.org.uk](http://www.eti.org.uk).

<sup>63</sup> Come previsto dal Codice OCSE, *Linee guida dell'OCSE destinate alle imprese multinazionali*, 27 giugno 2000, il quale attribuisce al CIME una funzione ("quasi-giurisdizionale": v. *infra*) di chiarificazione dei principi del codice stesso, secondo la procedura ivi prevista.

<sup>64</sup> Si v. ad es. l'introduzione al Codice OCSE, ove si afferma che "Le linee guida (...) sono raccomandazioni indirizzate dai Governi alle imprese multinazionali (...) enunciano principi e norme volontari per il comportamento responsabile delle imprese". Denunciano la non vincolatività anche le procedure con cui le organizzazioni internazionali hanno adottato i rispettivi codici, procedure "atipiche", diverse da quelle disciplinate nei trattati istitutivi: così ad es. per la *Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale* dell'OIL, per la quale l'iniziativa è scaturita dal Consiglio di amministrazione, nonostante la mancanza di competenza in proposito ai sensi del trattato.

<sup>65</sup> Adotta la distinzione tra codici "interni" ed "esterni", Perulli, *Diritti sociali e mercato globale*, in *RGL*, 2000, I, 951.

<sup>66</sup> Fa riferimento alla promessa unilaterale, avente ad oggetto regole di *good behaviour* da parte delle imprese, Arthurs, *The State We're in: Legal Education in Canada's New Political Economy*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 2001, 39.

<sup>67</sup> Si v. il codice di condotta ITT, [www.ittfluidtechnology.com](http://www.ittfluidtechnology.com).

piano del rapporto di lavoro o delle relazioni sindacali che delle relazioni commerciali<sup>68</sup>.

Se questo è vero, la promessa unilaterale sorretta da una causa, secondo il combinato disposto degli articoli 1987 e 1333 c.c.<sup>69</sup>, vincola (giuridicamente) il promittente<sup>70</sup>. La Cassazione ha peraltro ritenuto idoneo a configurare giustificazione causale l'interesse dell'impresa a evitare un discredito commerciale<sup>71</sup> (ricordiamo in proposito come la responsabilità sociale origini proprio dal controllo dell'opinione pubblica sull'operato delle imprese e dal timore da esso generato). Più in generale, potrebbe considerarsi causalmente giustificata la promessa di un comportamento il cui adempimento realizza già di per sé la soddisfazione di un interesse patrimoniale<sup>72</sup> (ciò è vieppiù evidente quando all'adozione di un codice di condotta siano connessi incentivi di vario genere, ma si presti mente anche ai ritorni economici di una migliore immagine dell'impresa "socialmente" impegnata), anche non derivante da una prestazione del promissario. La presenza della causa giustifica dunque il vincolo obbligatorio ex articolo 1333, c.c. In definitiva si può sostenere che il codice di condotta ha, da questo punto di vista, natura contrattuale.

Tuttavia, la figura della promessa unilaterale atipica presenta dei limiti in ordine all'indeterminatezza dei destinatari, in particolare dei lavoratori futuri: la manifestazione di volontà di rispettare il codice di condotta potrebbe rivolgersi unicamente ai lavoratori già assunti in azienda, gli unici in grado di manifestare il (tacito) consenso ex articolo 1333 c.c. nel momento in cui essa è esplicitata. A tal fine potrebbe utilizzarsi la figura della promessa al pubblico: l'impresa si impegnerebbe a garantire certi *standards* di trattamento a chiunque sia "dipendente" della stessa. La posizione di "subordinazione" integrerebbe, in questo senso, la "situazione" di cui all'articolo 1989 c.c. Non è però opinione unanime se sia prospettabile l'insieme dei lavoratori di un'impresa come "pubblico" ai sensi del codice civile (pur parendo maggioritaria l'opinione positiva)<sup>73</sup>. Sul punto, non giova poi interrogarsi se si tratti, piuttosto, di una

---

<sup>68</sup> Come potrebbe accadere nelle ipotesi di adesione a un codice predisposto dalle organizzazioni sindacali o dall'OIL.

<sup>69</sup> Per la verità il richiamo all'articolo 1987 può ritenersi superfluo, poiché si limita ad affermare il principio di tipicità delle promesse unilaterali.

<sup>70</sup> D'Angelo, *Le promesse unilaterali*, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile: Commentario Articoli 1987-1991*, Giuffrè, Milano, 1996, 60 ss. V. anche Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, 126-127, ove si argomenta, appunto, il fondamento contrattuale della promessa unilaterale atipica, il che comporta la necessità di un sostegno causale ex articolo 1325, n. 2, c.c.

<sup>71</sup> Cfr. Cass., 14 novembre 1994, n. 9562, in *GI*, 1995, I, 1, 1920, con nota di Gianola, *Verso il riconoscimento della promessa atipica, informale, gratuita ma interessata* (e ivi ulteriori richiami dottrinali e giurisprudenziali).

<sup>72</sup> D'Angelo, *op. cit.*, 322.

<sup>73</sup> L'opinione contraria è di Branca, *Le promesse unilaterali*, in Scialoja, Branca, *Commentario del codice civile - Libro IV Delle Obbligazioni - Articoli 1960-1991*, Zanichelli-Società editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1959, 396: con il "pubblico" di cui all'articolo 1989 si intenderebbe infatti una collettività indeterminata di persone. Sul punto, però, cfr. L. Spagnuolo Vigorita, *Gli usi aziendali*, Morano, Napoli, 1965, 143 ss. La questione rileva più che altro per codici di condotta che si riferiscono a gruppi di lavoratori determinati e già assunti nell'impresa. Non paiono invece

offerta al pubblico *ex* articolo 1336 c.c. Contenendo il codice di disciplina unicamente obbligazioni a carico del proponente (articolo 1333 c.c.), il combinato degli articoli 1333 e 1336 c.c. realizza infatti lo stesso risultato ottenibile attraverso l'articolo 1989 c.c.<sup>74</sup>

Il problema di queste soluzioni, per riprendere una questione sorta in tema di usi aziendali, è che si collocano sul piano dell'autonomia individuale. Per giustificare (univocamente) un vincolo generalizzato nei confronti di tutti i lavoratori, derivante dalla promessa di rispettare il codice di condotta, quest'ultimo potrebbe essere assimilato ai regolamenti interni d'azienda, predisposti unilateralmente dal datore di lavoro<sup>75</sup>. Avendo il regolamento d'azienda una portata generale, i codici non possono che spiegare i loro effetti sull'intera maestranza, quella attuale e quella costituita dai lavoratori che di volta in volta saranno assunti.

Come è stato messo in luce<sup>76</sup>, i regolamenti aziendali hanno rappresentato sin dai primordi del diritto del lavoro una forma di garanzia di diritti dei lavoratori, consistente in una autolimitazione del potere datoriale, che scaturisce dalla redazione e susseguente pubblicazione del regolamento<sup>77</sup>, cui la controparte individuale aderisce con tacito consenso. Spostandosi il fulcro delle tutele verso altre e più efficaci fonti (contratto collettivo, legge, Costituzione), quella regolamentare si è evoluta nel senso degli attuali codici etici di comportamento, mutando per così dire "funzione" (da fonte di disciplina del rapporto, a testo esprime i valori etici condivisi dall'azienda). Questo, senza perdere la natura di atto di regolamentazione interna e i conseguenti effetti di autolimitazione del potere datoriale. Il fondamento del vincolo è pur sempre, dunque, contrattuale<sup>78</sup>, ma la configurazione come regolamento d'impresa ha l'indubbio pregio di consentirne una applicazione generalizzata.

---

prospettabili dubbi per i dipendenti "potenziali", non ancora assunti. Qui infatti il novero dei soggetti a cui il codice si rivolge è sicuramente indeterminato. Si potrebbe altresì sostenere la configurazione della promessa unilaterale "atipica" per i lavoratori già assunti e la promessa al pubblico per chi non lo sia ancora. Pur se macchinosa, non pare che questa ipotesi sollevi rilevanti disparità di disciplina: v. Sacco, *Obbligazioni e Contratti*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 2002, vol. 10, 33-34.

<sup>74</sup> Sacco, *Obbligazioni e Contratti II*, in Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, cit., 30-34. Non pare comunque che possa sostenersi in questo caso la presenza di una proposta contrattuale di lavoro *ex art.* 1336, c.c.: l'intento del datore di lavoro non è infatti quello di procacciarsi nuovi lavoratori, ma quello di ottenere i vantaggi di carattere patrimoniale sopra descritti, che rappresentano altresì la causa della promessa. Tale causa è infatti diversa da quella, tipica, sottostante al contratto di lavoro subordinato (lo scambio di prestazione e retribuzione).

<sup>75</sup> Così Montuschi, *Regolamenti aziendali, etica del lavoro e ricerca del consenso*, in *ADL*, 2001, 413 ss.; Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000, 25; Monea, *Il codice etico e la sua rilevanza giuridica*, in *DPL*, 1994, 40, 2720.

<sup>76</sup> Montuschi, *op. cit.*

<sup>77</sup> Si v. l'articolo 3, r.d.l. 13 novembre 1924, n. 1825, sull'impiego privato, che impone un obbligo, penalmente sanzionato, di affiggere in modo ben visibile nei locali aziendali il regolamento contenente gli obblighi degli impiegati.

<sup>78</sup> Per riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul fondamento vincolante del regolamento d'impresa, v. Innocenzi, *Natura del regolamento d'impresa*, nota a Cass., 27 maggio 1996, n. 4870, in *DL*, 1997, II, 357-358; Galli, *Voce Regolamento d'impresa*, in *EGT*, 1991; Carullo, *Voce Regolamento interno d'impresa*, in *NDI*, 1968, 345.

In realtà, quando il codice di condotta è concordato con la controparte sindacale pare difficile negargli la natura di un vero e proprio contratto collettivo aziendale, in presenza del requisito causale costituito da un interesse patrimoniale <sup>79</sup>.

Può darsi invece che i lavoratori o i sindacati non siano individuabili certamente come promissari. È infatti possibile che la promessa di adempimento del codice sia da intendersi rivolta alla generalità dei consumatori o delle imprese concorrenti (ad es. quando il codice non sia esplicitamente destinato alle controparti sindacali o dei lavoratori, o quando si tratti di codici emanati da associazioni della categoria produttiva, o ancora quando per le modalità di pubblicazione esso appaia di destinazione generalizzata <sup>80</sup>, o infine sia adottato ai fini della disciplina dei rapporti commerciali). Nondimeno possono indirettamente verificarsi degli effetti giuridici nei confronti dei lavoratori o dei loro rappresentanti.

Nel caso di cui sopra <sup>81</sup>, infatti, la *prassi applicativa* del codice di condotta è pur sempre idonea a generare effetti giuridici. L'applicazione continuativa di un codice di condotta potrebbe contribuire alla formazione di un uso aziendale, con i conseguenti effetti giuridici, allorché ne ricorrano i presupposti configurativi (la reiterazione di un comportamento verso una collettività più o meno ampia di lavoratori, la sua spontaneità-volontarietà <sup>82</sup>). La figura dell'uso può dunque soddisfare in qualche modo l'esigenza di rivestire giuridicamente i contenuti dei codici di condotta, anche se i requisiti dell'uso non sono nella

---

<sup>79</sup> Altro profilo è quello della recezione dei codici nei contratti collettivi: sulla possibilità di rendere per questa via vincolanti i codici di condotta e per le difficoltà tuttavia sollevate nella prassi, cfr. Salerno, *op. cit.*, 152-155. Dal punto di vista della giustiziabilità, non è peraltro d'ostacolo all'intervento giudiziale (ai fini dell'applicazione di norme del codice) il fatto che quest'ultimo contenga già delle procedure di monitoraggio o altri meccanismi quasi-giurisdizionali, come se questi fossero indici della assoluta non-giuridicità del codice, tali da escludere la possibilità di adire l'autorità giudiziaria. Come noto, nessuna forma volontaria di risoluzione delle controversie può, ai sensi dell'articolo 24 Cost., comportare rinuncia ai mezzi giurisdizionali. Nel senso dell'esclusività delle procedure previste dal codice nell'ordinamento tedesco, v. Kocher, *op. cit.*, 267-268.

<sup>80</sup> Come nel caso della pubblicazione in un sito internet.

<sup>81</sup> Così come nelle ipotesi in cui, pur configurandosi astrattamente come regolamento d'azienda, abbia un contenuto evidentemente e meramente programmatico (per cui la sua semplice adozione non ne comporta la vincolatività).

<sup>82</sup> Di recente, v. Cass., 17 maggio 2002, n. 7200. La spontaneità (da intendersi secondo Cass., 27 novembre 1999, n. 13294, come consapevolezza dell'inesistenza di un obbligo giuridico) non viene meno per via della mera sollecitazione del comportamento da parte del personale o dei sindacati dei lavoratori (come appunto nel caso di codici di condotta proposti da questi): v. Meucci, *Vecchi e nuovi orientamenti in tema di usi aziendali*, in *LPO*, 2001, 11-12, 1485. Sulla giurisprudenza più recente, v. Gandi, *Usi aziendali: prime conferme al revirement della Cassazione*, nota a Cass., 17 febbraio 2000, n. 1772, in *OGI*, 2000, 77 ss.; Castelvetti, *Ma l'uso aziendale esiste?*, nota a Cass., sez. lav., 27 novembre 1999, n. 13294; Cass., Sez. Lav., 17 febbraio 2000, n. 1773, in *RIDL*, 2000, II, 608; per una ricostruzione storica, cfr. Lunardon, Magnani, Tosi, *Diritto del lavoro. Sindacati, contratti e conflitto collettivo. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino, 2003, 214 ss.

realtà di semplice integrazione, poiché richiedono una costante, coerente e reiterata prassi applicativa di determinate disposizioni <sup>83</sup>.

b) Una tutela indiretta dei diritti dei lavoratori contenuti nei codici di condotta può ottenersi, a ben vedere, attraverso le norme in tema di concorrenza e diritti dei consumatori. Uno spunto interessante proviene dalla giurisprudenza commerciale degli Stati Uniti, che ha in un caso “eccellente” <sup>84</sup> sanzionato dichiarazioni menzognere di una multinazionale, la quale garantiva ad alcuni interlocutori (potenziali acquirenti e personale con ruoli istituzionali) il rispetto dei diritti dei lavoratori da parte delle proprie imprese appaltatrici. Accertata la falsità delle affermazioni, il tribunale supremo della California ha condannato la multinazionale sulla base della disciplina a tutela dei consumatori, che punisce le dichiarazioni menzognere volte alla salvaguardia del proprio volume di vendite <sup>85</sup>. In tal guisa è possibile sanzionare le “false” dichiarazioni contenute nei codici di condotta, inducendo le imprese a comportamenti coerenti con le disposizioni degli stessi. Attraverso uno strumento del diritto commerciale si perviene così a una ulteriore giuridificazione delle norme di codici di condotta che vertono su diritti dei lavoratori.

Nel nostro ordinamento una tutela “commerciale” dei diritti sociali può perseguirsi mediante la disciplina in tema di concorrenza sleale e pubblicità ingannevole. L’articolo 2598, n. 3 c.c., individua come atti di concorrenza sleale quelli compiuti da chi “si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda”, in via residuale rispetto alle ipotesi di cui ai numeri 1 e 2 dello stesso articolo. Una ipotesi tipizzata di tali atti è la “pubblicità ingannevole” di cui al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n.

<sup>83</sup> Sempre con riferimento al profilo degli effetti giuridici derivanti da una prassi applicativa, nella dottrina internazionalistica si riconosce che anche soggetti privati quali le imprese multinazionali, in quanto agenti a livello globale, possono concorrere con i loro comportamenti alla formazione di norme consuetudinarie di diritto internazionale. Anche questa ipotesi, ove fondata, dimostrerebbe come comportamenti (ripetuti) meramente volontari delle imprese, afferenti al tema della responsabilità sociale, possano contribuire alla creazione di effetti sul piano dell’ordinamento giuridico internazionale (v. Gulotta, *op. cit.*, 296 ss., in tema di diritti di informazione e consultazione nei rapporti con le multinazionali; l’A. sostiene che per tali diritti si debba ormai riconoscere l’esistenza di una consuetudine di diritto internazionale, alla cui formazione hanno “indirettamente” contribuito i soggetti privati attraverso l’applicazione dei codici di condotta). Questo vale anche per i comportamenti delle imprese che contribuiscono al formarsi della *lex mercatoria*, quell’insieme cioè di regole utilizzate nell’ambito del commercio internazionale e vincolanti, proprio per il loro riconoscimento *de facto* come tali, gli stessi operatori commerciali (v. Blengino, *I programmi di social labelling ed il commercio internazionale: implicazioni giuridiche*, in *DE*, 2001, 1, 425-426, che ipotizza l’esistenza di una regola di *lex mercatoria* avente ad oggetto *core labour standards* contenuti in numerosi codici di condotta adottati da imprese multinazionali).

<sup>84</sup> Si tratta del caso *Mark Kasky vs. Nike* (*Supreme Court of California*, 2 maggio 2002), che concerneva il rispetto dei diritti sociali fondamentali, da parte della multinazionale, nella produzione di articoli sportivi.

<sup>85</sup> Il riferimento è preso da Sobczak, *Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux États-Unis*, cit., 810.

74<sup>86</sup>. Tale decreto sembra idoneo a sanzionare i comportamenti incoerenti delle imprese rispetto alle disposizioni di un codice di condotta pubblicizzato e destinato a concorrenti e consumatori (per i soggetti tutelati, v. articolo 1). La pubblicità ingannevole, definita con ampiezza nell'articolo 2, lett. b)<sup>87</sup>, è da valutarsi come tale in relazione a tutti i suoi elementi tra cui (a mero titolo esemplificativo) il "metodo" di fabbricazione del bene o di prestazione del servizio (articolo 3, lett. a). Se dunque tale pubblicità è idonea a falsare il comportamento del consumatore o a danneggiare il concorrente, potrà essere repressa in via amministrativa e giurisdizionale *ex* articolo 7. Non consta sinora giurisprudenza italiana che abbia deciso su casi di violazione di diritti sociali contenuti in codici di condotta. I codici deontologici o di autodisciplina pubblicitaria sono da alcuni però assunti a parametri di valutazione della "correttezza professionale" di cui all'articolo 2598, n. 3, c.c.<sup>88</sup>

Infine, sempre sul piano dei rapporti commerciali, il codice di condotta costituisce spesso una clausola (c.d. "sociale") inclusa nei contratti di appalto o fornitura (oppure può essere oggetto di rinvio dalla clausola stessa). In tal modo le imprese intendono garantire il rispetto di determinati *standards* giuridici lungo tutta la linea della catena produttiva. Alla violazione della clausola a volte le parti riconducono la risoluzione del rapporto. Anche in questo caso ci troviamo dinanzi a una tecnica di tutela indiretta degli interessi dei lavoratori.

c) È però possibile che il codice di condotta sia sprovvisto di una efficacia direttamente vincolante, che cioè non costituisca in via diretta obblighi o diritti. Segnatamente, questo accade quando il codice sia "esterno" e l'impresa non vi aderisca, o quando pur aderendovi sia il tenore stesso del codice ad escludere ogni valenza precettiva (mere dichiarazioni d'intenti o programmatiche, sempre che, dietro la formale dichiarazione di escludere ogni vincolo obbligatorio, non si celi in realtà un effettivo interesse patrimoniale che possa integrare una giustificazione causale e quindi il denegato vincolo obbligatorio, o si instauri

---

<sup>86</sup> Testa, *Commentario sub articolo 2598 c.c.*, in Marchetti, Ubertazzi, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Cedam, Padova, 1997, 553-554.

<sup>87</sup> "Qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione, induca in errore o possa indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, leda o possa ledere un concorrente".

<sup>88</sup> Per una disamina generale, v. Di Tullio, *Commentario sub articolo 2598, c.c.*, in Marchetti, Ubertazzi, *op. cit.*, 535 ss. Sempre nell'ambito del diritto commerciale, altro profilo concerne le dichiarazioni contenute nei bilanci c.d. sociali, cioè quelle rendicontazioni che informano non solo sullo stato economico di un'impresa, ma anche sulle tematiche sociali affrontate. Legislazioni estere (ad es. quella francese) richiedono alle imprese informazioni di questo tipo. Il tema è particolarmente sentito nell'impresa cooperativa, la quale per sua natura persegue (anche) scopi diversi da quelli del profitto: per esse pertanto si avverte l'esigenza di una rendicontazione non solo economica: v. Malavasi, *La responsabilità sociale dell'impresa*, in *RCoop*, 2000, 155 ss. Un controllo sulla veridicità delle informazioni "sociali" aggiungerebbe un altro tassello al quadro giuridico della responsabilità sociale delle imprese. In tema vi è ampia bibliografia: v. su [www.bilanciosociale.it/bibliografia](http://www.bilanciosociale.it/bibliografia). Il bilancio sociale di solito è comunque previsto nell'ambito dei codici di condotta o dei programmi di certificazione sociale.

una prassi applicativa tale da ingenerare un legittimo affidamento nell'adempimento di quanto dichiarato con riserva)<sup>89</sup>. Anche in tali casi, pur non essendo giuridicamente "vincolanti", i codici di condotta possono essere nondimeno giuridicamente "rilevanti".

Il codice di condotta può configurarsi infatti come uno strumento di *soft law*<sup>90</sup>. Vengono generalmente individuati come elementi caratterizzanti le norme "leggere": la regolazione per principi, piuttosto che per dettagli; l'assenza di sanzioni; la previsione di procedure di monitoraggio sulla loro osservanza, di (mero) accertamento di eventuali violazioni e, talvolta, di risoluzione di controversie sull'interpretazione dei principi. Sinteticamente, la tecnica regolativa di *soft law* viene oggi generalmente preferita a quella, tradizionale, di *hard law*, laddove questa ultima sia a forte rischio di ineffettività, perché gli obiettivi da raggiungere non sono ben definiti o immediatamente realizzabili e la divergenza di vedute delle parti interessate non è facilmente colmabile<sup>91</sup>. Sono proprio questi a ben vedere gli usuali ambiti e caratteristiche dei codici di condotta.

Le norme di *soft law* esplicano effetti giuridici quando di fatto applicate dagli operatori. Esse, invero, fungono spesso da punto di riferimento per soggetti privati, giudici, Pubbliche Amministrazioni, legislatori. Sicché il *soft law*, come detto, anticipa o integra l'*hard law*<sup>92</sup>.

In relazione agli effetti giuridici dei codici di condotta, visti sotto la lente del *soft law*, si pensi all'attività "quasi-giurisdizionale" svolta dal CIME (il comitato degli investimenti internazionali e delle imprese multinazionali) in seno all'OCSE per l'interpretazione del codice di condotta proposto dall'organizzazione internazionale alle imprese multinazionali. Pur non essendo vincolante il codice, né avendo natura giurisdizionale la procedura, in alcuni casi l'interpretazione dei principi del codice ha contribuito alla soluzione conciliativa di casi

<sup>89</sup> Sugli effetti giuridici delle dichiarazioni d'intenti, v. Canepa, *Voce Dichiarazione d'intenti*, in *DDPCiv.*, Utet, Torino, 1989, 329 ss.

<sup>90</sup> Nelle conclusioni del Consiglio europeo di Edimburgo, 11-12 dicembre 1992, facendo discendere l'impiego della tecnica di *soft law* dal principio di sussidiarietà, si menzionano espressamente i codici di condotta come uno dei mezzi in cui essa si sostanzia. Con tale espressione si intendono "regole di condotta che, in linea di principio, non sono dotate per legge di forza vincolante ma che, nondimeno, possono produrre effetti pratici": Snyder, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Soc. Dir.*, 1993, 1, 80; dello stesso, v. anche *The Effectiveness of European Community Law*, in *Mod. Law Rev.*, 1993, 31-36; Pastore, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *LD*, 2003, 1, 5 ss.; Kenner, *Il Capitolo sull'Occupazione del Trattato di Amsterdam e le politiche della terza via: quali prospettive per la soft-law?*, in *DRI*, 1999, n. 4, 415.

<sup>91</sup> Bano, *op. cit.*, 52.

<sup>92</sup> L'ordinamento comunitario è un chiaro esempio di come il *soft law* sia spesso il prodotto di una evoluzione interpretativa del diritto vigente e una anticipazione del diritto futuro. Ciò è evidente nel rapporto tra Corte di Giustizia e Commissione: quest'ultima "recepisce" nel proprio *soft law* gli orientamenti della Corte interpretandoli e sviluppandoli, mentre la prima, inversamente, utilizza il *soft law*, contenuto nei documenti della Commissione, ai fini dell'attività giurisdizionale, dandole per questa via un valore vincolante. Cfr. gli esempi citati da Snyder, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, cit., 79 ss.

in cui erano implicate importanti situazioni soggettive dei lavoratori<sup>93</sup>. Lo stesso può accadere per via di una migliorata comunicazione interna d'impresa, che rappresenta un obiettivo di molti programmi di responsabilità sociale. Si pensi poi alla forza "interpretativa" che i principi contenuti in codici di condotta autorevolmente predisposti possono spiegare negli ordinamenti interni<sup>94</sup>.

Si è lamentato che i codici di condotta non abbiano sempre sortito, fino a oggi, quella promozione delle tutele da più parti auspicata<sup>95</sup>. Se senz'altro possono condividersi molte delle critiche proposte (che qui non è possibile analizzare dettagliatamente)<sup>96</sup>, non è tra le condivisibili quella per cui le disposizioni dei codici sarebbero vaghe, generiche, e, in quanto tali, prive di qualunque contenuto precettivo. Se ciò fosse vero, dovremmo, da una parte, dedurre la sostanziale mancanza di contenuti, effettivamente concretizzabili, dei codici di condotta (proprio per la usuale tecnica di redazione delle disposizioni, più incline alle dichiarazioni di principio che alle regole di dettaglio). Dall'altra, così ragionando, dimenticheremmo la funzione dei codici in relazione alla responsabilità sociale e il potenziale impatto interpretativo sull'ordinamento interno.

Come detto, la responsabilità sociale mira ad offrire tutele più elevate rispetto a quelle vigenti sulla base del diritto. Se, nel caso concreto, si può individuare in un codice di condotta un'iniziativa dell'impresa a partecipare a un programma di responsabilità sociale, va da sé che con questo codice si intendono garantire *standards* di tutela superiori a quelli giuridicamente vigenti (a volte, come detto, è lo stesso codice che richiama in via preliminare il rispetto della normativa vigente). Ove il codice sia dettagliato, non c'è ovviamente difficoltà alcuna a individuare il contenuto, concretizzabile giuridicamente secondo

---

<sup>93</sup> V. Gulotta, *op. cit.*, 191 ss. Rileva Salerno, *op. cit.*, 202, che la natura non-giurisdizionale della procedura è coerente con la natura facoltativa del codice di condotta.

<sup>94</sup> Ad es. i principi del *Global Compact* dell'ONU, che si rivolgono in prima istanza agli Stati, hanno valore di raccomandazione. Non hanno pertanto efficacia vincolante, ma esse rappresentano senz'altro un punto di riferimento per i giudici interni ai fini dell'interpretazione del diritto vigente conformemente ai principi ivi racchiusi. Ancora, per l'attuazione delle linee-guida sono stati istituiti a livello nazionale dei "Punti di contatto", che vedono coinvolti istituzioni pubbliche e parti sociali. Altri metodi "indiretti" di promozione dell'adozione e applicazione dei codici di condotta sono segnalati da Salerno, *op. cit.*, 162 ss.: in particolare, la pubblicazione sulle raccolte ufficiali delle leggi e la previsione di sanzioni "oblique" per indurre le multinazionali a modificare i propri comportamenti alla stregua dei principi del codice (ritiro di protezioni diplomatiche per attività estere della società-madre, rifiuto di coperture assicurative). Al medesimo proposito, il *Global Compact* dell'ONU invita gli Stati a tenere conto dei principi ivi espressi nel momento di modificare il diritto interno nelle materie relative. Ancora a titolo d'es., il codice OCSE è stato "attuato" dal Ministero del bilancio con una circolare (n. 9/2267 del 1980). Come noto le circolari vincolano unicamente le Pubbliche Amministrazioni, ma rappresentano spesso una interpretazione autorevole del diritto vigente, cui i giudici possono fare riferimento. Così è accaduto, relativamente a detta circolare, con Trib. Roma, 14 aprile 1983, in *Dir. Prat. Trib.*, 1983, II, 726.

<sup>95</sup> Cfr. lo studio di Jenkins, *Corporate Codes of Conduct - Self-Regulation in a Global Economy*, United Nations Research Institute for Social Development, 2001.

<sup>96</sup> Valgono comunque, in gran parte, le considerazioni svolte a proposito dei marchi sociali (v. *sub* 3.1.1.).

quanto fin qui detto. Ma in presenza, come nella maggior parte dei casi, di norme a contenuto generico, queste permettono comunque di salvaguardare la funzione di promozione delle tutele. Come rilevato *sub* 1, tale progresso si può attuare nella modalità più semplice attraverso l'interpretazione "dinamica" del diritto positivo. L'impegno assunto dall'impresa in determinate materie potrebbe portare il giudice ad applicare il diritto vigente "arricchito" dai contenuti del codice. Esso, se generico e non siano dunque individuabili obblighi specifici, potrebbe diventare nondimeno il fondamento per una interpretazione "evolutiva" delle norme già esistenti<sup>97</sup>. In definitiva, le clausole che per il loro contenuto generico non costituiscano distintamente diritti ed obblighi, non sono prive di pregnanza, ma hanno, per la natura stessa della responsabilità sociale, valenza interpretativa del quadro giuridico vigente<sup>98</sup>.

4. L'analisi condotta ha inteso, in sintesi, dimostrare due cose.

a) In primo luogo, pur accedendo alla natura "volontaria" della responsabilità sociale, essa non è scevra da presupposti e conseguenze giuridiche. La libertà della volontà, intesa come assenza di una norma giuridica che imponga direttamente un comportamento e che vi ricolleghi una sanzione per la sua violazione, non viene infatti meno in presenza di fattori esterni, anche giuridici (incentivi o disincentivi), che incidano su di essa, orientandola in una direzione o in un'altra. Inoltre, l'esercizio della volontà è alla base di effetti contemplati dall'ordinamento giuridico, da essa scaturenti.

<sup>97</sup> Si pensi (a mero titolo d'esempio) al dibattito, con riferimento alla materia dei licenziamenti collettivi, scaturito intorno agli artt. 4 e 5, l. n. 223/1991, sull'applicabilità della sanzione di inefficacia del licenziamento all'ipotesi di mancata comunicazione ai competenti uffici del lavoro e alle organizzazioni sindacali delle specifiche modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare; o, ancora, al dibattito sulla puntualità e precisione delle comunicazioni datoriali alla controparte sindacale in occasione di trasferimento d'azienda. L'assunzione di responsabilità sociale in tali materie (qui peraltro è coinvolto l'importante ambito dell'informazione e consultazione in azienda) oltre gli standard normativamente posti può assurgere a presupposto dell'interpretazione giudiziale più favorevole a sindacati e lavoratori.

<sup>98</sup> Per altri versi, nell'ambito del pubblico impiego, si è proposto il riferimento ai codici di comportamento per i dipendenti della Pubblica Amministrazione (v. art. 54, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165) ai fini dell'interpretazione del quadro giuridico regolante il rapporto di lavoro (sul punto, v. Riccardi, *Il codice di condotta nel lavoro pubblico contrattualizzato*, in *LPA*, 2002, 89 ss.; Gargiulo, *Commento sub art. 58-bis*, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, 1415). Le norme del codice potrebbero essere assunte dal giudice come parametro di riferimento per la specificazione di clausole generali contenute nei contratti collettivi (ad es., quelle che parlano di "condotta non conforme ai principi di correttezza"), per meglio determinare la prestazione esigibile dal datore di lavoro. In questo senso, il codice di condotta per i dipendenti della Pubblica Amministrazione (di per sé non vincolante, se non recepito nei contratti collettivi, ai sensi dell'art. 54, d. lgs. n. 165/2001) si può ritenere strumento di *soft law*: v. DELFINO, *Il soft law nel diritto del lavoro italiano. Un'alternativa all'inderogabilità?*, in *www.unicz.it*. Senonché, in questo caso, si verifica l'ipotesi inversa: è il codice, infatti, a contenere previsioni più dettagliate rispetto alla normativa legale o contrattuale. Inoltre, evidentemente, questa fattispecie esula dalla responsabilità sociale delle imprese, finalizzata alla tutela dei diritti dei lavoratori, concernendo semmai la finalità di tutela degli utenti.

b) In secondo luogo, si è visto come il diritto del lavoro sia ampiamente coinvolto in tema (sia nei suoi istituti più classici, sia nelle prospettive *de iure condendo*) e come anzi sia un terreno di reciproca influenza tra le c.d. buone prassi di responsabilità sociale, le norme di *soft law* e le norme di *hard law* in materia.

Infine, se l'ambiguità dei risultati ottenuti con gli attuali strumenti di responsabilità sociale induce a ridimensionare facili entusiasmi del presente e del passato (che ad essa hanno attribuito forse ingenuamente proprietà taumaturgiche e ne hanno prospettato un rapido e generalizzato accoglimento), tuttavia non vengono meno le ragioni per continuare un approccio alle tutele ambientali e sociali che responsabilizzi le imprese senza giuridificarne esternamente ogni comportamento: ragioni che sono sintetizzabili nella inidoneità o impotenza dell'intervento immediato del diritto per la risoluzione di tali questioni. Del resto, la prosecuzione del dibattito in una cornice istituzionale di ampio respiro (come sta accadendo nell'Unione europea), che coinvolga Stati, enti pubblici, parti sociali, organizzazioni non governative, è idonea a comprendere e a correggere le attuali disfunzioni. In breve, se i corpi intermedi della società civile svolgono il compito di evidenziare gli squilibri di tutela e di diffondere la cultura della responsabilità sociale, le pubbliche istituzioni dispongono dei mezzi per garantire una maggiore certezza ed effettività degli strumenti in cui la stessa responsabilità sociale si sostanzia.



## **Il presidente Lula e la riforma del lavoro in Brasile**

*Márcio Túlio Viana*

*Sommario:* **1.** I passaggi della riforma del lavoro brasiliana. — **2.** La riforma e la Costituzione. — **3.** Il sindacato nel Brasile di oggi. — **4.** Alcuni dettagli sulla riforma della disciplina del rapporto di lavoro. — **5.** La riforma della Giustizia e del processo individuale del lavoro. — **6.** La riforma del diritto e del processo collettivo del lavoro.

**1.** Durante la sua campagna, il Presidente Lula ha promesso varie riforme, le più importanti e urgenti delle quali erano considerate quelle relative all'area tributaria, della previdenza e del lavoro. Tutte quante si sarebbero fatte seguendo lo stile del Partito dei Lavoratori, cioè con la diretta partecipazione della società.

Per la realizzazione di questo progetto, il nuovo Presidente, subito dopo l'elezione, ha creato il CDES (Conselho para o Desenvolvimento Econômico e Social: Consiglio per lo Sviluppo Economico e Sociale), composto da "persone eminenti" e alcuni enti, il cui obiettivo era tracciare le direttive generali delle tre riforme, garantendone allo stesso tempo la legittimità.

Nel campo delle relazioni di lavoro, le direttive generali del CDES sarebbero state discusse e approfondite in un Forum Nazionale, di natura tripartita e dalle sue conclusioni sarebbe nato il progetto di una nuova legislazione del lavoro, da inviare al Congresso Nazionale.

Su questa base, alla fine di maggio 2003 il CDES ha presentato le sue indicazioni ed ora tocca al Forum Nazionale, i cui lavori sono destinati a durare dall'agosto al dicembre del 2003. Tuttavia, considerato che le differenze nel Paese sono molte, ogni Stato ha realizzato in giugno/luglio un piccolo "forum preliminare", con dibattiti aperti alla partecipazione popolare.

In questo modo, il punto di partenza per il Forum Nazionale non saranno solo le direttive del CDES, ma anche le conclusioni dei dibattiti svoltisi nei vari Stati del Paese. Comunque, nulla impedisce che su alcuni punti della riforma la discussione ricominci da zero ed anzi è molto probabile che ciò accada, dato che il Forum Nazionale ha una rappresentatività ben maggiore di quella dei tavoli locali di dibattito e dello stesso CDES.

Rispetto a questa riforma ed alle attese dei brasiliani, si può dire che, per lo più, le speranze si mescolano alle preoccupazioni.

---

\* *Márcio Túlio Viana è professore della Facoltà di Diritto dell'Università Federale e della "Pontificia Università Cattolica" di Minas Gerais (Brasile).  
Traduzione a cura di Vivien Ferrari.*

Ciò dipende soprattutto dal fatto che sono in discussione due progetti: uno d'ispirazione neoliberale e l'altro progressista, ed i rischi sembrano grandi quasi quanto le opportunità. Nella misura in cui si pone in discussione l'intera CLT (Consolidação Leis do Trabalho, una sorta di codice del lavoro che comprende anche le norme sul processo del lavoro), esponendola a cambiamenti strutturali, può succedere di tutto e tutto dipenderà dall'assetto del rapporto di forze. È noto che in tutto il mondo — specialmente nei Paesi periferici — i rapporti di potere favoriscono in maniera sempre maggiore il capitale. Tuttavia, in Brasile, esiste ora la possibilità che il governo metta qualche peso in più sul piatto sinistro della bilancia, benché lo stesso governo debba fare i conti con pressioni da parte dei grandi gruppi economici, degli organismi finanziari internazionali e dei partiti conservatori — dai quali comunque dipende per governare.

A proposito, è interessante osservare l'atteggiamento del nostro Tribunale Superiore del Lavoro — il TST (Tribunal Superior do Trabalho). Sebbene questo Tribunale sia stato negli ultimi decenni più conservatore che progressista, recentemente ha dato segni di imboccare un'altra strada. Alla fine di giugno, ha iniziato a rivedere la sua giurisprudenza, e sta abbandonando alcune interpretazioni che indebolivano il movimento sindacale. Probabilmente, questo cambiamento di rotta può essere messo in relazione non solo con il rinnovamento paulatino dei suoi giudici, o con l'elezione del suo nuovo Presidente <sup>1</sup>, ma con i nuovi venti che spirano sul Paese.

Si noti che quando si è fatto riferimento a due "progetti", non ci si è riferiti a "disegni di legge", ma a proposte non ancora, o almeno non completamente, formalizzate. Ed è per questo che non è sempre facile identificarle. Inoltre, in vari punti, essi esprimono il pensiero solo della maggior parte di ogni classe sociale. Nemmeno all'interno di ognuna di esse esiste un consenso assoluto.

Comunque, nonostante tutte le difficoltà, è ormai possibile intuire che cosa c'è di simile o di diverso in questi due progetti. Ma perché le sfumature diventino più nette, sembra necessaria qualche precisazione di ordine storico.

**2.** Tra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli Ottanta, il Brasile stava vivendo un fenomeno simile a quello che aveva scosso l'Europa nel 1968 e negli anni seguenti. Da un lato, un sindacalismo d'assalto che minacciava di rompere il patto fordista-keynesiano. Dall'altro, i primi segnali della crisi.

Così come era successo in Europa, gran parte delle proteste operaie erano partite dal basso. Come in Europa, i lavoratori rivendicavano non solo una maggior partecipazione alla ricchezza accumulata negli "anni gloriosi", ma anche un lavoro meno alienante e un modello di produzione più democratico. Nel caso dell'Europa, le lotte dei lavoratori si erano sommate ad altri movimenti sociali — di donne, gay, studenti, immigranti e persino le *Brigate Rosse* — che erano esplosi più o meno nella stessa epoca, influenzandosi reciprocamente <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Francisco Fausto, personaggio attivista e tipicamente progressista.

<sup>2</sup> L'osservazione è del politologo brasiliano José Luís Fiori.

Nel caso del Brasile, il principale fattore che ha rafforzato i lavoratori è stato la lotta contro la dittatura. Articolandosi con la società civile, il “nuovo sindacalismo” ha raggiunto un grado di legittimità tanto alto da riuscire a creare — ai margini della legge — la prima centrale sindacale del Paese, la CUT (Central Unica dos Trabalhadores), che ancor oggi riunisce la maggior parte dei lavoratori. È stato poi proprio questo “nuovo sindacalismo” a creare il Partito dei Lavoratori, il PT (Partido dos trabalhadores).

Vivevamo, allora, un tempo nuovo: dopo vent’anni di oppressione e disuguaglianza, c’era una gran sete di libertà e di giustizia sociale. Ma ormai la crisi del sistema di produzione si intensificava e approdavano alle nostre spiagge le prime notizie della controffensiva capitalista.

In Inghilterra, la Thatcher imponeva una umiliante sconfitta al movimento sindacale, sconfiggendo il famoso sciopero dei minatori. Negli Stati Uniti, Reagan ne seguiva le orme, piegando una categoria di spicco quale quella degli operatori di volo. In molti altri Paesi del Primo Mondo, i conservatori prendevano il potere. E anche i governi di linea socialista sembravano adattarsi al credo neoliberista.

Contemporaneamente, le aziende cominciavano ad investire massicciamente nell’automazione, provocando disoccupazione di massa. Si cominciava a parlare di “fabbrica senza lavoratori”. Era l’inizio della ristrutturazione produttiva, che più tardi avrebbe alternato robot a metodi giapponesi di gestione della manodopera.

Mentre succedevano queste cose, in Brasile si discuteva la nuova Costituzione. Preoccupati per le notizie che arrivavano d’oltremare, ed avvalendosi dell’alto grado di legittimità che avevano conquistato, i sindacati facevano pressione sui politici perché questi attribuissero rango costituzionale al maggior numero possibile di norme relative al lavoro, con l’obiettivo di farle diventare sufficientemente forti da affrontare la tempesta che si annunciava.

Fino ad un certo punto questa strategia ha funzionato. La Costituzione del 1988, tuttora in vigore, contiene quasi 40 norme di protezione del lavoro e più di dieci relative al sindacato: arriva ad essere talmente dettagliata da regolare i termini di prescrizione, la percentuale di ore di straordinario e il numero di giorni di preavviso.

Senza dubbio è anche vero che la Costituzione ha subito l’influenza del nuovo modello economico. Uno dei suoi articoli, ad esempio, permette la riduzione di salari attraverso la contrattazione collettiva, aprendo così le porte alla trasformazione graduale di norme inderogabili in norme di ordine almeno parzialmente dispositivo.

Si ritornerà oltre su questo argomento. Per ora, basta notare come gran parte dei diritti del lavoro sia fissata nella Costituzione e che quindi la riforma dovrà farci i conti. Di conseguenza, anche le nuove regole diventeranno più rigide, più forti, più durature e ciò aumenta la responsabilità di quanti sono coinvolti nella riforma.

Come si dirà, sembra che stia succedendo qualcosa di strano con il diritto del lavoro in Brasile: noi lo abbiamo fondamentalmente importato dall’Europa ed

ora molti di noi lottano per mantenerlo distante da alcune innovazioni che l'Europa introduce.

Ciò dipende semplicemente dal fatto che le nostre garanzie di tutela sono meno efficaci: i sindacati sono deboli, la previdenza sociale è povera, i salari sono bassi e la grande massa dei lavoratori non è qualificata. Così, l'onda di flessibilizzazione — che anche in Europa forse peggiora la situazione dei lavoratori — già produce tra di noi e può ancora produrre effetti devastanti. In poche parole: oggi, al contrario di ieri, la lotta per il diritto — o per quello che ne resta — sembra essere più grande al sud che al nord.

**3.** Non è un segreto per nessuno che anche nei Paesi più avanzati il movimento operaio vive una profonda crisi e che questo non è un fenomeno passeggero. Come qualcuno ha scritto, il sindacato sta diventando, al limite, logicamente incompatibile con il nuovo modello di produzione.

Naturalmente ci sono varie ragioni per questo, ma la principale, forse, è proprio la ristrutturazione produttiva, in quanto per la prima volta il sistema fa esplodere un processo di crescita senza che gli corrisponda un aumento dei posti di lavoro. Al contrario, è la riduzione dei posti che permette alla grande azienda di mantenere o aumentare le sue percentuali di profitto.

Se la fabbrica nei tempi trasformava tutti i lavoratori in subordinati, attualmente produce un movimento inverso. Come il mare, che getta sulla spiaggia conchiglie e sabbia, la fabbrica espelle dal suo interno la maggior quantità possibile di costi, tra i quali si trovano i dipendenti e il diritto che li proteggeva. Molti di questi vecchi lavoratori sono semplicemente buttati fuori, e lì restano, esclusi dal processo di produzione e consumo. Altri — sempre come il mare — sono risucchiati dentro; o, più esattamente, vengono riciclati, ma in una maniera differente, senza gli stessi costi della protezione.

Di questi ultimi, alcuni tornano a lavorare nella stessa azienda, ma assunti da un'altra, e quasi sempre guadagnando di meno. Altri passano a prestarle servizio attraverso piccole aziende subappaltate, che — esattamente in ragione della loro dimensione e informalità — sono meno visibili e possono più facilmente eludere le tutele del lavoro. In questo modo, la grande azienda ottiene infine che altri lavoratori si organizzano, da soli, per servire la grande azienda. Per farlo, si ripresentano nel mercato in maniera differente, come apprendisti, soci di cooperative, o autonomi (paradossalmente) dipendenti.

Molte sono le spiegazioni possibili rispetto all'origine di tali fenomeni, ma forse la più importante ha a che vedere, ancora una volta, con l'informatica, la microelettronica e i nuovi metodi di gestione della manodopera. Grazie a questo *cocktail*, vediamo riapparire la fabbrica spezzettata, che sembrava essere stata superata con la rivoluzione industriale.

La spiegazione è semplice. Se nei primi duecento anni di capitalismo industriale, la fabbrica è stata obbligata a riunire i lavoratori per ottimizzare la produzione, oggi riesce a controllarli a distanza, o si avvale della mediazione di un'altra. Così, il potere direttivo, prima limitato al rapporto azienda-dipendente, si sposta anche in direzione del rapporto azienda-azienda.

Quindi, il sindacato così come lo conosciamo, è nato non tanto come sottopro-

dotto del sistema, ma da un modo d'essere del sistema stesso, rappresentato esattamente dalla grande fabbrica. Perciò, quando i lavoratori si sparpagliano, anche il sindacato si frantuma in molte parti.

Naturalmente, ci sono altri fattori che indeboliscono il sindacato, come l'inserimento di giovani e donne — privi di una tradizione di lotta — nel mercato del lavoro, i contratti precari e l'atteggiamento individualista dei nostri giorni. In Paesi come il nostro, sono ancora costanti gli attacchi dei media, che ricreano e deturpano l'immagine del sindacato, facendolo sembrare ora una cellula di pericolosi radicali, ora un circolo di allegri e irresponsabili fannulloni.

Accanto ai media, anche l'azienda diventa un importante centro di produzione di ideologia, attraverso la quale essa cerca non solo di incorporare i lavoratori qualificati, ma anche di mostrare ai non qualificati che è meglio che stiano calmi. Se Freud fosse vivo, direbbe forse che « l'ideologia è la madre che i primi vogliono e il padre che gli ultimi temono: accanto all'amore, il terrore ».

In realtà, l'organizzazione interna del lavoro finisce col minare il movimento sindacale. Riunendo i lavoratori in "isole di produzione" e processi similari, l'azienda moderna canalizza a proprio favore il sentimento di solidarietà che li unisce. Allo stesso tempo, essa viene coinvolta nella competizione con le aziende rivali, e — di conseguenza — tale competizione si estende a quanti vi lavorano. Accanto a queste considerazioni di ordine generale, è da dire che in Brasile la crisi del sindacato ha anche ragioni legali.

Un esempio, al quale si è fatto già cenno, è la norma costituzionale che permette la riduzione di salari attraverso la contrattazione collettiva. Anche se non tutti se ne rendono conto, questa regola altera drasticamente la relazione di forze tra gli attori sociali, specialmente in Paesi in cui non esistono contrappesi sufficienti: prima, chi rivendicava nuovi diritti era soltanto il sindacato professionale, mentre oggi anche l'azienda può farlo. Questa semplice possibilità, anche se non si realizza, è già sufficiente per non rendere possibili nuove conquiste da parte dei lavoratori, che devono riunire le ultime forze che gli restano per difendersi<sup>3</sup>.

La legislazione crea anche altre difficoltà — come la mancanza di protezione dell'impiego e di piena libertà sindacale — delle quali si dirà più avanti. Ma proprio il Governo Lula, per assurdo che sembri, sta creando qualche problema al movimento sindacale.

Alcuni di questi problemi sono diventati evidenti durante l'ultimo Congresso Nazionale della CUT, realizzato all'inizio di giugno a San Paolo con la presenza di più di 2500 delegati da tutto il Paese. Lo stesso Lula ha sentito sulle spalle la delicatezza del momento ed all'apertura del Congresso ha ricevuto calorosi applausi da una grande maggioranza, ma anche i primi fischi di una minoranza tanto piccola quanto aggressiva.

Invero, la CUT non ha mai seguito un unico pensiero. Ogni anno, i dissidenti sono sembrati aumentare. Oggi, sono circa dieci le correnti, tutte più a sinistra

---

<sup>3</sup> Il peggio è che la norma ha avuto interpretazione estensiva in alcuni tribunali, sotto il pretesto che "chi più può (ossia: ridurre salari) meno può (ossia: ridurre altri diritti)".

di quella principale — l'“Articolazione” — che era proprio quella di Lula, ed il problema è che il solco che le separa sembra essersi fatto più profondo.

La ragione principale è che il Governo Lula — come tutti riconoscono — non è esattamente un governo popolare, rivoluzionario, ma un governo di coalizione. Perciò, per governare ha dovuto e deve giungere a compromessi, ad esempio adottando una politica economica (ancora) conservatrice, nominando alcuni ministri più di destra, proponendo una riforma della previdenza; in particolare questa, sotto vari aspetti, non solo riproduce ma addirittura porta avanti quella proposta dal Governo Cardoso e che all'epoca aveva ricevuto forti critiche dal PT. Anzi, gli accordi erano cominciati ancor prima dell'elezione, quando Lula aveva chiamato a far parte della sua squadra un grande imprenditore, in qualità di vice-presidente.

Storicamente, tutta la CUT — compresa la corrente di maggioranza — stava difendendo misure come il non pagamento del debito esterno, la rottura con il FMI, la riduzione drastica dei tassi d'interesse<sup>4</sup> e (almeno) un referendum popolare per decidere se il Brasile debba essere incorporato all'ALCA (Area de Loivre Comercio das Américas: un'alleanza commerciale americana).

Attualmente, le correnti più a sinistra stanno chiedendo a Lula queste ed altre misure e sostengono che, se è vero che il governo è di coalizione, è pur sempre vero che si tratta di un governo di lotta. Secondo queste correnti l'elezione avrebbe rappresentato una prima tappa: se Lula ha ottenuto il potere politico, ciò non significa che la classe lavoratrice abbia ottenuto il potere reale di fare una politica sua e tutto dipenderà dal gioco delle forze. Per vincere, dunque, sarebbe necessario adottare una posizione aggressiva. Le pressioni su Lula — come scioperi e altre manifestazioni — lo aiuterebbero a mantenersi coerente e sarebbe necessario che i lavoratori esigessero nuovi ministri e una nuova politica, a cominciare da adesso.

La corrente maggioritaria — che ha appena eletto il nuovo presidente della CUT, il metalmeccanico Luiz Marinho — è d'accordo sul fatto che è necessario fare delle richieste, ma senza destabilizzare il governo. Crede che l'elezione di Lula, di per sé stessa, abbia già cambiato buona parte del contesto, che l'occasione sia unica e che non vada sprecata con atteggiamenti sconsiderati. Non è possibile adottare posizioni radicali, come rompere con il FMI, senza prima aver creato condizioni reali per farlo<sup>5</sup>. Il governo è ancora al centro di una contestazione, come se le elezioni non fossero ancora terminate; ed opporsi significa “fare il gioco della destra”.

Ma anche in relazione alla riforma del lavoro ci sono divergenze relative alle strategie da seguirsi. Mentre l'“Articolazione” capisce che la cosa migliore è cominciare con l'accettare tutto quel che è possibile adesso, per lasciare a un secondo momento le materie più difficili, alcune correnti di minoranza pensano che ciò possa finire con l'indebolire ancor più il movimento sindacale. Così, per

<sup>4</sup> In Brasile, è il secondo più alto al mondo.

<sup>5</sup> In genere, le altre correnti ritengono che queste “condizioni reali” devono venir create “nella stessa lotta”, con pressioni forti e immediate.

esempio, l'adozione del pluralismo, senza la concomitante protezione dell'occupazione, può generare un effetto contrario al desiderato, se quest'ultima conquista non si riesce a realizzare.

Uno dei punti che hanno accentuato le divergenze, nell'ultimo Congresso della CUT, è stata la proposta di riforma della previdenza avanzata dal governo. Questa colpisce principalmente i dipendenti pubblici, mettendo fine alla parità tra retribuzioni e pensioni, esigendo il contributo dei lavoratori inattivi e aumentando i limiti di età per la pensione.

Le correnti più a sinistra sostengono che questa riforma sia basata su "parametri" del FMI ed inoltre affermano che il progetto non sia stato preceduto da un ampio dibattito. In realtà si è discusso all'interno del CDES, ma questo organo non possedeva un grado di legittimità sufficiente e perciò vari suoi suggerimenti sono stati ignorati. Così, ora la CUT dovrebbe far pressione sul governo affinché ritiri il progetto e si ricominci daccapo.

L'"Articolazione" non è d'accordo su alcuni punti del progetto, come la richiesta di contributi da parte del personale inattivo, ma ritiene di poter risolvere il problema mediante proposte di emendamento presentate dai deputati del Partito dei Lavoratori — il PT.

Pochi giorni dopo il Congresso, queste divergenze si sono rivelate ancor più evidenti. La CUT ha organizzato una manifestazione di dipendenti pubblici a Brasilia, ma il suo presidente, Luiz Marinho, è stato fischiato. Giorni dopo, i dipendenti sono entrati in sciopero, ribellandosi alla CUT. Qualche settimana più tardi, circa 30 sindacati di dipendenti pubblici hanno annunciato la creazione di un nuovo sindacato: la "CUT del B".

In realtà, le varie correnti del movimento sindacale si vedono coinvolte in un dilemma. La corrente di maggioranza cerca di difendere Lula, ma allo stesso tempo non vuole identificarsi con lui: il suo problema più grande è mantenere l'indipendenza senza destabilizzare il Governo Luiz Marinho incarna perfettamente questo dualismo: è amico personale di Lula, ciò nonostante è stato presente alla prima manifestazione contro una delle sue riforme e nello stesso tempo si opponeva allo sciopero.

È importante notare che i due appelli più uditi, nell'ultimo Congresso della CUT, sono stati proprio a favore della sua autonomia e della sua unità. Mentre le correnti di minoranza esigevano indipendenza rispetto al governo, richiamandosi al passato di lotta della CUT, i dirigenti del sindacato cercavano di provare, con il riferimento a dati concreti, che continuano ad essere indipendenti.

Ma gli appelli a favore dell'unità, anche se abbastanza forti da parte delle correnti di minoranza, non sono riusciti a convincere gli altri lavoratori ad appoggiare i dipendenti pubblici in uno sciopero generale o almeno ad accompagnarli alla manifestazione di Brasilia<sup>6</sup>. E ancor meno a dichiarare uno sciopero di solidarietà con i dipendenti francesi, come volevano alcuni *leaders*. In ogni modo, il rischio di rottura del movimento sindacale sarà forse maggiore

---

<sup>6</sup> Erano presenti alla manifestazione circa trentamila persone, secondo la CUT, o quindicimila, secondo la polizia (che, naturalmente, non è intervenuta).

all'interno della CUT piuttosto che tra questa e la sua grande rivale - la Forza Sindacale. Coerente con il suo atteggiamento pragmatico, la FS tende ad avvicinarsi sempre più al Governo Lula, proprio come aveva fatto in precedenza con gli ex-Presidenti Collor e Cardoso.

D'altra parte, però, non è solo la CUT ad avere i suoi dilemmi. La crisi comincia a raggiungere anche il suo braccio politico — il PT — che ha sempre mantenuto una linea politica abbastanza rigida e che oggi si vede obbligato a fare alleanze persino con partiti di destra. Perciò, quattro suoi deputati — battezzati dai media come “radicali” — si sono francamente opposti alla politica del governo, esprimendo le stesse esigenze delle correnti di minoranza della CUT. Altri 30 deputati e 200 economisti hanno appena firmato manifesti contro ciò che denominano continuità, specialmente in termini di politica economica. La risposta del governo è stata più o meno la stessa dell’“Articolazione”: è necessario creare condizioni materiali per le future svolte di direzione.

Su questo quadro di frammentazione e di crisi sarà costruita la nuova legislazione del lavoro in Brasile. Come dicono i sindacalisti — e su questo sono tutti d'accordo — sono stati soprattutto loro, ma non solo loro, ad eleggere Lula. Per questo, il governo continua ad essere al centro della lotta. Lula è un punto di riferimento importante, ma il suo governo avrà successo solo se il movimento sindacale si manterrà vigile e mobile.

Com'è logico trattandosi del Brasile, le differenze di veduta si esprimono anche a suon di musica. In un certo momento, nel Congresso della CUT, i sindacalisti dell’“Articolazione” hanno risposto alle critiche al governo cantando: “olè, olà, Lula, Lula”. Immediatamente, la minoranza ha risposto: “olè, olà, luta, luta”. Più che un esempio della creatività brasiliana presente in ogni piccolo dettaglio della nostra vita, il gioco di parole <sup>7</sup> indica un futuro che può approfondire le divergenze.

Ma vediamo, in breve, i principali punti in discussione.

**4.** La riforma riguarda tanto la disciplina del rapporto di lavoro quanto il diritto sindacale ed inoltre saranno modificate in alcuni punti diverse regole del processo.

Sul piano del rapporto individuale, è risultata chiara, in generale, la necessità di dare spazio a nuove tipologie contrattuali. Alcune di queste esistono già da qualche anno, come avviene, ad esempio, per i contratti a tempo parziale <sup>8</sup> e per quelli a termine <sup>9</sup>. Ora si discute di introdurre ulteriori nuove ipotesi.

Il problema nasce perché quasi sempre queste “nuove forme” di assunzione

<sup>7</sup> In Portoghese, la parola “lotta” si traduce “luta”, che quasi si confonde con “Lula”.

<sup>8</sup> Veramente, ancor prima che la legge li istituisse, i contratti a tempo parziale erano già considerati legittimi dalla dottrina e giurisprudenza. La novità introdotta dalla legge è stata la riduzione del periodo di ferie di quei lavoratori, in certe circostanze.

<sup>9</sup> I contratti a termine prima erano ammessi soltanto quando ci fosse una ragione di fondo che li giustificasse. Oggi, anche se ancora soggetti a limiti temporali, sono ampiamente ammessi, allorché siano accolti dalla contrattazione collettiva, più o meno come avviene in molti Paesi europei.

tendono non tanto ad adeguare l'ordinamento ai nuovi modi di lavorare, quanto a ridurre i livelli di protezione e proprio su questo punto imprenditori e lavoratori sono su posizioni diverse.

Un'altro tema in discussione riguarda la problematica delle piccole aziende. In Brasile queste godono già di un trattamento differenziato per gli aspetti fiscali e anche in relazione a certi aspetti dell'organizzazione del lavoro, ma non per quel che concerne i diritti dei lavoratori, rispetto ai quali ora si chiede una riduzione delle tutele.

Si sostiene che più dell'80% di queste aziende non ha una vita superiore ai due anni, perché l'onere dei contributi — pur se ridotto — incide sul costo del lavoro ed è ancora pesante. Per risolvere il problema, alcuni parlamentari del PT suggeriscono che i contributi passino ad incidere sul fatturato. In questo modo, si eviterebbe, ad esempio, che un piccolo negozio di alimentari, con otto o dieci dipendenti, paghi più imposte di un'agenzia bancaria potente e automatizzata.

Tuttavia, uno degli aspetti più importanti della riforma per quanto riguarda la disciplina del rapporto di lavoro, è quello della tutela dell'occupazione.

In Brasile esiste dal 1967 un curioso sistema, ispirato in parte sulla legislazione cilena ed attualmente vigente, con variazioni, in diversi altri Paesi. Si tratta del Fondo di Garanzia per Tempo di Servizio (FGTS). In questo sistema, il datore di lavoro è tenuto a versare in banca, mensilmente, l'8% della retribuzione globale del dipendente, che può ritirare la somma accantonata nel caso di licenziamento ingiustificato. In questo caso, poi, il datore di lavoro deve anche corrispondere un incremento percentuale di tale somma: originariamente si trattava del 10%, mentre dal 1988 si è passati al 40%.

Nel caso di contratti a termine, il lavoratore può ugualmente ritirare il denaro, ma senza il diritto all'incremento del 40%. In caso di dimissioni volontarie o di licenziamento per giusta causa, il Fondo rimane in banca e può essere ritirato in condizioni particolari, quali il pensionamento o la morte del dipendente.

L'aspetto interessante del sistema è che il governo movimenta il denaro del Fondo per costruire e finanziare abitazioni popolari. L'aspetto negativo è che, essendo molto bassi i salari<sup>10</sup>, lo sono pure i versamenti. Quindi, l'indennizzo del 40% rappresenta un onere minimo per il datore di lavoro ed è per questo che il Brasile presenta una delle percentuali più alte di *turn-over* del mondo. L'attuale Costituzione della Repubblica — che è in vigore, come si è detto, dal 1988 — proibisce i licenziamenti arbitrari, ma affida al legislatore ordinario la regolamentazione di questa materia ed appunto la protezione è rimasta limitata a quel versamento aggiuntivo, passato dal 10 al 40%<sup>11</sup>.

Il legislatore, infatti, non si è mosso finora per regolare la materia e così la norma, che avrebbe dovuto essere transitoria, sta diventando permanente. Qualche anno fa il Brasile aveva ratificato la convenzione n. 158 dell'OIL che suppliva a quell'omissione, ma siccome sembrava che la convenzione assicu-

<sup>10</sup> Il salario minimo, in Brasile, è attualmente di circa US\$ 80,00.

<sup>11</sup> Art. 10, I, dell'“Atto delle Disposizioni Costituzionali Transitorie”.

rasse una reale stabilità, gli imprenditori convinsero il Presidente Cardoso a denunciarla.

Dunque, in termini di tutela del posto di lavoro, le aspettative di lavoratori e imprenditori sono diametralmente opposte. I primi sperano in qualche disposizione simile all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori italiano; gli altri vogliono ridurre o persino sopprimere la maggiorazione del 40%.

È importante notare che, nel caso del Brasile, la mancanza di protezione dell'impiego ha avuto riflessi negativi sui tre piani del diritto — individuale, collettivo e processuale — e ciò per una ragione semplice: avendo il pieno controllo sulla fonte di sopravvivenza del lavoratore, l'imprenditore dispone, in pratica, dello stesso diritto del lavoro. È come se usasse lo *ius variandi* per modulare non solo la prestazione di lavoro, ma anche le norme di tutela, applicandole come, dove, quando e quanto vuole.

Da noi, al contrario di quanto succede sul piano del diritto comune, le norme del lavoro non si attuano spontaneamente. Pervengono ai destinatari distorte, monche o con parti incomplete. In pratica, è proibito al lavoratore contestare il datore di lavoro, per quanto illegittimi siano gli ordini ricevuti. Allo stesso modo, egli non può nemmeno esigere a voce alta salari pagati in ritardo oppure ore di straordinario non retribuite, perché il risultato sarebbe la perdita del posto.

Naturalmente la questione è anche culturale: tra i lavoratori — specialmente quelli meno qualificati o provenienti dalle regioni più povere — esiste una cultura di sottomissione, esattamente come tra gli imprenditori ce n'è una di oppressione. Del resto, fino al 1888 esisteva ancora la schiavitù; e le cose non cambiano tanto in fretta.

Un altro punto molto importante della riforma sarà relativo alla protezione di quanti non hanno un posto di lavoro. L'idea è di recuperare in qualche modo un unico sistema protettivo, raccogliendo in una specie di rete tutti i lavoratori che si trovino in stato di dipendenza economica. La tutela sarebbe estesa, cioè, a molteplici situazioni — di occupazione, disoccupazione, sottoccupazione, informalità (cioè lavoro nero: n.d.r.) — che attualmente si alternano nella vita del lavoratore. E le uniche differenze consisterebbero nel grado di protezione offerta.

Naturalmente, tutto ciò appare un sogno, ma non per questo è detto che sia una chimera.

**5.** In Brasile, esiste una magistratura del lavoro specializzata. I suoi giudici sono selezionati sulla base di un concorso specifico. Intanto, salvo qualche rara eccezione<sup>12</sup>, la magistratura del lavoro giudica soltanto dei rapporti di lavoro *stricto sensu*. Le altre controversie sono sottoposte alla giurisdizione ordinaria,

---

<sup>12</sup> La magistratura del lavoro giudica anche sulle domande di lavoratori autonomi e piccoli appaltatori. Da qualche anno, ha acquisito pure la competenza ad esigere e riscuotere i contributi previdenziali dovuti dalle aziende ed in tal modo le entrate (o *recolhimento*) di contributi nel Tesoro sono aumentate enormemente.

in genere più lenta e meno sensibile verso la realtà del conflitto tra capitale e lavoro.

Per correggere questa ulteriore distorsione, il CDES propone che la magistratura del lavoro passi ad avere competenza per giudicare nelle seguenti materie: a) infortuni sul lavoro; b) reati contro l'organizzazione del lavoro<sup>13</sup>; c) sanzioni amministrative applicate all'azienda; d) rapporti di lavoro in generale e non soltanto lavoro dipendente.

Con questo si vuole aumentare l'effettività del diritto materiale attraverso il processo. Finora, per l'azienda è stato molto conveniente eludere la legge, dato che le sanzioni pagate durante il processo sono soltanto del 12% all'anno, mentre gli investimenti finanziari rendono molto di più. Inoltre, i giudici non possono penalizzare in altro modo il datore di lavoro disonesto e, sul piano extra-processuale, le sanzioni possono essere negoziate in varie maniere con lo Stato.

È possibile che queste proposte siano adottate dal Forum, ma considerato che coinvolgono interessi rilevanti, è probabile che non siano accettate senza un lungo e duro dibattito nel Congresso Nazionale<sup>14</sup>.

Tuttavia, nemmeno l'ampliamento della competenza della magistratura del lavoro può risolvere tutti i problemi. Le distorsioni del sistema giudiziario brasiliano sono molto più profonde, perché si intrecciano con il diritto materiale — e in una maniera molto speciale con la tutela del lavoro.

Se vuol tutelare i suoi diritti il lavoratore brasiliano ha accesso reale alla giustizia soltanto quando perde l'occupazione. Se pretende giustizia prima, perde anche prima il lavoro. E il risultato della disoccupazione può essere la fame, dato che i meccanismi di compensazione sono molto precari<sup>15</sup>.

Perciò, in quasi il 100% dei casi, il processo del lavoro è utilizzato solo dagli ex-dipendenti. Peraltro, quando questi non possiedono più una fonte di sopravvivenza, finiscono per sottoscrivere accordi irrisori. Nonostante ciò, la prescrizione decorre in costanza di rapporto. Così, come osserva il giudice brasiliano Elaine Noronha Nassif, il processo non riesce a dare effettività, ma finisce per smantellare il diritto materiale<sup>16</sup>.

Non solo. Molti lavoratori non ricorrono alla giustizia neppure dopo essere stati licenziati, per evitare le "liste nere" sempre più frequenti. Attualmente, con la minaccia di una disoccupazione di lunga durata, il rischio di restare "marchiato" acquista un peso ancor maggiore.

---

<sup>13</sup> Il CDES propone anche la regolamentazione di un articolo della Costituzione che considera reato la ritenzione dolosa di salari.

<sup>14</sup> A dire il vero, il Congresso Nazionale sta esaminando parallelamente una vasta riforma di tutto il sistema giudiziario brasiliano. La discussione era già cominciata durante il governo precedente, che aveva presentato un suo progetto, abbandonato dal nuovo governo che vuole ricominciare daccapo.

<sup>15</sup> Esiste una "assicurazione contro la disoccupazione", ma l'indennità copre solo quattro mesi per ogni periodo di 16 mesi di versamenti contributivi.

<sup>16</sup> *Fondamenti della flessibilizzazione: una analisi di paradigmi e paradossi del diritto e del processo del lavoro*, LTr, S. Paulo, 2001, *passim*.

Per ridurre questi problemi, il CDES propone di ampliare le ipotesi di sostituzione processuale, affinché il sindacato possa difendere, in suo nome, gli interessi dei lavoratori, in modo da evitare rappresaglie. A dire il vero, la Costituzione potrebbe già essere interpretata in modo da consentire ciò, ma fino a poco tempo fa, il Tribunale Superiore del Lavoro (TST) limitava le ipotesi di ricorso del sindacato<sup>17</sup>.

Inoltre, il TST ammetteva che il lavoratore rinunciava non solo all'azione, ma anche al proprio diritto, cosicché il datore di lavoro, appena citato in giudizio, esige dai dipendenti la rinuncia firmata ai loro diritti e la situazione, invece di migliorare, peggiora<sup>18</sup>. Attualmente, come si è accennato, la giurisprudenza sta cambiando ed è quasi certo che le ipotesi di sostituzione processuale saranno ampliate, ma non si sa se continueranno ad ammettersi le rinunzie o le transazioni.

Ma il processo del lavoro in Brasile coinvolge anche altri problemi e esige altre soluzioni.

In linea generale, la magistratura del lavoro è *molto* rapida quando le parti trovano l'accordo, e *ragionevolmente* rapida quando il processo arriva fino alla sentenza<sup>19</sup>. A volte, oltre che rapida, è anche molto agile, spostandosi in barca sui fiumi dell'Amazzonia o sistemandosi per alcuni giorni in luoghi in cui esiste il lavoro forzato<sup>20</sup>.

Tuttavia, quando l'azienda si rifiuta di pagare e si apre la fase di esecuzione, la storia è ben diversa. Molte volte, il lavoratore semplicemente non riceve nulla, perché l'azienda sparisce o non possiede beni sufficienti.

Per ovviare a questo tipo di problema, il CDES propone la creazione di una sorta di fondo di garanzia per il lavoro formato da contributi versati dalle aziende, secondo l'esempio di quanto già succede in altri Paesi: in caso di condanna, il fondo dovrebbe indennizzare il lavoratore, ed in seguito rivalersi nei confronti dell'azienda.

## 6. Sul piano del diritto collettivo, lavoratori, governo ed anche certi segmenti

---

<sup>17</sup> Questo atteggiamento del TST non è mai stato pacifico nella dottrina ed era contestato anche dalla più alta Corte del Paese — il Tribunale Supremo Federale. Attualmente, il TST ammette la sostituzione processuale solo in casi espressamente previsti dalla legge ordinaria, per la riscossione di: a) indennità di nocività e pericolosità; b) clausole previste in contratti collettivi e sentenze normative (alcune ancora poco importanti, nel panorama giuridico brasiliano); c) versamenti del FGTS; d) adeguamenti salariali automatici (finora inesistenti).

<sup>18</sup> Tale interpretazione può anche cambiare in breve tempo.

<sup>19</sup> Sebbene non sia sempre così, in molti Stati brasiliani, come Minas Gerais, tra il giorno del deposito della domanda e la prima udienza non trascorrono più di dieci giorni; se non c'è accordo, quasi sempre le parti e i testimoni sono immediatamente uditi e il Giudice emette la sentenza entro dieci giorni al massimo. In caso di ricorso al Tribunale Regionale, il nuovo giudizio si conclude entro due o tre mesi. Soltanto le cause che arrivano al Tribunale Superiore del Lavoro (molto poche, in termini proporzionali) sono quelle che si trascinano per anni.

<sup>20</sup> Per lo più, questi organi mobili di giudizio si installano provvisoriamente in tenute agricole delle zone interne allorché gli ispettori del lavoro individuano casi di lavoro forzato. In questi casi, il Giudice raccoglie le prove e decide *in loco* nello stesso giorno. In seguito si sposta altrove.

della classe imprenditoriale sembrano concordare su un punto: è necessario dare più libertà al sindacato.

Dal 1931, con solo un breve intervallo, abbiamo un sistema che si scontra, almeno in parte, con la convenzione n. 87 dell'OIL ed è per questo che tale convenzione non è stata ratificata da noi fino a oggi <sup>21</sup>.

Per la maggior parte delle persone, il sistema sindacale brasiliano creato da Vargas negli anni Trenta, si fonda sulla Carta del Lavoro di Mussolini, per altri si ispira al modello sovietico. In ogni caso, il suo proposito era corporativo e si fonda sull'idea di portare la lotta di classe all'interno dello Stato, trasformando i sindacati in organi pubblici.

Per questo, la CLT ha creato una complessa rete di controllo del movimento sindacale. Per lo più, le caratteristiche originali del sistema erano (e alcune sono ancora) le seguenti:

1. Lavoratori e aziende sono inquadrati in categorie rigide, l'una "corrispondente" all'altra: la categoria cui appartiene l'azienda è definita dalla sua area di attività; quella dei lavoratori, dalla categoria dell'azienda. Qualsiasi modificazione nelle categorie poteva avvenire soltanto per atto del Ministero del lavoro.
2. Per formare un sindacato, un gruppo di lavoratori o di datori di lavoro deve prima organizzarsi in una associazione pre-sindacale; nel caso in cui ne esista più di una, il Ministero del lavoro sceglierà quella che gli sembrerà più rappresentativa <sup>22</sup>, dandole una "attestato di riconoscimento".
3. Una volta creato un sindacato, non ne può nascere un altro della stessa categoria e nella stessa base territoriale.
4. In linea di principio, ogni sindacato rappresenta una sola categoria, ma in via eccezionale può rappresentare categorie "simili o connesse" nel caso in cui non sia possibile ottenere in altro modo un disimpegno efficace. Tutto ciò dipendeva dall'autorizzazione del Ministero del lavoro.
5. Il sistema sindacale è organizzato in una struttura piramidale, avente per base i sindacati, più in alto le federazioni e al vertice le confederazioni. Ogni livello era soggetto a un previo inquadramento da parte del Ministero del lavoro.
6. Proibizione (e più tardi forte restrizione) degli scioperi.
7. Efficacia *erga omnes* di ogni contratto collettivo.
8. In caso di controversia, in mancanza di accordo, ciascuna delle parti può ricorrere al giudice, che impone nuove condizioni di lavoro, individuando le regole da applicare. Tali condizioni vanno ad incorporarsi nei contratti individuali, che funzionano come "canali di intermediazione".
9. Se il conflitto ha rilevanza sociale, non solo il pubblico ministero ma anche il tribunale potrebbe istaurare, *ex officio*, una controversia collettiva.

<sup>21</sup> Si sa che tale convenzione è considerata dall'OIL una delle sue convenzioni "fondamentali", perché rappresenta una derivazione diretta della sua Costituzione. Perciò, deve essere applicata anche dai Paesi che non l'hanno ratificata. Ma, da noi, è la stessa Costituzione che lo proibisce.

<sup>22</sup> La legge enumerava soltanto alcuni criteri, di modo che spesso, la scelta è stata meramente politica.

10. Tutti i sindacati possono richiedere a lavoratori e imprenditori, iscritti e non, un contributo annuale, che viene chiamato “imposta” sindacale.

11. Lo Stato potrebbe interferire nella vita del sindacato regolandone minuziosamente il funzionamento, intervenire nella sua amministrazione sanzionando o destituendo funzionari, ecc.<sup>23</sup>.

Con la Costituzione del 1988, molte cose sono cambiate, a cominciare dall'autonomia privata collettiva<sup>24</sup>. Lo Stato non può più intervenire o interferire nella vita sindacale e proprio per questo non rilascia nemmeno “certificati di riconoscimento”, né “inquadra” i sindacati secondo i suoi criteri. Inoltre, si è affermato il diritto di sciopero. Tuttavia la magistratura del lavoro detiene ancora il c.d. potere normativo, i sindacati riscuotono l’“imposta” annuale e il principio dell’unicità sindacale continua ad essere in vigore.

La libertà sindacale individuale è quasi totale, perché il lavoratore può scegliere se essere o non essere iscritto al sindacato, anche se non può scegliere tra un sindacato o un altro. La libertà sindacale collettiva rimane invece molto ristretta, proprio perché i lavoratori non possono organizzarsi secondo propri criteri, ma lo possano fare solo in accordo ai rigidi criteri di legge.

Tuttavia, in pratica anche questo è ormai cambiato: la stessa giurisprudenza ha limitato il proprio potere di individuazione delle regole da applicare, molti sindacati si sono rifiutati di ricevere l’“imposta”<sup>25</sup> e — nonostante il principio dell’unicità — contiamo oggi circa 14 mila sindacati, oltre a 13 centrali sindacali.

Come spiegare questa enorme quantità di sindacati? Il fatto è che la base territoriale minima perché un sindacato si organizzi, è un comune e per ogni comune ci sono sempre molte categorie non organizzate. In questo modo c’è ancora spazio per migliaia di sindacati, anche se privi di qualsiasi rappresentatività. È l’“imposta” a renderne possibile l’esistenza. Oltretutto, il Ministero del lavoro non può più inquadrare da solo i sindacati, e di conseguenza molte categorie, seppur già organizzate, si frazionano.

A proposito di questo frazionamento, è curioso notare che la legge lo permette solo nel caso relativo ad un sindacato che rappresenti più di una categoria, ipotesi possibile, come abbiamo già visto, quando il sindacato non abbia altro modo di organizzarsi, a causa della fragilità di una categoria.

Tanto la rappresentanza di più categorie quanto il frazionamento dipendevano dall’autorizzazione del Ministero del lavoro e poiché questa non esiste più, anche i sindacati che prima si riunivano in un’unica categoria stanno dividendosi. Succede, per esempio, che in una città brasiliana esistano un “Sindacato

<sup>23</sup> È quel che è successo a Lula, prima di essere Presidente.

<sup>24</sup> In questo lavoro, seguendo la lezione del giurista brasiliano Arnaldo L. Sussekind, utilizziamo le espressioni “autonomia privata collettiva” per rappresentare il diritto del sindacato a creare la sua legge interna e a definire liberamente i suoi obiettivi; “libertà sindacale individuale” per tradurre il diritto di un lavoratore ad entrare a far parte o ad uscire dal sindacato per sua scelta; e “libertà sindacale collettiva” per esprimere il diritto dei gruppi a organizzarsi in sindacato nel modo che vogliono.

<sup>25</sup> Specialmente quelli iscritti alla CUT (Centrale Unica dei Lavoratori).

dei lavoratori di aziende produttrici di dentifricio *con* fluoro” e un “Sindacato dei lavoratori di aziende produttrici di dentifrici *senza* fluoro”.

Le centrali riuniscono i più svariati sindacati, delle più diverse categorie, in un autentico pluralismo ed è per questo che non si integrano ufficialmente al sistema al punto che non vengono considerate soggetti sindacali. In pratica, però, siedono al tavolo di negoziazione, partecipano agli organi tripartiti (compreso il Forum del Lavoro), sono menzionate in alcune leggi del lavoro e designano rappresentanti brasiliani all’OIL.

Adesso si vuol mettere fine ai cosiddetti “residui corporativi”. A questo proposito è interessante notare che anche i settori di destra — compresi i media <sup>26</sup> — hanno posto l’enfasi su questa presunta “origine spuria” di alcune regole per giustificare la revisione profonda o persino totale della CLT. Gli attacchi sono stati così forti da arrivare a confondere, a volte, persino i *leaders* sindacali di sinistra <sup>27</sup>.

Quanto alla c.d. “imposta”, la maggior parte della CUT è contraria, ma le altre centrali la difendono insieme ad altri enti patronali <sup>28</sup>. Invero, anche se non sempre ce ne rendiamo conto, questa contribuzione obbligatoria non serve più ai fini per cui è stata creata — ossia, vincolare il sindacato allo Stato: come si è detto, lo Stato non può più intervenire nella vita sindacale, tranne che per quanto riguarda la sua organizzazione unitaria con riferimento alle categorie. L’aspetto negativo dell’“imposta” è di permettere l’esistenza di sindacati privi di rappresentatività, mentre quello positivo è di consentire, soprattutto nelle regioni più povere e incolte, l’esistenza di sindacati che possiedono una certa rappresentatività pur essendo piccoli.

Per quanto si riferisce al c.d. potere normativo della magistratura del lavoro, le divergenze sembrano maggiori: i più vogliono semplicemente eliminarlo mentre altri ne difendono la conservazione. Fra questi ultimi, una corrente preferisce trasformarlo in un arbitrato facoltativo, dove il Tribunale interverrebbe solo quando le due parti lo volessero: questa è una delle proposte fatte proprie dal CDES.

Quanto al pluralismo sindacale, viene difeso dalla maggior parte dei sindacati iscritti alla CUT, anche se le divergenze sembrano aumentare, mentre le altre centrali difendono il mantenimento del sindacato unico. E nemmeno in ambito imprenditoriale, è presente un orientamento unitario.

È interessante osservare, a questo proposito, come possa esserci *divergenza* all’interno di ogni classe, riguardo a proposte così differenti, e *convergenza* tra segmenti dell’una e dell’altra classe, pur essendo totalmente opposti i loro interessi: lavoratori che non sono d’accordo con altri lavoratori, ma che lo sono

---

<sup>26</sup> Si ascoltano accuse di questo tipo persino in programmi radiofonici popolari.

<sup>27</sup> Alcuni, per esempio, non separano le regole di diritto individuale da quelle di diritto collettivo. Altri ignorano i cambiamenti apportati dalla Costituzione del 1988.

<sup>28</sup> Nella CUT, la maggiore centrale sindacale del Paese, c’è una corrente che difende l’unicità e l’“imposta”, ma non ha molto peso. Anche la FIESP, una delle più importanti organizzazioni imprenditoriali di S. Paolo, difende l’“imposta”. In entrambi i casi il motivo è che, senza quella, le piccole organizzazioni non sopravviverebbero.

con gli imprenditori — e viceversa. Su questo esistono molte spiegazioni, che probabilmente si completano a vicenda.

Cominciamo dal chiederci quali siano le ragioni di coloro che difendono il pluralismo.

Esiste una ragione piuttosto generica, e forse poco sincera, che ha a che vedere con le origini del sindacato unico: come si è detto, questo sistema deriva dalla Carta del Lavoro e perciò non sarebbe *politicamente corretto* difenderlo.

Un'altra ragione, invece, si riferisce alle aspettative di ognuno degli attori sociali: di solito, accettando il pluralismo, gli imprenditori scommettono su una maggior frammentazione della collettività operaia, resa già molto fragile dalle sottoassunzioni, dalle differenze contrattuali, dal crescente timore della disoccupazione e specialmente dalla trasformazione — anch'essa crescente — del lavoro da protetto a non tutelato.

Da parte loro, i lavoratori intendono avvalersi del pluralismo affinché il sindacato sia più agile, organizzandosi secondo la strategia più conveniente in ogni momento, e possa legalmente aprire le porte a disoccupati, lavoratori precari ed esclusi di ogni genere. Inoltre, sperano che le proprie centrali sindacali possano agire formalmente, stipulando contratti collettivi nazionali, articolati poi su differenti livelli secondo il modello italiano. I lavoratori temono però la creazione di sindacati di comodo, voluti dagli imprenditori, ai quali sarebbero costretti ad aderire. In ogni modo, tutti i lavoratori difendono l'istituzionalizzazione delle centrali sindacali, che verrebbero ad occupare, in maniera formale, l'apice della piramide sindacale.

Anche i datori di lavoro vogliono mantenersi uniti e sanno che la disoccupazione e la ristrutturazione produttiva sono più che sufficienti per mantenere fragile il fronte sindacale e, da questo punto di vista, il pluralismo non farebbe una gran differenza.

Si noti che non tutte queste ragioni sono formalizzate e neppure, talvolta, coscienti: a volte, sono appena intuite.

Comunque, in mezzo a tante divergenze, sembra che stia per maturare una nuova presa di coscienza. Fino a poco tempo fa, l'interpretazione più comune della realtà sindacale era legata al suo grande problema del sindacato unico e parrebbe che, una volta adottata la convenzione n. 87 dell'OIL, ogni problema si risolverebbe. Come si è detto, era anche abituale associare il sindacato unico al suo passato in ipotesi fascista ed in questo modo il pluralismo è venuto ad essere sinonimo di democrazia ed il sindacato unico di tirannia.

Questa interpretazione si evince dal fatto che, anche nei Paesi in cui esiste completa libertà sindacale, le quote d'iscrizione diminuiscono sempre di più. E, con ciò, si lasciano in secondo piano altri problemi più gravi, come la disoccupazione, le nuove ideologie e soprattutto la ristrutturazione produttiva. In questo modo, si produce uno sviamento nella messa a fuoco utilizzato in maniera intelligente dai difensori del nuovo modello.

Un po' per volta, però, si viene a percepire il carattere *strutturale* della disuguaglianza e proprio per questo, diventa più difficile la scelta: non si tratta più di preferire la "democrazia" al "fascismo", ma di trovare la strategia

migliore per affrontare problemi che — oltre a essere giuridici — sono politici e soprattutto economici.

Ci si domanda se sarà possibile compensare in qualche modo, o almeno ridurre, quel *deficit* d'uguaglianza.

Da noi, ancora una volta, il problema dipende dalla creazione di meccanismi più effettivi di tutela dell'occupazione: non serve difendere il posto di lavoro del dirigente sindacale — come succede nel Paese da più di 60 anni — se non si tutela anche il lavoratore comune; non serve un *leader* che non abbia un seguito da dirigere. In questo senso, la tutela del posto di lavoro è anche un diritto sindacale. Su questo punto, la CUT è d'accordo.

Infine, è anche interessante notare che il Governo Lula, con il suo Forum, torna a inaugurare nel Paese, dopo molti anni <sup>29</sup>, le negoziazioni tripartite — secondo il modello che la dottrina di tutto il mondo chiama giustamente “neocorporativo”. Da noi, ancor più che nei Paesi avanzati, questo modello presenta due lati della medaglia: può tanto rivalutare il movimento sindacale e dargli un nuovo spazio politico, quanto fargli perdere la propria identità. Tutto dipenderà dalla direzione che prenderà la riforma — cosa che, a sua volta, dipenderà dallo stesso sindacato.

Ma come può il sindacato, in questo momento debole, farsi promotore di una riforma costruttiva, e non distruttiva?

Come si è detto, il Governo Lula può servire da contrappeso, ma questo non è sufficiente. Anzi, è proprio il governo, paradossalmente, ad avere bisogno dell'appoggio del sindacato, considerato che anch'esso è bersaglio di forti pressioni.

Benché sembri contraddittorio, affinché il sindacato riesca ad essere diverso in futuro, è necessario un nuovo tipo di miracolo e cioè che incominci ad essere diverso fin d'ora, nella misura delle sue forze, ed anche se al limite del modello strettamente legale.

In Brasile forse più che nei Paesi del Primo Mondo, si osserva attualmente la nascita — soprattutto nelle comunità più povere — di migliaia di piccoli gruppi, quasi sempre informali e spontanei, che si organizzano ora per aiutarsi reciprocamente, ora per proteggere il luogo in cui abitano, ora per proteggere l'ambiente.

Secondo noi, il sindacato brasiliano deve approfittare di questo aspetto positivo dei nuovi tempi per articolare le sue lotte con la società civile, anche al di là dei rapporti di lavoro, così come ha fatto negli ultimi anni di dittatura militare — esattamente quando ha raggiunto l'apice della sua forza. Deve, insomma, diventare portavoce di indios, immigrati, prostitute, lustrascarpe, mendicanti, omosessuali, bambini e vecchi di strada; lottare per l'ambiente e difendere quel che ancor resta della nostra sovranità; cogliere il risveglio della società civile per divenire una specie di partito politico fuori dal Congresso.

Se, ai nostri tempi, le persone si trovano sempre più disperse, anche il sindacato

---

<sup>29</sup> Era già successo qualcosa di simile circa 15 anni fa, con dei “comitati” del settore automobilistico, soppressi durante il Governo Cardoso.

dovrà disperdersi per riunirle, ma senza rinunciare alla propria unità — come hanno fatto le imprese esternalizzando segmenti del loro ciclo produttivo. Per riuscirci, dovrà identificare punti di interesse in comune tra i gruppi, che superino le differenze, e ricostruire una nuova solidarietà attorno a un progetto più ampio e profondo.

Tale progetto passerà attraverso la costruzione di una economia solidaristica, che — imitando ancora l'azienda — permetta la formazione di reti, articolando al suo interno piccoli gruppi di lavoratori autonomi. Queste reti dovrebbero coinvolgere i consumatori, i quali dovrebbero cominciare a preferire prodotti ecologici fatti da persone svantaggiate, senza intermediazioni e senza rischi per la salute. In questo modo, poco alla volta, il sindacato aiuterebbe a costruire una alternativa reale al sistema — come sognavano gli utopisti del XIX secolo. Nel campo giuridico, questo sindacalismo deve lottare con tutte le forze per un diritto che — quasi sintesi tra moderno e post-moderno — raccolga le differenze del nostro tempo senza perdere di vista i principi che lo hanno fatto nascere. Un diritto che sappia accompagnare i movimenti delle aziende, seguendole nella loro rotta di fuga, in modo da proteggere chi presta loro servizio sotto falsi panni. Un diritto che — come tanti palazzi di Roma — sia edificato non sulla terra nuda e selvaggia, ma sulle fondamenta dei palazzi più antichi.