

# Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi

*Somministrazione, appalto, distacco  
e trasferimento di azienda*

a cura di

**Michele Tiraboschi**

Collana  
ADAPT - FONDAZIONE

**“Marco Biagi”**

n. 12

**Giuffrè Editore**

# Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi

*Somministrazione, appalto, distacco  
e trasferimento di azienda*

a cura di

Michele Tiraboschi

Giuffrè Editore

Milano 2006

## INDICE-SOMMARIO

<i>Avvertenze per la lettura</i> . . . . .	XXIII
Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili? <i>di Michele Tiraboschi</i> . . . . .	1

### Parte I

#### LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

##### SEZIONE A

##### DIMENSIONI DEL FENOMENO E QUADRO COMPARATO

1. La dimensione del lavoro temporaneo: il caso italiano nel contesto inter- nazionale e comparato <i>di Gianni Bocchieri</i> . . . . .	41
2. Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello inter- nazionale e comunitario <i>di Olga Rymkevitch</i> . . . . .	59
3. Lavoro tramite agenzia: dalla emarginazione all'accettazione? <i>di Dagmar Schiek</i> . . . . .	91
4. La regolamentazione della somministrazione di lavoro: un confronto com- parato <i>di Silvia Spattini, Michele Tiraboschi</i> . . . . .	125

##### SEZIONE B

##### STRUMENTI E ATTORI

5. Le agenzie di somministrazione di lavoro: profili giuridici <i>di Silvia Spat- tini</i> . . . . .	135
6. Il contratto di somministrazione: requisiti di forma e di contenuto <i>di Mauro Soldera</i> . . . . .	145
7. Somministrazione di lavoro: i divieti <i>di Mauro Soldera</i> . . . . .	155
8. Contratto di somministrazione e contratto di lavoro <i>di Paola De Vita</i> . . . . .	165
9. Potere direttivo e potere disciplinare <i>di Elisabetta Cassaneti, Luca Failla</i> . . . . .	177
10. La responsabilità civile per i danni a terzi <i>di Michele Tiraboschi</i> . . . . .	191

##### SEZIONE C

##### LO « STATUTO GIURIDICO » DEL LAVORATORE

11. Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel mercato: trasparenza, forma- zione e tutela per i lavoratori svantaggiati <i>di Pierluigi Rausei</i> . . . . .	209
---	-----

- |  |     |
|--|-----|
| 12. Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile <i>di Beatrice Sannino</i> . . . . . | 243 |
| 13. La tutela della salute e sicurezza del lavoratore <i>di Stefano Bianchi</i> . . . . .  | 269 |
| 14. I fondi per la formazione e la tutela del reddito <i>di Gianni Bocchieri, Michele Tiraboschi</i> . . . . .   | 277 |

## Parte II

### RAPPORTI INTERPOSITORI E REGIME SANZIONATORIO

#### SEZIONE A

##### APPALTO E DISTACCO

- |   |     |
|---|-----|
| 1. La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione <i>di Roberto Romei</i> . . . . .        | 287 |
| 2. La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003 <i>di Chiara Bizzarro, Michele Tiraboschi</i> . . . . . | 307 |

#### SEZIONE B

##### IL NUOVO REGIME SANZIONATORIO

- |   |     |
|---|-----|
| 3. Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004 <i>di Pierluigi Rausei</i> . . . . . | 333 |
| 4. Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta <i>di Chiara Bizzarro</i> . . . . .                       | 391 |

## Parte III

### PROBLEMI E PROSPETTIVE DELLE ESTERNALIZZAZIONI DOPO LA RIFORMA BIAGI

#### SEZIONE A

##### STRATEGIE ORGANIZZATIVE, PROBLEMATICHE OPERATIVE E RUOLO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori <i>di Maurizio Del Conte</i> . . . . .                          | 419 |
| 2. Rapporti interpositori: problematiche operative aziendali e possibili soluzioni derivanti dalla più recente evoluzione legislativa <i>di Stefano Malandrini</i> . . . . . | 435 |
| 3. La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva <i>di Luigi De-gan</i> . . . . .  | 455 |

## SEZIONE B

## LE ESTERNALIZZAZIONI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

4. Il fenomeno delle esternalizzazioni nella pubblica amministrazione <i>di Francesco Verbaro</i> . . . . .	489
5. Somministrazione di lavoro e appalti nella pubblica amministrazione: il quadro normativo <i>di Harald Bonura</i> . . . . .	513
6. Somministrazione di lavoro e procedure ad evidenza pubblica <i>di Giuseppe C. Salerno</i> . . . . .	535
<i>Elenco delle abbreviazioni</i> . . . . .	565
<i>Notizie sugli autori</i> . . . . .	569

## Parte IV

## SUPPORTO INFORMATICO

*La documentazione di seguito richiamata è disponibile, con un puntuale aggiornamento, alle corrispondenti voci dell'indice A-Z in [www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it)*



voce *Agenzia per il lavoro*

## DOCUMENTAZIONE NAZIONALE


1. Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. *Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30. Articoli estratti (articoli 3-7)*
2. Legge 14 febbraio 2003, n. 30. *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro. Articoli estratti (articolo 1)*
3. Decreto ministeriale 5 maggio 2004, avente ad oggetto i requisiti per l'iscrizione all'Albo delle agenzie per il lavoro
4. Decreto ministeriale 23 dicembre 2003, avente ad oggetto le modalità di presentazione delle richieste di autorizzazione per l'iscrizione all'Albo delle agenzie per il lavoro
5. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 21 luglio 2004 n. 30, in materia di organizzazione e disciplina del mercato del lavoro: regimi autorizzatori e trasparenza del mercato del lavoro
6. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 2 luglio 2004, n. 27, di rettifica della circolare n. 25/2004 in materia di agenzie per il lavoro
7. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 24 giugno 2004, n. 25, avente ad oggetto la disciplina delle agenzie per il lavoro

## DOCUMENTAZIONE COMUNITARIA E INTERNAZIONALE

1. Irlanda - *Review of the Employment Agency Act 1971* (Libro Bianco del Dipartimento dell'Impresa, del Commercio e dell'Occupazione in materia di revisione della Legge sulle Agenzie per il Lavoro), giugno 2005

2. Commissione Europea, COM(2002)701 def., *Proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, 28 novembre 2002, con allegata la relativa *Relazione*
3. Commissione Europea, COM(2002)149 def., *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, 20 marzo 2002, con allegata la relativa *Relazione*
4. OIL, *Convenzione sulle agenzie per l'impiego private*, 19 giugno 1997, n. 181
5. OIL, *Raccomandazione sulle agenzie per l'impiego private*, 19 giugno 1997, n. 188

#### STUDI - RICERCHE - PERCORSI DI LETTURA

Con riferimento alle agenzie di somministrazione vedi anche  voce *Somministrazione*

1. M.C. BUREAU, E. MARCHAL, *Pluralité des marchés du travail et qualités des inter-médiaires*, Centre d'études de l'Emploi, *Document de travail*, novembre 2005, n. 48
2. D. FACCHINI, S. PIRRONE (a cura di), *I servizi pubblici per l'impiego un aggiornamento del quadro statistico*, Ministero del lavoro e delle politiche sociali - Ufficio di Statistica, febbraio 2005
3. G. DI DOMENICO, M. MAROCCO (a cura di), *Il nuovo mercato delle agenzie per il lavoro in Italia prime evidenze empiriche*, Isfol - Monografie sul Mercato del lavoro e le politiche per l'impiego, 2005, n. 10



voce *Appalto e subappalto*

#### DOCUMENTAZIONE NAZIONALE

1. Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. *Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30*. Articoli estratti (articoli 18 e 29)
2. Legge 14 febbraio 2003, n. 30. *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*. Articoli estratti (articolo 1)
3. Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72. *Attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*
4. Legge 20 maggio 1970, n. 300. *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento*. Articoli estratti (articolo 36)
5. Legge 23 ottobre 1960, n. 1369 (abrogata). *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*
6. Codice civile. Articoli estratti (articoli 1655-1667)
7. Nota Inail 10 giugno 2005, n. 2923, avente ad oggetto le istruzioni sulle modalità di applicazione dell'obbligo assicurativo per la somministrazione, il contratto a chiamata, il lavoro ripartito, il contratto di inserimento e il lavoro in appalto e distacco

## DOCUMENTAZIONE COMUNITARIA E INTERNAZIONALE

1. Parlamento Europeo, Consiglio, *Direttiva relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, 96/71/CE, 16 dicembre 1996

## GIURISPRUDENZA ITALIANA

1. Cass. 19 luglio 2005, n. 15166, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione
2. Cass. 9 giugno 2005 n. 12136, in materia di cessazione dell'appalto e sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento
3. Cass. 4 marzo 2005 n. 4736, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione
4. Cass. 19 novembre 2003 n. 17574, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione e sulla presunzione relativa all'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante
5. Cass. 29 agosto 2003 n. 12664, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione
6. Cass. 22 agosto 2003 n. 12363, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione
7. Cass. 19 dicembre 2002 n. 18098, sulla nozione di appalto endoaziendale
8. Cass. 30 ottobre 2002 n. 15337, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione e sulla nozione di appalto endoaziendale
9. Cass. 12 dicembre 2001 n. 15665, sulla nozione di appalto endoaziendale e sul rapporto con il divieto di interposizione
10. Cass. 25 giugno 2001 n. 8643, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione
11. Cass. 16 settembre 2000 n. 12249, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione
12. Cass. 11 settembre 2000 n. 11957, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione e sulla nozione di appalto endoaziendale
13. Cass. 23 agosto 2000 n. 11040, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione
14. Cass. 9 giugno 2000 n. 7917, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione e sulla nozione di appalto endoaziendale
15. Cass. 29 maggio 2000 n. 7089, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione
16. Cass. 17 luglio 1999 n. 7606, sui criteri distintivi tra appalto e contratto d'opera
17. Cass., sez. un., 21 marzo 1997 n. 2517, sulla operatività oggettiva del divieto di interposizione e sull'applicazione del divieto alle Ferrovie dello Stato
18. Cass., sez. un., 19 ottobre 1990 n. 10183, sui criteri distintivi tra appalto e interposizione con particolare riferimento ai servizi informatici
19. Cass. 16 settembre 1987 n. 7259, sull'ambito di applicazione del divieto di interposizione

20. Cass. 28 ottobre 1985 n. 5301, sulla operatività oggettiva del divieto di interposizione

 voce *Contrattazione collettiva (Banca dati)*

1. Ccnl Settore metalmeccanico - Industria, 19 gennaio 2006
2. Ccnl Settore telecomunicazioni, 3 dicembre 2005
3. Ccnl Dipendenti delle industrie videofonografiche, 17 novembre 2005
4. Ccnl Area della dirigenza medico-veterinaria del servizio sanitario nazionale, 3 novembre 2005
5. Ccnl Impiegati e operai dipendenti dagli esercizi teatrali privati, 17 ottobre 2005
6. Ccnl Lavoratori addetti al trasporto merci e della logistica, 21 settembre 2005
7. Ccnl Settore alimentare, 21 settembre 2005 (accordo relativo alla parte normativa)
8. Ccnl Settore alimentare, 21 settembre 2005 (accordo relativo alla parte economica)
9. Ccnl Dipendenti credito cooperativo, 27 settembre 2005
10. Ccnl Dirigenti del credito cooperativo, 19 luglio 2005
11. Ccnl Settore autostradale, 15 luglio 2005
12. Ccnl Bancari, 12 febbraio 2005
13. Ccnl Fotolaboratori conto terzi, 3 dicembre 2004
14. Ccnl Legno (Confapi), 22 settembre 2004
15. Ccnl Studi professionali, 28 luglio 2004
16. Ccnl Legno, Arredamento - Industria (Confindustria), 21 luglio 2004
17. Ccnl Commercio (Confesercenti), 6 luglio 2004
18. Ccnl Consorzi di bonifica, 2 luglio 2004
19. Ccnl Commercio (Confcommercio), 2 luglio 2004
20. Ccnl Ombrelli e ombrelloni - Industria, 2 luglio 2004
21. Ccnl Filiera ittica e dei retifici - Industria, 15 giugno 2004
22. Ccnl Edilizia - Pmi (Confapi), 11 giugno 2004
23. Ccnl Assoscrittura e Assospazzole, 8 giugno 2004
24. Ccnl Gomma e plastica (Assogomma), 2 giugno 2004
25. Ccnl Chimici - Industria (mercato del lavoro e orario), 28 maggio 2004
26. Ccnl Agricoltura - Quadri e Impiegati, 27 maggio 2004
27. Ccnl Lapidei - Pmi, 26 maggio 2004
28. Ccnl Cooperative del settore Socio-sanitario-assistenziale - Cooperative, 26 maggio 2004
29. Ccnl Edilizia - Cooperative, 24 maggio 2004
30. Ccnl Edilizia - Industria (Ance), 20 maggio 2004
31. Ccnl Calzature (Confindustria), 18 maggio 2004
32. Ccnl Alimentari - Pmi (Unionalimentari), 6 maggio 2004
33. Ccnl Cooperative e consorzi agricoli (Legacoop e Confcooperative), 5 maggio 2004
34. Ccnl Tessile (Uniontessile-Confapi), 4 maggio 2004
35. Ccnl Tessile-Abbigliamento-Moda - Industria (Confindustria), 24 aprile 2004



36. Ccnl Latterizi e manufatti - Industria (Confindustria), 22 aprile 2004
37. Ccnl Consorzi agrari, 5 aprile 2004
38. Ccnl Agenzie marittime raccomandatarie, 17 marzo 2004
39. Ccnl Anpas, 16 marzo 2004
40. Ccnl Farmacie municipalizzate, 12 marzo 2004
41. Ccnl Agricoltura-contoterzismo, 9 marzo 2004
42. Ccnl Lavoro nei porti, 4 marzo 2004
43. Ccnl Chimica - Pmi (Unionchimica), 2 marzo 2004
44. Ccnl Grafica - Industria, 24 febbraio 2004
45. Ccnl Turismo - Industria (Federturismo), 2 febbraio 2004
46. Ccnl Assicurazioni - Società di assistenza, 22 gennaio 2004
47. Ccnl Metalmeccanici - Industria, 22 gennaio 2004
48. Ccnl Pulizia urbana (Aziende private), 13 gennaio 2004

 voce *Distacco*

#### DOCUMENTAZIONE NAZIONALE

1. Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. *Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30. Articoli estratti (articoli 18 e 30)*
2. Legge 14 febbraio 2003, n. 30. *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro. Articoli estratti (articolo 1)*
3. Legge 23 ottobre 1960, n. 1369 (abrogata). *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*
4. Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72. *Attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*
5. Circolare Inail 2 agosto 2005, n. 39, avente ad oggetto l'obbligo assicurativo e la tutela contro gli infortuni dei lavoratori distaccati
6. Nota Ministero del lavoro e delle politiche sociali 8 luglio 2005, avente ad oggetto la valutazione di compatibilità tra una norma contrattuale (Ccnl edilizia) e la disciplina legale del distacco
7. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 24 giugno 2005, avente ad oggetto i limiti di ricorso al distacco dei lavoratori in alternativa alla procedura di cassa integrazione
8. Nota Inail 10 giugno 2005, n. 2923, avente ad oggetto le istruzioni sulle modalità di applicazione dell'obbligo assicurativo per la somministrazione, il contratto a chiamata, il lavoro ripartito, il contratto di inserimento e il lavoro in appalto e distacco
9. Risposta del Ministero del lavoro e delle politiche sociali alla istanza di interpello 12 aprile 2005, avente ad oggetto la compatibilità tra distacco e lavoro portuale
10. Circolare Inps 21 febbraio 2005, n. 33, avente ad oggetto gli adempimenti previdenziali in caso di distacco nei Paesi neocomunitari
11. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 15 gennaio 2004, n. 3, avente ad oggetto la disciplina del distacco introdotta dall'articolo 30, decreto legislativo n. 276/2003

12. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 23 novembre 2000, n. 82, avente ad oggetto la disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 72/2000, in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi

#### DOCUMENTAZIONE COMUNITARIA E INTERNAZIONALE

1. Germania - Governo federale, *Arbeitnehmer-Entsendegesetz auf alle Branchen ausweiten* (estensione del campo di applicazione della legge sul distacco di lavoratori a tutti i settori economici), 11 maggio 2005
2. Parlamento Europeo, Consiglio, *Direttiva relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, 96/71/CE, 16 dicembre 1996

#### GIURISPRUDENZA ITALIANA

1. Cass. 4 marzo 2005 n. 4736, sui criteri distintivi tra distacco lecito e interposizione
2. Cass., sez. un., 13 aprile 1989 n. 1751, sul rimborso del costo del lavoratore distaccato

#### GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

1. C. Giust. 14 aprile 2005 in C- 341/02, Commissione delle Comunità Europee *v.* Repubblica federale di Germania, di condanna della Repubblica federale di Germania per il mancato corretto recepimento della direttiva n. 96/71/CE
2. C. Giust. 12 ottobre 2004 in C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG v. José Filipe Pereira Félix*, sull'ambito di applicazione della direttiva n. 96/71/CE

#### STUDI - RICERCHE - PERCORSI DI LETTURA

1. COMMISSIONE DEI PRINCIPI INTERPRETATIVI DELLE LEGGI IN MATERIA DI LAVORO DELLA FONDAZIONE STUDI - CONSIGLIO NAZIONALE DELL'ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO (a cura di), *Il distacco, Principio n. 7*, Roma, 26 settembre 2005



voce *Esternalizzazioni*

#### GIURISPRUDENZA ITALIANA

1. C. Cost. 7-15 luglio 2005 n. 277, in materia di limiti alle esternalizzazioni nella Pubblica Amministrazione

#### STUDI - RICERCHE - PERCORSI DI LETTURA

1. DIPARTIMENTO DELLA FUNZIONE PUBBLICA (a cura di), *Le esternalizzazioni nelle amministrazioni pubbliche. Indagine sulla diffusione delle pratiche di outsourcing*, EDS, 2005

2. G. HECKLEY, *Offshoring and the Labour Market: IT and call centres considered*, UK, Office for National Statistics, *Labour Market Trends*, 2005, n. 9, 373
3. ADP (a cura di), *Outsourcing in Europe*, ADP Dossier, 2004
4. EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS, *Report - Outsourcing of ICT and related services in the EU*, 2004
5. U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *Outsourcing of ICT and related services in the EU*, *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2004
6. J. MILLAR, *Outsourcing Practices in Europe*, Star Project, Issue n. 27, luglio 2002



voce Somministrazione

## DOCUMENTAZIONE NAZIONALE

1. Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. *Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30*. Articoli estratti (articolo 18 e articoli 20-28)
2. Legge 14 febbraio 2003, n. 30. *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*. Articoli estratti (articolo 1)
3. Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72. *Attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*
4. Legge 24 giugno 1997, n. 196. *Norme in materia di promozione dell'occupazione*. Articoli estratti (articoli 1-11. Abrogati)
5. Legge 23 ottobre 1960, n. 1369 (abrogata). *Divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi*
6. Codice civile. Articoli estratti (articolo 2127)
7. Decreto ministeriale 10 marzo 2004, avente ad oggetto la misura della indennità di disponibilità dei lavoratori assunti a tempo indeterminato
8. Decreto ministeriale 18 novembre 2003, avente ad oggetto la istituzione del Comitato per il sostegno e l'incentivazione delle attività derivanti dall'applicazione dell'articolo 13, decreto legislativo n. 276/2003
9. Circolare Inps 2 febbraio 2005, n. 12, avente ad oggetto le modalità operative per la fruizione degli incentivi (anche a favore delle agenzie di somministrazione) introdotti per la ricollocazione di particolari categorie di lavoratori
10. Messaggio Inps 13 giugno 2005, n. 22343, avente ad oggetto modalità operative e versamento dei contributi con riferimento alle agenzie di somministrazione di lavoro nel settore agricolo
11. Nota Inail 10 giugno 2005, n. 2923, avente ad oggetto le istruzioni sulle modalità di applicazione dell'obbligo assicurativo per la somministrazione, il contratto a chiamata, il lavoro ripartito, il contratto di inserimento e il lavoro in appalto e distacco
12. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 22 febbraio 2005, n. 7, avente ad oggetto la disciplina della somministrazione di lavoro

13. Circolare Inps 8 febbraio 2005, n. 23, avente ad oggetto modalità operative e versamento dei contributi con riferimento alle agenzie di somministrazione di lavoro nel settore agricolo
14. Circolare Inps 1° febbraio 2005, n. 18, avente ad oggetto le connotazioni in materia pensionistica delle forme di lavoro introdotte dal decreto legislativo n. 276/2003
15. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 2 luglio 2004, n. 27, di rettifica della circolare n. 25/2004 in materia di agenzie per il lavoro
16. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 24 giugno 2004, n. 25, avente ad oggetto la disciplina delle agenzie per il lavoro
17. Circolare Ministero del lavoro e delle politiche sociali 23 ottobre 2004, n. 41, avente ad oggetto l'applicazione delle misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato di cui all'articolo 13, decreto legislativo n. 276/2003

#### DOCUMENTAZIONE REGIONALE O LOCALE

1. Regione Abruzzo - Convenzione sottoscritta dalla Regione Abruzzo, Italia Lavoro S.p.A., Ailt, Apla, Confinterim, in merito all'applicazione delle misure previste dall'articolo 13, comma 6, decreto legislativo n. 276/2003, al fine di garantire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori svantaggiati, 3 febbraio 2005
2. Regione Puglia - Convenzione Territoriale sottoscritta dalla Regione Puglia, Italia Lavoro S.p.A., Ailt, Apla, Confinterim, in merito all'applicazione dell'articolo 13, comma 6, decreto legislativo n. 276/2003, 2 febbraio 2005
3. Regione Veneto - Schema di convenzione tra la Regione Veneto, Italia lavoro S.p.A. e le Associazioni rappresentative delle agenzie di somministrazione Ailt, Apla e Confinterim ai fini dell'applicazione in Veneto dell'articolo 13, 29 dicembre 2004

#### DOCUMENTAZIONE COMUNITARIA

1. Consiglio dell'Unione Europea, *Employment, Social Policy, Health and Consumer Affairs*, Lussemburgo, 4 ottobre 2004
2. Presidenza del Consiglio dell'Unione Europea, Rapporto n. 9140/03 su *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers*, 12 maggio 2003
3. Relazione del Comitato dei Rappresentanti Permanenti, n. 6892/03, relativa alla *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers*, 28 febbraio 2003
4. Commissione Europea, COM(2002)701 def., *Proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, 28 novembre 2002, con allegata la relativa *Relazione*
5. Parlamento Europeo, P5-TA(2002)0562, *Risoluzione legislativa sulla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, 21 novembre 2003


6. Comitato Economico e Sociale, *Parere* del 19 settembre 2002
7. Commissione Europea, COM(2002)149 def., *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, 20 marzo 2002, con allegata la relativa *Relazione*
8. Consiglio dell'Unione Europea, *Regolamento recante disposizioni generali sui Fondi strutturali*, (CE) n. 1260/1999, 21 giugno 1999
9. Parlamento Europeo, Consiglio, *Direttiva relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, 96/71/CE, 16 dicembre 1996
10. Consiglio dell'Unione Europea, *Direttiva che completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute durante il lavoro dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale*, 91/383/CEE, 25 giugno 1991
11. Proposta di direttiva del Consiglio relativa a determinati rapporti di lavoro per quanto riguarda le condizioni di lavoro, giugno 1990
12. Proposta di direttiva del Consiglio relativa a determinati rapporti di lavoro per quanto riguarda le distorsioni di concorrenza, giugno 1990
13. Proposta di direttiva del Consiglio che completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori temporanei, giugno 1990
14. Proposta modificata di direttiva del Consiglio in materia di lavoro interinale e di contratti a tempo indeterminato, 6 aprile 1984
15. Proposta di direttiva del Consiglio in materia di lavoro temporaneo, presentata dalla Commissione il 7 maggio 1982
16. Comunicazione della Commissione contenente *Orientamenti per un'azione comunitaria in materia di lavoro temporaneo*, 27 giugno 1980

#### DOCUMENTAZIONE INTERNAZIONALE

1. Francia - Estratto da *Code Du Travail (Partie Législative)*, artt. L124-1 - L124-23
2. Francia - SYNDACAT DES ENTREPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE (a cura di), *Rapport: Economique et social annuel*, 2004
3. Germania - BUNDESREGIERUNG (a cura di), *Zehnter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - AÜG (Decimo rapporto del governo sulle esperienze relative all'applicazione della legge sulla cessione di manodopera)*, 28 settembre 2005
4. Germania - Accordo per la regolamentazione del lavoro tramite agenzia concluso fra la Confederazione dei Sindacati Tedeschi (*Deutscher Gewerkschaftsbund*, DGB) e l'Associazione delle Agenzie di Lavoro Temporaneo (*Interessengemeinschaft Deutscher Zeitarbeitsunternehmen*, iGZ), 18 febbraio 2005
5. Giappone - *Law Concerning Securing the Proper Operation of Worker Dispatching Undertakings and Improved Working Conditions for Dispatched Workers* (legge 5 luglio 1985, n. 88, aggiornata alle modifiche apportate dalla legge 2 luglio 2003, n. 102)
6. Olanda - *Collective Agreement for Temporary Employees 2004-2009. A Summary*, marzo 2004

7. Regno Unito - Statutory Instrument 2003 No. 3319, *The Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003*
8. Regno Unito - *Employment Agencies Act*, 1973
9. Regno Unito - DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (a cura di), *Guidance on the conduct of employment agencies and employment businesses regulations 2003*
10. Regno Unito - DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (a cura di), *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on working conditions for temporary agency workers-regulatory impact assessment*

#### CONTRATTAZIONE COLLETTIVA - RELAZIONI INDUSTRIALI

*Con riferimento alla regolamentazione contenuta nella contrattazione collettiva vedi  voce Contrattazione collettiva (Banca dati)*

1. Regolamento del fondo per l'integrazione del reddito e la formazione dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato, 27 luglio 2005
2. Accordo per la somministrazione di lavoro e la fornitura di servizi per le imprese agricole sottoscritto da Confagricoltura Emilia Romagna e Adecco, 3 maggio 2005
3. Accordo quadro firmato da Cisl, Uil, Alai-Cisl, Cpo-Uil, Ailt, Apl, Confinterim (somministrazione di lavoro e fondi per formazione), per l'attuazione dell'articolo 12, commi 2 e 3, decreto legislativo n. 276/2003, 2 febbraio 2005
4. Accordo quadro firmato da Cgil, Cisl, Uil, Alai-Cisl, Cpo-Uil, Nidil-Cgil, Ailt, Apl, Confinterim (somministrazione di lavoro e fondi per la formazione), in materia di attuazione dell'articolo 12, decreto legislativo n. 276/2003, 2 febbraio 2005
5. Protocollo di intesa sottoscritto da Servizi per l'occupazione Srl, Italia Lavoro S.p.A., Ailt, Apl, Confinterim, volto alla collaborazione e cooperazione per favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro e promuovere e valorizzare le azioni di partnernariato con le imprese, 5 ottobre 2004
6. Verbale di intesa sottoscritto da Unionalimentare, Confapi, Flai-Cgil, Fai-Cisl, Uila-Uil, relativo all'apprendistato e alla somministrazione di lavoro, 6 maggio 2004
7. Accordo provinciale sottoscritto dall'Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo e la Federmanager di Bergamo per introdurre un'ipotesi aggiuntiva di ricorso lecito allo *staff leasing* (in attuazione del rinvio di cui alla lett. i), articolo 20, decreto legislativo n. 276/2003), 5 marzo 2004
8. Accordo fra le associazioni delle agenzie di somministrazione e le organizzazioni sindacali dei lavoratori, per l'applicazione del Ccnl 23 settembre 2002 delle imprese di fornitura di lavoro temporaneo alla somministrazione a tempo determinato, 27 ottobre 2003
9. Ccnl delle imprese di fornitura di lavoro temporaneo, 23 settembre 2002

#### GIURISPRUDENZA ITALIANA

1. Cass. pen. 21 novembre 2005 (ud. 25 ottobre 2005) n. 41701, sulla abrogazione della legge n. 1369/1960 e successione di leggi nel tempo

2. Cass. 18 ottobre 2005 n. 20159, sulle conseguenze derivanti, sul rapporto di lavoro, dalla violazione del divieto di interposizione nel vigore della legge n. 1369/1960
3. Cass. 1° aprile 2005 n. 6820, nella quale è ricostruito (incidentalmente) il quadro della disciplina relativa al divieto della intermediazione e di interposizione a seguito della introduzione della somministrazione di lavoro
4. Cass. pen. 3 febbraio 2005 (ud. 20 dicembre 2004) n. 3714, sulla abrogazione della legge n. 1369/1960 e successione di leggi nel tempo
5. Cass. 18 agosto 2004 n. 16146, nella quale è ricostruito (incidentalmente) il quadro della disciplina relativa al divieto della intermediazione e di interposizione a seguito della introduzione della somministrazione di lavoro
6. Cass. pen. 24 febbraio 2004 (ud. 29 gennaio 2004) n. 7762, sulla abrogazione della legge n. 1369/1960 e successione di leggi nel tempo
7. Cass. pen. 26 gennaio 2004 (ud. 11 novembre 2003) n. 2583, sulla abrogazione della legge n. 1369/1960 e successione di leggi nel tempo
8. Cass. pen. 25 agosto 2004 (ud. 16 giugno 2004) n. 34922, sulla abrogazione della legge n. 1369/1960 e successione di leggi nel tempo
9. Cass., sez. un., 22 ottobre 2002 n. 14897, relativa alla sussistenza (esclusa) del litisconsorzio necessario fra interponente e interposto nei giudizi di accertamento della fattispecie di interposizione di manodopera vietata dall'articolo 1, legge n. 1369/1960
10. TAR Lazio 13 luglio 2005, sui requisiti di iscrizione all'Albo delle agenzie per il lavoro
11. Trib. Torino ordinanza 30 novembre 2004, relativa alle conseguenze della mancanza di forma scritta del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo ovvero di mancata indicazione della data di inizio e del termine dello svolgimento dell'attività lavorativa presso l'impresa utilizzatrice

#### GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

1. C. Giust. 7 febbraio 2002 in causa C-279/00, Commissione delle Comunità Europee *v.* Repubblica italiana, in materia di attività di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, libera prestazione dei servizi e libera circolazione dei capitali
2. C. Giust. 25 ottobre 2001 in causa C- 493/99, Commissione *v.* Germania, in materia di fornitura di manodopera nel settore edile
3. C. Giust. 11 dicembre 1997 in causa C-55/96, Job Centre coop. arl, in materia di attività di collocamento dei lavoratori e libera prestazione dei servizi
4. C. Giust. 23 aprile 1991 in causa C-41/90, Klaus Hoefner, Fritz Elser *v.* Macrotron GmbH, in materia di libera prestazione di servizi e società di consulenza per le assunzioni di personale direttivo nelle imprese
5. C. Giust. 18 gennaio 1979 in cause riunite C-110/78 e C-111/78, Pubblico ministero e Chambre syndicale des agents artistiques et impresarii de Belgique, Asbl *v.* W. Van Wesemael ed altri, in materia di libera prestazione di servizi e uffici collocamento a pagamento



## GIURISPRUDENZA INTERNAZIONALE

1. Regno Unito - *Hawley v. Luminar Leisure plc and Others*, [2006] EWCA Civ 18
2. Regno Unito - *Brook Street Bureau (UK) Ltd v. Patricia Dacas*, [2004] EWCA Civ 217
3. Regno Unito - *Interlink Express Parcels Ltd v. Night Trunkers Ltd & Anr*, [2001] EWCA Civ 360

## STUDI - RICERCHE - PERCORSI DI LETTURA

1. M. ZIJL, *The attractiveness of temporary employment to reduce adjustment costs: A conjoint analysis*, SEO (Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam), *Discussion Paper*, ottobre 2005, n. 40
2. C. BIZZARRO, M. LIPAROTI, C. MITTIGA, G. URSINO (a cura di), *Schede comparate*, aggiornamento settembre 2005
3. C. BIZZARRO, P. RAUSEI (a cura di), *Scheda di sintesi sulle sanzioni in materia di somministrazione, appalto e distacco*, aggiornamento settembre 2005
4. C. WEINKOPF, *The Role of Temporary Agency Work in the German Employment Model*, Relazione presentata alla ventiseiesima Conferenza su *International Working Party On Labour Market Segmentation*, Berlino, 8-10 settembre 2005
5. E.J. JAHN, K. WOLF, *Entwicklung der Leibarbeit und regionale Disparitäten*, IAB IABKurzbericht, 15 agosto 2005, n. 14
6. MINISTERO DEL LAVORO (a cura di), *La riforma Biagi e la contrattazione collettiva*, 29 luglio 2005
7. IRES-CGIL (a cura di), *Dal lavoro interinale alla somministrazione di manodopera: primo monitoraggio su cosa cambia per le Agenzie per il lavoro e per le imprese utilizzatrici*, luglio 2005
8. TRADE UNION CONGRESS (a cura di), *The EU Temp Trade: Temporary Agency Work across the European Union*, 17 giugno 2005
9. INTERNATIONAL CONFEDERATION OF TEMPORARY WORK BUSINESSES - CIETT (a cura di), *Dati rappresentativi del mercato della somministrazione nei Paesi presso i quali operano Agenzie di Somministrazione associate alle Federazione*, 15 giugno 2005
10. MINISTERO DEL LAVORO (a cura di), *Lavoro interinale (o somministrato): un aggiornamento del quadro statistico* (Ricerca, aggiornata al 2004), giugno 2005
11. S.P. BERCHEM, *Rebound ASÀs Annual Economic Analysis of the Staffing Industry*, American Staffing Association, maggio-giugno 2005
12. A. BERG, *Young people and immigrants employed in temporary work agencies have good chances to receive proper jobs, survey shows*, Arbetslivsinstitutet (National Institute for Working Life), in *www.eurofound.eu.int*, 12 maggio 2005
13. EBITEMP (a cura di), *Lavoro in somministrazione e accesso al credito esperienze e proposte. Atti del Convegno tenutosi presso il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, Roma, 13 aprile 2005



14. MINISTERO DEL LAVORO (a cura di), *Lavoro interinale e formazione*, Rapporto, aprile 2005
15. AILT, APLA, CONFINTERIM (a cura di), *Statistica congiunta sul mercato della somministrazione di lavoro*, marzo 2005  
 — Dati 2004 Confinterim, Apla e Ailt sul mercato della somministrazione in Italia  
 — Somministrazione di lavoro in Italia: diffusione regionale e per territorio  
 — Crescita dell'interinale in Italia  
 — La somministrazione in Italia: stime anno 2004  
 — Il mercato mondiale del 2003
16. K. HÅKANSSON, T. ISIDORSSON, *Temporary Agency Work - A comparison of the use of agency work in Sweden and UK*, Department for work science Göteborgs University, marzo 2005
17. L. CZIRIA, *Temporary agency work examined*, Bratislava Centre for Work and Family Studies, in [www.eurofound.eu.int](http://www.eurofound.eu.int), 2 febbraio 2005
18. MINISTERO DEL LAVORO (a cura di), *Il lavoro interinale. Un approfondimento*, febbraio 2005
19. M. KVASNICKA, *Does Temporary Agency Work Provide a Stepping Stone to Regular Employment?*, Università Humboldt, Berlino, 28 gennaio 2005
20. M. ZIJL, M. VAN LEEUWEN, *Temporary jobs: intermediate positions or jumping boards. Searching for the stepping-stone effect of temporary employment*, SEO (Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam), *Discussion Paper*, gennaio 2005, n. 38
21. D. ALEWELL, C. FRIEDRICH, W. GÜTH, W. KUKLYS, *Fair Wages and the Co-Employment of Hired and Rented Hands. An Experimental Study*, Max Planck Institute of Economics, Strategic Interaction Group, *Discussion Papers on Strategic Interaction*, 2005, n. 8
22. D.H. AUTOR, S. HOUSEMAN, *Do Temporary Help Jobs Improve Labor Market Outcomes for Low-Skilled Workers? Evidence from Random Assignments*, National Bureau of Economic Research, *NBER Working Papers*, 2005, n. 11743
23. D. BIGGS, *Satisfaction levels amongst temporary agency workers. A review of the literature for the Recruitment and Employment Confederation*, University of Gloucestershire, 2005
24. A. ENGELLANDT, R.T. RIPHAHN, *Temporary contracts and employee effort*, Elsevier, in *Labour Economics*, 2005, n. 3, 281-299
25. N.A. ERLAM, *You mean he works for us?*, in *Security management*, 2005, 49, 82-88
26. J. PECK, N. THEODORE, *Temporary downturn? Temporary staffing in the recession and the jobless recovery*, in *Focus*, 2005, n. 3
27. F. REYNOLD, *Negligent agency workers: can there be Vicarious liability*, in *Industrial Law Journal*, 2005, n. 34
28. T. SHIMANUKI, *Managing Temporary Workers in Japan. Managing Temporary Workers in Japan*, in *Japan Labor Review*, 2005, n. 2
29. K. WARD, N. COE, J. JOHNS, *The Role of Temporary Staffing Agencies in Facilitating Labour Mobility in Central and Eastern Europe*, School of Environment and Development at The University of Manchester, 2005

30. E. CASQUEL, A. CUNYAT, *The dynamics of Temporary Jobs: Theory and some Evidente for Spain*, Università di Valencia, 26 ottobre 2004
31. EBITEMP: OSSERVATORIO - CENTRO STUDI PER IL LAVORO TEMPORANEO (a cura di), *Gli infortuni nel lavoro temporaneo*, marzo 2004
32. V. HERNANZ, L. TOHARIA, *Do temporary contracts increase work accidents? A microeconomic comparison between Italy and Spain*, Fedea - Fundación de estudios de Economía Aplicada, febbraio 2004
33. AMERICAN STAFFING ASSOCIATION, *Staffing Industry's Positive Role in U.S. Economy*, 2004
34. M. ARAI, F. HEYMAN, *Temporary contracts and the dynamics of job turnover*, in *Economics Bulletin*, 2004, n. 10
35. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia - Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pavia, 2003
36. CIETT (a cura di), *Rationale of Agency Work European labour suppliers and demanders' motives to engage in agency work. Final report*, Rotterdam, dicembre 2002
37. CIETT (a cura di), *Rationale of Agency Work European labour suppliers and demanders' motives to engage in agency work - Country reports, Appendix to 'Rationale of Agency Work'*, Rotterdam, dicembre 2002
38. D. STORRIE, *Temporary agency work in the European Union, Summary, Report 2002* - European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2002

#### SITI INTERNET

1. [www.staffingtoday.net](http://www.staffingtoday.net) - Il portale dell'American Staffing Association
2. [www.apla.it](http://www.apla.it) - Apla, Agenzie per il lavoro associate
3. [www.ailt.it](http://www.ailt.it) - Ailt, Associazione Nazionale delle Imprese di Fornitura di Lavoro Temporaneo
4. [www.alai.cisl.it](http://www.alai.cisl.it) - Il sito dell'associazione di rappresentanza dei « lavoratori atipici » (Cisl)
5. [www.confinterim.it](http://www.confinterim.it) - Confinterim, Confederazione Italiana delle Associazioni delle Imprese Fornitrici di Lavoro Temporaneo costituita dalle due Associazioni di Imprese Fornitrici di Lavoro Temporaneo: Assointerim e Federinterim
6. [www.nidil.cgil.it](http://www.nidil.cgil.it) - Il sito dell'associazione di rappresentanza dei « lavoratori atipici » (Cgil)
7. [www.uil.it/cpo/default.htm](http://www.uil.it/cpo/default.htm) - Il sito dell'associazione di rappresentanza dei « lavoratori atipici » (Uil)

 voce *Trasferimento di azienda e di ramo d'azienda*  
DOCUMENTAZIONE NAZIONALE

1. Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. *Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30. Articoli estratti (articolo 32)*

2. Legge 14 febbraio 2003, n. 30. *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro*. Articoli estratti (articolo 1)
3. Legge 29 dicembre 1990. *Legge comunitaria per il 1990*. Articoli estratti (articolo 47)
4. Codice civile. Articoli estratti (articolo 2112)
5. *Patto per l'Italia - Contratto per il Lavoro. Intesa per la competitività e l'inclusione sociale*, 5 luglio 2002

#### DOCUMENTAZIONE COMUNITARIA

1. Consiglio dell'Unione Europea, *Direttiva concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti*, 2001/23/CE, 12 marzo 2001
2. Consiglio dell'Unione Europea, *Direttiva che modifica la direttiva 77/187/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti*, 98/50/CE, 29 giugno 1998
3. Consiglio dell'Unione Europea, *Direttiva concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti*, 77/187/CEE, 14 febbraio 1977

#### GIURISPRUDENZA ITALIANA

1. Cass. 1° dicembre 2005 n. 26196, sulla nozione di trasferimento d'azienda
2. Cass. 17 ottobre 2005 n. 20012, sulla nozione di trasferimento d'azienda
3. Cass. 29 agosto 2005 n. 17418, sulla nozione di trasferimento d'azienda
4. Cass. 17 giugno 2005 n. 13068, sulla nozione di ramo d'azienda
5. Cass. 13 gennaio 2005 n. 493, sulla nozione di trasferimento d'azienda
6. Cass. 8 novembre 2004 n. 21248, sulla applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda alla Pubblica Amministrazione
7. Cass. 28 settembre 2004 n. 19379, sulla facoltà del lavoratore di opporsi al trasferimento presso il cessionario
8. App. Torino 21 gennaio 2004, sulla nozione di ramo d'azienda
9. Trib. Roma 3 maggio 2005, sulla nozione di trasferimento d'azienda
10. Trib. Roma 9 agosto 2004, sulla la nozione di ramo d'azienda e sui criteri di valutazione per accertare l'appartenenza del lavoratore al ramo oggetto di cessione


#### GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

1. C. Giust. 15 dicembre 2005 nei procedimenti riuniti C-232/04 e C-233/04, Nurten Güney-Görres (C-232/04), Gul Demir (C-233/04) *v.* Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG, sulla nozione di trasferimento d'azienda

- a. Allegato: Conclusioni dell'Avvocato generale M.M. Poiares Maduro, 27 gennaio 2005
2. C. Giust. 11 novembre 2004 in C-425/02, Johanna Maria Delahaye, coniugata Boor *v.* Ministre de la Fonction publique et de la Réforme administrative, sulla disciplina applicabile in caso di trasferimento d'azienda allo Stato
  - a. Allegato: Conclusioni dell'Avvocato generale M.M. Poiares Maduro, 27 gennaio 2005
3. C. Giust. 2 dicembre 1999 in C-234/98, G.C. Allen e altri *v.* Amalgamated Construction Co. Ltd, sull'ambito di applicazione della disciplina comunitaria in materia di trasferimento d'azienda
4. C. Giust. 10 dicembre 1998 nei procedimenti riuniti C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Francisco Hernández Vidal SA *v.* Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez, Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), Friedrich Santner *v.* Hoechst AG (C-229/96), Mercedes Gómez Montaña *v.* Claro Sol SA, Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97), sulla nozione di trasferimento d'azienda

## AVVERTENZE PER LA LETTURA

Anche questo volume della Collana ADAPT - Fondazione “Marco Biagi” è completato e integrato da una *proiezione informatica*, quale strumento non solo di documentazione ma anche di sviluppo e costante integrazione del contenuto della pubblicazione.

L'utilizzo nel testo cartaceo del simbolo  indica un rinvio all'indirizzo internet del Centro Studi Internazionali e Comparati “Marco Biagi” ([www.csmb.unimo.it](http://www.csmb.unimo.it)) dove un motore di ricerca e un rinnovato indice A-Z — che ricalca l'indice analitico delle *Istituzioni di diritto del lavoro* di Marco Biagi edito sempre da Giuffrè — consentono di reperire i documenti citati nel testo e, in particolare:

- a) testi delle fonti normative;
- b) sentenze di legittimità e di merito;
- c) contratti collettivi;
- d) documentazione comunitaria e internazionale;
- e) approfondimenti monografici.

Tutto il materiale viene inoltre costantemente e tempestivamente aggiornato mediante il *Bollettino Adapt*, un documento gratuito di aggiornamento cui è possibile iscriversi semplicemente inviando una e-mail all'indirizzo [csmb@unimo.it](mailto:csmb@unimo.it).

\* \* \*

Si segnala che le considerazioni contenute negli interventi dei funzionari e dirigenti della Pubblica Amministrazione sono frutto esclusivo del pensiero dei rispettivi Autori e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione alla quale essi appartengono.



# ESTERNALIZZAZIONI DEL LAVORO E VALORIZZAZIONE DEL CAPITALE UMANO: DUE MODELLI INCONCILIABILI?

MICHELE TIRABOSCHI


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

## 1. Posizione del problema.

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

Tale considerazione, invero, è talvolta calata in un quadro valutativo fortemente critico di questo specifico segmento della riforma — contenuto nei Titoli III e IV del decreto — e delle molteplici innovazioni normative ad essa connesse <sup>(3)</sup>. È stato infatti sostenuto che le

---

<sup>(1)</sup> Il testo del d.lgs. n. 276/2003 nella formulazione attualmente in vigore è reperibile in  *Riforma Biagi*.

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

<sup>(3)</sup> Sul nuovo regime giuridico dei fenomeni interpositori cfr., per una biblio-

nuove disposizioni in materia di somministrazione di lavoro, appalto, distacco e trasferimento di azienda hanno come unico obiettivo quello di incrementare le già pur considerevoli possibilità di segmentazione dei processi produttivi e di scorporo aziendale <sup>(4)</sup>, « alla ricerca di più vantaggiosi (e leciti), per l'impresa, livelli di scambio tra lavoro e trattamento economico-normativo » <sup>(5)</sup>.

Anche la dottrina più sensibile alle esigenze di una profonda revisione della disciplina in materia di esternalizzazioni non ha talora esitato a parlare — sia pure dando per scontate talune inevitabili approssimazioni <sup>(6)</sup> — di un modello di organizzazione del sistema produttivo di impronta inequivocabilmente neo-liberista. Un modello certamente attenuato, rispetto a quello proprio del « liberismo statunitense, e in qualche modo consapevole della tradizione garantista del diritto del lavoro italiano », ma pur sempre finalizzato a smantellare i preesistenti vincoli giuridici al decentramento e all'appalto così da salvaguardare, una volta circoscritta l'area dell'illecito ai « soli processi guidati da logiche puramente fraudolente e anti *labour* », le scelte organizzative ma anche le convenienze economiche dell'imprenditore <sup>(7)</sup>.

Non può pertanto sorprendere che il nuovo regime giuridico dei fenomeni interpositori e delle esternalizzazioni sia stato così da taluno inteso — e rappresentato — alla stregua di un micidiale detonatore, che potrebbe rivelarsi capace di innescare, in breve tempo, sequenze devastanti di frantumazione della compagine organizzativa del-

---

grafia ragionata e per taluni percorsi di lettura, M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 415-419.

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

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

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

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




l'azienda. Ad essere premiate — e dunque incentivate — dal legislatore della riforma sarebbero fundamentalmente logiche gestionali motivate nient'altro che da una corsa al ribasso dei trattamenti economici e normativi del lavoro dipendente <sup>(8)</sup>, e non invece i tanto auspicati processi di modernizzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese <sup>(9)</sup>. Quei processi di specializzazione e innovazione organizzativa che, almeno secondo le intenzioni manifestate dal legislatore nella relazione tecnica di accompagnamento del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(10)</sup>, avrebbero per contro dovuto contribuire ad allontanare, una volta per tutte, lo spettro della speculazione parassitaria sui risultati del lavoro altrui che da sempre aleggia sui fenomeni interpositori.

In questa prospettiva — che, è bene anticipare subito, non risulta allo stato suffragata da alcun dato scientifico e oggettivo <sup>(11)</sup> — e portando alle estreme conseguenze siffatte considerazioni, sino al punto di rasentare il paradosso, non è poi neppure mancato chi è persino giunto a dubitare della reale utilità, per il sistema produttivo e le

---

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

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

<sup>(10)</sup> Cfr. la *Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo di attuazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in  *Riforma Biagi*. Di specializzazione e sostegno alla innovazione dei processi produttivi e di organizzazione del lavoro parla, a più riprese, anche il *Libro Bianco sul mercato del lavoro* dell'ottobre 2001 reperibile alla stessa voce.

<sup>(11)</sup> Come si è cercato di sostenere sin dai primi giorni di vita del d.lgs. n. 276/2003 (cfr. M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 3-30), e come dovrebbe essere logico anche solo in base a parametri e considerazioni di buon senso, un giudizio attendibile sugli effetti pratici della riforma sarà possibile solo dopo una prima fase di sperimentazione delle innovazioni in essa contenute.

aziende, del nuovo quadro legale delle esternalizzazioni delle relazioni di lavoro. È stato infatti sostenuto, anche da quanti hanno criticato la riforma Biagi per un (presunto) eccesso di flessibilità e liberalizzazione del mercato del lavoro, che il decreto legislativo n. 276/2003 finirebbe per mortificare, da questo specifico punto di vista, non solo le istanze di tutela del lavoro e le logiche della solidarietà collettiva ma, prima ancora, le esigenze di competitività del sistema e di efficienza organizzativa e gestionale delle stesse imprese <sup>(12)</sup>.

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

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

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

---

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

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

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


<sup>(15)</sup> *Ibidem*.

<sup>(16)</sup> Ma ciò nonostante ancora fortemente radicata nel nostro Paese. È sufficiente ricordare, a questo proposito, i lavori parlamentari che hanno accompagnato

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

Interagire con centinaia di persone che, oltre a far capo a decine

---

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

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

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

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

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

di aziende diverse, sono anche titolari di dozzine di contratti di lavoro differenti — è stato infatti scritto da chi, molto probabilmente, conosce unicamente i metodi di produzione e organizzazione del lavoro propri della vecchia fabbrica fordista <sup>(21)</sup> — « significa aver a che fare con un'infinita varietà di interessi e di atteggiamenti, con conflitti interpersonali e intergruppo, con processi legati all'ininterrotto confronto tra il proprio trattamento retributivo e quello del vicino. In tale situazione, governare l'organizzazione d'impresa ed i processi produttivi diventa un impegno che perfino Sisifo rifiuterebbe, trovando preferibile il suo » <sup>(22)</sup>.

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

---

<sup>(21)</sup> Sulla connessione tra processi di esternalizzazione e declino di quella fabbrica fordista che realizza « all the functions required to manufacture their products » cfr., *infra*, il § 3 e, sin d'ora, A. SUPLOT, *Beyond Employment: Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe - A report prepared for the European Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

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

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

<sup>(24)</sup> Così: P. ALLEVA, *op. cit.*, 166. Cfr., altresì, U. CARABELLI, *Organizzazione del*

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

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

---

*lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in DLRI, 2004, spec. 74-79, cui adde M. LAMBERTI, *op. cit.*, qui 404.

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

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

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

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

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


(30) Per questo profilo cfr. la puntuale analisi di E. REYNERI, *Qualità del lavoro e flessibilità sostenibile, in 1983-2003: la politica locale del lavoro in provincia di Trento*

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


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

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

---

*compie vent'anni*, in *OrientaLavoro*, 2004, n. 1, suppl., 111-118 (anche in  *Mercato del lavoro*).

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

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

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

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

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

Secondo questa prospettiva di analisi il legislatore della riforma avrebbe invero dimostrato, meglio che in passato <sup>(35)</sup>, di conoscere i problemi pratici di organizzazione aziendale e gestione del personale <sup>(36)</sup>, con buona pace di quanti ancora oggi ritengono che il diritto debba risultare impermeabile ai processi normativi reali <sup>(37)</sup>. Non a caso la riforma Biagi è particolarmente apprezzata da quanti rifuggono da una concezione del diritto come sapere dogmatico e tecnico fine a

---

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

<sup>(35)</sup> Così, letteralmente, P.A. REBAUDENGO, *op. cit.*, 182.

<sup>(36)</sup> Il che non sorprende, visto che la riforma è stata oggetto di un serrato confronto con le parti sociali e gli operatori economici, alla ricerca di soluzioni aderenti, più che a logiche di mera razionalità giuridica, ai reali problemi presenti nella prassi applicativa. Cfr., sul punto, V. D'ORONZO, *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale*, in M. TRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 747-771, e ivi anche le testimonianze delle parti sociali, largamente favorevoli alla riforma, raccolte nella Parte II, Sez. (C), *La riforma del mercato del lavoro tra concertazione e dialogo sociale: la posizione del governo e il giudizio delle parti sociali*.

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



se stesso <sup>(38)</sup>: un sapere patrimonio di pochi adepti, incuranti del suo grado di effettività ed esigibilità — oggi davvero troppo basso per rispondere realisticamente alla finalità, pure spesso enfaticamente sbandierata dai critici della riforma, di tutela del lavoratore in carne e ossa <sup>(39)</sup> — e che spesso alimenta, nella inaccessibilità/complessità del dato legale, quello che Pietro Ichino ha giustamente definito il grande *business* del diritto del lavoro <sup>(40)</sup>.

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

Il regime giuridico delle esternalizzazioni faciliterebbe indiscutibilmente, in altri termini, i fenomeni di circolazione dell'azienda e anche la possibilità di procedere a un utilizzo strutturale, all'interno di una compagine d'impresa sempre più frantumata, di personale dipendente da altri operatori economici, vuoi in regime di appalto vuoi in regime di somministrazione o distacco <sup>(43)</sup>. Vengono infatti definitivamente superate quelle situazioni di « obsolescenza » dell'ordinamento giuridico del lavoro italiano — come le definiva Marco Biagi <sup>(44)</sup> —

---

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

<sup>(39)</sup> Sui rapporti tra riforma Biagi ed effettività del diritto del lavoro cfr. quanto ho cercato di argomentare nel mio *Riorganizzazione dei servizi ispettivi e riforma del mercato del lavoro*, in C. LUCREZIO MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004, spec. 15-18.

<sup>(40)</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato - Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996, spec. 164-166.

<sup>(41)</sup> P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(42)</sup> Ancora P.A. REBAUDENGO, *op. loc. ult. cit.*

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

<sup>(44)</sup> Cfr. M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in L. MONTU-



che per lungo tempo, in virtù di normative non pensate per favorirle, o anche solo per governarle, hanno trasformato gli innegabili vantaggi delle esternalizzazioni « in un rischio e quindi in un vincolo ».

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

Ad essere sottoposto a serrata critica dalla parte più raffinata e acuta di questo filone interpretativo è dunque l'assioma che ha sin qui sostenuto e reso attraenti, e non solo agli occhi delle imprese, i processi di esternalizzazione. E cioè il loro essere espressione della modernità. Una modernità intesa come innovazione organizzativa e gestionale legata all'impiego del fattore lavoro (46).

È proprio questo, a ben vedere, il vero terreno di verifica della bontà o meno del nuovo regime delle esternalizzazioni introdotto dal decreto legislativo n. 276/2003, tanto sul versante delle tecniche di tu-

---

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

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

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

tela del lavoro quanto su quello del recupero di competitività ed efficienza organizzativa del nostro sistema produttivo <sup>(47)</sup>.

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

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

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

Vero è peraltro che i primi anni di attuazione della legge n. 196/1997, hanno abbondantemente dimostrato come il legislatore abbia saputo discernere con ragionevolezza — e secondo un impianto normativo e concettuale confermato per i profili che qui rilevano dal decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(50)</sup> — tra ipotesi fraudolente o parasitarie di interposizione nei rapporti di lavoro e servizi professionali e

---

<sup>(47)</sup> In questa prospettiva cfr. i contributi raccolti in questo commentario.

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

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

<sup>(50)</sup> Concordano, su questo punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro - Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 242, nota 15; M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, qui 15; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*,


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


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

Così come è anche vero che, in molte circostanze, e ancor di più nel caso della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, lo stesso prestatore di lavoro potrebbe ritenere preferibile una collocazione presso il fornitore — spesso una grande multinazionale del settore — piuttosto che alle dipendenze dell'utilizzatore, tanto in termini di trattamenti economici e normativi quanto in prospettiva di una

---

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

<sup>(51)</sup> Secondo l'auspicio contenuto nella parte III (*politiche del lavoro*) del protocollo « Giugni » del 1993 sul costo del lavoro che per primo ha aperto la strada della legittimazione sociale della fornitura di lavoro altrui nel nostro Paese (in  *Concertazione*). Tale aspetto è ora bene evidenziato, tra gli altri, da A. ACCORNERO, *Rappresentanza e nuovi lavori*, in *DRI*, 2005, n. 1, 60, secondo cui « l'interinale si segnala in Italia per le norme serie, i costi certi, il rapporto tutelato, la buona intermediazione, e per le possibilità di prova, di reiterazione e di assunzione che offre ai lavoratori e agli imprenditori ».

<sup>(52)</sup> Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia - Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pavia, 2003, qui 57-59, in  *Somministrazione*.

continuità occupazionale e formazione continua <sup>(53)</sup>. Considerazione questa che spiega perché il legislatore abbia incentivato — all'articolo 23, commi 8 e 9, del decreto legislativo n. 276/2003 — la fidelizzazione dei lavoratori da parte delle agenzie di somministrazione ammettendo a questo fine, nel contratto di fornitura, clausole dirette a limitare la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della missione. E questo non solo in caso di lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato ma anche, in presenza di una adeguata indennità corrisposta al lavoratore, con contratto a tempo determinato <sup>(54)</sup>.

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

L'utile ricavato dalla impresa di somministrazione, in questi casi, si giustifica piuttosto come profitto in ragione della assunzione di un rischio tipico d'impresa <sup>(56)</sup> in quanto l'agenzia di somministrazione è costretta a offrire sul mercato un servizio — di ricerca, selezione, formazione del lavoratore e di gestione amministrativa del rapporto di lavoro — che, dal punto di vista del prezzo della singola prestazione lavorativa, comporta un costo superiore rispetto a quello che sopporterebbe l'impresa utilizzatrice se dovesse assumere direttamente il lavo-

---

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

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

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

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


ratore <sup>(57)</sup>. Circostanza questa che rende priva di attendibilità la tesi di quanti vedono nello *staff-leasing* e nella somministrazione di lavoro a termine resa da agenzie a ciò espressamente autorizzate dall'ordinamento, in presenza e previa verifica di rigorosi requisiti giuridici e finanziari, espressione di una politica gestionale volta alla mercificazione e precarizzazione del lavoro.

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

---

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

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

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

<sup>(60)</sup> Cfr. ora, con specifico riferimento ai profili sanzionatori di carattere civile, la circ. Min. lav. n. 7/2005, in  *Somministrazione*, e in dottrina, con riferimento in

— i processi di esternalizzazione e/o internalizzazione del lavoro altrui <sup>(61)</sup>.


Come efficacemente rilevato già nel celebre *Rapporto Supiot* del 1998 sulle trasformazioni del lavoro e il futuro del diritto del lavoro in Europa <sup>(62)</sup>, la tendenza a ridurre i costi e a rendere più flessibile l'impiego della forza-lavoro ha certamente giocato un importante ruolo e può contribuire a spiegare l'esternalizzazione di funzioni e competenze che richiedono *skill* limitati (pulizia, giardinaggio, facchinaggio, manutenzione di impianti, *catering*, servizi di trasporto, ecc.). Ma chi conosce la più recente evoluzione dei modi di produrre e organizzare il lavoro sa bene che l'esternalizzazione di funzioni che richiedono competenze professionali più elevate è il risultato di due diversi fattori: « da un lato il progresso tecnologico (segnatamente il ruolo delle nuove tecnologie nell'ambito della informazione e delle telecomunicazioni), che ha simultaneamente innalzato il livello delle competenze richieste per certe funzioni e incoraggiato il ricorso all'*outsourcing*; dall'altro lato, l'evoluzione delle tecniche contrattuali, che oggi offrono ai clienti una giusta e migliore conoscenza dei loro fornitori, eliminando i rischi inerenti alle esternalizzazioni di fasi cruciali del ciclo produttivo (in particolare standard di qualità e certificazioni di conformità ISO 9000) » <sup>(63)</sup>.

E anche recenti studi empirici condotti per conto dell'*European Monitoring Centre on Change* della Fondazione Europea di Dublino per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro <sup>(64)</sup> confermano come sia largamente fuorviante la considerazione — pure largamente diffusa anche nel nostro Paese, come indicano i contributi citati nel paragrafo 1 — che i fenomeni di esternalizzazione del lavoro siano guidati


---

particolare ai profili di rilevanza penale, P. RAUSEI, *La somministrazione abusiva di lavoratori illecitamente utilizzati*, in *DPL*, 2005, n. 7, 409-418.

<sup>(61)</sup> Per approfondimenti cfr., se vuoi, il mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 205-229, e anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro - Inserito sulla correzione della c.d. riforma Biagi d.lgs. 6 ottobre 2004*, n. 251, cit., VII-X.

<sup>(62)</sup> *Transformation of Labour and the Future of Labour Law in Europe - Final Report*, June 1998, qui 17, e in  *Statuto dei lavori*. Cfr. ora A. SUPIOT, *op. cit.*, qui 18.

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

<sup>(64)</sup> Cfr., in particolare, lo studio curato da U. HUWS, S. DAHLMANN, J. FLECKER, *Outsourcing of ICT and related services in the EU*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2004, in  *Esternalizzazioni*.

esclusivamente dalla ricerca di un minor costo del lavoro ovvero dalla finalità di aggiramento fraudolento delle tutele del lavoro dipendente.

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

La nuova economia è, in effetti, il prodotto della combinazione degli incrementi di capitale tecnologico, capitale umano e capitale organizzativo <sup>(66)</sup>. L'innovazione richiede peraltro che l'investimento in tecnologie possa dare un adeguato ritorno grazie a risorse umane competenti e adattabili e a modelli organizzativi idonei a valorizzarne tutte le potenzialità <sup>(67)</sup>. In particolare, le tecnologie del calcolo e della comunicazione hanno determinato il superamento del modello "verticale" e quindi del ciclo produttivo integrato ove tutti i lavoratori svolgevano mansioni rigidamente e gerarchicamente predeterminate e, pur operando in ambiti diversi — di diretta produzione o di indiretto servizio ad essa —, dipendevano dallo stesso datore di lavoro. La rivoluzione digitale ha indotto la possibilità che società diverse operino in rete tra di loro — e secondo una fitta trama di relazioni contrattuali normalmente stabili e standardizzate <sup>(68)</sup> — favorendo la specializzazione e l'interdipendenza di ciascuna di esse <sup>(69)</sup>.

---

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

<sup>(66)</sup> Cfr. il rapporto presentato alla Commissione Europea di T. ALASOINI (ed.), *Challenges of Work Organization Development in the Knowledge-Based Economy*, settembre 2001, in [\[1\]](#) *Lavoro (Organizzazione del)*.

<sup>(67)</sup> Il nesso tra nuova organizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano è nitidamente tracciato nel *Libro verde* della Commissione Europea su *Partnership for a New Organisations of Work*, document drawn up on the basis of COM(97)128 final, in *Bulletin of European Union*, 1997, n. 4, suppl., in [\[1\]](#) *Lavoro (Organizzazione del)*, ma vedi già il *Libro Bianco* su *Crescita, competitività e occupazione*, COM(93)700 final (in [\[1\]](#) *Statuto dei lavori*).

<sup>(68)</sup> Ancora A. SUPLOT, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(69)</sup> Cfr. M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Blackwell, London, 1996, cui *adde*, più recentemente, T. ALASOINI (ed.), *Challenges of Work Organization*





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

Ciò è particolarmente vero per le piccole e medie imprese, rispetto alle quali la logica di rete e il ricorso al *know how* organizzativo e gestionale di imprese specializzate risulta sempre più decisivo per sopravvivere, nel medio e lungo periodo, in un contesto economico e sociale in continua evoluzione <sup>(70)</sup>. E lo è ancor di più in Paesi come il nostro, dove è la particolare struttura del sistema produttivo <sup>(71)</sup> — e non certo il nuovo quadro legale introdotto dalla riforma Biagi — che rende decisamente problematico, soprattutto nell'area delle nuove tecnologie, l'investimento in risorse umane alimentando, mediante l'economia informale e il lavoro irregolare, quella che giustamente è stata definita la via bassa allo sviluppo <sup>(72)</sup>.

Tutti i cambiamenti qui sommariamente descritti hanno, evidentemente, un forte impatto non solo sul funzionamento dei sistemi di relazioni industriali nazionali ma, prima ancora, sulla qualità della oc-

---

*Development in the Knowledge-Based Economy*, cit. Nella letteratura italiana cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni*, cit., spec. 9-13, e P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui spec. 218-224.

<sup>(70)</sup> Cfr. lo studio realizzato per la Commissione Europea da R. ENNALS, *The Existing Policy Framework to Promote Modernisation of Work: Its Weaknesses*, ottobre 2002, qui spec. 8, in  *Lavoro (Organizzazione del)*, cui *adde* per i dati relativi al fenomeno della cooperazione fra imprese nel contesto di imprese di piccole e medie dimensioni, *Observatory of European SMEs 2003, No. 8 - Highlights from the 2003 Observatory*, Luxembourg, 2004, 25-26, in  *Impresa*.

<sup>(71)</sup> Non si deve dimenticare che, secondo le più recenti stime, le piccole e medie imprese italiane occupano più dell'80% della forza lavoro complessiva mentre, ad esempio, per Francia e Germania la proporzione è circa del 65% e nel Regno Unito scende a 60% (cfr. i dati riportati nella tabella *Table I.2: Enterprises Europe 19, 2003, occupied persons*, in *Observatory of European SMEs 2003, No. 8 - Highlights from the 2003 Observatory*, cit., 38).

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



cupazione e sui metodi di organizzazione del lavoro <sup>(73)</sup>. Un lavoro che diventa caratterizzato non solo da maggiore creatività, intraprendenza e specializzazione — corrispondenti ad una maggiore esigenza di servizio in ogni ambito —, ma anche dalla inesorabile distribuzione dei rapporti di lavoro in capo alle diverse società.


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


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

In realtà i Paesi dell'Europa continentale, e l'Italia in particolare, hanno frapposto ostacoli culturali e organizzativi ai processi di cambiamento in atto <sup>(75)</sup>, spesso rinunciando, anche per la mancanza di istituzioni appropriate <sup>(76)</sup> e di una logica cooperativa nel funzionamento del sistema di relazioni industriali <sup>(77)</sup>, ad assumersi scomode responsabilità. E ora, nel contesto di una evidente ripresa della economia globale, crescono ben al di sotto delle loro potenzialità. Essi sono

---

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

<sup>(74)</sup> *Human Resources - Outsourcing in Europe*, ADP Dossier, in  *Esternalizzazioni*, qui 9. Cfr. altresì U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, cit., spec. 74-79.

<sup>(75)</sup> Ampia analisi in COMMISSIONE EUROPEA, *New Forms of Work Organisation - The obstacle to Wider Diffusion*, october 2002, in  *Lavoro (Organizzazione del)*.

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

<sup>(77)</sup> Cfr. THE EUROPEAN WORK ORGANISATION NETWORK, *New Forms of Work*

nel mezzo di una tenaglia competitiva che li oppone — sempre più debolmente — alle dinamiche economie asiatiche, da un lato, e alle innovative società anglosassoni, dall'altro. Tanto che, per le asfittiche economie europeo-continentali, la principale sfida che si pone oggi, come giustamente è stato notato, non pare tanto quella legata alla contrapposizione spesso fine a se stessa tra via alta e via bassa alla innovazione, « ma piuttosto tra innovazione di qualsivoglia tipo ovvero nessuna innovazione affatto » (78).

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

Ciò può essere vero anche là dove l'esternalizzazione avvenga mediante il trasferimento di un ramo di azienda. Non solo perché, come giustamente notato (81), il trasferimento dei lavoratori in una azienda che fornisce servizi specialistici può migliorare le loro carriere, nel senso di « offrire loro l'opportunità di riqualificazione professionale e dunque garantire una occupazione più soddisfacente di quella che avrebbero svolto nella impresa d'origine ». L'esternalizzazione, *sub specie* di trasferimento d'azienda, può anche svolgere un ruolo importante di salvaguardia dei livelli occupazionali e della qualità del lavoro: « l'alleggerimento dell'organico dell'azienda può produrre quell'incre-

---

*Organisation - The benefits and Impact on Performance*, april 2001, qui 2, in  *Lavoro (Organizzazione del)*.

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

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

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

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

mento di efficienza e competitività che raggiunge la finalità di consolidare le posizioni lavorative di quanti sono rimasti. Nel contempo, la costituzione di una nuova società, fondata potenzialmente su margini più ampi di flessibilità nella gestione del personale (sempre che non si tratti di unità di piccole o piccolissime dimensioni), può rappresentare un'importante strumento di salvataggio di posizioni lavorative sovente a rischio »<sup>(82)</sup>. E lo stesso dicasi per l'istituto del distacco<sup>(83)</sup> che, specie all'interno dei gruppi di impresa, soddisfa una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo.

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

La somministrazione di lavoro presuppone, in particolare, il sorgere di una obbligazione negoziale complessa, funzionale ad una ripartizione contrattuale dei rischi, dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità connesse all'utilizzo di forza-lavoro dipendente<sup>(84)</sup>: ripartizione che, per un verso, è rigorosamente predeterminata dal legislatore attraverso una serie di limiti inderogabili alla autonomia privata (imputazione dell'obbligo di sicurezza; adempimenti retributivi, contributivi e previdenziali; esercizio del potere direttivo e del potere disciplinare; assunzione della responsabilità civile per il fatto del lavoratore;

---

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

<sup>(83)</sup> Cfr. C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, nella Parte II, Sez. (A), di questo volume.

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

ecc.) e che, per l'altro verso, nel silenzio della legge, viene concordata dalle parti stesse fermo restando il limite della parità di trattamento tra lavoratori temporanei e lavoratori stabili dell'impresa utilizzatrice<sup>(85)</sup> e il rispetto dei principi generali dell'ordinamento in tema di ordine pubblico economico.

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


Nell'ottica della valorizzazione del capitale umano non si può poi neppure trascurare la circostanza che, nella somministrazione di lavoro, il lavoratore beneficia di cospicue risorse — destinate ai fondi bilaterali di cui all'articolo 12 del decreto legislativo n. 276/2003<sup>(88)</sup> — finalizzate a promuovere percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale, anche in funzione di continuità di occasioni di

---

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

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

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

<sup>(88)</sup> Con riferimento all'attuazione ad opera delle parti sociali dell'art. 12 del d.lgs. n. 276/2003, cfr. gli accordi del 2 febbraio 2005 per *l'Attuazione dell'art. 12 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, e l'*Accordo quadro per l'attuazione dell'art. 12, commi 2 e 3 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, entrambi in  *Somministrazione*, e a commento G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *I fondi per la formazione e la tutela del reddito*, nella Parte I, Sez. (C), di questo volume, cui *adde*, in generale, G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 607-613.

impiego e, nel caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato, a sostegno del reddito in caso di fine lavori <sup>(89)</sup>, nonché in favore di iniziative dirette a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti.

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

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

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

---

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

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

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

<sup>(92)</sup> Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretta da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, vol. XXI, tomo I, 1968,

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

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


---

qui 644, che tuttavia prospetta una figura alquanto rigida di contratto bimestre, nel senso che uno dei due soggetti assume tutti i diritti; l'altro tutti gli obblighi.

<sup>(93)</sup> Il rapporto di *co-employment* è definito, negli Stati Uniti, come « una relazione tra due o più datori di lavoro in cui ognuno ha per legge diritti e doveri attuali o potenziali rispetto allo stesso lavoratore o gruppo di lavoratori ». Così E.A. LENZ, *Co-Employment - A Review of Customer Liability Issues in the Staffing Services Industry*, in *Labor Lawyer*, 1994, 195-216. In tema cfr., tra i tanti, J. LINDER, *The Joint Employment Doctrine: Clarifying Legislative - Judicial Confusion*, in *Hamline Journal of Public Policy*, 1989, 321-330; S.F. COOPER, *The Expanding Use of the Contingent Workforce in the American Economy: New Opportunities and Dangers for Employers*, in *Employee Relations Law Journal*, 1995, 525; W.V. SIEBERT, N.D. WEBBER, *Joint Employer, Single Employer, and Alter Ego*, in *Labor Lawyer*, 1987, 880-883. Ampi riferimenti giurisprudenziali sono in J.G. AXELROD, *Who's the Boss? Employee Leasing and the Joint Employer Relationship*, in *Labor Lawyer*, 1987, spec. 857-871.

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

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

<sup>(96)</sup> Ampia casistica in J. MILLAR, *Outsourcing Practices in Europe*, Star Project, Issue n. 27, July 2002, qui 12, e in  *Esternalizzazioni*.

namento giuridico, vere e proprie ipotesi di co-impiego a tutto vantaggio del prestatore di lavoro.

Come dimostrano del resto i mercati più evoluti e maturi <sup>(97)</sup> è dunque evidente, nei processi di *out-sourcing* e di *in-sourcing*, un *trend* verso l'accumulazione di forza-lavoro altamente qualificata e adattabile che, sempre più frequentemente, viene utilizzata per ricoprire ruoli strategici nella integrazione contrattuale e relazionale tra reti di imprese <sup>(98)</sup>. A conferma del fatto che, come già rilevato dalla Commissione Europea nel *Libro Verde* del 1997 sulla *partnership* per una nuova organizzazione del lavoro <sup>(99)</sup>, i nuovi modelli di organizzazione del lavoro enfatizzano la qualità dell'apporto umano al processo produttivo facendo così della persona del lavoratore il vero valore aggiunto che esalta le logiche di rete e il coordinamento contrattuale tra le imprese <sup>(100)</sup>.

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

I recenti cambiamenti, che hanno investito i modi di produrre e organizzare il lavoro, nell'evidenziare nuove strategie di gestione del personale, giustificavano pertanto non solo una radicale revisione, sul piano della elaborazione scientifica, del celebre quanto stereotipato modello — teorizzato nella letteratura internazionale da Atkinson <sup>(101)</sup> — che contrappone semplicisticamente i *core* ai *peripheral employee* <sup>(102)</sup>, ma anche e soprattutto un adeguamento del quadro legale

---

<sup>(97)</sup> Cfr. J. MILLAR, *op. cit.*, 28-29, 35.

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

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

<sup>(100)</sup> In dottrina, per i dovuti approfondimenti, cfr. L. GOLZIO, *L'evoluzione dei modelli organizzativi d'impresa*, in *DRI*, 2005, n. 2, 312, e L. CAMPIGLIO, *I modelli di riforma del mercato del lavoro richiesti dalla competitività economica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 395-402.

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

<sup>(102)</sup> Nella letteratura internazionale, tra i primi a suggerire il superamento, o



di riferimento. Questo soprattutto con riferimento a un Paese come il nostro, dove i processi di esternalizzazione risultavano governati — come noto <sup>(103)</sup> — da una disciplina tanto rigida sul piano formale quanto largamente ineffettiva nella prassi applicativa. Con la conseguenza di alimentare fenomeni *sui generis* e selvaggi di esternalizzazione <sup>(104)</sup>, attraverso un massiccio, quanto spesso abusivo, ricorso ad appalti di servizi ma anche a contratti di lavoro non dipendente come nel caso delle collaborazioni coordinate e continuative che hanno finito con il rappresentare una forma individualizzata ed estrema di *outsourcing* con grave danno per la dotazione di capitale umano del nostro Paese <sup>(105)</sup>.

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

La fornitura di lavoro era infatti ammessa unicamente — stante il disposto dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 196/1997 — per il soddisfacimento di « esigenze di carattere temporaneo » e, dunque, solo per casi eccezionali individuati dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Una previsione questa che, in uno con il divieto di somministrazione per la esecuzione di mansioni di esiguo contenuto professionale, finiva con il consentire l'emersione e regolarizzazione di una minima parte dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro connessi

---

comunque una profonda revisione, del modello « centro-periferia », cfr. K. PURCELL, J. PURCELL, *op. cit.*, 344. Nella dottrina italiana insiste sul punto A. RUSSO, *op. cit.*, qui 260-264.

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

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

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

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



ai fenomeni di esternalizzazione del lavoro. Tanto a indurre una attenta dottrina a segnalare l'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana e cioè di « un nuovo istituto assolutamente inutile per come regolato. La verità nuda e cruda è che si tratta di un mero doppione del contratto a termine, contrabbandato come un nuovo importante strumento di flessibilità »<sup>(107)</sup>.

A trionfare nell'impianto della legge n. 196/1997 era, in effetti, la vecchia impostazione rigida della norma inderogabile astratta « coniugata al controllo successivo del giudice, che tanti guasti ha provocato alla certezza del diritto e alla programmazione delle imprese proprio in tema di contratto a termine »<sup>(108)</sup>. Ma non solo. In questa prospettiva il prestatore di lavoro temporaneo, per quanto ampiamente tutelato da una legislazione tra le più rigide e garantiste d'Europa<sup>(109)</sup>, finiva con l'essere inevitabilmente collocato nell'area del lavoro precario<sup>(110)</sup> — e questo anche nell'ipotesi in cui fosse stato assunto a tempo indeterminato da una grande multinazionale del settore, in linea con l'archetipo centrale del diritto del lavoro — tanto da giustificare, sul piano della rappresentanza sindacale<sup>(111)</sup>, una grossolana quanto indebita assimilazione alla figura del collaboratore coordinato e continuativo<sup>(112)</sup>. E questo nonostante il nostro Paese, caratterizzato per una esperienza di sindacalismo c.d. orizzontale<sup>(113)</sup>, non risultasse spiazzato dai segnali di sgretolamento della fabbrica fordista al pari di

---

<sup>(107)</sup> Così A. VALLEBONA, *L'ipocrisia del lavoro interinale all'italiana*, in *ADL*, 1997, 135-136.

<sup>(108)</sup> Ancora A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, 137-138.

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

<sup>(110)</sup> In questa prospettiva cfr., per tutti, A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 96.

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

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

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

quelle Nazioni che hanno invece conosciuto unicamente o prevalentemente un sindacalismo di tipo verticale <sup>(114)</sup>.

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

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

Alla luce dei variabili costi di transazione presenti in ciascuna azienda e in ciascun settore produttivo — e cioè i costi di decisione o di esperienza, i costi di controllo (ovvero della gestione del contratto e della relazione di lavoro) e i costi di cambiamento (indotti dal passare da una tipologia di contratto ad un'altra) <sup>(116)</sup> — la somministrazione di lavoro non può dunque essere più semplicisticamente equiparata a una ipotesi di lavoro a tempo determinato. Essa, piuttosto, rappresenta nell'impianto del decreto legislativo n. 276/2003 una ipotesi di specializzazione organizzativa e gestionale che opera sì sul versante della flessibilità occupazionale ma anche, se non soprattutto, su quello della modernizzazione dell'apparato produttivo mediante modelli di integrazione contrattuale tra imprese coordinati da operatori polifunzionali e altamente qualificati, quali sono appunto le nuove agenzie del lavoro <sup>(117)</sup>.

---

<sup>(114)</sup> Rileva questo profilo A. SUPLOT, *op. cit.*, qui 17.

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

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

<sup>(117)</sup> Questo profilo è analizzato diffusamente in S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le*

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

A queste ragioni se ne aggiungono altre particolarmente innovative a sostegno del sistema produttivo e della innovazione organizzativa delle imprese e, cioè, attività specialistiche di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale; servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati; attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale, gestione di *call-center*, nonché tutte le attività connesse alla fase di avvio di una nuova attività

---

agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 127-168.

<sup>(118)</sup> Sullo schema dello *staff-leasing* cfr. G. MAUTONE, *Fornitura di manodopera a tempo indeterminato: lo staff leasing negli Stati Uniti*, in DRI, 1999, n. 1, cui adde, più recentemente, L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello 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.

nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali.

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

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

Accanto alla tipizzazione *ex lege* si rinvia poi alla contrattazione collettiva, nazionale o territoriale, il compito di individuare, anche in relazione ad attività non marginali del ciclo produttivo dell'utilizzatore, ulteriori ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Si affida dunque al controllo sociale l'espansione dell'istituto al di fuori di attività che già oggi sono oggetto di ampia esternalizza-

---

<sup>(119)</sup> Art. 22, comma 5, d.lgs. n. 276/2003. Per un bilanciamento di costi e benefici nel ricorso alla somministrazione di lavoro rispetto agli appalti di servizi cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 268-273.

<sup>(120)</sup> Così invece M. LAMBERTI, *op. cit.*, 408.

zione tramite lo strumento — sicuramente meno garantista per il lavoratore — degli appalti di servizi <sup>(121)</sup>.

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

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


---

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

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

<sup>(123)</sup> Così: M. LAMBERTI, *op. cit.*, qui 407.


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

<sup>(125)</sup> In termini analoghi cfr. S. MAGRINI, P. PIZZUTI, *op. cit.*, 192. Emblematico, da questo punto di vista, il ricorso ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa per la gestione dei *call-center*. Tra le più recenti prassi applicative si segnalano i seguenti contratti aziendali, indotti dalla riforma Biagi, volti a innalzare le tutele dei lavoratori addetti ai *call-center*. L'accordo del 24 maggio 2004 tra le categorie delle telecomunicazioni e Telecom (Atesia) sui contratti di lavoro flessibile (in  *Boll. Adapt*,

In realtà, proprio nel ritenere la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato — che normalmente garantisce maggiori stabilità e tutele al lavoratore in carne e ossa — « una forma molto più pericolosa del già noto lavoro temporaneo »<sup>(126)</sup>, si comprende come la dottrina e parte del movimento sindacale abbiano sin qui tollerato la legalizzazione della fattispecie solo a condizione di immaginarne una sua collocazione nell'alveo del lavoro precario e atipico, come tale da limitare drasticamente e ammettere in casi puramente eccezionali. Palesando tuttavia, in questo modo, una oggettiva incapacità culturale, prima ancora che progettuale, di immaginare nuovi modelli organizzativi e gestionali idonei a innalzare le tutele di un lavoratore in carne e ossa che, per motivi ideologici ed esigenze di sistema legate alla presunta necessità di una coincidenza tra datore di lavoro e utilizzatore effettivo della prestazione di lavoro<sup>(127)</sup>, si vuole a tutti i costi relegare in contesti normativi meno tutelati e gratificanti.

Sul piano della tecnica normativa altrettanto più importante è, da questo punto di vista, anche l'innovazione introdotta sul versante della fornitura temporanea, là dove si precisa che « la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore ». Disposizione con cui si affida, in modo elastico, alle libere scelte datoriali, e conseguentemente alla dialettica intersindacale, la determinazione delle opzioni relative alla concreta organizzazione del lavoro in funzione delle caratteristiche e delle dimensioni aziendali, del *know how* organizzativo e gestionale, del tipo di settore produttivo e, in generale, delle molteplici condizioni di contesto che richiedono alle imprese un continuo adattamento al mercato secondo la nota *life cycle teory*<sup>(128)</sup>. Il tutto nella convinzione che, nella nuova economia, non può essere il legislatore a determinare

---

2004, n. 19) e, precedentemente, l'accordo del 3 marzo 2004 per la regolamentazione delle collaborazioni coordinate e continuative tra i sindacati del commercio di Cgil, Cisl e Uil e l'Assocalcenter (in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 7).

<sup>(126)</sup> Così, per tutti, O. BONARDI, *op. cit.*, qui 124.

<sup>(127)</sup> Sulla debolezza della tesi che vuole la necessaria coincidenza tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione di lavoro, quale principio immanente alla nozione legale di lavoro subordinato, cfr. P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, cit., 24, e già L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia"*, in *DRI*, 1992, 80-82.

<sup>(128)</sup> Cfr. R.S. SCHULER, S.E. JACKSON, *op. cit.*, qui 127.

in astratto, una volta per tutte e secondo meticolose tipizzazioni legali, i modelli organizzativi del lavoro <sup>(129)</sup>.

È sempre in questa prospettiva che si spiega perché, in secondo luogo, nell'impianto del decreto legislativo n. 276/2003 l'elemento della temporaneità della esigenza aziendale <sup>(130)</sup> perde valore di tratto caratterizzante, essendo ora la somministrazione a termine riferibile a ragioni oggettive relative anche « all'ordinaria attività dell'utilizzatore » <sup>(131)</sup>.


Vero è che, come dovrebbe oramai essere chiaro a questo punto, cambia sostanzialmente la finalità dell'istituto in ragione del fatto che, analogamente a quanto già avvenuto con riferimento al contratto di lavoro a termine, viene meno il requisito della temporaneità della prestazione (il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo di cui all'articolo 1, comma 1, legge n. 196/1997) come condizione per il ricorso alla somministrazione a termine <sup>(132)</sup>. In altri termini, e coerentemente a quanto avvenuto in materia di assunzioni a tempo determinato *ex* articolo 1, decreto legislativo n. 368/2001 <sup>(133)</sup>, il nostro ordinamento si orienta nuovamente verso l'originaria ispirazione antifraudolenta della disciplina del lavoro temporaneo <sup>(134)</sup>, escludendo ogni

<sup>(129)</sup> Cfr., sul punto, P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., qui 241, secondo cui non si può stabilire in astratto quale sia — tra i vecchi modelli di *vertical company* e i nuovi modelli di impresa integrata — il migliore.

<sup>(130)</sup> Elemento di cui all'art. 1, comma 1, della l. n. 196/1997. Sul punto cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro, Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, cit.

<sup>(131)</sup> Art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(132)</sup> Tanto che — come già rilevato nel mio *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 213, non pare più corretto parlare di fornitura o somministrazione di *lavoro temporaneo* ma, semmai, di fornitura o somministrazione temporanea, e cioè a termine, di lavoro.

<sup>(133)</sup> Sul punto, per i necessari approfondimenti, che non possono essere sviluppati in questa sede, cfr. M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit. Conferma il venir meno del requisito della temporaneità della prestazione rispetto alla apposizione del termine la recente circ. Min. lav. n. 41/2002, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*.

<sup>(134)</sup> Sulla originaria funzione antifraudolenta della normativa sul lavoro temporaneo cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, in AA.VV., *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 125, e, con specifico riferimento alla somministrazione di manodopera, A. CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *DL*, 1961, I, 128 ss.




opzione verso la pura e semplice rigidità nell'impiego della forza-lavoro. Là dove le degenerazioni interpretative della legge n. 1369/1960, volte a imporre vincoli e condizionamenti nella gestione flessibile della forza-lavoro, avevano finito con l'introdurre nell'ordinamento un divieto rigido e di carattere oggettivo, in quanto prescindeva da un intento fraudolento o simulatorio delle parti <sup>(135)</sup>.

E la stessa delega contenuta nella legge delega n. 30/2003, del resto, che orienta il legislatore delegato verso una ispirazione antifraudolenta della nuova disciplina, in funzione dell'obiettivo di vietare — e reprimere, mediante la nuova figura della somministrazione fraudolenta di cui all'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003 — ipotesi di intermediazione o interposizione nei rapporti di lavoro volte a ledere i diritti dei lavoratori. Ciò su cui dunque incide il decreto, in perfetta coerenza con quanto prevede la proposta europea di regolazione della fornitura di lavoro altrui <sup>(136)</sup>, è invece la soppressione di tutte quelle norme finalizzate esclusivamente all'obiettivo di irrigidire in sé l'uso della manodopera, anche là dove non esistano istanze di tutela del lavoro. L'articolo 4 della proposta di direttiva europea è infatti perentorio nell'affermare che restrizioni e proibizioni alla fornitura di lavoro sono ammissibili unicamente se basate su motivi di interesse generale e, in particolare, su esigenze di tutela dei lavoratori e che, pertanto, è compito degli Stati membri eliminare ogni restrizione o proibizione che non trova una siffatta giustificazione.

Circostanza questa che spiega perché ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 276/2003, che consentono la somministrazione di lavoro, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ra-

---

<sup>(135)</sup> Isolata, in dottrina, era infatti rimasta la posizione di A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1959, che individuava nella frode l'elemento costitutivo della fattispecie illecita. Sul punto, per una puntuale rassegna dei prevalenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr., per tutti, F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, cit., qui 3-5.

<sup>(136)</sup> In  *Somministrazione*, e per un commento cfr. M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, cit., 171-180, cui *adde* i contributi e i materiali raccolti in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *Temporary Agencies Work and the Information Society*, in *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 2004, n. 50, ed in particolare R. BLANPAIN, *EU legislation on temporary work*, 249-275.



gioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore ». Come non può il legislatore stabilire, in astratto, come si organizza una impresa così neppure il giudice può intervenire nel merito di legittime scelte aziendali e dovrà pertanto indirizzare la sua azione verso il controllo su situazioni abusive e fraudolente.

Altrettanto importante, in questa prospettiva, è infine l'intervento sul regime degli appalti di servizi <sup>(137)</sup>. Stando alla lettera dell'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003, ai fini della applicazione delle norme in materia di somministrazione, « il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa ». E ciò coerentemente a quanto statuito all'articolo 20, comma 2, là dove si precisa che « per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore ».

L'impostazione accolta nel decreto legislativo n. 276/2003 non comporta, come pure sostenuto <sup>(138)</sup>, una indebita alterazione del quadro regolatorio previgente. Il legislatore delegato si limita semmai a consolidare — e generalizzare — taluni orientamenti giurisprudenziali <sup>(139)</sup> con cui si era già cercato, nella prassi applicativa, di aggiornare la lettura del dato legale al mutato contesto economico e produttivo <sup>(140)</sup>. La Corte di Cassazione era infatti giunta da tempo a considerare leciti gli appalti di opere e servizi che, pur espletabili con mere

---

<sup>(137)</sup> Per un primo commento cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro - Insetto*, cit., 15-19.

<sup>(138)</sup> Cfr. con specifico riguardo proprio alla giurisprudenza evolutiva in materia di divieto di interposizione di lavoro P. ALLEVA, *op. cit.*, qui 170-174.

<sup>(139)</sup> Su cui cfr., da ultimo e per tutti: R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 45-46, e ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>(140)</sup> Così P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 264.

prestazioni di manodopera, si configurano come un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore <sup>(141)</sup>.

Vero è, alla luce del nuovo dato legale, che per non incorrere in una ipotesi di interposizione vietata, occorrerà pur sempre, a conferma della genuinità dell'appalto, la presenza dei due elementi caratterizzanti della fattispecie: l'organizzazione dei mezzi necessari — mezzi che, è bene precisare <sup>(142)</sup>, possono anche essere immateriali — e la gestione dell'appalto a proprio rischio.

Particolarmente utile per dare maggiore certezza ai processi di esternalizzazione potrebbe essere, in questa prospettiva, l'assistenza fornita dalle sedi di certificazione. Anche perché, ai sensi dell'articolo 84 del decreto legislativo n. 276/2003, gli operatori economici potrebbero presto avvalersi di codici di buone pratiche e indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino, che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico di impresa da parte dell'appaltatore <sup>(143)</sup>.

L'abrogazione della legge n. 1369/1960, e dei relativi divieti in materia di intermediazione nei rapporti di lavoro contenuti nella legge n. 264/1949, non comporta in ogni caso il venir meno del regime sanzionatorio — civilistico e penalistico — previsto per i casi di violazione della disciplina della mediazione privata nei rapporti di lavoro. A sostegno della effettività del nuovo quadro legale sono anzi previste specifiche sanzioni penali per le ipotesi di esercizio abusivo di intermediazione privata nonché un regime sanzionatorio più incisivo nel caso di sfruttamento del lavoro minorile <sup>(144)</sup>.

Vero è che, rispetto alla disciplina previgente, viene superato il principio dell'uniformità di trattamento economico e normativo tra

---

<sup>(141)</sup> In dottrina cfr., recentemente, L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 269-271, e, soprattutto, L. CALCATERRA, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione ecc.*, cit., 127-181.

<sup>(142)</sup> In dottrina, da ultimo, R. DEL PUNTA, *Articolo 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione. Somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 69-70.

<sup>(143)</sup> Sul punto cfr. L. CACCIAPAGLIA, *La certificazione dell'appalto*, in G. PERONE, A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 283-290.

<sup>(144)</sup> Cfr. *supra* la nota 59.

dipendenti del committente e quelli dell'appaltatore nel caso di appalti « interni »<sup>(145)</sup>. Ma come noto, si trattava di una previsione formalistica tanto largamente inapplicata nella prassi degli affari, quanto anacronistica rispetto alla evoluzione dei modi di produrre e organizzare il lavoro<sup>(146)</sup>. Maggiormente efficace, e rispondente a un nuovo equilibrio tra esigenze del sistema produttivo e istanze di tutela del lavoro, pare piuttosto il vincolo di solidarietà tra committente e appaltatore, già previsto dalla legge n. 1369/1960, per i trattamenti retributivi e contributivi dovuti al lavoratore in tutti i casi di appalto<sup>(147)</sup>. Una regola semplice, ma che ha una valenza pratica assai importante, e non solo al fine di garantire una maggiore tutela dei lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione. A ben vedere, infatti, la piena corresponsabilizzazione del committente rispetto ai trattamenti retributivi e contributivi del lavoratore non potrà che indirizzare la scelta di chi intenda appaltare opere o servizi verso imprese solide e altamente qualificate. È questo, evidentemente, a tutto vantaggio dei processi di specializzazione dell'apparato produttivo del nostro Paese.

## 6. Verso un nuovo diritto delle risorse umane.

La sfida aperta dalla riforma Biagi non è certo di poco conto, soprattutto sul versante della gestione delle risorse umane e del corretto funzionamento del mercato del lavoro. È stato puntualmente osservato, a questo proposito, che ad operatori economici e del diritto è ora richiesto un vero e proprio salto di consapevolezza e di cultura nello svolgimento dei loro compiti: solo in questo modo sarà infatti possibile « comprendere le dinamiche messe in moto dalla nuova legge e (...) applicarne i contenuti in modo coerente ed equilibrato con l'intento di migliorare il funzionamento dei mercati del lavoro, interni ed esterni »<sup>(148)</sup>.

---

<sup>(145)</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *Appalto*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, qui 436.

<sup>(146)</sup> Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione ecc.*, cit., qui 17.

<sup>(147)</sup> Tale principio, previsto inizialmente dal d.lgs. n. 276/2003 per i soli appalti di servizi, è stato esteso a tutti gli appalti dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 251/2004, « salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatore di lavoro comparativamente più rappresentative ».

<sup>(148)</sup> Così: T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, cit., qui 169, che poi precisa: « questo obiettivo dovrebbe essere comune a tutti, al di là delle riserve e critiche di rito manifestate nei confronti delle scelte legislative ». In questo


Le innovazioni al quadro previgente sono indubbiamente molteplici e tutte di notevole portata sia sul piano teorico che su quello pratico-operativo. E questo, come visto, soprattutto per quanto attiene al nuovo regime delle esternalizzazioni del lavoro. Per ridare effettività — e credibilità — al diritto del lavoro la scelta del legislatore è stata quella di affidare a chi sta in azienda un quadro di regole duttili e concretamente esigibili, la cui concreta implementazione è rimessa al responsabile della gestione del personale, in funzione di ragioni tecniche, organizzative o produttive, e nel rispetto della normale dialettica sindacale. Aumenta così la possibilità per le imprese di ricorrere legittimamente al mercato esterno e, conseguentemente, di ripensare in profondità i modelli organizzativi del lavoro nella convinzione — propria anche delle istituzioni comunitarie <sup>(149)</sup> — che solo governando il cambiamento in atto è possibile mantenere e sviluppare il capitale umano di un determinato sistema produttivo.

Da questo punto di vista — come ha riconosciuto Tiziano Treu <sup>(150)</sup> — « lo *shock* prodotto dalla nuova normativa può essere una occasione utile per rinnovare gli strumenti tradizionali di gestione delle risorse umane ». Ciò che è certo è che si registra un profondo cambiamento nella concezione del diritto del lavoro e delle tecniche di tutele del lavoro che da sempre lo caratterizzano.

La Legge Biagi ci consegna infatti un vero e proprio diritto delle risorse umane che vede nelle regole del lavoro non più un arido *corpus* normativo, patrimonio di pochi adepti, ma piuttosto uno strumento al servizio dei lavoratori e delle imprese in linea con la più recente evoluzione dei modi di lavorare e produrre che fanno del fattore personale il centro della sfida della competitività. Nella convinzione che solo governando i processi normativi reali — e non mediante vincoli e divieti insostenibili, che poi alimentano pratiche *contra legem* — si garantisce concretamente la qualità del lavoro e l'investimento nella persona come fattore competitivo e dunque capitale dell'impresa <sup>(151)</sup>.

---

senso cfr. anche il mio *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, cit., 3-30.

<sup>(149)</sup> Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Anticipating and Managing Change: a Dynamic Approach to the Social Aspects of Corporate Restructuring*, 2002, qui 2, in  *Lavoro (Organizzazione del)*.

<sup>(150)</sup> Così: T. TREU, *Riforma Biagi e nuove regole del mercato del lavoro*, cit., 156.

<sup>(151)</sup> Cfr. A. RUSSO, *op. cit.*, qui 262.

Parte I

LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO



SEZIONE A

DIMENSIONI DEL FENOMENO E QUADRO COMPARATO

1.

**LA DIMENSIONE DEL LAVORO TEMPORANEO:  
IL CASO ITALIANO  
NEL CONTESTO INTERNAZIONALE E COMPARATO**

GIANNI BOCCHIERI

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. Il lavoro temporaneo rispetto ai *trend* di occupazione. — 2. Il lavoro temporaneo in Italia. — 3. La situazione italiana nel contesto europeo.

**1. Posizione del problema. Il lavoro temporaneo rispetto ai *trend* di occupazione.**

Il dibattito sulla distinzione tra flessibilità buona e cattiva in Italia ha generato non pochi fraintendimenti.

Le semplici, quanto grossolane ed approssimative, valutazioni di razionalità economica che dovrebbero mettere in guardia, sia gli imprenditori che i lavoratori, dall'effettiva utilità dell'intera riforma del mercato del lavoro e, più in particolare, dall'utilità dei fenomeni di esternalizzazione in essa disciplinati, hanno mancato di fare i conti con dati scientifici ed oggettivi.

Ai tanti che hanno intravisto nelle moderne agenzie di somministrazione dei veri e propri « mercanti d'uomini », si sono aggiunti coloro che hanno mirato a dequalificare la riforma facendone emergere un quadro complessivo dalle fosche tinte.

Il dibattito sugli effetti positivi e negativi dell'introduzione dei fenomeni di esternalizzazione, ed in particolare del lavoro temporaneo (oggi in somministrazione) ha visto ravvivare i toni, proprio in conse-

guenza della riforma, che ha offerto l'occasione di mettere in discussione quanto acquisito sin dall'introduzione del famoso Pacchetto Treu (1).

Ancora oggi, si cerca di capire se il lavoro temporaneo rappresenti un canale di ingresso nel mercato a tempo indeterminato, o se, viceversa, i lavoratori in affitto siano usati dalle imprese solo per motivi di flessibilità produttiva, rimanendo intrappolati in uno stato di precariato permanente.


Alle tante levate di scudi contro il lavoro temporaneo/somministrazione, però, non sempre sono seguite valutazioni ancorate a dati statistici e oggettivi che, pure, avrebbero potuto chiarire quale (e quanto) spazio occupa il lavoro in somministrazione in Italia e quali siano gli effettivi esiti della c.d. « liberalizzazione dei rapporti atipici ».

Le rilevazioni Istat (2), così come anche le indagini dell'Isfol, del Cnel e del Centro Studi di Confindustria (3) hanno registrato, ad oltre un anno dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003, un aumento dell'occupazione stabile ed una riduzione del lavoro sommerso, sconfessando, così, tutte le critiche mirate a fare della riforma il grimaldello per una irrecuperabile destrutturazione del mercato del lavoro.

In particolare, le rilevazioni trimestrali dell'Istat segnalano un incremento di circa 250 mila posti di lavoro permanenti, mentre è diminuito di ben 110 mila unità il numero dei lavoratori temporanei (4).

(1) C'è anche chi si è interrogato sull'opportunità che i lavoratori temporanei/somministrati non vengano calcolati nell'organico dell'utilizzatore, ravvisando in ciò, una pratica tesa ad incentivare la « volatilità del personale ». Cfr. U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, in *LD*, 2004, 19-42. Viene da chiedersi perché mai inserire anche nel computo dell'organico dell'utilizzatore lavoratori che sono inseriti in quello del somministratore, generando, così, un inutile doppione e mettendo in discussione un principio già chiaro nella l. n. 196/1997.

(2) Vedi le rilevazioni trimestrali dell'Istat sulle forze lavoro in  *Boll. Adapt*, 2004 e 2005.

(3) ISFOL (a cura di), *Rapporto 2004*, Roma, novembre 2004; CNEL (a cura di), *Rapporto sul mercato del lavoro 2004*, Roma, dicembre 2004; CONFINDUSTRIA - CENTRO STUDI (a cura di), *La trasformazione industriale in Europa - Previsioni macroeconomiche*, Roma, dicembre 2004. Vedi anche, più recentemente, ISFOL (a cura di), *Rapporto 2005*, Roma, novembre 2005, e CNEL (a cura di), *Rapporto sul mercato del lavoro 2004*, Roma, dicembre 2005. Gli studi citati sono reperibili in  *Mercato del lavoro*.

(4) A commento di questi dati vedi P. GARIBALDI, *L'occupazione cresce ancora*, in *La voce.Info*, 30 marzo 2004 e, più recentemente, T. BOERI, P. GARIBALDI, *Standard*



I dati relativi alla situazione italiana devono poi essere valutati con riferimento al contesto europeo.

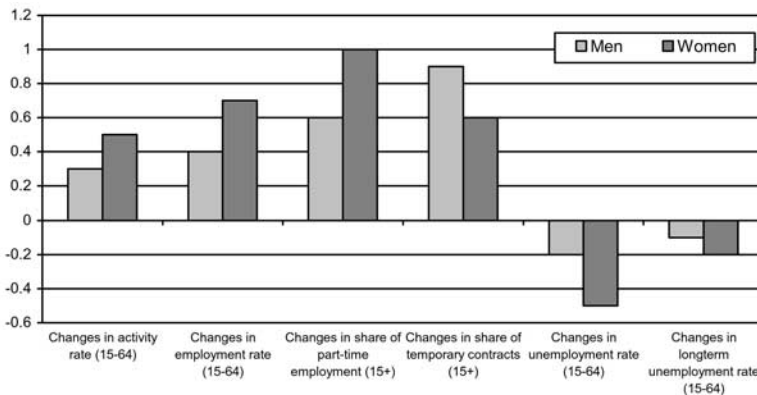
Al riguardo, da un'analisi comparata del primo quarto dell'anno 2005 con lo stesso periodo del 2004, emerge una crescita positiva dello *stock* di popolazione in età lavorativa occupata: al 63,2 per cento del 2005 corrisponde il 62,6 per cento dell'anno precedente con i picchi di crescita maggiore registrati in Spagna e Slovenia, dove gli incrementi si sono attestati su circa 1,8 punti percentuale.

Anche la differenza tra occupazione femminile e maschile è andata restringendosi: mentre l'indice di crescita dell'occupazione maschile è aumentato, in Europa, di 0,4 punti percentuale, quello femminile ha registrato una crescita più significativa, pari a 0,7 punti in un anno.


Ciò nonostante, l'indice di disoccupazione di lunga durata, indicativo della popolazione attiva in attesa di occupazione da più di un anno, è rimasto sostanzialmente invariato.

Un incremento significativo, invece, è stato registrato tanto per i contratti part-time, quanto per il lavoro temporaneo (cfr. elaborazioni grafiche Eurostat LFS).

Chart 1 — Changes in some labour market indicators of the EU-25 from 2004Q1 to 2005Q1 (percentage point).



Source: Eurostat LFS.

*minimi e nuove tipologie contrattuali*, in *La voce.Info*, 9 gennaio 2006, e ivi anche P. SESTITO, *L'occupazione dopo la legge Biagi*. Tutti i contributi sono reperibili anche in  *Mercato del lavoro*.

In questo quadro, poi, si evidenzia che nel primo periodo del 2005 il 13,8 per cento dei lavoratori in Europa ha lavorato grazie ai contratti in affitto. Nel settore agricolo e in quello edile, poi, la forza lavoro temporanea ha rappresentato rispettivamente il 29,5 per cento e il 19,9 per cento del totale. Non solo. Occorre anche sottolineare che ad una tale crescita del lavoro temporaneo non è corrisposto un elevato *turnover* dei lavoratori che, quindi, sono stati impiegati in missioni di lunga durata.

Già questi dati dimostrano come poca o nessuna attenzione merita quella che è stata giustamente definita « la retorica della mercificazione del lavoro »<sup>(5)</sup>. Una retorica che manca di fare i conti con la storia internazionale<sup>(6)</sup>, oltre che con quella interna al nostro Paese: « i primi anni di attuazione della legge n. 196/1997, hanno abbondantemente dimostrato come il legislatore abbia saputo discernere con ragionevolezza — e secondo un impianto normativo e concettuale confermato per i profili che qui rilevano dal decreto legislativo n. 276/2003 — tra ipotesi fraudolente o parassitarie di interposizione nei rapporti di lavoro e servizi professionali e altamente qualificati particolarmente importanti per la riattivazione del mercato del lavoro »<sup>(7)</sup>.


Se si considera che da una ricerca sul lavoro temporaneo in Italia, effettuata già nell'ottobre 2003 e curata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali<sup>(8)</sup>, emergeva che la consistenza dei lavoratori in affitto sullo *stock* degli occupati era assolutamente modesta — lo 0,91 per cento sull'occupazione dipendente e lo 0,61 per cento dell'occupazione complessiva nel secondo trimestre 2002 — e che tale incidenza non è cambiata di molto (*infra*, paragrafo 2), allora si avverte, con ancora maggior lucidità, la connotazione « caricaturale » del filone interpretativo che ha indicato nel lavoro in affitto il primo fra tutti i mali del nostro mercato del lavoro.

---

<sup>(5)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Esternezzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, che introduce il presente volume.

<sup>(6)</sup> La posizione assunta dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro testimonia come l'evoluzione del lavoro in affitto abbia determinato il progressivo riconoscimento della legittimità e utilità di questo strumento, vedi al riguardo il contributo di O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, che segue.

<sup>(7)</sup> Così testualmente M. TIRABOSCHI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(8)</sup> Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia. Trappola per il precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pavia, 2003, in  *Somministrazione*.

È importante, allora, capire che le valutazioni relative alla bontà o meno del nuovo regime delle esternalizzazioni in generale, e del lavoro in affitto in particolare, devono passare attraverso l'assioma per il quale esse non rappresentano altro che l'espressione della modernità<sup>(9)</sup>. Una modernità tesa al recupero e allo sviluppo della competitività ed efficienza organizzativa, senza per questo annullare le innegabili istanze di garanzia dei lavoratori.

## 2. Il lavoro temporaneo in Italia.


Con importanti ritmi di crescita annuali, il lavoro temporaneo ha visto autorizzare nel 2004 ben 76 società, con 2.400 filiali operative, 8.500 dipendenti diretti e un numero di rapporti di lavoro/missioni pari a 1.180.000, a servizio di 350.000 aziende che, in sette anni di attività, hanno utilizzato l'interinale<sup>(10)</sup>.


Non sono attualmente disponibili dati aggiornati ma si consideri che delle 2.230 filiali, facenti capo alle 69 società di lavoro interinale autorizzate nel 2003, ben il 73,4 per cento era localizzato nel nord del Paese, di cui il 30,4 per cento nella sola Lombardia<sup>(11)</sup>.

Se fino al 2001 i ritmi di crescita del lavoro interinale erano stati sorprendenti, il biennio 2002-2003, al contrario, registra un'espansione ben più moderata<sup>(12)</sup>. Secondo i dati riportati dal Ministero del lavoro, la fine del 2003 ha registrato la « fase terminale del decollo del comparto »<sup>(13)</sup>, anche se i dati Confinterim del 2004 sembrerebbero evidenziare un importante segnale di ripresa rispetto all'anno precedente (Tabella 1.1.).

---

<sup>(9)</sup> Cfr. M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in *GLav*, 1997, n. 3, 10, ora in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003.

<sup>(10)</sup> Cfr. AILT, APLA, CONFINTERIM (a cura di), *Statistica congiunta sul mercato della somministrazione di lavoro*, marzo 2005, in  *Somministrazione*.

<sup>(11)</sup> I dati sono relativi alla ricerca condotta dall'IRES, *Dal lavoro interinale alla somministrazione di manodopera: primo monitoraggio su cosa cambia per le Agenzie per il lavoro e per le imprese utilizzatrici*, luglio 2005, in  *Somministrazione*.

<sup>(12)</sup> Cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI (a cura di), *Il lavoro Interinale. Un approfondimento*, Roma, febbraio 2005.

<sup>(13)</sup> Cfr. MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI (a cura di), *Il lavoro Interinale. Un approfondimento*, cit.

Tabella 1.1. — *Il mercato della somministrazione in Italia.*

<i>Anno</i>	<i>Volume d'affari in MDI di euro</i>	<i>Anno Variazione percentuale</i>
2000	1,700	129,1
2001	2,444	43,8
2002	2,982	22,0
2003	3,373	13,1
2004	4,000	18,6

Fonte: elaborazione IRES su dati AILT, APLA, Confinterim.

La riforma Biagi ha determinato un ampliamento del mercato della somministrazione, grazie anche all'eliminazione dell'oggetto esclusivo sociale <sup>(14)</sup>.

Nell'ultimo anno, infatti, le Agenzie di lavoro interinale (oggi Agenzie di somministrazione) hanno dovuto riorganizzarsi per far fronte alle esigenze poste dalla nuova normativa, che ha consentito il passaggio dal « monoprodotto alla polifunzionalità ».

Sostanzialmente, le Agenzie cosiddette « generaliste », che sono poi la totalità delle vecchie agenzie interinali, oggi autorizzate secondo il nuovo regime, stanno affiancando alla somministrazione, che rimane comunque prevalente, le altre attività.

La totalità delle Agenzie, oggi, offre pacchetti integrati di servizi, rivolti all'intero organico delle imprese clienti. Per questo, sono stati avviati programmi di formazione per il personale interno, oltre a nuove assunzioni.

Dalla nuova Rilevazione Continua delle Forze Lavoro dell'Istat <sup>(15)</sup> emerge che i lavoratori somministrati, oggi, sono circa 157.000, pari allo 0,7 per cento dell'occupazione complessiva e all'1 per cento di quella dipendente. Questo dato è di gran lunga inferiore a quello degli altri Paesi europei, dove, tuttavia, il lavoro temporaneo/somministrato è decollato diverso tempo prima che non in Italia.

---

<sup>(14)</sup> Sull'eliminazione del requisito relativo all'oggetto sociale esclusivo, vedi il contributo di S. SPATTINI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro: profili giuridici*, in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(15)</sup> Vedi *supra* nota 2.

La bassa incidenza di questa formula contrattuale è dovuta a diversi fattori: da una parte in Italia è presente una pluralità di formule contrattuali concorrenti, che risultano, per svariati motivi, maggiormente appetibili; dall'altra la brevità delle missioni rende il dato « volatile ».

La maggior parte dei lavoratori somministrati è concentrata al nord, ben il 56,7 per cento, di cui il 25,5 per cento nella sola Lombardia; il 22,3 per cento lavora invece nel centro e il 21 per cento nel sud.

Considerata la distribuzione della forza lavoro sull'intero territorio nazionale, alcune Agenzie hanno non solo incrementato il numero delle filiali presenti nel sud Italia, così da garantire una rete di servizi più vicina al territorio, ma hanno anche avviato programmi di mobilità territoriale capaci di « agevolare » i lavoratori al trasferimento in una Regione diversa da quella di provenienza.

Contrariamente a quanto si potrebbe pensare i lavoratori temporanei/somministrati sono per la maggior parte donne: circa il 50,2 per cento della forza lavoro in affitto è femminile. Naturalmente vi sono delle differenze a livello territoriale che riflettono l'andamento generale della distribuzione del lavoro in generale e di quello in affitto in particolare (Tabella 1.2.).

Tabella 1.2. — *Lavoratori somministrati per ripartizione territoriale.*

	<i>n. lavoratori</i>	<i>%</i>
Nord	310.738	61,90
Centro	152.708	30,49
Sud	38.202	7,61
Totale	502.000	100

Fonte: elaborazioni APLA, AILT, Confinterim.

Oltre il 44 per cento dei lavoratori somministrati ha un'età compresa tra i 25 e i 34 anni, mentre il 17 per cento ha meno di 25 anni e più di un quarto è *over 40* (Tabella 1.3.). Come mostra la tabella le donne appartengono a quelle classi di età che coincidono con le fasi di ingresso e reingresso nel mercato del lavoro, tra gli uomini, invece, il lavoro in somministrazione coinvolge un po' tutte le fasce di età.

Tabella 1.3. — *Lavoratori somministrati per classi di età e ripartizione territoriale (valori percentuali).*

<b>Maschi</b>	<i>Nord</i>	<i>Centro</i>	<i>Sud</i>	<i>Totale</i>
< 24	20,5	17,2	15,9	—
25-29	33,6	10,8	18,4	25,2
30-34	21,0	18,8	14,0	17,7
35-39	9,9	8,2	14,5	10,8
> 40	15,1	44,9	37,2	26,7
Totale	100,0	100,0	100,0	100,0
<b>Femmine</b>	<i>Nord</i>	<i>Centro</i>	<i>Sud</i>	<i>Totale</i>
< 24	18,8	4,6	15,9	14,6
25-29	15,5	22,4	30,2	19,4
30-34	26,7	25,9	16,3	25,0
35-39	17,4	10,9	4,0	13,7
> 40	21,5	36,3	34,0	27,2
Totale	100,0	100,0	100,0	100,0
<b>Totale (M+F)</b>	<i>Nord</i>	<i>Centro</i>	<i>Sud</i>	<i>Totale</i>
< 24	19,6	9,9	15,7	16,6
25-29	24,1	17,5	22,6	22,3
30-34	24,0	22,9	14,8	21,8
35-39	13,8	9,7	10,8	12,3
> 40	18,5	39,9	36,1	27,0
Totale	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: elaborazioni IRES su dati Istat, Indagine sulle Forze di lavoro, IV trimestre, 2004.

Quanto alla scolarizzazione dei lavoratori in affitto, si registra ben il 55 per cento con diploma di scuola media superiore, il 33 per cento con diploma di licenza media o elementare, ed un residuale 11,5 per cento di laureati.

Le donne sono in media più scolarizzate degli uomini e sono impiegate prevalentemente nel settore commercio (Tabella 1.4.).

Tabella 1.4. — *Lavoratori somministrati per titolo di studio, sesso e ripartizione territoriale.*

<b>Maschi</b>	<i>Nord</i>	<i>Centro</i>	<i>Sud</i>	<i>Totale</i>
Licenza media	37,8	47,6	27,9	37,0
Diploma	50,8	40,7	61,8	51,8
Laurea (*)	11,4	11,7	10,3	11,2
Totale	100,0	100,0	100,0	100,0
<b>Femmine</b>	<i>Nord</i>	<i>Centro</i>	<i>Sud</i>	<i>Totale</i>
Licenza media	36,4	21,1	29,6	29,6
Diploma	56,3	61,0	63,4	58,6
Laurea (*)	7,3	18,0	19,6	11,9
Totale	100,0	100,0	100,0	100,0
<b>Totale (M+F)</b>	<i>Nord</i>	<i>Centro</i>	<i>Sud</i>	<i>Totale</i>
Licenza Media	37,1	32,2	24,1	33,3
Diploma	53,7	52,4	62,4	55,2
Laurea (*)	9,2	15,3	13,6	11,5
Totale	100,0	100,0	100,0	100,0

(\*) o formazione postuniversitaria

Fonte: elaborazioni IRES su dati Istat, Indagine sulle Forze di lavoro, IV trimestre, 2004.

La distribuzione settoriale ha registrato una maggior concentrazione nel comparto industriale (43,6 per cento), con una prevalenza decrescente degli uomini rispetto alle donne, con riprova che l'istituto ha assolto funzioni ulteriori rispetto alla semplice necessità di impiego flessibile di forza lavoro.

I settori dell'istruzione e della sanità e servizi sociali vedono impiegati il 14,4 per cento e quelli dei servizi alle imprese e al commercio, rispettivamente il 12,3 per cento e il 9,7 per cento.

Nel corso degli anni è cresciuto il numero dei lavoratori somministrati nel settore pubblico. Dall'indagine Istat risultano 11.000 lavoratori in affitto nel settore pubblico, di cui 9.000 nella pubblica amministrazione e solo 2.000 nei settori della sanità, ricerca e istruzione. Tale incremento è dovuto, con molta probabilità, al blocco delle assunzioni che ha vincolato l'organizzazione pubblica costringendola a ricorrere a forme di lavoro alternative al fine di mantenere inalterati gli organici sui livelli reputati necessari per il funzionamento degli uffici, compatibilmente con le disponibilità di bilancio.

Da queste brevi considerazioni emerge un quadro rinnovato: il lavoro temporaneo/somministrato sta assumendo sempre più un carattere anche terziario, con una presenza « femminile » sempre più spiccata, accompagnata da una crescita dell'età media.

In generale, sia in Italia che nel resto d'Europa il lavoro in affitto è lo specchio del livello di sviluppo nel quale si trova il mercato del lavoro.

Il cambiamento della figura media del lavoratore interinale (originariamente maschio-giovane-operaio-industriale), segnala una più elevata maturità del mercato: oggi le imprese, nonostante non ne facciano un uso intensivo, ricorrono al lavoro in somministrazione in maniera « sistematica ». Con il consolidamento dello strumento, infatti, sono stati impiegati un maggior numero di lavoratori in età avanzata e dotati di una scolarizzazione media. Negli Stati Uniti, ad esempio, dove il lavoro temporaneo è in uso da molto più tempo che in Italia, il lavoratore interinale ha un'età media compresa tra i 35 e i 39 anni, mentre fino agli anni Ottanta il profilo del lavoratore in affitto rispondeva a quello di giovani donne alla ricerca di un primo lavoro <sup>(16)</sup>.

Pertanto, se i primi dati sui lavoratori in affitto mostravano un quadro di lavoratori molto giovani, alla prima esperienza di lavoro, oggi, al contrario, la crescita dell'età media attesta che il lavoro temporaneo non è più semplicemente un tipico lavoro di accesso al mercato, ma soprattutto un canale di immissione nel mercato del lavoro stabile: rispetto ad altre forme contrattuali di ingresso, come le collaborazioni, l'interinale ha dimostrato finora una maggior capacità di stabilizzazione.

---

<sup>(16)</sup> Cfr. T. TORRE, *Flessibilità e lavoro interinale: riflessioni su condizioni, implicazioni e soggetti*, De Ferrari, Genova, 2002.



Secondo i dati AILT, APLA e Confinterim <sup>(17)</sup>, la percentuale di persone assunte al termine della missione si aggira intorno al 35 per cento. Dunque se per una buona parte dei lavoratori in affitto, il contratto in somministrazione rappresenta una via per il lavoro stabile, per la restante è, comunque, uno strumento che ne favorisce l'occupabilità.

È importante valutare la correlazione che interviene tra la durata delle missioni e la probabilità di assunzione: alle missioni pari o superiori a sei mesi segue più spesso che negli altri casi un'assunzione diretta e a tempo indeterminato presso l'utilizzatore.

Naturalmente la percentuale di assunti al termine della missione dipende soprattutto dal motivo per il quale l'utilizzatore ricorre al lavoro in affitto: le aziende che utilizzano la somministrazione per reperire personale qualificato, hanno una maggiore propensione ad assumere al termine della missione <sup>(18)</sup>.

Va da sé che le imprese che ricorrono al temporaneo per soddisfare picchi nella produzione o per sostituire personale con diritto al mantenimento del posto « stabilizzano » i lavoratori in misura inferiore.

### 3. La situazione italiana nel contesto europeo.

Il lavoro temporaneo ha registrato in Europa, nel corso del 2004, un fatturato globale pari a 18,4 miliardi di euro, segnando, così, un incremento rispetto all'anno precedente del 4 per cento ma una sostanziale *diminutio* rispetto al biennio 2000/2001 che, nel momento di massima espansione, registrò un giro d'affari pari a 18,8 miliardi di euro.


Ciononostante il 2004 è stato caratterizzato da una progressiva crescita sia del volume d'affari (come detto pari al 4 per cento) sia del numero delle ore prestate (pari a 1,5 per cento) <sup>(19)</sup>.

Le rilevazioni statistiche indicano, in particolare, come sia ancora limitato, rispetto alle potenzialità del mercato del lavoro italiano, il ri-

---

<sup>(17)</sup> Vedi *supra* nota 10.

<sup>(18)</sup> Oltre il 57% delle imprese che ricorrono alla somministrazione per la ricerca di figure professionali offrono l'assunzione nel 30% dei casi.

<sup>(19)</sup> Cfr. SYNDACAT DET ENTERPRISES DE TRAVAIL TEMPORAIRE - SETT (a cura di), *Rapport économique et social annuel 2004*, in [www.sett.org](http://www.sett.org) e in  *Somministrazione*.

corso alle agenzie di somministrazione e lavoro interinale che, infatti, coprono poco più di una quota dello 0,63 per cento del mercato del lavoro italiano contro il 4,8 per cento del Regno Unito, il 3,08 per cento dell'Olanda, il 2,04 per cento della Francia.

*La diffusione in alcuni importanti Paesi d'Europa (2003).*

<i>Stato</i>	<i>Popolazione attiva (in milioni)</i>	<i>Numero temporanei equivalenti full time</i>	<i>Incidenza percentuale su popolazione attiva</i>
Germania	39,0	273.089	0,70%
Gran Bretagna	29,9	1.434.098	4,80%
Francia	27,1	554.878	2,04%
Italia	24,5	132.715	0,54%
Spagna	18,0	114.000	0,63%
Paesi Bassi	7,3	225.000	3,08%
Portogallo	5,3	50.000	0,94%
Svezia	4,4	45.000	1,02%
Belgio	4,0	65.868	1,65%


*Fonte:* Ailt, Apla, Confinterim 2005.

Certo è che i dati statistici non possono essere da soli significativi. Appare, infatti, necessario tenere in considerazione le profonde differenze che intercorrono tra le varie legislazioni nazionali <sup>(20)</sup>.

Se, ad esempio, nel Regno Unito la legislazione è estremamente elastica, al contrario, in Germania o in Francia il lavoro temporaneo è vincolato da una normativa a maglie strette.

In Francia il lavoro temporaneo è incardinato su criteri di tutela mirati a soddisfare il rispetto dei diritti acquisiti dai lavoratori: sussistono delle causali specifiche di ricorso al lavoro temporaneo, la du-

---

<sup>(20)</sup> Con riferimento al quadro comparato vedi il contributo di M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, *La regolamentazione della somministrazione di lavoro: un confronto comparato*, che segue, e per una scheda di sintesi C. BIZZARRO, M. LIPAROTI, C. MITTIGA, G. URSINO (a cura di), *Schede comparate*, aggiornamento settembre 2005, in  *Somministrazione*.

rata del contratto deve essere indicata al momento della sigla dello stesso ed il periodo di rinnovo, ammesso per una sola volta, può andare da nove a ventiquattro mesi, mentre nel settore pubblico non è ammesso l'ausilio delle agenzie per il lavoro. Al contrario, nel Regno Unito, le Agenzie non necessitano di autorizzazioni particolari per l'esercizio delle loro attività, né sono vincolate da particolari restrizioni legali relative alle ragioni di utilizzo, ai periodi di missione o di rinnovo dei contratti.

Analizzando i sistemi di qualificazione del personale, emerge l'importanza di un quadro legislativo di supporto alla formazione, che sancisca i diritti dei lavoratori e nel contempo disciplini (come, ad esempio, avviene in Francia e in Italia) il finanziamento dei costi formativi.

Le esperienze europee indicano la strada della costituzione di appositi Fondi (attraverso il prelievo obbligatorio di quote calcolate sulla massa salariale) e si caratterizzano per la individuazione di condizioni certe per l'esercizio del diritto alla formazione attraverso l'opportunità, garantita ai lavoratori, di usare tempo-lavoro retribuito e/o di investire in formazione parte del tempo libero.

Si va da esperienze assai strutturate di gestione concertata della formazione e dei finanziamenti relativi, come quella francese, ad altre in cui il ruolo della contrattazione è meno evidente (Belgio) o viceversa più marcato al fine di regolamentare l'accesso alla formazione e la destinazione dei fondi (pensiamo al caso italiano) <sup>(21)</sup>. Ci sono, però, altri Paesi, come la Svizzera, dove la scarsa diffusione di pratiche concertative ha dato vita a sistemi assai meno strutturati ed efficaci.

Ora, al di là di queste brevi e specifiche considerazioni, v'è da dire che, nel condurre un'analisi comparata, occorre mettere a punto un metodo capace di cogliere i principi che gli ordinamenti giuridici « esprimono », tanto più quando si toccano materie ad alto impatto politico, culturale e finanche emotivo, come quelle del lavoro e, più in generale, delle politiche sociali.

Se quindi si procede con la analisi del grado di flessibilità presente in ogni singolo Paese — offrendo così un sistema generale delle

---

<sup>(21)</sup> Con specifico riferimento all'esperienza italiana, vedi il contributo di G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *I fondi per la formazione e la tutela del reddito*, in questa Parte, Sez. (C).

differenze, pure consistenti, che intercorrono tra le diverse realtà — il parametro che può maggiormente aiutare a tracciare un quadro generale, è dato dalla considerazione preliminare del contesto che i Paesi europei attualmente vivono con riguardo alle normative di tutela del lavoro. Non solo. Prima di confrontare gli ordinamenti dei diversi Paesi europei si dovrebbe tentare di capire quali siano gli orientamenti espressi dal diritto comunitario attuale (di prossima emanazione) in materia di tutela del lavoro.

Con riferimento alla prima delle prospettive indicate, sarebbe opportuno considerare il problema della flessibilità rispetto a quello più generale relativo alla identificazione dei criteri in base ai quali, nei vari Paesi, un'attività lavorativa viene ricondotta nell'ambito del lavoro dipendente o « subordinato ». Al riguardo, si identificano, in Europa, tre diversi sistemi di qualificazione del lavoro dipendente. Il primo basato su una serie di indicatori di varia natura (orario, retribuzione, sottoposizione ai poteri datoriali, possesso strumenti di lavoro, ecc.); il secondo basato sulle molte definizioni legali di lavoro dipendente ed il terzo che si sostanzia nell'assimilazione ad una definizione generale di lavoro dipendente delle diverse tipologie contrattuali definite dal legislatore o da fonti regolative <sup>(22)</sup>.

I tre sistemi sono tra loro molto diversi e producono effetti altrettanto variegati. L'area del lavoro dipendente, inoltre, è soggetta a considerevoli innovazioni e dinamismi. Sappiamo bene che in Italia il decreto legislativo n. 276/2003 ha portato ad una ridefinizione di alcuni degli istituti contrattuali che disciplinano il lavoro dipendente; in Austria e Germania vi sono state innovazioni relative alla definizione legale di lavoratore ai fini delle tutele previdenziali; in Irlanda, poi, si è deciso di affidare, con sempre maggior frequenza, ad organismi bilaterali l'individuazione di indicatori utili a discriminare tra lavoro dipendente o meno.

Tanti e tali cambiamenti, per un verso, valorizzano sistemi sino ad oggi ritenuti singolari, come ad esempio quello belga, dove le *Agence Locale pour l'emploi* (Ale), organi amministrativi che certificano lo stato dei lavoratori in base alle differenti categorie di appartenenza, svolgono un ruolo di primo rilievo nel sistema lavoro del Paese,

---

<sup>(22)</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *La tutela dei lavoratori in Europa: ambito della protezione sociale e prospettive della contrattazione collettiva europea*, in [www.unicz.it](http://www.unicz.it)

per altri invece, non fanno che rendere l'analisi del sistema lavoro europeo molto complesso e quasi « indefinibile ».

Proprio per le grandi eterogeneità che intercorrono tra le diverse realtà e in relazione alla seconda delle prospettive di indagine individuate, ciò che rileva sono i criteri di protezione sociale indicati a livello comunitario.


Se partiamo dall'analisi dei parametri offerti dalla Carta di Nizza, vediamo come una tra le legislazioni più garantiste per il lavoratore e, quindi, in maggior misura rispondente ai criteri fissati nella Carta medesima e, in generale, dall'Unione Europea, sia proprio quella italiana <sup>(23)</sup>.


Proprio con riferimento al lavoro tramite agenzia le indicazioni fornite dall'Unione Europea sono molto chiare e esemplificativo è il dibattito <sup>(24)</sup> relativo alla proposta, presentata dalla Commissione il 20 marzo 2002, di *Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei* <sup>(25)</sup> nonché il contributo apportato dal Parlamento Europeo <sup>(26)</sup> parzialmente recepito nel testo, del 20 novembre 2002, recante la proposta modificata <sup>(27)</sup>.


Cardine della regolamentazione del lavoro tramite agenzia pro-

<sup>(23)</sup> La Carta di Nizza riconosce i diritti fondamentali del lavoratore in quanto cittadino piuttosto che del cittadino in quanto lavoratore. In questo senso si segnala anche la Carta Amato-Treu che accoglie il principio generale della tutela del lavoro « in tutte le sue forme ». Vedi, a riguardo, R. VOZA, *Materiali per uno Statuto dei lavori: il sostegno all'azione collettiva*, in [www.unicz.it](http://www.unicz.it), e Id., *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari, 2004.

<sup>(24)</sup> Vedi l'analisi relativa nel contributo di O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, cit., cui adde D. SCHIEK, *Lavoro tramite agenzia: dalla emarginazione all'accettazione?*, che segue.

<sup>(25)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002)149 def., *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, Bruxelles, 20 marzo 2002, con in allegato la relativa *Relazione*, in  *Somministrazione*.

<sup>(26)</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione legislativa sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, COM(2002)149 - C5 0140/2002 - 2002/0072(COD), in  *Somministrazione*.

<sup>(27)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002)701 def., *Proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, Bruxelles, 28 novembre 2002, in  *Somministrazione*.

spettata a livello comunitario è, infatti, il vincolo di equiparazione giuridica tra i lavoratori interinali, oggi in somministrazione, e quelli alle dirette dipendenze dell'impresa utilizzatrice. Un vincolo già presente nella regolamentazione italiana del lavoro interinale e ora pienamente confermato con riferimento alla somministrazione di lavoro <sup>(28)</sup>.

Sempre con riferimento alla attuale regolamentazione della somministrazione in Italia, occorre anche rilevare come nonostante un fuorviante messaggio di completa deregolazione della materia, che ha voluto passare parte della dottrina, la fornitura di lavoro altrui rimane una attività, in linea di principio, vietata. La somministrazione, cioè, può essere realizzata unicamente nei casi previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva. E, comunque, solo attraverso il ricorso ad uno dei soggetti a ciò espressamente autorizzati dal Ministero del lavoro in base agli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 276/2003. Inoltre se il contratto di somministrazione è posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o del contratto collettivo si realizza un'ipotesi di somministrazione fraudolenta, con la conseguenza di considerare il contratto nullo e i lavoratori alle dirette dipendenze dell'effettivo utilizzatore. Se invece vengono violati i limiti e le condizioni di ricorso alla somministrazione si realizza comunque l'ipotesi della somministrazione irregolare <sup>(29)</sup>.

A fronte di quanto sin qui esposto e con specifico riferimento alle considerazioni formulate in apertura, appare ancora più chiaro che, nel valutare gli effetti della riforma del mercato del lavoro con riferimento alla nuova regolamentazione degli strumenti di esternalizzazione, è necessario evitare approcci pregiudiziali.

Come, infatti, è emerso dalla analisi statistica, tanto con riferimento alla esperienza italiana quanto al quadro comparato, il lavoro tramite agenzia pur mostrandosi come un settore solido e con nuove potenzialità offerte dalla riforma del mercato del lavoro, ha tuttavia avuto un impatto solo relativo, quanto al numero di lavoratori coin-

---

<sup>(28)</sup> Vedi il contributo di B. SANNINO, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile*, in questa Parte, Sez. (C).

<sup>(29)</sup> Quanto al regime sanzionatorio relativo alla somministrazione di lavoro vedi P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, e C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, entrambi nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

volti rispetto al totale della forza lavoro, nel più generale processo di flessibilizzazione del lavoro.

Quello che tuttavia ancora maggiormente rileva, anche in considerazione delle prospettive di crescita del settore, è che questa tipologia di lavoro rappresenta un classico esempio di buona flessibilità. Come, infatti, è stato sottolineato “l’interinale si segnala in Italia per le norme serie, i costi certi, il rapporto tutelato, la buona intermediazione e per le possibilità di prova, di reiterazione e di assunzione che offre ai lavoratori e agli imprenditori”<sup>(30)</sup> e si contrappone, quindi, a strumenti surrettizi di impiego della forza lavoro che si traducono in lavoro nero o irregolare.

Se quindi i dati raccolti suggeriscono che il settore della somministrazione di lavoro ha potenzialità ancora inesprese, questo stato di cose sembra trovare, almeno parzialmente, la propria giustificazione nel condizionamento derivante della concorrenza, sleale, di queste forme di lavoro nero o irregolare. Forme di lavoro che non solo limitano (quando non escludono completamente) le tutele dei lavoratori ma anche pregiudicano la possibilità stessa per questi lavoratori di accedere ad una occupazione permanente e di qualità. Un’opportunità che, per contro, il lavoro in somministrazione ha dimostrato di garantire (*supra* §§ 1, 2).

Non confondiamoci allora: il rischio di una « corrosione della personalità »<sup>(31)</sup> non deriva dal ricorso ad alcune tipologie contrattuali piuttosto che ad altre in sé e per sé considerate, ma dall’uso che se ne fa.

Senza andare a scomodare le fosche profezie dei grandi pensatori del passato (ma, per la verità, anche del presente), basti riflettere, in conclusione, solo su un ultimo punto: tutta la disciplina della somministrazione contenuta nella Legge Biagi si pone come risultato primario di una politica volta a incentivare la trasparenza ed efficienza del sistema lavoro nel suo complesso. Da questa prospettiva, allora, non sembra corretto distinguere a priori tra flessibilità buona e cattiva: molto dipende da come la flessibilità viene utilizzata e dal contesto di regole in cui si inserisce.

---

<sup>(30)</sup> Cfr. A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, in *DRI*, 2005, n. 1, 60 ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. R. SENNET, *L'uomo flessibile*, Feltrinelli, Milano, 1999.





## 2.

# SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO E PROSPETTIVE DI UNIFORMAZIONE A LIVELLO INTERNAZIONALE E COMUNITARIO


OLGA RYMKEVITCH

SOMMARIO: 1. Il processo di ravvicinamento della disciplina giuridica della somministrazione di lavoro a livello comunitario e la regolamentazione internazionale. — 2. I più recenti sviluppi della politica comunitaria con riferimento alla disciplina della somministrazione di lavoro. — 3. La proposta di direttiva del 20 marzo 2002. — 3.1. La connessione tra la regolamentazione di tipo strutturale e il principio di parità di trattamento. — 3.2. La regolamentazione di tipo direzionale e lo statuto giuridico del lavoratore nella somministrazione di lavoro. — 3.3. La clausola di non regresso e sanzioni. — 4. Le criticità della proposta di direttiva del 20 marzo 2002, il tentativo di pervenire a un compromesso, la inadeguatezza della proposta modificata del 28 novembre 2002. — 5. La rilevanza delle prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario della disciplina della somministrazione di lavoro con riferimento alla riforma italiana del mercato del lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

### 1. Il processo di ravvicinamento della disciplina giuridica della somministrazione di lavoro a livello comunitario e la regolamentazione internazionale.

Il più rilevante e compiuto tentativo di fornire una regolamentazione a livello comunitario della somministrazione di lavoro risale alla proposta, presentata dalla Commissione il 20 marzo 2002, di *Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei* <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002)149 def., *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, Bruxelles, 20 marzo 2002, preceduto dalla relativa *Relazione*, in  *Somministrazione*.


Non sono invero mancati, nel recente passato, sforzi per giungere a una disciplina uniforme del c.d. lavoro atipico e, con esso, della somministrazione di lavoro a tempo determinato per il tramite di agenzie specializzate. È a seguito della Comunicazione della Commissione del 27 giugno 1980, contenente *Orientamenti per un'azione comunitaria in materia di lavoro temporaneo* (2), che si registra la prima *Proposta di direttiva del Consiglio in materia di lavoro temporaneo*, presentata dalla Commissione il 7 maggio 1982 (3) e riproposta, con modifiche, il 6 aprile 1984 (4).

È tuttavia solo un decennio più tardi che, rimaste senza esito le prime proposte, la Commissione rilancia la propria azione in materia di somministrazione di lavoro nell'ambito di tre distinti schemi di direttiva del 29 giugno 1990, in materia di lavoro atipico, relativi ai rapporti di lavoro temporaneo per quanto riguarda, rispettivamente, le condizioni di lavoro, le distorsioni della concorrenza e la tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (5). Ma anche tali iniziative sono rimaste senza seguito ad eccezione del profilo, importante ma alquanto limitato (6), della salute e sicurezza dei lavoratori temporanei,

---

(2) In  *Somministrazione*.

(3) In  *Somministrazione*.

(4) Cfr. la *Proposta modificata di direttiva del Consiglio in materia di lavoro interinale e di contratti a tempo indeterminato*, in  *Somministrazione*. Sulle proposte di direttiva degli anni Ottanta cfr., per tutti, l'accurata analisi di M.E. CASAS BAA-MONDE, *Los intentos, fracasados, de armonizar las legislaciones sociales europeas sobre la contratación a tiempo parcial y los contratos temporales de trabajo: el debate en el seno de la CEE*, in *Trabajo y Seguridad Social*, 1986, n. 12, 1057 ss.


(5) In dottrina, per una analisi dei contenuti delle proposte, cfr. F. SANTONI, *Il lavoro atipico nelle direttive CEE: gli effetti sulle relazioni industriali in Italia*, in *DRI*, 1991, n. 2, 59-66; G. ARRIGO, *Il leasing di manodopera o travail interinare nel diritto comunitario. "Play it again... CEE"*, in *DRI*, 1992, n. 1, 117-126, cui adde, più recentemente, M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2002, 165-195. Sulle ragioni del fallimento delle proposte di inizio anni Novanta cfr. altresì M. JEFFERY, *The Commission Proposals on "Atypical Work": Back to the Drawing-Board ... Again*, in *ILJ*, 1995, 296.

(6) Analogamente R. BLANPAIN, *EU legislation on temporary work*, in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *Temporary Agencies Work and the Information Society*, in *BCLR*, 2004, n. 50, 252, rileva che « Although Directive (96/71) merits applause, it should be clearly stated that this measures combats social dumping only to a certain extent, as not all working conditions are covered, that it does not contribute to greater convergence of working conditions in the Common Market, nor does it simplify the situation for employers ».

disciplinato dalla direttiva n. 91/383/CEE (7). Direttiva che, nonostante un parere dottrinale di segno contrario (8), non imponeva certo la legalizzazione del lavoro temporaneo tramite agenzia negli ordinamenti nazionali che ancora vietavano il ricorso a tale schema contrattuale (9).


Con riferimento alla regolamentazione dell'istituto maggiori progressi si sono registrati, nello stesso arco temporale, a livello di Organizzazione Internazionale del Lavoro, grazie alla abolizione del drastico divieto di somministrazione di lavoro di cui alla convenzione n. 96/1949 (10). La convenzione n. 181/1997 — e la relativa raccomandazione (11) — segnano, infatti, il definitivo superamento di un modello di regolamentazione di tipo « proibitivo/restrittivo » che ha per lungo tempo condizionato l'esperienza comparata (12). Vero è, peraltro, che la convenzione n. 181/1997, pur predisponendo un quadro minimale


---

(7) Direttiva n. 91/383/CEE, relativa al miglioramento della sicurezza e della salute durante il lavoro dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale, in  *Somministrazione*. Su questa direttiva cfr. J.C. JAVILLIER, A.C. NEAL, M. WEISS, J. SALOHEIMO, U. RUNGALDIER, A. TINHOFER, *Lavoro atipico/temporaneo e tutela della salute: la trasposizione della Direttiva n. 91/383/CEE in Francia, Regno Unito, Germania, Finlandia e Austria*, in *DRI*, 1996, n. 3, 35-50, e anche M. TIRABOSCHI, *Lavoro atipico e ambiente di lavoro: la trasposizione in Italia della Direttiva n. 91/383/CEE*, in *DRI*, 1996, n. 3, 51-57.

(8) In questo senso cfr. M. PAPALEONI, *Ulteriori considerazioni sulla fornitura di lavoro temporaneo*, in *MGL*, 1998, 152.

(9) Come infatti evidenziato dal Documento del Commissario agli Affari Sociali del tempo — Mme Papandreou — di presentazione del progetto di direttiva l'accoglimento della proposta « non vuole, né può attentare al diritto degli Stati Membri di proibire, sia parzialmente, sia totalmente, l'attività delle agenzie di lavoro interinale ».

(10) In  *Mercato del lavoro*. Sui rapporti, invero non lineari, tra la convenzione OIL n. 96/1949 e divieto di somministrazione di lavoro cfr., per tutti, N. VALTICOS, *Les entreprises de travail temporaire et les normes internationales du travail*, in *RIT*, 1973, 52-53. In argomento cfr. altresì, più recentemente, M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, 134-143.

(11) In  *Mercato del lavoro*. In dottrina cfr. E. SALSI, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la convenzione OIL n. 181/97*, in *DRI*, 1998, n. 2, 161-167.

(12) Sui modelli e sulle esperienze offerti dalla comparazione giuridica cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 86-285, cui *adde*, più recentemente, R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *op. cit.* Per un quadro sintetico dell'attuale panorama comparato, cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La regolamentazione della somministrazione di lavoro: un confronto comparato*, che segue.

di tutele a favore del prestatore di lavoro temporaneo <sup>(13)</sup>, non contiene alcuna disposizione diretta a risolvere i nodi più delicati e controversi connessi alla somministrazione di lavoro su cui si erano arestate le proposte comunitarie degli anni Ottanta e Novanta.

La convenzione n. 181/1997 si limita, in effetti, a includere tra le « agenzie d'impiego private » i soggetti che svolgono il servizio consistente « nell'assumere lavoratori allo scopo di metterli a disposizione di una terza persona fisica o morale (designata "impresa utilizzatrice") che stabilisce i loro compiti e ne sorveglia l'esecuzione » <sup>(14)</sup>. Da questa norma di carattere definitorio si deduce unicamente che l'assunzione formale del lavoratore avviene ad opera della agenzia, mentre il potere direttivo e di controllo competono alla impresa utilizzatrice. Non sono invece individuate nella convenzione disposizioni dirette a chiarire la struttura complessiva del rapporto e, segnatamente, l'esatta ripartizione di diritti, obblighi e responsabilità tra i tre soggetti implicati nello scambio negoziale. Profili questi che sono integralmente rimessi alle singole legislazioni nazionali <sup>(15)</sup>. Ma non solo. Nella convenzione OIL n. 181/1997 non si riscontra la predisposizione di alcun meccanismo regolatorio — come per esempio quello della parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori stabili della impresa utilizzatrice — finalizzato ad assicurare che l'alterazione del paradigma tradizionale di utilizzazione del lavoro altrui non si tramuti in

---

<sup>(13)</sup> Si veda, al riguardo, lo studio di L.F. VOSKO, *Legitimizing the Triangular Employment Relationship: Emerging International Labour Standards from a Comparative Perspective*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 1997, 43 ss., e spec. 70-77. Sulla evoluzione della posizione della OIL con riferimento al ruolo degli intermediari privati v. UFFICIO INTERNAZIONALE DEL LAVORO, *I ruoli delle agenzie private per l'impiego nel funzionamento dei mercati del lavoro*, in P. ICHINO (a cura di), *Lavoro interinale e servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 1995, 29-134.

<sup>(14)</sup> Art. 1, lett. b), convenzione OIL n. 81/1997.

<sup>(15)</sup> L'art. 11 della convenzione precisa espressamente i profili di tutela che lo Stato membro dovrà disciplinare e, in particolare, la libertà sindacale, la negoziazione collettiva, i minimi salariali, orari, durata e altre condizioni di lavoro, prestazioni istituzionali di sicurezza sociale, accesso alla formazione, igiene e sicurezza sul lavoro, risarcimento in caso d'infortuni sul lavoro o di malattie professionali, indennizzo in caso d'insolvenza e protezione dei crediti dei lavoratori, protezione e prestazioni di maternità, protezione e congedi parentali. Tali profili sono poi ripresi dal successivo art. 12 con riferimento, ancora una volta, alle singole legislazioni nazionali per quanto attiene alla ripartizione degli obblighi tra agenzia di somministrazione e impresa utilizzatrice.

una mera speculazione parassitaria e, conseguentemente, in un abbassamento del livello di tutela del lavoro dipendente <sup>(16)</sup>.

Invero, la prospettiva accolta dalla convenzione OIL pare legata esclusivamente alla disciplina di taluni profili di regolamentazione del mercato della somministrazione di lavoro, come risulta evidente dalla previsione di strumenti specifici volti a tutelare il lavoratore con particolare riguardo alla fase pre-contrattuale <sup>(17)</sup> per quanto attiene al divieto di discriminazioni, al divieto di percepire compensi — fatte salve limitate deroghe <sup>(18)</sup> — da parte dei lavoratori per i servizi resi dalle agenzie, sino alla tutela dei dati personali del prestatore di lavoro <sup>(19)</sup>. Ma anche in questo caso si tratta di elementi parziali posto che la convenzione non pone neppure il vincolo necessario, presente nella maggior parte dei modelli nazionali di regolamentazione della fattispecie, della autorizzazione amministrativa del soggetto abilitato a operare come agenzia di somministrazione di lavoro.

La convenzione OIL n. 181/1997 si caratterizza dunque più per il superamento di un modello di regolamentazione « proibitivo/restrittivo » che per una regolamentazione positiva dei profili di struttura della somministrazione di lavoro. Risultato questo a cui era contemporaneamente pervenuta, pur in assenza di una disciplina specifica dell'istituto, la stessa Unione Europea <sup>(20)</sup>. Di fronte ai fragili tentativi di disciplina delle molteplici tipologie di lavoro temporaneo, che testimoniano inequivocabilmente la debolezza delle politiche europee di integrazione sociale degli anni Ottanta e Novanta <sup>(21)</sup>, è stata la Corte

---

<sup>(16)</sup> Cfr. sul punto, tra i primi commentatori della convenzione n. 181/1997, L.F. VOSKO, *op. ult. cit.*, qui 77.

<sup>(17)</sup> Cfr. C. BIZZARRO, M. LIPAROTI, C. MITTIGA, G. URSINO (a cura di), *Schede comparate*, in *Il diritto del lavoro*, Somministrazione, § 10.

<sup>(18)</sup> Cfr., sul punto, M.P. GIANNOTTI, V. PUTRIGNANO, *La riforma dei servizi per l'impiego: una prospettiva comunitaria e comparata*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 114-127.

<sup>(19)</sup> Cfr., rispettivamente, gli artt. 5, 6 e 7.

<sup>(20)</sup> È probabilmente anche per questo motivo che la convenzione OIL n. 181/1997 non ha riscosso particolare successo nei Paesi che prevedono una dettagliata regolamentazione della fattispecie, tanto è vero che essa è stata ratificata nell'ambito dell'Unione Europea, unicamente da Italia, Spagna, Paesi Bassi e Finlandia, Portogallo e Belgio.

<sup>(21)</sup> Cfr. per tutti R. PESSI, *I rapporti di lavoro c.d. atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva della integrazione europea*, in RIDL, 1992, I, spec. 142-



di Giustizia ad assumere un ruolo di supplenza, fornendo un decisivo contributo nella prospettiva di una progressiva uniformazione delle diverse legislazioni nazionali. Con la celebre sentenza *Job Centre II* del dicembre 1997<sup>(22)</sup>, sviluppando una linea argomentativa già delineata nei casi *Hoefner/Macroton* e *Van Wesemael*<sup>(23)</sup>, la Corte ha infatti sanzionato la illegittimità del monopolio pubblico del collocamento italiano rispetto alla normativa antimonopolistica comunitaria, aprendo con ciò la strada alla piena legittimazione della somministrazione di lavoro. Ma è proprio a questo punto a ben vedere, una volta superate le barriere al riconoscimento di questa peculiare forma di lavoro sul versante delle politiche comunitarie della concorrenza, che diventa ancor più evidente, anche in ragione della rapida espansione del fenomeno nei mercati europei<sup>(24)</sup>, la necessità di una regolamentazione a livello comunitario degli aspetti più propriamente lavoristici e sostanziali della somministrazione di lavoro.

## 2. I più recenti sviluppi della politica comunitaria con riferimento alla disciplina della somministrazione di lavoro.


Contestualmente al superamento del modello « proibitivo/restrittivo » di regolamentazione del mercato della somministrazione di lavoro, sul fine degli anni Novanta riprendono corpo le iniziative

---

143, che con riferimento alle proposte di direttiva di regolamentazione del lavoro temporaneo manifesta la sensazione di « trovarsi di fronte ad una tecnica datata che insegue i fenomeni e non li governa e che, soprattutto, opera in controtendenza rispetto agli obiettivi prefissati ». Cfr., altresì, anche con riferimento alle proposte di regolamentazione del lavoro temporaneo di inizio anni Novanta, il numero monografico di *Diritto delle Relazioni Industriali*, 1991, n. 2, su *La dimensione sociale del Mercato unico europeo*, e ivi, in particolare, gli interventi di M. D'Antona e F. Santoni.

<sup>(22)</sup> Sentenza 11 dicembre 1997, causa C-55/96, in  *Mercato del lavoro* e in  *Somministrazione*. Sul punto cfr., per tutti, M.P. GIANNOTTI, V. PUTRIGNANO, *op. cit.*, ed ivi ampi riferimenti dottrinali.

<sup>(23)</sup> Entrambe in  *Mercato del lavoro* e in  *Somministrazione*.

<sup>(24)</sup> *Rationale of Agency Work, European Labour Suppliers and Demanders' Motives to Engage*, in *Agency Work. Final report. Ecorys-NEL. Labour and Social Policy*, Rotterdam, dicembre 2002, e D. STORRIE, *Temporary Agency Work in the European Union*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2002. Entrambi i rapporti sono disponibili in  *Somministrazione*, vedi anche l'analisi di G. BOCCHIERI, *La dimensione del lavoro temporaneo: il caso italiano nel contesto internazionale e comparato*, che precede.

comunitarie volte a fornire una disciplina sostanziale della fattispecie. Queste più recenti iniziative, che aprono la strada alla proposta di direttiva del 20 marzo 2002, riflettono peraltro la progressiva evoluzione delle competenze e delle modalità di intervento delle istituzioni comunitarie in materia di occupazione e politiche sociali. Particolarmente rilevante, in questa prospettiva, è indubbiamente l'adozione del metodo del c.d. « dialogo sociale »<sup>(25)</sup>, che segna l'abbandono di una rigida quanto infruttuosa strategia di armonizzazione dall'alto e per "norme pesanti" (*hard-laws*) tipica dei primi interventi comunitari in materia di lavoro<sup>(26)</sup>.

Caratteristica delle proposte di direttiva di inizio anni Novanta, citate nel paragrafo che precede, è infatti quella di pervenire ad una armonizzazione della disciplina in materia di contratti di lavoro atipico sulla base delle incerte linee di azione e dei fragili principi inseriti nella *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali* dell'8-9 dicembre 1989<sup>(27)</sup> e nel relativo programma attuativo affidato alla Commissione<sup>(28)</sup>. Pur apprezzabili, per il tentativo di disciplinare in una prospettiva unitaria le diverse tipologie di lavoro atipico e temporaneo, le iniziative in parola sono frutto di una strategia datata quanto velleitaria di intervento in materia di politiche sociali così come non paiono in grado di afferrare le dinamiche economiche e sociali sottese alle nuove forme di organizzazione del lavoro.

È solo grazie all'Accordo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht che vengono poste le giuste premesse, giuridiche ed istituzionali, per un più solido e convinto intervento delle istituzioni comunitarie in materia di politiche sociali e della occupazione. Sono infatti gli articoli 2 e 3 dell'Accordo sulla politica sociale, ora confluiti negli articoli 137-138 del Trattato CE (versione consolidata) a seguito del Trattato di Amsterdam, che, rispettivamente, semplificano le procedure deliberative delle istituzioni comunitarie e prevedono il coin-

---

(25) Sul dialogo sociale europeo, cfr., per tutti, M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, 354-357.

(26) Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 24.

(27) In  *Politica sociale*.

(28) Sulla debolezza dei procedimenti di deliberazione e sui pesanti limiti degli strumenti di intervento ipotizzati a inizio anni Novanta cfr. M. D'ANTONA, *La politica sociale nell'iniziativa della Commissione CEE: utopia o realtà?*, in *DRI*, 2001, n. 2, 11-14.



volgimento delle parti sociali a livello europeo in materia di politiche sociali <sup>(29)</sup>. Il tutto secondo una linea di intervento auspicata ad inizio anni Novanta da parte di quella dottrina che aveva chiaramente indicato la necessità di una revisione dei trattati e di un maggiore coinvolgimento delle parti sociali a livello europeo come condizioni indispensabili per un reale progresso della legislazione comunitaria in materia di lavoro e di lavoro atipico in particolare <sup>(30)</sup>.


È il metodo del dialogo sociale a consentire il conseguimento di importanti traguardi in materia di contratti di lavoro atipico. Del 6 giugno 1997 è l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale tra UNICE, CES e CEEP, attuato dalla direttiva del Consiglio n. 81 del 15 dicembre 1997 <sup>(31)</sup>. Del 18 marzo 1999 è l'accordo quadro relativo ai contratti di lavoro a tempo determinato tra UNICE, CES e CEEP, attuato attraverso la direttiva del Consiglio n. 70 del 28 giugno 1999 <sup>(32)</sup>.


Anche in materia di somministrazione di lavoro viene avviato un negoziato *ex* articolo 138 del Trattato CE. Il 21 maggio 2001, tuttavia, le parti sociali pongono termine alla trattativa riconoscendo di non riuscire a raggiungere un accordo <sup>(33)</sup>. Nel corso degli anni Novanta, la materia della somministrazione di lavoro viene pertanto toccata solo incidentalmente, attraverso la direttiva n. 71 del Parlamento Europeo

---

<sup>(29)</sup> Cfr. M. BIAGI, *Il ruolo delle parti sociali in Europa: dal dialogo alla partnership*, in *DRI*, 1999, n. 1, 25-33.

<sup>(30)</sup> Cfr. M. D'ANTONA, *op. cit.*, 14, cui *adde* M. BIAGI, *op. cit.*, qui 26.

<sup>(31)</sup> In  *Lavoro a tempo parziale*. Cfr. G. MARTINUCCI, *Prime note sull'accordo collettivo europeo in materia di lavoro a tempo parziale*, in *DRI*, 1997, n. 3, 199 ss.; M. TIRABOSCHI, *Le prospettive di regolamentazione del lavoro a tempo parziale in Italia e in Europa: vincoli, incentivi e opportunità*, in M. BIAGI (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2000, 715-28.

<sup>(32)</sup> In  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*. Sulla direttiva n. 99/70/CE e sul recepimento della stessa nell'ordinamento italiano, cfr. A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, cui *adde* M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 87-109.

<sup>(33)</sup> Sull'esperienza del dialogo sociale in materia di somministrazione di lavoro con alcune riflessioni generali sulle prospettive di evoluzione del metodo del dialogo sociale cfr. W. BEIRNAERT, *Report on negotiations of the European social partners towards an EU-wide collective agreement on temporary agency work*, in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *op. cit.*, 297-299.



e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al « distacco »<sup>(34)</sup> dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi<sup>(35)</sup>.

Quest'ultima direttiva si fonda sul principio secondo cui le condizioni di base di lavoro e di occupazione in vigore nello Stato ospitante devono essere applicate sia ai lavoratori nazionali sia ai lavoratori distaccati da una impresa la cui sede sia un altro Stato. Pur prendendo in considerazione il fenomeno della somministrazione di lavoro, e prevedendo il principio di non discriminazione, la direttiva sul distacco limita l'applicazione di tale principio alle ipotesi in cui il lavoratore sia inviato all'estero nell'ambito di un contratto di fornitura di prestazioni di lavoro<sup>(36)</sup>. Anche da questa prospettiva, invero, sembra potersi osservare, come anticipato con riferimento agli effetti della giurisprudenza della Corte di Giustizia (*supra*, paragrafo 1), che una volta consentito l'accesso al mercato della somministrazione di lavoro<sup>(37)</sup>, si pone poi stringente la necessità di prevedere un allineamento

---

<sup>(34)</sup> Come è noto il termine distacco è accolto dal testo italiano della direttiva in senso lato dovendosi comprendere nell'ambito di applicazione della direttiva, designato dall'art. 1, della stessa, ipotesi di distacco ma anche quelle c.d. di distacco improprio (con specifico riferimento all'appalto e al subappalto), nonché, appunto, alla somministrazione di lavoro. Su questa distinzione e sulla portata della medesima nella regolamentazione nazionale a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 cfr., se vuoi, il contributo di C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, nella Parte II, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(35)</sup> Cfr. direttiva n. 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, in  *Somministrazione*.

<sup>(36)</sup> È stato infatti osservato che « la direttiva (in esame) non ha lo scopo di armonizzare il contenuto materiale delle regole applicabili nei diversi Paesi, ma di elaborare criteri per l'identificazione di tali regole: in questo senso essa si presenta non come uno strumento di diritto del lavoro, ma di diritto internazionale privato », cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, 123.

<sup>(37)</sup> Come rilevato con riferimento alla direttiva n. 91/383/CEE, anche l'emanazione di questa direttiva non implicava l'obbligo per gli Stati membri « del riconoscimento giuridico dell'esistenza di imprese di lavoro temporaneo né osta all'applicazione, da parte degli Stati membri, della loro legislazione in materia di cessione temporanea di manodopera e di imprese di lavoro temporaneo presso imprese che non sono stabilite nel loro territorio, ma vi esercitano attività nel quadro di una prestazione di servizi » (cfr. direttiva n. 96/71/CE, considerando n. 19). Su questo profilo e più in generale sulla direttiva n. 96/71/CE, cfr. G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *QDLRI*, 1998, n. 20, 115-142.


delle norme che regolamentano l'istituto <sup>(38)</sup>, e questo indipendentemente che si faccia ricorso ad esso a livello nazionale o transnazionale <sup>(39)</sup>.

È per questa ragione che, pur non registrando un accordo tra le parti sociali, la Commissione, sostenuta nella sua iniziativa dalle parti sociali interprofessionali <sup>(40)</sup>, ritiene di presentare una propria proposta di direttiva, tale comunque da valorizzare i numerosi punti di compromesso e di intesa via via maturati nel corso del confronto tra UNICE, CES e CEEP <sup>(41)</sup>.

### 3. La proposta di direttiva del 20 marzo 2002.

A seguito del fallimento del metodo del dialogo sociale, non risultando pertanto praticabile la strada di cui all'articolo 138 del Trattato CE, la Commissione ha predisposto una prima proposta di direttiva ai sensi dell'articolo 137 <sup>(42)</sup>. Articolo che legittima il Consiglio ad adottare, in materia di condizioni di lavoro, « le prescrizioni minime

---

<sup>(38)</sup> Cfr., in questo senso, la *Relazione* allegata alla proposta di direttiva del 20 marzo 2002, qui 10, in  *Somministrazione*.

<sup>(39)</sup> Cfr., in questo senso, la *Relazione* allegata alla proposta di direttiva del 20 marzo 2002, qui 10, secondo cui « (l)a presente proposta di direttiva intende pertanto precisare e ravvicinare le condizioni di messa a disposizione dei lavoratori a livello nazionale. Essa va vista inoltre come la continuazione del dispositivo già in vigore nelle situazioni di messa a disposizione transnazionale di lavoratori temporanei. Un mercato interno vero e proprio esige l'allineamento delle norme applicabili alla messa a disposizione nell'ambito del lavoro temporaneo, a prescindere dalla condizione della sua attuazione, nazionale o transnazionale ».

<sup>(40)</sup> Cfr. la dichiarazione comune dell'8 ottobre 2001 resa dalle parti sociali del settore delle imprese di fornitura di lavoro temporaneo (Euro-CIETT), dalla organizzazione dei datori di lavoro, e dalla organizzazione dei lavoratori (Uni-Europa), nonché il contributo al vertice europeo di Barcellona reso dalla Confederazione internazionale delle imprese di fornitura di lavoro temporaneo (Euro-CIETT) nella quale si manifesta la posizione favorevole dell'organizzazione alla emanazione di una direttiva sul lavoro temporaneo che si pone l'obiettivo d'instaurare il giusto equilibrio tra la protezione dei lavoratori e la creazione di posti di lavoro.

<sup>(41)</sup> Cfr. la *Relazione* allegata alla proposta di direttiva del 20 marzo 2002, qui 8.

<sup>(42)</sup> Per un primo commento della proposta di direttiva si veda M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 171-180.

applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro ».

### 3.1. La connessione tra la regolamentazione di tipo strutturale e il principio di parità di trattamento.

La proposta di direttiva, presentata il 20 marzo 2002, si caratterizza per una tecnica di regolazione della fattispecie sostanzialmente incentrata sulla disciplina delle condizioni di lavoro e di occupazione del lavoratore somministrato. Apparentemente trascurata è, invece, la regolamentazione di struttura del mercato della somministrazione di lavoro <sup>(43)</sup>. Non sono infatti previste, a titolo esemplificativo, norme relative ai procedimenti di autorizzazione amministrativa volti a selezionare i soggetti abilitati alla somministrazione di lavoro; così come del tutto assenti sono quelle disposizioni, presenti nella maggior parte delle legislazioni europee, dirette a garantire una immediata e certa identificazione delle agenzie di somministrazione mediante il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo o prevalente <sup>(44)</sup>.

Nondimeno, nella proposta di direttiva sono rintracciabili alcuni profili propri della regolazione di tipo strutturale del mercato. In termini generali, l'articolo 2 chiarisce che la direttiva, nell'incidere sugli standard di tutela del lavoratore somministrato, è volta a « migliorare la qualità del lavoro temporaneo » e a « stabilire un quadro adeguato d'utilizzo del lavoro temporaneo per contribuire al buon funzionamento del mercato del lavoro e dell'occupazione ». Ma ancor più rilevante — e decisiva rispetto alle finalità proprie della regolamentazione strutturale del mercato della somministrazione di lavoro — è la disposizione di cui all'articolo 4, che impone, in capo agli Stati membri, di riesaminare periodicamente i divieti e le restrizioni al ricorso al lavoro tramite agenzia, al fine di verificare se sussistano condizioni particolari che ne giustificano l'esistenza e, in mancanza, di eliminarli. Questa di-

---

<sup>(43)</sup> Il profilo della regolazione di struttura, in contrapposizione alla regolazione direzionale, è introdotto in termini generali nello studio di J. KAY, J. VICKERS, *Riforma della regolamentazione: una valutazione*, in G. PENNELLA, *Regolazione e/o privatizzazione*, in FORMEZ, *Problemi di amministrazione pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1992, 85-136, spec. 88 e 103-105, ed è poi stato sviluppato con riferimento al mercato del lavoro in M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. 212 ss.

<sup>(44)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, 233-236.

sposizione, sebbene apparentemente limitata alle condizioni di accesso alla somministrazione di lavoro da parte dell'impresa utilizzatrice <sup>(45)</sup>, è di particolare importanza non solo rispetto alla regolamentazione delle condizioni e dei limiti di accesso alla somministrazione di lavoro in ciascun mercato nazionale <sup>(46)</sup>, ma anche su un piano culturale e di politica del diritto. Essa chiarisce infatti che i vincoli formali e sostanziali al ricorso a questa peculiare forma di lavoro possono essere giustificati, in linea generale, unicamente da ragioni oggettive di tutela dei lavoratori. Una volta adottata, una simile prescrizione imporrebbe ai singoli Stati membri di smantellare tutte quelle norme di struttura che non siano espressamente giustificate da motivazioni di tutela del lavoro e, pertanto, risultino di fatto meramente funzionali a un irrigidimento nell'utilizzo mediato o indiretto della forza lavoro.

Secondo quanto prospettato dalla Commissione <sup>(47)</sup>, la somministrazione di lavoro appare uno strumento che deve essere il più possibile valorizzato in quanto coerente, da un lato, con i mutamenti in atto dei modelli produttivi e di organizzazione del lavoro e idoneo, dall'altro lato, a sostenere le imprese, anche di dimensioni medio piccole, rispetto alle fluttuazioni della domanda come pure i lavoratori, offrendo loro opportunità di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro e di crescita professionale attraverso la diversificazione delle esperienze lavorative. A parere della Commissione, peraltro, l'obiettivo di uno sviluppo armonico e socialmente sostenibile della somministrazione di lavoro sembra potersi raggiungere solo predisponendo a livello comunitario, e in funzione del principio di sussidiarietà, una disciplina della fattispecie che garantisca, per un verso, piena legittimazione sociale di questa peculiare forma di lavoro e, per l'altro verso, una generalizzazione in tutti gli ordinamenti nazionali del principio di parità di trattamento quale presupposto giuridico indispensabile per

---

<sup>(45)</sup> L'art. 4, § 1, della proposta di direttiva sembra infatti limitare l'obbligo di eliminazione dei divieti ingiustificati esclusivamente con riferimento a talune categorie di lavoratori o di settori produttivi. A ben vedere, tuttavia, in quanto rivolta alla piena espansione della somministrazione di lavoro, il precetto pare riferibile a tutti quei vincoli che, direttamente o indirettamente, limitano il ricorso a questa peculiare forma di utilizzo del lavoro altrui.

<sup>(46)</sup> Su cui si rinvia, per l'impostazione del problema e per una rassegna comparata, a M. TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*, spec. Cap. III.

<sup>(47)</sup> Cfr. la *Relazione* allegata alla proposta di direttiva del 20 marzo 2002, qui 5-8.

superare ogni sospetto di speculazione parassitaria sul lavoro altrui. È infatti convinzione della Commissione che « una base minima di diritti (per i) lavoratori temporanei, aumenterà l'attrattiva del settore. Richiamando un maggior numero di lavoratori, amplierà le possibilità di scelta per le imprese utilizzatrici, le quali, potendo attingere a una riserva più ampia di candidati, potranno così meglio soddisfare le loro esigenze di flessibilità »<sup>(48)</sup>. L'adozione di una direttiva in materia potrà dunque gettare « le basi di una nuova espansione del settore, (contribuire) alla completa realizzazione del suo potenziale d'occupazione e (migliorare) il funzionamento del mercato del lavoro » nel suo complesso<sup>(49)</sup>.

Parità di trattamento e divieto di restrizioni alla fornitura di lavoro altrui non giustificate da istanze di tutela dei lavoratori rappresentano dunque, nella prospettiva accolta dalla Commissione, due facce della medesima medaglia. Di modo che deroghe al principio cardine di parità di trattamento potranno essere ammesse unicamente in funzione di specifiche misure di politica attiva volte a incentivare, nell'ottica delle azioni positive, l'inserimento o il reinserimento nei mercati del lavoro locali di soggetti appartenenti a categorie svantaggiate. È in questa ottica che si spiega la disposizione di cui all'articolo 1, paragrafo 3, della proposta di direttiva, là dove si attribuisce agli Stati membri la facoltà di non applicare la direttiva « ai contratti o ai rapporti di lavoro conclusi nell'ambito di un programma di formazione, d'inserimento e di riqualificazione professionale erogato direttamente o patrocinato da enti pubblici ».

### **3.2. La regolamentazione di tipo direzionale e lo statuto giuridico del lavoratore nella somministrazione di lavoro.**

Con riferimento alle norme volte a regolamentare l'assetto dei rapporti giuridici tra le parti coinvolte nella somministrazione di lavoro, l'articolo 1 della proposta di direttiva specifica che essa troverà applicazione ove un lavoratore sia assunto da una impresa di fornitura di lavoro temporaneo e sia inviato a svolgere la prestazione a disposizione e sotto il controllo di un soggetto terzo, pubblico o privato, de-

---

<sup>(48)</sup> Cfr. la *Relazione* allegata alla proposta di direttiva del 20 marzo 2002, qui 11.

<sup>(49)</sup> *Ibidem.*

nominato impresa utilizzatrice. Da questa norma si desume, in primo luogo, che nel modello accolto nella proposta di direttiva l'agenzia di somministrazione è considerata il datore di lavoro formale<sup>(50)</sup>, mentre all'impresa utilizzatrice è assegnato il potere di direzione e controllo sul prestatore di lavoro. In secondo luogo, si chiarisce inequivocabilmente, a livello definitorio, che la proposta di direttiva è indirizzata a regolamentare unicamente le ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo determinato, anche se non vengono posti limiti sostanziali né alla durata della singola missione né alla possibilità di prorogarla o rinnovarla. Di modo che non risultano divieti espressi, né tanto meno impliciti a forme di somministrazione di lavoro continuative, che integrano le classiche ipotesi di *staff leasing*. Conferma di ciò emerge dalla totale assenza, nella proposta di direttiva, di norme volte a disciplinare, direttamente o indirettamente, la durata del contratto tra agenzia e impresa utilizzatrice ovvero tra agenzia e prestatore di lavoro<sup>(51)</sup>.

Con riferimento ai soggetti coinvolti nella fattispecie trilaterale, sorprende invero, oltre alla assenza di una definizione della nozione di « agenzia di fornitura o somministrazione di lavoro temporaneo » anche la mancanza di una definizione di « lavoratore temporaneo »<sup>(52)</sup>. La nozione di lavoratore, in generale, è infatti individuata dall'articolo

---

<sup>(50)</sup> La qualifica dell'impresa di somministrazione/fornitura come datore di lavoro è poi esplicitamente inserita nella proposta modificata del 28 novembre 2002 (*infra*, § 3.3), all'art. 2 relativo alle finalità della direttiva in cui si precisa che l'agenzia di somministrazione/fornitura è riconosciuta quale datore di lavoro.

<sup>(51)</sup> Questa prospettiva di interpretazione sembra trovare ulteriore riscontro nella proposta di direttiva modificata del 28 novembre 2002 (*infra*, § 3.3) nella nuova formulazione della lett. *c* del § 2 dell'art. 3 in cui, al fine di precisare l'ambito di applicazione della direttiva con riferimento ai lavoratori, si prevede che « Gli Stati membri, tuttavia, non possono escludere dal campo d'applicazione della presente direttiva i lavoratori, i contratti o i rapporti di lavoro unicamente per il fatto che riguardano che si tratta di: (...) *c*) persone che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'impresa di fornitura di lavoro temporaneo ». Da questa definizione, infatti, si desume che non acquista rilevanza ai fini dell'applicabilità della direttiva per il fatto che il datore di lavoro — formale — sia una impresa di somministrazione/fornitura senza rilevanza, quindi, del tipo di missione cui il lavoratore è indirizzato.

<sup>(52)</sup> La proposta di direttiva modificata del 28 novembre 2002 (*infra*, § 3.3) art. 3, rispettivamente alle lett. *b*) e *d*), introduce, in vero, tali definizioni, che, peraltro, così come risultano formulate, non sembrano mutare la prospettiva che era già desumibile dall'art. 1 relativo all'ambito di applicazione (*infra*, il testo relativo alla nota che precede). In entrambe le definizioni, infatti, è sottolineata la scissione di ruoli

3, lettera *a*), come « ogni persona che, nello Stato membro interessato, è protetta in qualità di lavoratore nel quadro della legislazione nazionale sull'occupazione e conformemente alle pratiche nazionali »<sup>(53)</sup>. Coerentemente il paragrafo 2 del medesimo articolo 3 precisa che la direttiva non pregiudica alcuna definizione di contratto o rapporto di lavoro contenuta nel diritto nazionale, ma aggiunge — prospettando implicitamente indicazioni utili a individuare, seppur solo in negativo, la nozione di lavoratore temporaneo rilevante ai fini della direttiva — che non possono essere esclusi dall'ambito di applicazione della medesima contratti o rapporti di lavoro unicamente per il fatto che riguardano lavoratori a tempo parziale, lavoratori a tempo determinato, persone che, in generale, svolgono una prestazione temporanea presso una impresa utilizzatrice<sup>(54)</sup>.

La direttiva, inoltre, prevede solo limitate disposizioni in cui sia predeterminata la ripartizione delle posizioni tra i tre soggetti coinvolti nel rapporto di somministrazione. La tecnica adottata dal legislatore comunitario sembra piuttosto quella di delineare lo *status* giuridico del lavoratore, senza entrare nel merito del soggetto che ne risulta giuridicamente responsabile.

Come già anticipato, con riferimento allo *status* del lavoratore temporaneo, centrale appare la previsione relativa alla applicazione del principio di non discriminazione nell'ambito della somministrazione di lavoro. Disciplinato dall'articolo 5, infatti, è già preso in considerazione dall'articolo 2, relativo alle finalità della direttiva, in base al quale si esplicita che il miglioramento della qualità del lavoro temporaneo potrà essere perseguito « garantendo il rispetto del principio di non discriminazione nei confronti dei lavoratori temporanei ».

Il principio di non discriminazione postula che i lavoratori temporanei, nel corso della prestazione, debbano godere di un trattamento almeno equivalente a quello di un lavoratore comparabile con riferimento alle condizioni di base di lavoro e di occupazione, incluse quelle che dipendono da una specifica anzianità lavorativa. Elementi del principio di non discriminazione sono pertanto la nozione di lavo-

---

fra l'impresa di somministrazione/fornitura che assume il lavoratore e l'impresa utilizzatrice che ne controlla e dirige la prestazione.

(53) Definizione questa che rimane immutata anche nella proposta di direttiva modificata del 28 novembre 2002.

(54) Cfr. *supra*, nota 52.



ratore comparabile e la individuazione delle « condizioni di base di lavoro e d'occupazione ».

Il lavoratore comparabile è definito, dall'articolo 3, lettera *b*), come « il lavoratore dell'impresa utilizzatrice che occupa un posto identico o analogo a quello occupato dal lavoratore messo a disposizione dall'impresa di fornitura di lavoro temporaneo, tenuto conto dell'anzianità, delle qualifiche e delle competenze ». L'articolo 5, paragrafo 5, predetermina come far fronte all'ipotesi in cui non sia rinvenibile un lavoratore comparabile presso l'impresa utilizzatrice e dispone che, in questo caso, debba farsi riferimento al contratto collettivo applicabile alla impresa utilizzatrice e, in assenza di questo, al contratto collettivo applicabile alla impresa di lavoro temporaneo. In mancanza di questi parametri, viene fatto rinvio alle condizioni di base di lavoro e di occupazione del lavoratore temporaneo secondo la legislazione e le pratiche nazionali.

Le « condizioni di base di lavoro e d'occupazione » sono definite all'articolo 3, lettera *d*), con riferimento all'orario di lavoro, comprensivo di periodi di riposo, lavoro notturno, ferie retribuite e festività, alla retribuzione, al lavoro durante la gravidanza e l'allattamento, al lavoro minorile nonché alle disposizioni adottate per combattere qualsiasi discriminazione fondata su sesso, razza, origine etnica, religione o ideologia, handicap, età e orientamento sessuale.

L'articolo 5 limita il campo di applicazione del principio di non discriminazione alle ipotesi in cui non sussistano ragioni oggettive ad un trattamento diverso <sup>(55)</sup> e, con disposizione alquanto controversa (v. *infra*, § 4), attribuisce la facoltà agli Stati membri di non applicare il principio in esame nelle ipotesi in cui la missione o la serie di missioni <sup>(56)</sup> non superino la durata complessiva di sei settimane <sup>(57)</sup>.

I paragrafi 2 e 3 del citato articolo 5 individuano, infine, due ulteriori deroghe alla applicazione del principio di non discriminazione. La prima opera nelle ipotesi in cui il lavoratore stipuli un contratto a tempo indeterminato con l'agenzia e riceva un trattamento economico nel periodo che intercorre tra due distinte missioni. La seconda opera

---

<sup>(55)</sup> Cfr. § 1.

<sup>(56)</sup> L'art. 3 non prevede una definizione di « missione » ma deve intendersi come « missione » la « prestazione » di cui alla lett. *c*), definita come « il periodo durante il quale il lavoratore temporaneo è messo a disposizione dell'impresa utilizzatrice ».

<sup>(57)</sup> Cfr. § 4.



invece nelle ipotesi in cui le parti sociali raggiungano una intesa collettiva, garantendo ai lavoratori temporanei tramite agenzia un adeguato livello di tutela.

Quanto alle modalità di attuazione delle disposizioni relative al principio di non discriminazione il paragrafo 6 dell'articolo 5 dispone che esse debbano essere definite dagli Stati membri previa consultazione delle parti sociali, con l'ulteriore precisazione che gli Stati membri possono affidare alle stesse, a livello adeguato, il compito di definire autonomamente tali modalità mediante un accordo collettivo.

Lo statuto giuridico del lavoratore temporaneo è poi ulteriormente delineato al successivo articolo 6. Questo articolo prescrive che il lavoratore temporaneo sia informato relativamente ai posti di lavoro permanenti presso l'impresa-utilizzatrice, che la legislazione nazionale preveda la sanzione della nullità per le clausole che proibiscono o che abbiano l'effetto d'impedire la stipulazione di un contratto di lavoro o di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore temporaneo al termine della missione, che sia fatto divieto all'agenzia di percepire compensi dai lavoratori quale corrispettivo per l'incarico presso l'impresa utilizzatrice. L'articolo 6 dispone inoltre che i lavoratori temporanei possano godere dei servizi sociali dell'impresa utilizzatrice salvo il ricorrere di ragioni oggettive che giustifichino un diverso trattamento.

Con riferimento alla formazione professionale il paragrafo 5 dell'articolo 6 impone agli Stati membri l'adozione di misure adeguate, anche incentivando il dialogo tra le parti sociali, conformemente alle tradizioni e pratiche nazionali, al fine di migliorare l'accesso dei lavoratori temporanei sia alle opportunità di formazione presso le imprese di fornitura di lavoro temporaneo — anche nei periodi che intercorrono tra una missione e l'altra — sia presso le imprese utilizzatrici con riferimento alle opportunità di formazione di cui godono i lavoratori alle dirette dipendenze di queste ultime.

La *ratio* delle disposizioni contenute nell'articolo 6 sembra, dunque, riconducibile a una prospettiva di garanzia della opportunità di conseguire, mediante la somministrazione di lavoro, una occupazione stabile. Del resto, le ricerche empiriche e le statistiche indicano che, in tutti i Paesi europei, una rivelante quota di lavoratori temporanei accede a un contratto di lavoro a tempo indeterminato grazie alle opportunità concesse dalle agenzie di somministrazione di lavoro <sup>(58)</sup>.

---

(58) Oltre a quanto indicato nella citata *Relazione* di accompagnamento alla

Le disposizioni contenute negli articoli 5 e 6, peraltro, si caratterizzano per la mancata individuazione, salvo che per il divieto di percepire compensi dal lavoratore in capo all'agenzia di fornitura<sup>(59)</sup>, della ripartizione tra agenzia e impresa utilizzatrice delle responsabilità derivanti dal mancato adempimento degli obblighi ivi contenuti. Ripartizione che sembra, conseguentemente, rimessa alla fase di trasposizione della direttiva negli Stati membri.



Gli articoli 7 e 8 hanno ad oggetto la previsione di un quadro minimo di tutela dei diritti collettivi dei lavoratori temporanei ma anche dei lavoratori alle dirette dipendenze dell'impresa utilizzatrice. L'articolo 7 dispone, in particolare, che i lavoratori temporanei debbano essere computati nell'organico della impresa fornitrice ai fini delle disposizioni che garantiscono il diritto alla costituzione di rappresentanze sindacali, attribuendo, altresì, la facoltà agli Stati membri di disporre che siano computati, allo stesso fine, anche nell'organico dell'impresa utilizzatrice. L'articolo 8 impone invece alla impresa utilizzatrice di informare le rappresentanze sindacali dei propri lavoratori sul ricorso al lavoro temporaneo.

### 3.3. La clausola di non regresso e sanzioni.

Delineato lo *status* del lavoratore temporaneo ai fini della direttiva, l'articolo 9 della medesima chiarisce, da un lato, che l'adozione della direttiva non pregiudica la facoltà per gli Stati membri di prevedere norme, anche di origine collettiva, più favorevoli ai lavoratori temporanei, e, dall'altro lato, che la trasposizione della direttiva non costituisce una occasione per diminuire il grado di tutela dei lavoratori temporanei già previsto nei singoli ordinamenti nazionali.

La prima disposizione applica il principio di proporzionalità e

---

proposta di direttiva, cfr., in particolare, 7, e recentemente A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia - Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pisa, 2003, qui 57-59, ora in  *Somministrazione*, cui *adde* D. STORRIE, *Temporary agency work in the European Union Report 2002*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 59-62, ora in  *Somministrazione*.

<sup>(59)</sup> Divieto presente, come visto, anche nella convenzione OIL n. 181/1997, che opportunamente consente deroghe, previa consultazione delle parti sociali, al principio con riferimento a particolari categorie di lavoratori e per servizi specificamente indicati.

segnatamente il principio secondo cui la direttiva si prefigge lo scopo di garantire un quadro minimo di tutele per i lavoratori temporanei di tutti gli Stati membri. La seconda disposizione integra, invece, la clausola, ricorrente nelle direttive comunitarie, c.d. di non regresso. Peraltro, particolare rilevanza sembra assumere (v. *infra*, § 5) la precisazione che segue alla clausola in esame, secondo cui l'attuazione della direttiva « non pregiudica il diritto degli Stati membri e/o delle parti sociali di tenere conto di eventuali cambiamenti della situazione ed emettere disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse da quelle che esistono al momento dell'adozione della presente direttiva, a patto che i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati ».


L'articolo 10 è volto infine ad assicurare l'effettività delle disposizioni contenute nella direttiva stessa. Esso rinvia, quanto alle tecniche da adottare <sup>(60)</sup>, al procedimento di trasposizione della direttiva all'interno degli Stati membri, ma contestualmente predispone uno strumento di controllo attraverso l'obbligo di notificare alla Commissione, entro e non oltre due anni dalla intervenuta trasposizione della direttiva, le misure adottate e di comunicare tempestivamente le eventuali modifiche.


#### **4. Le criticità della proposta di direttiva del 20 marzo 2002, il tentativo di pervenire a un compromesso, la inadeguatezza della proposta modificata del 28 novembre 2002.**

La proposta di direttiva del 20 marzo 2002 è stata oggetto di un intenso confronto tra le delegazioni degli Stati membri. Il dibattito volto a pervenire a un soddisfacente compromesso politico si è arricchito con il parere formulato dal Comitato Economico e Sociale del 19 settembre 2002 <sup>(61)</sup> e, soprattutto, con il parere formulato dal Parlamento Europeo in prima lettura il 21 novembre 2002 <sup>(62)</sup>. Sulla base

---

<sup>(60)</sup> L'art. 10 precisa i requisiti cui devono essere improntate le misure di carattere sanzionatorio adottate dagli Stati membri prevedendo che tali misure debbano essere « efficaci, proporzionali e dissuasive ».

<sup>(61)</sup> In  *Somministrazione*.

<sup>(62)</sup> PARLAMENTO EUROPEO, *Risoluzione legislativa sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, COM(2002)149 - C5 0140/2002 - 2002/0072(COD), in  *Somministrazione*.

di questo articolato dibattito la Commissione ha presentato, il 28 novembre 2002, una proposta modificata di direttiva <sup>(63)</sup>, che, tuttavia, non ha consentito di superare tutte le criticità della proposta iniziale e di pervenire a un sufficiente consenso per l'adozione della direttiva stessa.

Accanto alle riserve generali espresse, sull'intero testo e sulla opportunità di una disciplina della materia, da parte di Regno Unito e Svezia, i profili più controversi della proposta di direttiva, sia nella versione originaria del 20 marzo 2002 sia in quella modificata del 28 novembre dello stesso anno, attengono ai due perni attorno a cui ruota la tecnica di regolazione prospettata dalla Commissione (*supra*, § 3), relativi l'uno alla abolizione dei divieti e delle restrizioni al ricorso alla somministrazione di lavoro e l'altro, consequenziale al primo, connesso alla concreta configurazione ed operatività del principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori stabili della impresa utilizzatrice.

Con riferimento al primo profilo, delineato all'articolo 4 della proposta di direttiva, nel confronto tra le delegazioni nazionali sono emersi due aspetti che, di fatto, hanno pregiudicato la possibilità di raggiungere un consenso generalizzato sulla proposta formulata dalla Commissione: da un lato, le prevedibili resistenze nazionali a soggiacere a un obbligo, espresso e perentorio, di modificare la legislazione interna su un punto tanto delicato per questioni culturali o anche più propriamente ideologiche e non solo di astratta tecnica normativa; dall'altro lato, le difficoltà che sarebbero sicuramente emerse con riferimento ai limiti apposti alla autonomia collettiva a cui viene infatti attribuita, almeno in alcuni ordinamenti nazionali, la facoltà di "gestire" le restrizioni e i vincoli al ricorso alla somministrazione di lavoro <sup>(64)</sup>.

La disposizione di cui all'articolo 4 è stata osteggiata da quei Paesi — tra cui Belgio, Francia, Lussemburgo e Finlandia — che hanno ritenuto il testo della proposta di direttiva troppo sbilanciato sul versante dell'apertura del mercato della somministrazione di la-

---

<sup>(63)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002)701 def., *Proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, Bruxelles, 28 novembre 2002, in [\[63\]](#) *Somministrazione*.


<sup>(64)</sup> Cfr., sul punto, la *Relazione* del Comitato dei Rappresentanti Permanenti relativa alla: *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers*, Bruxelles, 28 febbraio 2003, n. 6892/2003, in [\[64\]](#) *Somministrazione*.

voro, a discapito delle effettive garanzie di tutela dei lavoratori somministrati <sup>(65)</sup>. Secondo alcune delegazioni nazionali, l'articolo 4 avrebbe infatti favorito una abolizione generalizzata di restrizioni e divieti nelle legislazioni nazionali con riferimento alla somministrazione di lavoro, senza tuttavia essere bilanciata da una estesa applicazione del principio di parità di trattamento per via delle numerose deroghe ed eccezioni consentite dalla proposta di direttiva. Ed in effetti, lo stretto collegamento tra le due disposizioni impone una relazione direttamente proporzionale tra progressiva abolizione dei divieti, da un lato, e applicazione via via generalizzata del principio di parità di trattamento, dall'altro (v. *infra*, § 3).

Un primo tentativo di compromesso è invero rinvenibile nella riscrittura dell'articolo 4 operata dalla proposta del 28 novembre 2002, su indicazione del Parlamento Europeo, e volta a ricalibrare la perentorietà del precetto. Viene infatti meno il riferimento esplicito all'obbligo di eliminare divieti e restrizioni *con riferimento* a particolari categorie di lavoratori e a settori produttivi, di modo che il precetto trova ora applicazione a tutti i vincoli, di natura formale e/o sostanziale, alla somministrazione di lavoro. Di contro vengono specificate e ampliate le ragioni che legittimano gli Stati membri a mantenere tali divieti e restrizioni, con riferimento anche alle ipotesi in cui essi siano finalizzati a garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro, compresa la prevenzione di possibili abusi.

Più che una formulazione di compromesso, l'ipotesi formulata con la versione emendata del 28 novembre 2002 pare tuttavia frutto — molto più semplicemente — di una diversa prospettiva di valutazione del problema. A conferma di come la disposizione di cui all'articolo 4 della proposta di direttiva si indirizzi, più che su specifiche restrizioni all'utilizzo della fattispecie, su tutte le condizioni formali e sostanziali che concorrono alla regolamentazione della struttura del mercato della somministrazione di lavoro (temporaneo) <sup>(66)</sup>. Tanto è vero che nella proposta emendata compare un nuovo paragrafo <sup>(67)</sup>,

---

<sup>(65)</sup> Cfr. sul punto la *Relazione del Social Questions Working Party* relativa a *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers*, 16 maggio 2003, n. 9355/2003, in  *Somministrazione*.

<sup>(66)</sup> V. *supra*, nota 45.

<sup>(67)</sup> Cfr. l'art. 4, § 3, introdotto dalla proposta di direttiva modificata del 28 novembre 2002.


volto a precisare che l'invito alla soppressione di vincoli e divieti « non pregiudica le esigenze nazionali in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo » (68).

Da un punto di vista teorico-ricostruttivo siffatta precisazione è indubbiamente coerente con l'impostazione, riproposta nel paragrafo che precede, che suggerisce di distinguere nettamente, rispetto alla disciplina della fattispecie, le norme di tipo strutturale da quelle di tipo direzionale. Le norme che, nei singoli ordinamenti nazionali, limitano l'accesso al mercato della somministrazione di lavoro non si traducono infatti, e necessariamente, in una limitazione delle possibilità di ricorso a questa peculiare forma di lavoro da parte dell'impresa utilizzatrice. In particolare, le norme che condizionano l'accesso al mercato della somministrazione a specifici regimi di autorizzazione, registrazione o certificazione amministrativa vanno intesi come strumenti di accertamento della affidabilità degli operatori professionali che operano sul mercato risultando, conseguentemente, estrinseci alla fattispecie sostanziale della somministrazione di lavoro.

Premesso che un rinvio *tout court* alla legislazione degli Stati membri, senza indicare una specifica posizione comunitaria, appare inefficace dal punto di vista del riallineamento delle legislazioni nazionali, nella prospettiva del principio di libera prestazione di servizi (69), risulta evidente, come la formulazione contenuta nella proposta modi-

---

(68) Cfr. *Report on the proposal for a European Parliament and the Council Directive on Working conditions for Temporary Workers*, in R. BLANPAIN, R. GRAHAM (eds.), *op. cit.*, 325. L'emendamento n. 35 del Parlamento Europeo che prevede l'introduzione, accolta poi dalla Commissione (*infra*, nel testo e nota successiva), nel § 4 del comma 3 « This provision is without prejudice to reasonable arrangements for the registration, licensing, certification, guaranteeing or monitoring of temporary agency work, as long as they do not place disproportional administrative burdens on the undertakings and the persons involved » con la seguente giustificazione « This provision put beyond doubt the reasonable administrative arrangements for the registration and monitoring of temporary work agencies will not be considered as restrictions or prohibitions ».

(69) Aspetto, peraltro, questo già portato all'attenzione della Corte di Giustizia che con la sentenza 7 febbraio 2002 nella causa C-279/00, in  *Somministrazione* — ha condannato l'Italia in relazione all'art. 2 della l. n. 196/1997 attualmente non più in vigore. La motivazione della sentenza giustifica la condanna sostenendo che quelle specifiche norme non trovano giustificazione nella nozione — restrittiva — di ordine pubblico poiché in concreto non si rinviene un pregiudizio per i lavoratori tale da giustificare la limitazione alla libertà di prestazione dei servizi.

ficata del 28 novembre 2002 complichino ulteriormente ogni tentativo di pervenire a una soluzione di compromesso politico. Il tentativo di stemperare la perentorietà del divieto si traduce, di fatto, in una evidente estensione dell'obbligo degli Stati membri di esaminare *tutte* le restrizioni e i divieti alla somministrazione di lavoro (temporaneo).

La situazione di stallo sul precetto di cui all'articolo 4 — che, come detto, e al di là delle affermazioni di principio, sembra finalizzato esclusivamente a promuovere il ricorso a questa tipologia contrattuale — rende ancor più marcate le distanze tra le diverse delegazioni nazionali sul secondo aspetto critico della proposta di direttiva, relativo alla esatta configurazione ed operatività del principio di parità di trattamento tra lavoratore somministrato e lavoratore stabile dell'impresa utilizzatrice. Ed è proprio su questo punto che fallisce il tentativo di compromesso politico che avrebbe consentito l'approvazione della proposta di direttiva.

L'articolo 5, paragrafo 1, sancisce, come visto (*infra*, § 3), il principio della parità di trattamento, secondo cui le condizioni di base di lavoro e di occupazione dei lavoratori temporanei tramite agenzia devono essere almeno identiche a quelle che si applicherebbero al lavoratore della impresa utilizzatrice che occupi un posto identico o analogo a quello occupato dal lavoratore messo a disposizione dalla agenzia di somministrazione di lavoro, tenuto conto della anzianità, delle qualifiche e delle competenze. Il paragrafo 4 dell'articolo 5 consente tuttavia agli Stati membri di non applicare il principio della parità di trattamento, per quanto riguarda la retribuzione e tutte le restanti condizioni di lavoro, allorché il lavoratore somministrato svolga presso la stessa impresa utilizzatrice, in base a una missione o a una serie di missioni, un lavoro che può essere realizzato in un periodo che non superi le sei settimane.

Il testo della proposta è stato anche in questo caso modificato su indicazione del Parlamento Europeo. La versione del 28 novembre 2002 supera l'ambiguo concetto di « lavoratore comparabile » e, nell'individuare come parametro di riferimento condizioni almeno identiche a quelle che si applicherebbero al lavoratore in questione se fosse direttamente impiegato dalla stessa impresa utilizzatrice per svolgervi il medesimo lavoro, introduce implicitamente una nozione di « lavoratore ipotetico ». Ma anche questa modifica, restando irrisolto il nodo della abolizione delle restrizioni e dei divieti, non è risultata sufficiente per far convergere le posizioni delle diverse delegazioni nazionali acuendo semmai le contrapposizioni già emerse sul testo originario



della proposta di direttiva per quanto attiene al regime delle deroghe alla operatività di detto principio.


Ben undici delegazioni hanno ritenuto che il principio della parità di trattamento in termini di condizioni di base di lavoro e di occupazione, per quanto riguarda la retribuzione, dovesse essere applicato sin dal primo giorno di missione e hanno conseguentemente escluso di poter accettare la esenzione per missioni di durata inferiore alle sei settimane. Le restanti quattro — e precisamente Germania, Regno Unito, Irlanda e Danimarca — hanno invece proposto l'introduzione di un periodo di deroga considerevolmente più lungo, al fine di offrire una maggior flessibilità ai rispettivi mercati del lavoro <sup>(70)</sup>. La delegazione inglese, in particolare, sostenuta in questo dalla delegazione irlandese, ha proposto, a tutela del proprio mercato della somministrazione di lavoro che, in caso contrario, avrebbe subito un grave contraccolpo dalla adozione della proposta di direttiva <sup>(71)</sup>, un periodo di deroga con riferimento a missioni inferiori a dodici mesi, nonché una deroga sotto forma di periodo minimo per l'accesso e una deroga applicata a tutte le condizioni di lavoro e non solo alla retribuzione. Era pertanto gioco forza che, sulla base di simili premesse, la trattativa per l'adozione di una direttiva in materia di somministrazione di lavoro (temporaneo) finisse con il risolversi in un nulla di fatto tanto erano distanti le posizioni delle diverse delegazioni nazionali.

## 5. **La rilevanza delle prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario della disciplina della somministrazione di lavoro con riferimento alla riforma italiana del mercato del lavoro di cui al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.**

Per quanto allo stato sia privo di esiti operativi, il dibattito sulla

---

<sup>(70)</sup> Cfr. la *Relazione del Social Questions Working Party* relativa a *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers*, cit. Il dibattito fra le delegazioni sembra pertanto essersi spostato sulla possibilità di introdurre un lungo periodo transitorio entro cui consentire agli Stati membri la non applicazione del principio di parità di trattamento per le missioni di durata *relativamente* breve.


<sup>(71)</sup> Cfr. DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY (a cura di), *Proposal for a directive of the european parliament and of the council on working conditions for temporary agency workers- regulatory impact assessment*, in  *Somministrazione*.




proposta di una regolamentazione a livello comunitario della somministrazione di lavoro (a tempo determinato) assume particolare rilievo non solo e non tanto per aver dissodato in profondità il terreno rendendo così, in prospettiva, meno complicati gli sforzi di pervenire a una uniformazione a livello sopranazionale delle modalità di utilizzo di questa tipologia di lavoro <sup>(72)</sup>. Ancor più evidente, almeno da un angolo di osservazione offerto dall'ordinamento giuridico italiano, è infatti il quadro concettuale e normativo di riferimento che è emerso nel confronto tra le diverse delegazioni nazionali e relativamente al quale è ora possibile sviluppare una riflessione sulla riforma della somministrazione di lavoro tracciata dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30, e resa operativa dal relativo decreto di attuazione del 10 settembre 2003, n. 276 <sup>(73)</sup>.

Una prima valutazione, seguendo il procedere della proposta di direttiva, concerne la definizione in Italia dei limiti del mercato della somministrazione. Come sopra evidenziato, infatti, ove si ritenga, come già la Commissione (*supra* §§ 2, 3.1), che la somministrazione di lavoro sia un utile strumento per favorire l'incontro fra domanda e offerta di lavoro (ovvero anche per agevolare l'inserimento di soggetti appartenenti a categorie potenzialmente escluse dal mercato del lavoro) e non vi siano ragioni di interesse generale, segnatamente legate alla tutela dei lavoratori, che giustifichino il permanere di limitazioni di ricorso all'istituto, appare una scelta coerente ampliare i confini del mercato della somministrazione di lavoro. Da questa prospettiva, l'esperienza italiana del lavoro temporaneo può essere valutata positivamente, tanto sul piano delle tutele dei lavoratori nel rapporto <sup>(74)</sup> quanto quale trampolino di accesso ad una occupazione permanente e di qualità <sup>(75)</sup>. Si registra quindi un significativo ampliamento del mercato della somministrazione in Italia nel momento in cui il contesto complessivo entro cui valutare le prospettive di regolamentazione della fattispecie non giustificava ul-

---

<sup>(72)</sup> Cfr. Consiglio dell'Unione europea, n. 9140/03 LIMITE, su *Amended proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on working conditions for temporary workers*, in  *Somministrazione*.

<sup>(73)</sup> Entrambi i provvedimenti, con la Relazione tecnica di accompagnamento allo schema di decreto attuativo della delega, sono pubblicati in  *Riforma Biagi*.

<sup>(74)</sup> Cfr. A. ACCORNERO, *Nuovi lavori e rappresentanza*, in *DRI*, 2005, n. 1, 60-63.


<sup>(75)</sup> Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *op. cit.*

teriormente limiti di carattere settoriale ovvero anche condizioni di ricorso alla fattispecie eccessivamente rigorose ovvero divieti troppo stringenti <sup>(76)</sup>. In questa stessa direzione erano poi le indicazioni derivanti da confronto comparato <sup>(77)</sup> e dalla analisi delle attuali e sempre più diffuse esigenze organizzative di impresa <sup>(78)</sup>, che testimoniava la possibilità che la somministrazione potesse rappresentare non solo uno strumento di incentivazione dell'incontro domanda offerta di lavoro ma valido strumento di gestione del lavoro in azienda e conseguentemente un'occasione di competitività per le imprese italiane <sup>(79)</sup>.

Come peraltro già chiarito a livello comunitario (*supra*, § 4) e coerentemente con lo schema di analisi sopra adottato, l'ampliamento del mercato della somministrazione non ha inciso sulle ragioni per le quali si ritiene comunque di riservare a soggetti autorizzati <sup>(80)</sup> l'esercizio della attività di somministrazione. Rimane quindi sostanzialmente confermato il regime autorizzatorio introdotto nell'esperienza italiana dalla legge n. 196/1997 con la rilevante differenza, tuttavia, relativa al venir meno del vincolo per l'accesso alla autorizzazione oggetto sociale esclusivo <sup>(81)</sup>.

---

<sup>(76)</sup> *Supra*, § 4.

<sup>(77)</sup> Cfr. C. BIZZARRO, M. LIPAROTI, C. MITTIGA, G. URSINO (a cura di), *Schede comparate*, in  *Somministrazione*, sezione *Studi - ricerche - percorsi di lettura*, ed in particolare i processi di Riforma in materia negli altri Paesi europei, § 2. Vedi anche quanto all'espansione del mercato della somministrazione di lavoro il quadro prospettato da G. BOCCHIERI, *La dimensione del lavoro temporaneo in Italia e nel resto del mondo*, cit.

<sup>(78)</sup> Cfr. B. BUSACCA, *Decentramento produttivo e processi di esternalizzazione: il mutamento dell'organizzazione produttiva*, e L. GOLZIO, *L'evoluzione dei modelli organizzativi di impresa*, entrambi in *DRI*, 2005, n. 2.

<sup>(79)</sup> Cfr. per questi profili di analisi, le argomentazioni sostenute da M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, che introduce il presente volume.

<sup>(80)</sup> S. SPATTINI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro: profili giuridici*, in questa Parte, Sez. (B), cui *adde*, per una analisi complessiva della regolamentazione di struttura del mercato del lavoro italiano con riferimento al ruolo degli operatori privati, i contributi raccolti nella Parte I, Sez. (B), del volume P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*

<sup>(81)</sup> Sulla rilevanza del requisito in esame e in particolare sulla differenza fra regola della c.d. « esclusività » rispetto a quella della c.d. « professionalità » cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 233-236, cui *adde*, con riferimento alla attuale regolamentazione delle agenzie di somministrazione

In primo luogo, infatti, sono venute meno le restrizioni di tipo settoriale con riferimento all'agricoltura e all'edilizia. Neppure sono stati confermati i divieti relativamente alle mansioni di esiguo contenuto professionale ovvero le altre individuate dai contratti collettivi con riferimento a quelle ritenute maggiormente pericolose ovvero anche alle lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi individuati in via amministrativa<sup>(82)</sup>. Permane, di contro, il tradizionale divieto di ricorso alla somministrazione per la sostituzione di lavoratori in sciopero<sup>(83)</sup>. Sono anche confermati il divieto di ricorrere alla somministrazione presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione e, infine, la preclusione di utilizzo dell'istituto per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche.

Ma la vera novità — dalla prospettiva dell'ampliamento del mercato della somministrazione di lavoro — è rappresentata dal venir meno della temporaneità della somministrazione come vincolo di ricorso all'istituto.

In altri termini è espressamente riconosciuta, anche se per ipotesi tassativamente individuate, la somministrazione a tempo indeterminato, il c.d. *staff leasing*, la cui introduzione nell'ordinamento italiano sembra giustificarsi in primo luogo da una esigenza di bonifica dei numerosi appalti di servizi, in realtà appalti di mere prestazioni di lavoro, gestiti da soggetti economicamente poco affidabili nonché spesso scar-

---

S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 153-157.

<sup>(82)</sup> Cfr. l'art. 1, comma 4, l. n. 196/1997, ma vedi poi la conferma di tali divieti in via contrattuale specialmente nel settore dell'edilizia in L. DEGAN, *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva*, nella Parte III, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(83)</sup> Sul senso del divieto e sui relativi limiti cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, *cit.*, 398-404.

samente qualificati sul piano professionale <sup>(84)</sup>. Né si può omettere di considerare che, a livello comunitario, nessuna disposizione inserita nella proposta di direttiva impone, a ben vedere, un limite temporale alla somministrazione <sup>(85)</sup>.

In attesa però che effettivamente nella prassi applicativa si affermi la somministrazione a tempo indeterminato il dato certamente più rilevante risulta dal venir meno della temporaneità/eccezionalità della esigenza che consente il ricorso anche alla somministrazione a termine, secondo il modello già sperimentato nell'ordinamento del rapporto di lavoro a tempo determinato per esigenza di carattere tecnico, produttivo e organizzativo e sostitutivo <sup>(86)</sup>. Il vincolo, quindi, al ricorso alla somministrazione a termine rimane ora tutto concentrato sulla facoltà per i contratti collettivi — non più chiamati ad intervenire per tipizzare a loro volta le condizioni di ricorso alla somministrazione temporanea <sup>(87)</sup> — di prevedere limiti quantitativi di ricorso all'istituto.

Definito così il mercato della somministrazione di lavoro resta sostanzialmente confermato rispetto alla previgente regolamentazione della fornitura di lavoro temporaneo <sup>(88)</sup>, lo schema di ripartizione della posizione datoriale fra agenzia e utilizzatore e il relativo statuto di tutela del lavoratore in somministrazione <sup>(89)</sup>.

In questo contesto particolare rilevanza assume la conferma di quel principio di parità di trattamento economico e normativo fra lavoratori in somministrazione e lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore sul quale sembra essersi incagliata la definitiva approvazione della direttiva comunitaria (*supra*, § 4) e il rilievo che in Italia l'occasione di riforma non ha comportato alcuna introduzione di deroghe di carattere temporale alla sua applicazione mentre è stato riba-

---

<sup>(84)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit.

<sup>(85)</sup> *Supra*, il testo relativo alla nota 51.

<sup>(86)</sup> Sulla regolamentazione del lavoro a termine introdotta dal d.lgs. n. 368/2001 vedi A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *op. cit.*, e M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, cit.

<sup>(87)</sup> Art. 1, comma 2, l. n. 196/1997.

<sup>(88)</sup> Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 379.

<sup>(89)</sup> Cfr. B. SANNINO, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile*, in questa Parte, Sez. (C).

dito che il lavoratore in somministrazione gode in Italia del principio di parità di trattamento sin dall'inizio della sua missione presso l'impresa utilizzatrice.

L'unica deroga ammissibile al principio di parità di trattamento ha infatti natura soggettiva e concerne la possibilità di ricorrere alla somministrazione di lavoro quale strumento di inserimento/reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati<sup>(90)</sup>. L'utilizzo della somministrazione di lavoro come misura di politica attiva sul mercato del lavoro è stato sperimentato in Germania<sup>(91)</sup> e successivamente è stato importato in Italia. Dopo un'*impasse* nell'attuazione della norma, data principalmente da problemi di ripartizione di competenze fra Stato e Regioni in materia di regolamentazione del mercato del lavoro, l'istituto sembra ora trovare nuovo vigore a fronte del recente intervento legislativo che ha reso immediatamente operativa la norma con l'esclusione di intervento regolatorio regionale<sup>(92)</sup>.

Accanto alla piena conferma del regime di tutela del lavoratore in somministrazione l'ordinamento italiano si caratterizza per la ampia e circostanziata regolamentazione delle tutele del lavoratore sul mercato del lavoro e, in particolare, rispetto alle agenzie di somministrazione quali operatori privati autorizzati. Particolare importanza acquistano, da questo profilo, le norme relative ai divieti di indagine sulle opinioni dei lavoratori, al divieto di discriminazione, alla tutela della riservatezza del lavoratore e del suo affidamento in caso di annunci aventi ad oggetto attività autorizzate diffusi attraverso mezzi di comunicazione di massa<sup>(93)</sup>. Viene poi confermato il divieto, sancito dalla convenzione OIL (*supra*, § 2) e ribadito a livello comunitario<sup>(94)</sup>, di

---

<sup>(90)</sup> Cfr., per la nozione di lavoratore svantaggiato, art. 2, comma 1, lett. *k*), d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(91)</sup> Sulla esperienza tedesca e sui relativi riflessi a livello comunitario, cfr. D. SCHIEK, *Lavoro tramite agenzia: dalla emarginazione all'accettazione?*, che segue, cui *adde* S. SPATTINI, *Un esempio di buone prassi dall'Europa: le agenzie tedesche di Personal Service*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 181-197.

<sup>(92)</sup> Cfr. art. 1-*bis*, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modifiche dalla l. 14 maggio 2005, n. 80.

<sup>(93)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel mercato: trasparenza, formazione e tutela per i lavoratori svantaggiati*, in questa Parte, Sez. (C), cui *adde* i contributi raccolti nella Parte II, Sez. (B), del volume di P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*

<sup>(94)</sup> Cfr. art. 11, proposta di direttiva.

percepire compensi dai lavoratori per l'attività di somministrazione<sup>(95)</sup>.

Quando poi alle misure che consentono un accesso ad una occupazione permanente e di qualità viene mantenuto il divieto di inserire clausole volte a limitare la possibilità per il lavoratore di stipulare direttamente un contratto di lavoro con l'utilizzatore<sup>(96)</sup> ma solo per la somministrazione a termine (e ove non sia regolata dai contratti collettivi una specifica indennità per il lavoratore). Di contro per la somministrazione a tempo indeterminato rimangono possibili clausole di fidelizzazione del personale che costituiscono la contropartita dell'attività di valorizzazione delle proprie risorse compiuta dall'agenzia<sup>(97)</sup>.

Particolare rilevanza, poi, assumono i fondi per la formazione e l'integrazione del reddito. Fondi questi sostenuti con il contributo del 4% sul monte retribuzioni, rispettivamente dei lavoratori a termine e a tempo indeterminato, e utilizzati per attività di carattere formativo e per il sostegno del reddito dei lavoratori nei periodi di inattività<sup>(98)</sup>.

Il complessivo sistema di regolamentazione della somministrazione di lavoro — delle norme quindi di carattere tanto strutturale quanto direzionale — è infine garantito, quanto all'effettività, dalla definizione di un rigoroso apparato sanzionatorio che opera attraverso l'applicazione concorrente di sanzioni penali, amministrative<sup>(99)</sup> e civili<sup>(100)</sup>.

A fronte della analisi sopra condotta, con riferimento ai profili più significativi e innovativi della regolamentazione della somministrazione di lavoro in Italia scaturita dalla riforma del mercato del lavoro, si possono avanzare alcune riflessioni di carattere conclusivo.

---

<sup>(95)</sup> Cfr. art. 11, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(96)</sup> Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *op. cit.*

<sup>(97)</sup> Per questa prospettiva cfr. M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit.

<sup>(98)</sup> Art. 12, d.lgs. n. 276/2003, e a commento G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *I fondi per la formazione e la tutela del reddito*, in questa Parte, Sez. (C), cui *adde* G. BOCCHIERI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 169 ss.

<sup>(99)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(100)</sup> Cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

In generale l'orientamento comunitario sembra essere quello di un deciso sostegno all'istituto quale strumento, sostanzialmente, di politica attiva nella gestione del mercato del lavoro.

Sul piano della regolamentazione delle tutele del lavoratore il nodo irrisolto concerne, di contro, un principio che per i Paesi di tradizione c.d. mediterranea, come l'Italia, appare irrinunciabile: il principio di parità di trattamento come principale strumento di tutela del lavoro non-standard. Proprio questo principio costituisce il vincolo per cui la somministrazione si pone come un'alternativa organizzativa al lavoro subordinato alle dirette dipendenze dell'imprenditore, senza tramutarsi in una corsa al ribasso delle retribuzioni e senza ingenerare una sorta di doppio mercato del lavoro: da un lato, il circuito privilegiato dei lavoratori con una occupazione permanente e di qualità, dall'altro quello dei lavoratori temporanei meno tutelati.

L'Italia, da questa prospettiva, appare aver condiviso la strada della incentivazione normativa all'utilizzo dell'istituto. La via seguita, però, appare concentrata sul versante dell'ampliamento del mercato della somministrazione piuttosto che su quello della eccessiva flessibilità delle tutele che, di contro, avrebbe agito esclusivamente sul piano della diminuzione del costo del lavoro in somministrazione. Non solo. La contestuale regolamentazione del ruolo di tutte le agenzie per il lavoro, ha anche offerto l'occasione per una più rigorosa definizione delle tutele del lavoratore nelle fase anteriore alla stipulazione del contratto con l'agenzia. In questo senso particolare rilevanza riveste sia l'innovazione data dall'utilizzo della somministrazione come strumento di inserimento lavorativo per le categorie di lavoratori svantaggiati sia la piena conferma della disciplina del fondo per la formazione, la cui operatività ha dimostrato di garantire una tutela per il lavoratore dalla specifica prospettiva dell'accesso ad una occupazione permanente e di qualità. Interventi, questi, entrambi già prefigurati non solo nell'esperienza comparata ma anche recepiti negli indirizzi dell'ordinamento comunitario sopra ricostruiti.

Se, quindi, si può ravvisare una significativa coincidenza fra la regolamentazione attuale della somministrazione di lavoro in Italia e la tendenza emersa nel corso del dibattito relativo alla proposta di direttiva in materia di lavoro tramite agenzia, parimenti rilevante appare la netta decisione operata dal legislatore italiano di non rinunciare agli standard di tutela già presenti nell'ordinamento a favore dei lavoratori

in somministrazione. Da un lato, infatti, è mantenuta la rigorosa selezione degli operatori ammessi ad esercitare l'attività di somministrazione, dall'altro, resta immutata la previsione del principio di parità di trattamento, senza deroghe di carattere temporaneo e con la conferma della garanzia di effettività derivante dalla solidarietà fra agenzia e utilizzatore quanto al pagamento dei debiti derivanti dal rapporto di lavoro.



### 3.

## LAVORO TRAMITE AGENZIA: DALLA EMARGINAZIONE ALL'ACCETTAZIONE?

DAGMAR SCHIEK

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il lavoro tramite agenzia: definizione, potenziale di flessibilità, regolamentazione. La definizione del lavoro tramite agenzia e la sua distinzione rispetto alle altre ipotesi di rapporti interpositori. — 3. *Segue*: il potenziale di flessibilità dal punto di vista delle imprese utilizzatrici, dei lavoratori e delle agenzie. — 4. *Segue*: approcci regolatori al lavoro tramite agenzia. — 5. Lavoro tramite agenzia e regolamentazione a livello dell'Unione Europea. — 5.1. Integrazione negativa. — 5.2. Integrazione positiva. — 6. La regolamentazione del lavoro tramite agenzia in Germania. — 6.1. Storia. — 6.2. La legge sul lavoro tramite agenzia del 1972: ancora lo strumento di regolamentazione del lavoro tramite agenzia in Germania. — 6.3. La modernizzazione della legge sul lavoro tramite agenzia del 1972: verso un lavoro tramite agenzia socialmente responsabilizzato? — 6.4. L'autoregolamentazione controllata in un settore precedentemente illegale: alcune conseguenze pratiche. — 6.5. I modelli regolatori restrittivi e il limitato successo della legislazione sociale. — 7. Conclusioni. La riforma della legge sul lavoro tramite agenzia: una ipotesi di adeguamento alla proposta di direttiva. — 8. *Segue*: le peculiarità nazionali che influiscono sugli effetti pratici della riforma. — 9. *Segue*: una regolamentazione del lavoro per conciliare flessibilità e stabilità: quesiti sul futuro per il legislatore europeo.

### 1. Introduzione.

In tempi recenti, a partire dall'inizio degli anni Novanta, il lavoro tramite agenzia è stato oggetto di una particolare attenzione legislativa sia a livello europeo che a livello nazionale. L'interesse per la materia è stato in particolare sollecitato dalla crescita del settore e dalla speranza che il lavoro tramite agenzia, in virtù della sua estrema flessibilità, possa offrire una soluzione alla disoccupazione. Ne è derivato un atteggiamento diffuso in base al quale il lavoro tramite agenzia non è più considerato una forma di lavoro da evitare ma, piuttosto, sta progressivamente guadagnando un vero e proprio riconoscimento sociale.

Il presente articolo cerca di analizzare la tendenza verso l'accettazione attinente al lavoro tramite agenzia mediante la comparazione dell'approccio comunitario con quello tedesco. Accanto alla questione specifica del lavoro tramite agenzia, è sollevata anche la questione più generale se le necessità di flessibilità dei lavoratori e dei datori di lavoro possano essere effettivamente conciliate attraverso il ricorso ai nuovi metodi di organizzazione di lavoro, e quale politica regolatoria possa essere più adatta per conseguire tale obiettivo. Questo è il contesto che fa da sfondo al presente ragionamento.

Dopo aver predisposto una definizione di lavoro tramite agenzia con uno specifico accento sui rischi e sul potenziale di questo istituto dal punto di vista della flessibilità, nonché sui possibili approcci regolatori <sup>(1)</sup>, si valuterà la strategia dell'Unione Europea con riferimento alla regolamentazione del lavoro tramite agenzia nel quadro delle politiche per la occupazione. Il secondo passo sarà poi quello di analizzare il caso tedesco con riferimento allo sviluppo storico dell'approccio al lavoro tramite agenzia, per condurre, quindi, un'analisi della recente riforma legislativa e dei suoi esiti pratici. Nella conclusione sarà valutato se la legislazione tedesca corrisponde alla proposta di direttiva, quali peculiarità nazionali ne condizioneranno gli effetti pratici, e quali raccomandazioni possono essere mosse con riferimento alla versione finale della proposta di direttiva <sup>(2)</sup>.

## **2. Il lavoro tramite agenzia: definizione, potenziale di flessibilità, regolamentazione. La definizione del lavoro tramite agenzia e la sua distinzione rispetto alle altre ipotesi di rapporti interpositori.**

Il lavoro tramite agenzia, spesso chiamato « lavoro temporaneo » o lavoro temporaneo tramite agenzia <sup>(3)</sup>, è caratterizzato dal

---

<sup>(1)</sup> Per una sintesi del quadro comparato, cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La regolamentazione della somministrazione di lavoro: un confronto comparato*, che segue.

<sup>(2)</sup> Per una analoga prospettiva di indagine, con riferimento alla situazione italiana, cfr. O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, che precede.

<sup>(3)</sup> L'espressione « lavoro temporaneo » è usata più spesso di « lavoro tramite agenzia », *inter alia* dalle istituzioni europee. Tuttavia, questa locuzione pone l'accento sul carattere della temporaneità anche se il lavoro tramite agenzia basato sul contratto

rapporto trilaterale tra l'agenzia di lavoro, l'impresa utilizzatrice e il lavoratore.


L'agenzia assume l'obbligo di provvedere ai servizi di selezione di lavoratori competenti (ove possibile anche provvedendo alla formazione di tali lavoratori) e li manda in missione presso l'impresa utilizzatrice. L'agenzia provvede anche al pagamento dei lavoratori, alla trattenuta dei contributi previdenziali e alla deduzione delle tasse dai loro stipendi conformemente alle norme di legge. Mentre l'agenzia spesso è un datore di lavoro « formale », lo scopo di questa relazione di lavoro è quella di concedere all'impresa o ad alcune imprese utilizzatrici la possibilità di dirigere il lavoro per lo svolgimento del quale viene richiesta la prestazione del lavoratore. Il lavoratore è obbligato in questo modo a lavorare sotto le direttive di un'impresa utilizzatrice invece che dell'agenzia. La soluzione del problema se l'agenzia di lavoro o solo l'impresa utilizzatrice o entrambe debbano essere considerate datori di lavoro varia nei diversi sistemi legislativi nazionali.

Il rapporto trilaterale tra i due datori di lavoro e il lavoratore può, peraltro, intervenire con diverse modalità, per esempio, nel quadro del distacco del lavoratore <sup>(4)</sup>. In questo caso un'impresa assume i lavoratori per svolgere una determinata attività. Per adempire il contratto con un'altra impresa, il datore di lavoro mette i lavoratori a disposizione del committente, ma mantiene il diritto e l'obbligo di dirigere il loro lavoro. In questo caso esiste un contratto di lavoro solo tra la prima impresa e il lavoratore distaccato presso la seconda, anche se nella pratica spesso è abbastanza difficile distinguere il distacco dal lavoro tramite agenzia.

Provvedimenti di legge in diversi Paesi membri impongono ai soggetti facenti parte di questa relazione triangolare diversi modelli di

---

a tempo indeterminato sarebbe un modello di regolamentazione socialmente più desiderabile. L'espressione « lavoro temporaneo » può anche condurre alla confusione tra lavoro tramite agenzia e lavoro a termine, perché i due termini sono intercambiabili nella lingua inglese giuridica (v. ad es. J. MURRAY, *Normalising Temporary Work*, in *ILJ*, 1999, vol. 26, 269, che discute sulla direttiva europea sul lavoro a termine). Per queste ragioni useremo nel testo il termine « lavoro tramite agenzia » (non « lavoro temporaneo » o « lavoro temporaneo tramite agenzia »), agenzia di lavoro (e non agenzia di lavoro temporaneo) e lavoratore tramite agenzia (non lavoratore temporaneo).


<sup>(4)</sup> Il termine è qui usato nella accezione accolta dalla direttiva n. 96/71/CE in  *Somministrazione (ndt)*.

lavoro tramite agenzia <sup>(5)</sup>. La legislazione nazionale può richiedere che il rapporto di lavoro intervenga solo tra l'agenzia e il lavoratore, oppure ripartire i compiti datoriali tra l'agenzia e l'impresa utilizzatrice, a volte introducendo una responsabilità solidale, per esempio per quanto riguarda il pagamento delle retribuzioni. Specifici limiti di carattere legale possono richiedere che sia la missione (oggetto del contratto tra l'agenzia e l'impresa utilizzatrice) che il rapporto di lavoro (contratto tra il lavoratore e l'agenzia) o tutti e due siano di durata limitata. In altri modelli, il contratto di lavoro deve essere, invece, a tempo indeterminato. Possono esistere regole specifiche, per quanto riguarda la remunerazione del lavoratore: talora è imposto all'agenzia di pagare al lavoratore l'equivalente di quello che avrebbe guadagnato se fosse stato direttamente assunto, nella medesima situazione, alle dirette dipendenze della medesima impresa. Se la legislazione nazionale prevede specifiche tutele per il lavoratore tramite agenzia e per il lavoratore distaccato si può anche verificare un aumento artificioso del numero dei lavoratori appartenenti ad una delle due categorie a seconda di quale relazione ha una minore protezione.

### **3. *Segue: il potenziale di flessibilità dal punto di vista delle imprese utilizzatrici, dei lavoratori e delle agenzie.***

Il lavoro tramite agenzia ha un potenziale specifico nell'incrementare la flessibilità nel mercato del lavoro. Questo avviene grazie all'opportunità dell'impresa utilizzatrice di esternalizzare alcune fun-

---

<sup>(5)</sup> Vedi D. STORRIE, *Temporary agency work in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2002, 5-12, ora anche in  *Somministrazione*; A. FEUERBORN, *Europäischer Vergleich*, in P. SCHÜREN, A. FEUERBORN, W. HAMANN, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz. Kommentar*, Beck, München, 2003, II ed., 119-125. La presente sintesi è basata anche sui rapporti per Paese presentati in occasione del Seminario internazionale di Diritto del lavoro comparato di Pontignano del 2004 tenutosi il 24 e 25 luglio (cfr. le relazioni di F. SCARPELLI: *Relazione al seminario di diritto del lavoro comparato, Pontignano XXI, « Lavoro tramite agenzia »*, dattiloscritto, 2004; L. CORAZZA, *Italian report, Pontignano XXI, « Lavoro tramite agenzia »*, dattiloscritto, 2004; M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Temporary Work And The Information Society: Spanish Report, « Lavoro tramite agenzia »*, dattiloscritto, 2004; C. SACHS-DURAND, S. ROBIN-OLIVIER: *French report, Pontignano XXI, « Lavoro tramite agenzia »*, dattiloscritto, 2004; T. JASPERS, *Dutch Report, Pontignano XXI, « Lavoro tramite agenzia »*, dattiloscritto, 2004).

zioni di reclutamento e alcuni adempimenti generali legati al rapporto di lavoro. Ricorrendo al lavoro tramite agenzia, il datore di lavoro evita o riduce in maniera significativa le spese relative alla ricerca del personale sul mercato. Quando, e questo succede molto spesso, il lavoro tramite agenzia è necessario solo temporaneamente, l'impresa utilizzatrice evita anche i costi di transazione legati al licenziamento o all'adempimento dei vincoli di legge sul contratto a termine. L'impresa utilizzatrice è anche in grado di esternalizzare molte funzioni dell'ufficio del personale <sup>(6)</sup>. Tuttavia, anche il lavoratore gode di una certa flessibilità. Tenendo conto del rapporto tra lavoro tramite agenzia e mercato del lavoro il lavoratore può acquisire una vasta esperienza <sup>(7)</sup>. Se esiste questa opportunità, il lavoratore può avvalersene senza affrontare i costi relativi al frequente cambiamento del posto di lavoro. Inoltre, le agenzie possono offrire l'opportunità di entrare in un rapporto di lavoro intermittente adattabile alle situazioni personali che richiedono un alto livello di flessibilità <sup>(8)</sup>.

Ovviamente è l'agenzia l'attore che provvede a realizzare questi due tipi di flessibilità. La questione che si pone allora è come l'agenzia tragga profitti da questa attività. La risposta è legata alle condizioni di impiego del lavoratore, che in media sono meno favorevoli di quelle degli altri lavoratori. Innanzitutto tali lavoratori sono pagati di meno dei loro colleghi lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore con mansioni comparabili <sup>(9)</sup>. Questo si spiega con il fatto che per molti lavoratori il lavoro tramite agenzia costituisce l'unica alternativa possibile. Così si può constatare che il lavoro tramite agenzia, come altre forme di lavoro atipico, è una via per trovare un accesso ad un mercato del lavoro sempre più chiuso attraverso una mera riduzione del costo del lavoro. La situazione può divenire più vantaggiosa per il lavoratore nel caso di scarsità di manodopera.

Tuttavia, esiste una speranza che, al di là di metodi primitivi di

---

<sup>(6)</sup> Vedi D. STORRIE, *op. cit.*, 33-34.

<sup>(7)</sup> *Ibidem*, 59.

<sup>(8)</sup> Questo ultimo aspetto è menzionato nelle interviste con i lavoratori tramite agenzia della Danimarca, vedi D. STORRIE, *op. cit.*, 53.

<sup>(9)</sup> Vedi D. STORRIE, *op. cit.*, 54-56. Tuttavia nelle situazioni di carenza di manodopera il lavoro tramite agenzia può essere usato per provvedere al settore più pagato senza alterare in modo prematuro i contratti collettivi. Secondo D. STORRIE, *op. cit.*, 54, con le note 79 e 80, questo avviene in Svezia e Danimarca nel settore infermieristico.

risparmio sul costo del lavoro, il lavoro tramite agenzia possiede anche un aspetto qualitativo nel senso di incrementare le opportunità di flessibilità. Specialmente le agenzie come la Manpower e l'Adecco hanno un vasto portfolio di opportunità di lavoro e un numero elevato di lavoratori. Tale diversità può indurli ad approfittare delle economie di scala, con una riduzione dei costi di adempimento dei vincoli di legge relativamente ai licenziamenti e ai contratti a termine, nonché dell'amministrazione dei contratti di lavoro relativamente allo stipendio, al versamento dei contributi previdenziali e delle deduzioni fiscali <sup>(10)</sup>.

Come è stato evidenziato dal profilo qualitativo mediamente basso del lavoro tramite agenzia, tali vantaggi sono spesso distribuiti tra l'agenzia e l'impresa utilizzatrice senza estenderli al lavoratore. Questo però non esclude che i vantaggi economici del lavoro tramite agenzia legati all'alta flessibilità possano essere condivisi tra lavoratore, impresa utilizzatrice e agenzia. Sembra però che tale condivisione non avvenga spontaneamente senza che ci sia una carenza di manodopera. Indurre una ragionevole condivisione dei vantaggi tra lavoratore, impresa utilizzatrice e agenzia potrebbe, dunque, essere la *ratio* della regolamentazione del lavoro tramite agenzia.

#### 4. *Segue: approcci regolatori al lavoro tramite agenzia.*


Gli approcci regolatori al lavoro tramite agenzia variano tra i diversi Paesi membri dell'Unione e negli ultimi anni sono stati oggetto di numerose riforme <sup>(11)</sup>.

*Approcci restrittivi.* Mentre alcuni Paesi hanno sempre avuto un approccio liberale al lavoro tramite agenzia <sup>(12)</sup>, in molti Paesi il lavoro tramite agenzia è un settore regolamentato. Innanzitutto l'agenzia deve ottenere un'autorizzazione per poter legalmente prestare i propri ser-

---

<sup>(10)</sup> Speranze simili sono espresse da D. STORRIE, *op. cit.*, 33.

<sup>(11)</sup> Con riferimento alle esperienze negli altri Paesi europei, cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La regolamentazione della somministrazione di lavoro: un confronto comparato*, cit.

<sup>(12)</sup> In particolare il Regno Unito, Irlanda, Finlandia e Danimarca (vedi COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002)149 def., *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, Bruxelles, 20 marzo 2002, con in allegato la relativa *Relazione*, in  *Somministrazione*, qui 4) e Olanda a partire dagli anni Settanta.

vizi. Non solo. Alcuni Stati membri hanno del tutto proibito l'attività commerciale di agenzie private <sup>(13)</sup>. Inoltre in molti Paesi ci sono specifici provvedimenti di legge a tutela dei lavoratori temporanei.

La ragione di tale restrizione era (e in parte continua ad essere) la percezione di questo tipo di lavoro come precario. La fonte maggiore di precarietà è riconducibile al rischio derivante dallo sdoppiamento della figura del datore di lavoro. Il lavoratore che ha un contratto di lavoro solo con l'agenzia non può fare conto sui beni dell'impresa utilizzatrice per quanto riguarda la garanzia delle retribuzioni. Poiché esegue lavoro tramite agenzia, il lavoratore può richiedere solo alcuni limitati strumenti come un ufficio e alcuni materiali mentre il salario è meno sicuro: in passato si sono registrati casi di abuso da parte delle agenzie, le retribuzioni non erano sempre pagate tempestivamente e i contributi sociali e le tasse non erano sempre regolarmente trattenuti. Un altro tipo di rischio era poi legato alla paura che il lavoro tramite agenzia sostituisse il lavoro regolare o che venisse usato come mezzo per abbassare gli stipendi ai lavoratori regolari sotto la minaccia di sostituirli con i lavoratori temporanei.

*Motivi per il cambiamento dell'approccio.* L'approccio restrittivo è stato oggetto, negli ultimi anni, di specifici cambiamenti. Tra i motivi di tali mutamenti si registrano gli effetti negativi che derivano dalle elusioni di una iper-regolamentazione della fattispecie ovvero dall'utilizzo del lavoro tramite agenzia in forma del tutto illegale. Come già notato, spesso è difficile distinguere il lavoro tramite agenzia dal distacco vero e proprio. Di conseguenza la proibizione o l'eccessiva regolamentazione del lavoro tramite agenzia può comportare la sua sostituzione con il distacco, anche se queste due forme di esternalizzazione non sono equivalenti in termini funzionali. In questo caso, infatti, devono essere sopportati gli specifici costi derivanti dall'elusione della disciplina di legge e riconducibili sia alla necessità di nascondere il lavoro illegale che alla necessità di usare metodi organizzativi di lavoro non ottimali per le funzioni richieste. Nel caso del lavoro illegale questi costi devono essere *in primis* sopportati dal lavoratore che da questo punto di vista è strutturalmente vulnerabile. In un contesto in cui il lavoro tramite agenzia è proibito, le opportunità per i lavoratori

---

<sup>(13)</sup> Questo era il caso in Italia fino al 1997 e in Spagna fino al 1994; l'informazione dai rapporti nazionali è fornita da M.C. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, F. SCARPELLI, L. CORAZZA, *op. cit.*

temporanei di entrare nel sindacato o di avere accesso alla rappresentanza collettiva sono molto limitate, elemento che indebolisce ulteriormente la loro posizione.

Una ragione completamente diversa che giustifica una maggiore propensione a questa tipologia di lavoro è la crescente convenienza economica che essa rappresenta come forma di esternalizzazione di alcune funzioni. Allo scopo di venir incontro alle necessità della società dell'informazione e della conoscenza <sup>(14)</sup> le imprese devono riadattarsi per rispondere velocemente alle nuove sfide. Concentrarsi sulle attività decisive per il loro *business* e sottoporsi ad « una cura di dimagrimento » è un modo per raggiungere tale obiettivo. Nella maggior parte dei casi, il mezzo appropriato sarebbe l'esternalizzazione di alcune attività (impiegando i lavoratori distaccati), piuttosto che l'esternalizzazione del lavoro (impiegando il lavoratore tramite agenzia). Tuttavia, quando l'esternalizzazione riguarda l'amministrazione delle retribuzioni, dei contributi previdenziali e delle trattenute fiscali, nonché la ricerca e la formazione del personale, il lavoro tramite agenzia potrebbe essere una soluzione adeguata.

Ambedue le forme, l'esternalizzazione delle attività e del lavoro, implicano unità più piccole, che spesso sono percepite come un vantaggio economico in sé grazie alla riduzione dei costi di gestione. Le unità più piccole possono servire anche per non superare certe soglie dimensionali previste dalla legislazione protettiva del lavoro. Infine, la riduzione del costo del lavoro può indurre i datori di lavoro a cercare dei modi di evitare i costi derivanti dal rispetto dei vincoli di legge relativi al licenziamento e al contratto a termine. Anche tale obiettivo non è necessariamente da biasimare, ma può trarre in inganno il lavoratore per quanto riguarda il reale livello di rischio. Tuttavia, non tutte le ragioni « nuove » per il lavoro tramite agenzia vanno necessariamente a discapito dei lavoratori. Ne deriva che possono essere adottati approcci regolatori meno restrittivi al lavoro tramite agenzia che ne assicurino anche lo sviluppo in forma socialmente accettabile.

*Possibili risposte alla necessità di cambiamento.* In risposta a questi cambiamenti, il legislatore nazionale e quello europeo hanno cercato di ridurre le restrizioni al ricorso al lavoro tramite agenzia con la

---

<sup>(14)</sup> Sul ruolo del lavoro tramite agenzia nella società di informazione e di conoscenza vedi R. BLANPAIN, R. GRAHAM, *Temporary Agency Work and the Information Society*, Kluwer International Law, The Hague, 2004.



contestuale introduzione di previsioni di legge relative a tutele nuove o più efficaci. Il motivo è probabilmente quello di rendere il lavoro tramite agenzia più accettabile, inducendo datori di lavoro e lavoratori ad avvalersi dei suoi vantaggi, specialmente negli ambienti di lavoro caratterizzati da una maggiore necessità di flessibilità.

## **5. Lavoro tramite agenzia e regolamentazione a livello dell'Unione Europea.**

Per quanto riguarda il livello europeo, bisogna distinguere tra due opposte tecniche di adeguamento degli ordinamenti nazionali alle disposizioni comunitarie, note con l'espressione sintetica di "integrazione negativa" e "integrazione positiva".

### **5.1. Integrazione negativa.**

Le norme del Trattato direttamente efficaci che inducono l'integrazione negativa nel caso del lavoro tramite agenzia sono l'articolo 49/CE sulla libertà della circolazione dei servizi e — anche se nella pratica meno rilevante — l'articolo 43 sulla libertà di stabilimento. Secondo la casistica della Corte di Giustizia Europea, l'agenzia avente una sede legale in uno degli Stati membri può fare ricorso all'articolo 49/CE per prestare servizi transfrontalieri legati all'assegnazione dei lavoratori<sup>(15)</sup>. Mentre la Corte ha sostenuto nel 1981 che gli Stati membri hanno una vasta discrezionalità nell'assoggettare queste agenzie alla legislazione nazionale ove richieda una specifica autorizzazione per l'esercizio dell'attività, la stessa Corte ha successivamente adottato una posizione più restrittiva, nel 2001, quando ha dovuto decidere se una disposizione della legislazione tedesca relativa al lavoro tramite agenzia fosse in contrasto con l'articolo 49/CE<sup>(16)</sup>. Tale disposizione

---

<sup>(15)</sup> C. Giust. CE causa C-279/80 (Webb), 1981, ECR 3305, concernente la questione se il proprietario di un'agenzia di lavoro inglese, titolare di un apposito permesso richiesto dalla legge inglese, può essere obbligato dalla legge olandese ad ottenere un secondo permesso se la sua principale attività consiste nella fornitura di lavoro tramite agenzia nel mercato olandese. La Corte ha sostenuto che era possibile in virtù delle differenze relative alla regolamentazione del mercato del lavoro.

<sup>(16)</sup> C. Giust. CE causa C-493/99 (Commissione c. Germania), 2001, ECR I-8163.

escludeva dalla nozione di fornitura l'invio di lavoratori al consorzio di cui il datore di lavoro era membro, escludendo quindi anche l'obbligo di ottenere l'autorizzazione per l'esercizio di tale attività. Tuttavia, l'esenzione era assoggettata ad un ulteriore vincolo: che si applicassero a tutti i componenti del consorzio gli accordi collettivi dello stesso settore<sup>(17)</sup>. Secondo i principi generali relativi ai conflitti tra leggi con riguardo alla materia della contrattazione collettiva, tale vincolo poteva essere soddisfatto solo da datori di lavoro con sede in Germania. La Corte di Giustizia Europea ha quindi stabilito che il requisito di avere uno stabilimento in Germania non è giustificabile neppure alla luce della precarietà tipica delle procedure di esternalizzazione nel settore edile. L'articolo 49 può dunque determinare l'inapplicabilità di alcune parti della legislazione nazionale a tutela dei lavoratori tramite agenzia. Questa è una classica ipotesi di integrazione negativa che si verifica allorché una legislazione nazionale di tutela non è ulteriormente applicabile per effetto della direttiva senza che, quindi, sia necessaria la previsione di regole diverse volte a realizzare il medesimo scopo sociale e con un effetto meno intrusivo nell'ordinamento nazionale.

## 5.2. Integrazione positiva.

Non deve sorprendere il fatto che sono stati realizzati alcuni tentativi di effettuare un'integrazione positiva attraverso la legislazione comunitaria nel campo del lavoro tramite agenzia.


*La storia della regolazione*<sup>(18)</sup>. Nel primo pacchetto che regolava il lavoro atipico a partire dagli anni Ottanta, la Commissione ha incluso dei provvedimenti relativi al lavoro tramite agenzia<sup>(19)</sup>. Tuttavia, queste proposte nonché quelle successive<sup>(20)</sup> non sono mai state adottate. Solo a cavallo del secolo l'attenzione legislativa verso questa

---

<sup>(17)</sup> Lo stesso requisito si applicava ad alcuni altri casi, per esempio contro la scorretta applicazione del divieto generale della collocazione temporanea di lavoratori temporanei nel settore edilizio (art. 5 AÜG).

<sup>(18)</sup> Cfr. l'analisi parallela condotta da O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, cit.


<sup>(19)</sup> Cfr. il breve riferimento nel memorandum esplicativo alla direttiva proposta COM(2002)149 def., cit., 8.

<sup>(20)</sup> L'ultimo in ordine di successione risale al 1990, COM(90)228 def., in *GUCE*, 1990, c 224/8 e in  *Somministrazione*.

forma di lavoro ha avuto un risvolto a livello europeo. Questo risultato è riconducibile alla programmazione della Strategia Europa per l'Occupazione predisposta durante il Consiglio di Lisbona nel 2000 <sup>(21)</sup> con i suoi pilastri centrali di occupabilità, adattabilità e imprenditorialità che istituivano un tempio nuovo della “economia della conoscenza più competitiva e dinamica capace di sviluppo sostenibile con più posti di lavoro e maggiore coesione sociale”. Nelle linee guida europee, la ricostruzione del mercato del lavoro europeo con lo scopo di istituire un sistema soddisfacente e flessibile di organizzazione di lavoro è diventato un tema ricorrente. Pertanto è logico che la Commissione Europea, riconsiderando la proposta sulle condizioni di lavoro del lavoratore tramite agenzia degli anni Novanta, secondo l'Agenda Sociale di Nizza, ha colto l'occasione di studiare il quadro regolatorio che avrebbe potuto disciplinare il lavoro tramite agenzia come una forma di occupazione idonea a far incontrare i bisogni imprenditoriali di flessibilità, il bisogno dei lavoratori di conciliare lavoro e vita privata, i bisogni del mercato del lavoro europeo di creare posti di lavoro e di rafforzare la partecipazione e integrazione nel mercato del lavoro <sup>(22)</sup>. La Commissione Europea ha avviato il dialogo sociale in questa materia e, al suo fallimento, ha abbozzato un progetto di direttiva volto ad abbinare occupazione di alta qualità e un alto grado di flessibilità per le agenzie. In seguito ad un processo di *lobbying* molto intenso da parte della Confederazione Internazionale delle Compagnie di Lavoro tramite agenzia <sup>(23)</sup>, nel giugno 2003 il

---

<sup>(21)</sup> Vedi L. ZAPPALÀ, *The regulation of temporary work in the light of flexibility: between soft law and hard law*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. “M. D'Antona”, 2003, n. 21, 2-4.

<sup>(22)</sup> Tutte le citazioni nell'ultima linea sono da considerando 3, 4, e, COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002)701 def., *Proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, Bruxelles, 28 novembre 2002, in  *Somministrazione*.

<sup>(23)</sup> CIETT Europe. Questa organizzazione — dopo la sospensione del dialogo sociale tra ETUC da parte dei lavoratori e UNICE, CEEP e UNEAPME da parte dei datori di lavoro a causa dei disaccordi insormontabili — ha iniziato il proprio dialogo sociale con l'Unione Europea dei lavoratori temporanei (Uni-Europa) il cui risultato è stato la posizione comune avente lo scopo di incitare la Commissione a provvedere ad una nuova proposta di direttiva che non prevedesse principi quali la parità di trattamento ([http://europa.eu.int/comm/employment\\_social/news/2001/oct7201\\_de.html](http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2001/oct7201_de.html)).

Consiglio non ha raggiunto un accordo su questa proposta <sup>(24)</sup>. Probabilmente il tentativo di assicurare un'alta flessibilità sia per le agenzie che per i datori di lavoro non ha aggiunto sufficienti incentivi economici dal punto di vista delle agenzie.

*Il contenuto della proposta di direttiva.* Lo scopo esplicito della direttiva è di fare l'uso massimo del "potenziale di flessibilità" inerente al lavoro tramite agenzia. La necessità di flessibilità delle imprese deve essere soddisfatta così come quella dei lavoratori (considerando 11). Emerge così un ulteriore obiettivo dell'intervento: creare un quadro protettivo dei lavoratori tramite agenzia e allo stesso tempo predisporre un quadro normativo flessibile a favore delle agenzie (considerando 12 e anche l'articolo 2, par. 1). Questo tentativo di conciliare tali scopi sembra a prima vista contraddittorio. Alla luce della considerazione delle potenzialità specifiche del lavoro tramite agenzia con riferimento all'incremento della flessibilità, si può, peraltro, leggere tale obiettivo come una risoluzione della Commissione volta a introdurre specifici meccanismi per ripartire l'utile del lavoro tramite agenzia tra agenzie e lavoratori. Al fine di raggiungere questo obiettivo, la proposta di direttiva combina l'obbligo imposto ai Paesi membri di legalizzare il lavoro tramite agenzia e di rimuovere le restrizioni di ricorso all'istituto con l'obbligo di concedere ai lavoratori una soglia minima di diritti.

La direttiva (articolo 1) si applica a tutte le imprese pubbliche e private, le agenzie di lavoro e tutti i lavoratori che svolgono la propria attività sotto il controllo dell'impresa utilizzatrice. Inoltre, è consentito agli Stati membri di escludere dall'ambito di applicazione della direttiva le ipotesi in cui il lavoro tramite agenzia, oggetto di un controllo di carattere pubblicistico, sia volto a fini di formazione e integrazione dei lavoratori nel mercato. È comunque evidente che neppure la Commissione doveva essere troppo sicura che il lavoro tramite agenzia avrebbe potuto costituire uno strumento sufficientemente flessibile ove fosse risultato sovraccarico di disposizione di carattere protettivo. Ciò nondimeno uno degli obiettivi espressi dalla direttiva è di favorire la creazione di nuovi posti di lavoro e il buon funzionamento del mercato (articolo 2, par. 2).

---

<sup>(24)</sup> Consiglio dell'Unione Europea, Social Policy, Health and Consumer Affairs, Lussemburgo, 2-3 giugno 2003, Agenda, parte A, *Lavoro tramite agenzia: delibera pubblica*.

Per quanto riguarda l'obbligo di revisione dei divieti e restrizioni di ricorso al lavoro tramite agenzia, si prevede che gli Stati membri debbano rivedere tutte le restrizioni in vigore e notificare alla Commissione quelle che ritengono di mantenere (articolo 4). Qualsiasi restrizione del lavoro tramite agenzia deve, infatti, essere giustificata da interessi di carattere generale tra cui la protezione del lavoratore. Tuttavia, tutti i provvedimenti nazionali che riguardano la necessità dell'agenzia di registrarsi, ottenere un'autorizzazione, provvedere alle garanzie finanziarie sono esclusi dall'ambito di applicazione della proposta di direttiva (articolo 4, par. 3).

Il principio di non discriminazione, come definito nel titolo dell'articolo 5, obbliga i Paesi membri a garantire che le condizioni di base di lavoro e di occupazione dei lavoratori tramite agenzia siano almeno equivalenti a quelle dei lavoratori assunti direttamente dall'impresa utilizzatrice (articolo 5, par. 1). Questo articolo esprime il principio di parità di trattamento e esplicitamente persegue un trattamento migliore, compresa una più elevata retribuzione a favore dei lavoratori temporanei.

Il principio di parità di trattamento costituisce, invero, la ragione principale per cui le parti sociali non sono riuscite a trovare un accordo. I datori di lavoro non hanno, infatti, avallato nessuna regola che potesse compromettere il vantaggio economico derivante dal lavoro tramite agenzia. Nella proposta della Commissione il principio è in qualche modo stemperato attraverso la previsione di una serie di deroghe. La disposizione più fuorviante, da questo punto di vista, è l'articolo 5, par. 1, comma 2, in base al quale le disposizioni in vigore nell'impresa utilizzatrice a tutela delle donne in gravidanza ovvero in allattamento, dei bambini e dei giovani, così come le regole sulla parità di trattamento tra uomini e donne e quelle in generale predisposte contro le discriminazioni basate su sesso, razza o origine etnica, religione, credenza, disabilità, età e orientamento sessuale, devono essere comunque garantite. Questa disposizione costituisce infatti un primo indice da cui derivare una limitazione dell'efficacia del principio di parità di trattamento solo a quanto espressamente previsto. L'articolo 5, par. 2, 3, e 4, prevede poi deroghe espresse al principio di parità di trattamento. Prima di tutto gli Stati membri possono essere esentati dall'applicazione del principio ove il periodo di assegnazione, per natura o determinazione delle parti, non ecceda le sei settimane (par. 4). Questo periodo, noto come « periodo di qualificazione », comporta che una qualsiasi restrizione di carattere formale è per sé sufficiente a

derogare al principio di parità di trattamento. I Paesi membri possono anche disporre che quando l'agenzia assume lavoratori per periodi più lunghi provvede al pagamento fra una missione e l'altra (par. 2). Tutte e due le deroghe si applicano solo alla retribuzione. Per quanto riguarda le condizioni di base di lavoro e occupazione, i Paesi membri possono prevedere che le parti sociali deroghino al principio attraverso i contratti collettivi (par. 3).

Altre disposizioni di tutela garantiscono un accesso facilitato dei lavoratori temporanei ad un'occupazione permanente e di qualità (articolo 6) e una rappresentanza adeguata a livello collettivo (articolo 7). I lavoratori devono essere informati dei posti vacanti presso l'impresa utilizzatrice. Qualsiasi clausola che limita la possibilità dei lavoratori di accedere a tali posti deve essere abolita. Ciò nondimeno permane la possibilità di prevedere che l'impresa utilizzatrice paghi all'agenzia una ragionevole indennità. In ogni caso, comunque, i lavoratori non devono sopportare alcun onere. Una questione alquanto delicata è quella della ripartizione, tra agenzie e imprese utilizzatrici degli obblighi relativi alla formazione dei lavoratori, lasciata ai Paesi membri con la precisazione che devono prendere « misure adeguate » in merito. Tali misure non comportano nulla di più che la promozione del dialogo sociale. Per quanto riguarda la rappresentanza collettiva, i Paesi membri sono obbligati a garantire che i lavoratori temporanei siano computati nel calcolo del numero dei lavoratori dell'agenzia ai fini di stabilire un organo rappresentativo presso questa ultima, mentre è rimesso agli Stati membri di valutare se applicare tale misura anche alle imprese utilizzatrici (articolo 7).

*Le effettive prospettive di adozione della direttiva, gli effetti della proposta di direttiva prima della sua adozione e nell'ipotesi in cui non sia adottata.* Nonostante un netto contrasto nel giugno del 2003, il Consiglio ha programmato ulteriori discussioni e la possibilità di raggiungere comunque un accordo. Le questioni rimaste da considerare sarebbero quindi quelle relative al periodo di qualificazione, ai termini per il recepimento della direttiva — estremamente lunghi — ad un'« articolazione speciale » del principio di parità di trattamento.


Anche se la direttiva non sarà adottata nel prossimo avvenire, il suo contenuto avrà comunque un impatto rilevante sulle legislazioni nazionali. Come anticipato, infatti, la flessibilizzazione delle condizioni di lavoro è una delle richieste poste dalle linee guida sull'occupazio-

ne <sup>(25)</sup> e l'incentivazione al ricorso al lavoro tramite agenzia è una delle strade per raggiungere questo obiettivo. La proposta di direttiva può servire, quindi, da modello agli Stati membri che intendano uniformarsi a queste linee guida. Inoltre, le politiche specifiche della Comunità metteranno comunque in evidenza la necessità del lavoro tramite agenzia. Per esempio, nella sua opinione sul ruolo delle imprese micro e macro, l'ECOSOC ha sottolineato la necessità del lavoro tramite agenzia per tali imprese, che altrimenti saranno costrette ad avvalersi di lavoro sommerso <sup>(26)</sup>. Di conseguenza, la riforma del lavoro tramite agenzia in Germania, effettiva dal gennaio 2004, che ha cercato di recepire in anticipo la proposta di direttiva, rimane un esempio da seguire non solo dal punto di vista nazionale, ma anche per quanto riguarda la futura legislazione europea.

## 6. La regolamentazione del lavoro tramite agenzia in Germania.

In Germania una nuova concezione del lavoro tramite agenzia è stata posta al centro del pacchetto legislativo Hartz <sup>(27)</sup>, volto a combattere la disoccupazione. Questo pacchetto prevede che le agenzie di collocamento a livello regionale devono esternalizzare alle agenzie di lavoro l'attività di integrare i disoccupati nel mercato del lavoro. Tali agenzie devono trovare una collocazione per i disoccupati e offrire loro opportunità di diventare lavoratori regolari nelle imprese. Sic-

---

<sup>(25)</sup> Le linee guida sull'Occupazione 2002 (2002/117/EG, in *GUCE*, L 60/60) richieste dai Paesi membri per provvedere alla modernizzazione dell'organizzazione di lavoro tramite provvedimenti per forme flessibili di lavoro nelle loro legislazioni (in *GUCE*, L 60/67, III, n. 14). Le linee guida sull'Occupazione 2003 (2003/578/EC, in *GUCE*, L 197/13) ripetono lo stesso obiettivo sotto titoli diversi. Ai fini di "guidare il cambiamento e promuovere l'adattabilità e la mobilità nel mercato del lavoro" gli Stati membri sono di nuovo incoraggiati a promuovere "la diversità dei provvedimenti contrattuali e di lavoro" che favoriscono un "migliore bilanciamento (...) tra la flessibilità e sicurezza" (in *GUCE*, L 197/18, 3) e il disegno delle "innovative e sostenibili forme dell'organizzazione di lavoro" (in *GUCE*, L 197/19, top). Specialmente per quanto riguarda la "creazione di lavoro e imprenditorialità" gli Stati membri sono ancora incoraggiati a "semplificare e ridurre gli ostacoli di carattere amministrativo e regolatorio" (in *GUCE*, L 197/18, sotto 2). Vedile tutte in  *Strategia Europea per l'occupazione*.

<sup>(26)</sup> 2003/C 221/12, [2003], in *GUCE*, C 220/50, n. 3.3.6. quinto rientro, 59.

<sup>(27)</sup> Vedi B. KELLER, *The Hartz Commission Recommendations and Beyond: an intermediate assessment*, in *IJCLLIR*, 2003, 363-386.



come la collocazione dei lavoratori nelle imprese utilizzatrici con lo scopo di far ottenere un'occupazione presso tali imprese non rientra nell'attività normale delle agenzie, è prevista un'adeguata compensazione per questi sforzi. Come effetto collaterale e in linea con una percezione generalmente cambiata del lavoro tramite agenzia, anche le limitazioni applicabili a questo tipo di relazione di lavoro sono state attenuate. A fronte della tendenza tipicamente tedesca alla iperobbedienza, il Governo ha deciso di includere nel pacchetto di riforma anche le disposizioni che considerava necessarie per recepire la proposta di direttiva. Di conseguenza l'esperienza tedesca può essere usata come linea guida nell'elaborare una successiva proposta anche a livello europeo. Siccome, poi, qualsiasi relazione di lavoro — e specialmente i suoi effetti — devono essere analizzati nell'ottica sociale e storica, di seguito è predisposta un'analisi delle attuali prospettive tedesche con riferimento alla precedente regolamentazione del lavoro tramite agenzia.

### 6.1. Storia.

Alla fine del diciannovesimo secolo esistevano poche restrizioni al lavoro tramite agenzia e al collocamento, che, in quei tempi, erano fra loro intercambiabili<sup>(28)</sup>. Le agenzie private operavano accanto a quelle a scopo di beneficenza, ambedue soggette all'obbligo di possedere specifiche autorizzazioni, così come era allora previsto per qualsiasi altra attività economica. Come reazione agli abusi, la legge federale del 1910 aveva disposto che fosse prevista l'autorizzazione per le agenzie private ove ve ne fossero di pubbliche ovvero istituite a scopo di beneficenza. Questo costituiva il primo passo, indiretto, verso il monopolio statale del collocamento, successivamente rafforzato dal AVAVG (*Arbeitsvermittlungs - und Arbeitslosenversicherungs-gesetz* - Legge sul collocamento e l'assicurazione contro la disoccupazione) del 1927. Il lavoro tramite agenzia rimaneva tuttavia legale. La sola restrizione prevista era che l'agenzia doveva assumere i lavoratori che mandava in missione (articolo 54, par. 3, AVAVG 1927) di modo che l'attività delle agenzie che ingaggiavano lavoratori autonomi pagati in base alle singole missioni era considerata illecita. Il primo passo verso

---

<sup>(28)</sup> La redazione del presente paragrafo si basa come fonte di carattere generale su P. SCHÜREN, *Einleitung*, n. 20-76, in P. SCHÜREN ET AL., *op. cit.*, nota 2.



una limitazione diretta del lavoro tramite agenzia è intervenuto nel 1941, quando il regolamento del Ministero Federale del Lavoro ha raccomandato che le agenzie pubbliche avrebbero dovuto disincentivare il ricorso al lavoro tramite agenzia.

Quando il sistema di collocamento e dei servizi di disoccupazione è stato ricostruito dopo la Seconda Guerra Mondiale e il Servizio Federale di Occupazione ha ottenuto il monopolio per qualsiasi attività di collocamento, la nuova disciplina ha disposto anche che le agenzie di lavoro fossero integrate nel servizio di collocamento e di conseguenza ha proibito qualsiasi attività commerciale relativa al mercato del lavoro (articolo 37, AVAVG 1957). Nel 1963 la società svizzera Adia Interim installò ad Amburgo una propria filiale che forniva principalmente personale per i servizi di segreteria. Ne derivò un'azione legale per l'intervenuta violazione da parte dell'Adia dell'articolo 37, AVAVG 1957. Nel decidere il caso la Corte Federale Costituzionale (*Bundesverfassungsgericht* - BverfG) stabilì che il divieto assoluto di fornitura di lavoro tramite agenzia doveva essere ritenuto in contrasto con l'articolo 12 della Costituzione e non era giustificabile neppure alla luce della necessità di preservare il monopolio pubblico del collocamento. La BverfG dichiarò, conseguentemente, il provvedimento di legge incostituzionale e nullo <sup>(29)</sup>.

In ogni caso la decisione limitò severamente le attività commerciali dell'Adia Interim e di imprese simili. La Corte Costituzionale precisò, infatti, che la legge può legittimamente considerare come attività di collocamento qualsiasi attività ove il lavoratore sia registrato come autonomo presso l'agenzia e percepisca il compenso soltanto nei periodi di missioni presso terzi. Questo tipo di attività, infatti, poteva essere proibita allo scopo di preservare il monopolio pubblico del collocamento. Non solo. La Corte raccomandò anche al legislatore di introdurre misure adeguate a garantire forme socialmente sostenibili di lavoro tramite agenzia.

## **6.2. La legge sul lavoro tramite agenzia del 1972: ancora lo strumento di regolamentazione del lavoro tramite agenzia in Germania.**

Tale decisione portò ad un primo intervento legislativo, in Ger-

---

<sup>(29)</sup> 4 aprile 1967, BverfGE 21, 265.

mania, noto come *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz* (AÜG) 1972 (legge sul lavoro tramite agenzia) <sup>(30)</sup>. Lo scopo di tale provvedimento era proibire l'attività di collocamento da parte delle agenzie private <sup>(31)</sup> e provvedere ad un livello di protezione minima dei lavoratori in somministrazione. A tal fine la fornitura commerciale di lavoro tramite agenzia era assoggettata al rilascio di un'autorizzazione amministrativa. Questa autorizzazione sarebbe stata rilasciata previo il rispetto della legislazione protettiva e delle regole specifiche volte a proibire l'attività di collocamento privato. Per evitare che l'agenzia svolgesse attività di collocamento era, in particolare, previsto che l'agenzia dovesse assumere i lavoratori per periodi più lunghi dei contratti con le imprese utilizzatrici. A questo fine dunque, qualsiasi contratto a termine tra agenzia e lavoratori era proibito. Anche la durata di missione era limitata a tre mesi per rendere eccezionale questo tipo di relazione. Le agenzie potevano vedere revocata l'autorizzazione se era verificata la loro inaffidabilità, a fronte del mancato pagamento delle retribuzioni o del mancato versamento dei contributi previdenziali.

Il legislatore cercava, sostanzialmente, di imporre al mercato del lavoro un modello specifico di lavoro tramite agenzia. In questo modello i rischi che l'impresa utilizzatrice voleva evitare ricorrendo all'esternalizzazione erano trasferiti alle agenzie, mentre il lavoratore doveva avere una posizione solida, percependo un compenso negli intervalli fra una missione e l'altra. Per adattarsi a questo modello, le agenzie dovevano cambiare le loro pratiche e le tariffe. In questo quadro avrebbero, infatti, dovuto assumere lavoratori su base permanente invece di registrarli come lavoratori autonomi. Agli inizi della crisi degli anni Settanta <sup>(32)</sup> per le agenzie non era pensabile poter ottenere un corrispettivo tale da sostenere l'applicazione di tali vincoli. Di conseguenza divenne frequente il ricorso al distacco, non soggetto a tali limitazioni. Nell'industria edile dove il lavoro tramite agenzia venne del tutto proibito nel 1982, il distacco si sviluppò come un equivalente funzionale della somministrazione di lavoro.

Tra il 1985 e il 1997 la legge sul lavoro tramite agenzia del 1972

---

<sup>(30)</sup> Del 7 agosto 1972, BGBI.I, S 1393.

<sup>(31)</sup> Il monopolio pubblico di collocamento fu rinforzato dalla *Arbeitsförderungsgesetz* (Atto sulla promozione dell'occupazione - AFG) che fu promulgato contestualmente alla AÜG nel 1972 in sostituzione della AVAVG.

<sup>(32)</sup> Con segno posteriore sembra incredibile che nel 1974 il numero di 0,9 milioni disoccupati fosse percepito come scandaloso.

è stata modificata sotto diversi profili. La legge per la promozione dell'occupazione del 1985 ha, infatti, prorogato la durata massima delle missioni da tre a sei mesi, e nel 1992 tale durata è stata ulteriormente allungata fino a dodici mesi. Alcune forme di lavoro tramite agenzia sono state escluse dall'obbligo di ottenere il rilascio dell'autorizzazione. In particolare questa disposizione trovava applicazione con riferimento alla somministrazione di lavoratori per la realizzazione di un progetto comune tra imprese che applicano lo stesso contratto collettivo. Tale pratica era molto diffusa nel settore edile di modo che questa esclusione ha parzialmente alleggerito la portata del divieto generale di fornitura di lavoro tramite agenzia in questo settore. Nel 1990 si è aggiunta l'ulteriore deroga per le imprese con meno di 20 lavoratori che potevano mandare i lavoratori in missione presso altre imprese dello stesso settore produttivo al fine di evitare situazioni di carenza di manodopera. Nel 1994, in parte come una reazione alla decisione della Corte di Giustizia Europea nel caso Hofner e Elser<sup>(33)</sup>, il monopolio pubblico di collocamento è venuto meno, anche se è stata comunque introdotta un'autorizzazione per le agenzie private. Allo stesso tempo è stato incentivato il ricorso al lavoro tramite agenzia avente lo scopo di favorire l'inserimento di disoccupati di lungo periodo rispetto alle altre forme di lavoro tramite agenzia. La legge del 1997, di riforma della promozione dell'occupazione (*Arbeitsförderungsreformgesetz*), non solo ha prolungato il periodo massimo di missione, ma ha anche legalizzato i contratti a termine tra agenzia e lavoratore in somministrazione, fermo il vincolo che il contratto di lavoro dovesse comunque durare più del singolo periodo specifico di assegnazione (*Synchronisationsverbot*, ovvero la proibizione di sincronizzare la durata di missione e la durata del contratto). Contestualmente sono stati anche attenuati i vincoli sussistenti per le agenzie di lavoro al licenziamento di lavoratori in somministrazione.

Tuttavia, tali cambiamenti non hanno inciso sull'approccio generale del legislatore, che rimaneva piuttosto fedele ad un modello di regolamentazione restrittivo che vietava l'attività di agenzie private a meno che non fossero autorizzate ovvero non trovassero applicazione specifiche deroghe. Contestualmente le agenzie private potevano comunque ridurre le retribuzioni dei loro lavoratori in regola e pagarli

---

(33) ECJ C-41/90, [1991] ECR I-147 e in  Somministrazione.

meno di quello che avrebbero percepito i lavoratori per un lavoro analogo alle dirette dipendenze delle imprese utilizzatrici.

La tutela principale per i lavoratori temporanei era (e ancora rimane) la possibilità di ottenere la stipulazione di un contratto di lavoro direttamente con l'impresa utilizzatrice. Il contratto di lavoro con l'agenzia, ove stipulato in violazione della legge sul lavoro tramite agenzia del 1972, è nullo (articolo 9 AÜG) e i lavoratori in somministrazione hanno diritto ad avere un contratto alle dirette dipendenze dell'impresa utilizzatrice alle stesse condizioni di quello stipulato con l'agenzia. Se il contratto collettivo applicabile all'impresa utilizzatrice prevede un trattamento migliore permane l'applicazione di tale contratto. L'articolo 10 della legge sul lavoro tramite agenzia costituisce uno dei rari casi presenti nella legislazione tedesca in cui è imposto per legge il contratto di lavoro. L'implicita restrizione della autonomia contrattuale trovava la propria giustificazione nella necessità di impedire l'uso del lavoro tramite agenzia in forme diverse da quelle previste nella legge del 1972. La legge del 1972, infatti, non attribuisce ai lavoratori specifici diritti tranne il diritto a diventare un lavoratore regolare dell'impresa utilizzatrice e di ricevere una retribuzione più o meno uguale a quella oggetto dell'accordo con l'agenzia. Questa soluzione è funzionale a recuperare in breve tempo le retribuzioni dovute dall'agenzia in caso di bancarotta. In ogni caso non viene aperta alcuna prospettiva di accesso ad un'occupazione permanente.

### **6.3. La modernizzazione della legge sul lavoro tramite agenzia del 1972: verso un lavoro tramite agenzia socialmente responsabilizzato?**

Dopo il 2000, il legislatore ha assunto un approccio nuovo verso il lavoro tramite agenzia e la legge del 1972. I mutamenti operati dal *Works Council Reform Act* <sup>(34)</sup>, « Il primo atto per la promozione di servizi moderni per il mercato del lavoro (*Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*) » <sup>(35)</sup> insieme ad una ulteriore riforma (del 2003) <sup>(36)</sup> perseguono la realizzazione di un nuovo modello. Pur mantenendo, infatti, il principio generale in base al quale le

---

<sup>(34)</sup> BetrVG Reformgesetz, 23 luglio 2001, BGBl. I, S. 1852.

<sup>(35)</sup> L. 23 dicembre 2002, BGBl. I, 4607.

<sup>(36)</sup> L. 23 dicembre 2002, BGBl. I, 2848.

agenzie private possono operare previa autorizzazione muta la *ratio* sottesa alla riforma. In linea con la proposta di direttiva sul lavoro tramite agenzia, la nuova legislazione mira a trasformarlo in una forma di lavoro legittimata a livello sociale. A questo fine, da un lato, vengono meno molte limitazioni, dall'altro, si garantisce ai lavoratori temporanei un trattamento (in principio) pari a quello spettante ai lavoratori alle dirette dipendenze dell'impresa utilizzatrice con, anche, l'introduzione di maggiori diritti di rappresentanza collettiva attraverso i comitati di impresa. La legislazione rinvia in gran parte all'attuazione tramite le previsioni legali ad opera della contrattazione collettiva e questo al fine di favorire la legittimazione di questa forma di lavoro.

*La necessità di ottenere l'autorizzazione per il lavoro tramite agenzia rimane, ma le deroghe vengono estese.* Il requisito concernente l'autorizzazione a svolgere l'attività di agenzia di somministrazione non verrà abolito nel prossimo futuro, tuttavia la legislazione attuale ha previsto numerose deroghe a tale principio.

Per quanto riguarda la somministrazione di lavoratori per la realizzazione di un progetto comune a imprese alle quali si applica lo stesso contratto collettivo, la Repubblica Federale Tedesca doveva rendere meno rigide le condizioni per i datori di lavoro stranieri appartenenti ai Paesi della CE e della EEA<sup>(37)</sup>. Anche questi datori di lavoro possono, ora, assegnare propri lavoratori a progetti comuni purché il contratto collettivo applicabile sia quello che sarebbe stato applicato alle attività eseguite nei tre anni precedenti se le imprese avessero avuto la propria sede in Germania (articolo 1, terzo periodo).

Per quanto riguarda la collocazione dei lavoratori presso i piccoli imprenditori, ai fini di evitare licenziamenti o situazioni di carenza di personale, il limite è stato alzato fino a 50 lavoratori (rispetto al precedente limite di 20) — articolo 1, lettera *a*). Inoltre queste missioni devono essere notificate alle autorità competenti e non devono eccedere i dodici mesi (articolo 1, lettera *a*), AÜG).

Il lavoro tramite agenzia nel settore edile è ora previsto tra datori di lavoro coperti dallo stesso contratto collettivo se tale contratto ha un effetto *erga omnes*. Di nuovo risultano privilegiati i datori di lavoro stranieri dall'area EEA e CE (articolo 1, lettera *b*), AÜG).

*Il venir meno del limite alla possibilità di svolgere insieme attività di intermediazione e somministrazione.* Con il venir meno nel 2002 del

---

(37) ECJ C-493/99 (Commission c. Germany), [2001] ECR I-8163.

divieto di attività privata di collocamento <sup>(38)</sup>, le agenzie di somministrazione possono ora svolgere legalmente anche attività di collocamento privato senza dover ottenere un'ulteriore autorizzazione. In pratica è frequente l'esercizio combinato presso la stessa agenzia sia di attività di collocamento del personale (comprese le procedure di *out-placement*) che la fornitura di lavoro tramite agenzia a scopo di lucro <sup>(39)</sup>. Uno dei vantaggi dell'abbinamento di queste due attività è che i lavoratori svolgono sostanzialmente un periodo di prova e il cliente ha la possibilità di assumerli dopo aver valutato nel modo migliore la loro attività.

Prima dell'ultima riforma questa ipotesi era considerata una violazione dell'articolo 9 AÜG. Secondo tale disposizione, infatti, qualsiasi clausola contrattuale che vietasse all'impresa utilizzatrice di assumere il lavoratore dopo la scadenza della sua missione era nulla. La Corte Civile Federale aveva chiarito che una clausola contrattuale con la quale l'impresa utilizzatrice si impegnava in questa ipotesi a indennizzare l'agenzia, costituiva un'elusione del divieto <sup>(40)</sup>. Il legislatore ha chiarito nell'ultima riforma in materia che questi accordi sono legalmente validi (articolo 9, par. 3, seconda parte del periodo) quando è previsto un equo indennizzo (*angemessen*). Ovviamente il criterio di equità di tale indennizzo resta controverso <sup>(41)</sup>.

*L'abolizione delle restrizioni alla durata della missione e al divieto di sincronizzare la durata della missione e quella del contratto di lavoro.* Il più convincente indice della deregolamentazione generale del lavoro tramite agenzia riposa sul fatto che dal 1° gennaio 2004 non esistono più vincoli alla durata della missione. Allo stesso tempo è venuto meno il divieto di sincronizzare la durata dei contratti con quella della

---

<sup>(38)</sup> Annullamento dell'art. 291, par. 1, e art. 293, par. 1, prima frase del SGB III (Social Code Book) che ha sostituito il AFG attraverso il *Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat* - 27 marzo 2002; vedi per l'analisi dettagliata W. SPELLBRINJ, *Wandlungen im Recht der Arbeitsvermittlung - oder: Viel Lärm um wenig?*, in *Sozialgerichtsbarkeit (Sgb)*, 2004, vol. 51, 75-142, 152-159 (81-82).

<sup>(39)</sup> Vedi M. GARHAMMER, *Temporary agency work: national reports: Germany*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, 2002, 25-27.

<sup>(40)</sup> Vedi Corte Civile Federale Civile 3 luglio 2003, BB 2003, 1015.

<sup>(41)</sup> D. BENKERT, *Änderungen im Arbeitnehmerüberlassungsgesetz durch Hartz III*, in *Betriebsberater*, 2004, vol. 59, 1000, che considera una commissione di due o tre mensilità di stipendio come eccessiva.

missione (precedentemente sezione 3, n. 4-6, AÜG e ora sezione 9, n. 2 e 3, AÜG).

Queste disposizioni peraltro non lasciano i lavoratori tramite agenzia senza tutela con riferimento ai contratti a termine. In linea con la direttiva n. 99/70/CE, l'articolo 14 TzBfG (*Teilzeit- und Befristungsgesetz*, legge sul lavoro a tempo parziale e a termine) limita l'utilizzo generale dei contratti a termine. Questo provvedimento si applica al lavoro tramite agenzia come ad ogni altra tipologia di lavoro. L'articolo 14 TzBfG consente al datore di lavoro di concludere un contratto a termine senza una specifica causa con riferimento al primo contratto con il singolo lavoratore per un massimo di ventiquattro mesi oppure per i primi 3 contratti consecutivi se di una durata complessivamente inferiore a ventiquattro mesi. Per ulteriori contratti a termine, occorre, invece, la sussistenza di una specifica ragione. Nel caso delle agenzie tale ragione non deve riferirsi alla temporaneità della missione che costituisce proprio il principale rischio economico a carico dell'agenzia<sup>(42)</sup>. Con la conseguenza che dall'applicazione dell'articolo 14 TzBfG si determina sostanzialmente la reintroduzione del "divieto di sincronizzazione"<sup>(43)</sup> dopo i primi ventiquattro mesi di occupazione. Una delle possibili reazioni delle agenzie, peraltro, potrebbe essere quella di assumere i lavoratori solo per un periodo inferiore a 24 mesi, riducendo così la durata dei loro contratti.

*La parità di trattamento e le deroghe.* Il venir meno delle limitazioni al ricorso al contratto a termine con il lavoratore tramite agenzia è stato contestuale alla introduzione del principio di parità di trattamento. Dal 2002 al 2003 le agenzie sono state obbligate ad assicurare ai loro lavoratori in somministrazione, ove la loro missione fosse maggiore di dodici mesi, un trattamento economico e normativo complessivamente equiparato a quello dei lavoratori comparabili alle dirette dipendenze dell'utilizzatore (articolo 10, n. 5, versione previgente). Il lavoratore in somministrazione, ovviamente, aveva diritto ad agire in giudizio per ottenere tale trattamento (articolo 10, n. 1, quinto periodo).

Dal 2004 la possibilità di ottenere la parità di trattamento si ap-

---

(42) Vedi T. RAAB, *Europäische und nationale Entwicklungen im Recht der arbeitnehmerüberlassung*, in *Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2003, vol. 34, 389-47, 426.

(43) Vedi R. WANK, *Der Richtlinienentwurf der EG Kommission zur Leiharbeit und das "Erste Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt"*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2003, 14.



plica in generale (articolo 3, par. 1, n. 3, articolo 9, n. 2, articolo 10, par. 4) con due eccezioni. La retribuzione del lavoratore disoccupato prima della missione, per le prime sei settimane, può essere inferiore a condizione che sia almeno equivalente al sussidio di disoccupazione percepito in precedenza. I contratti collettivi possono derogare a questa disposizione protettiva.

La rilevanza della clausola di parità di trattamento e delle relative eccezioni non deve essere sottovalutata. Le agenzie private autorizzate possono assumere i lavoratori alle stesse condizioni degli altri datori di lavoro. L'unica restrizione è quella di provvedere alle condizioni di lavoro di base in misura almeno pari al valore di quelle applicabili presso l'impresa utilizzatrice. Proprio quest'ultima disposizione sarebbe stato il principale incentivo per le agenzie a fornire lavoro di qualità, se il legislatore non avesse anche previsto la possibilità di derogare ad essa attraverso i contratti collettivi. La scarsa partecipazione sindacale e l'inesperienza dei sindacati nel trattare con le agenzie di somministrazione possono essere considerate le ragioni per cui i contratti collettivi sono stati stipulati così velocemente e senza eccessive concessioni ai lavoratori in cambio della deroga al principio di parità di trattamento (v. *infra*).

*La contrattazione collettiva.* Alla contrattazione collettiva è stato riservato, per molti aspetti, un ruolo decisivo. Il legislatore ha previsto due stadi del processo di riforma. In base all'articolo 19 AÜG la maggiore parte delle disposizioni di riforma non sarebbero entrate in vigore prima del gennaio 2004 <sup>(44)</sup> tranne che per i datori di lavoro già coperti da un contratto collettivo. L'articolo 19 dispone esplicitamente che tale contratto deve contenere le regole relative alla retribuzione dei lavoratori tramite agenzia in conformità all'articolo 3, par. 1, n. 3, e all'articolo 9, par. 2. L'idea del legislatore sottesa a questo specifico privilegio per la contrattazione collettiva era che i sindacati e i datori di lavoro avrebbero dovuto accedere allo stadio successivo della riforma consensualmente, e che, allo stesso tempo, avrebbero potuto escludere, da parte dei lavoratori, la rivendicazione della parità di trattamento. La legge inoltre ha specificato che ogni contratto collet-

---

<sup>(44)</sup> Le eccezioni a tale regola erano la deroga dalla necessità di ottenere il permesso secondo l'art. 1 e l'art. 1 b, e dall'obbligo da parte dell'agenzia di lavoro di informare il lavoratore di agenzia non solo del contenuto del contratto ma anche dei dettagli relativi al permesso, dati specifici sulla remunerazione tra le missioni e sul contenuto della AÜG nella lingua a scelta del lavoratore (art. 11 AÜG).



tivo che avesse introdotto questo beneficio per la agenzie, avrebbe dovuto essere stipulato dopo il 15 novembre 2002.

Quando la seconda fase della riforma è entrata in vigore, il 1° gennaio 2004, l'obbligo di parità retributiva durante le prime sei settimane di missione di un lavoratore precedentemente disoccupato doveva essere applicato a tutte le imprese, con l'eccezione di quelle che avevano già stipulato contratti collettivi. Sullo sfondo sembrano ancora persistere i condizionamenti del modello di regolamentazione precedente del lavoro tramite agenzia caratterizzato dall'obbligo della agenzia di concludere contratti di lavoro di durata molto più lunga rispetto alla singola missione. Secondo questo modello sarebbe poco pratico se il lavoratore avesse diritto a retribuzioni diverse per ogni missione. Non solo. Il legislatore ha anche avuto l'idea che il lavoro tramite agenzia può essere usato per realizzare l'abbinamento fra formazione e lavoro nell'intervallo tra le missioni che può essere colmato da corsi di formazione durante i quali il lavoratore percepirebbe meno che durante le missioni.

*La rappresentanza collettiva.* Anche prima della modifica del 2002 alla disciplina del lavoro tramite agenzia, la riforma dello statuto del lavoro, nel 2001, aveva introdotto il diritto dei lavoratori tramite agenzia alla rappresentanza presso l'impresa utilizzatrice. I lavoratori, con missione superiore a tre mesi possono, infatti, partecipare all'elezione del comitato di impresa (articolo 7, par. 2, BetrVG — *Betriebsverfassungsgesetz* — legge sul comitato di impresa) anche se non possono candidarsi alle elezioni (articolo 14 AÜG). Come già nella legislazione precedente, un qualsiasi lavoratore tramite agenzia può anche fare riferimento al comitato di impresa per esercitare i propri diritti individuali (articolo 14 AÜG, articolo 84 e articolo 85 BetrVG). Come conseguenza della attribuzione ai comitati di impresa anche della responsabilità di tutelare i lavoratori tramite agenzia, si sarebbe potuto ritenere che questi lavoratori sarebbero stati computati nella base di calcolo utile per determinare il numero di membri del comitato presso l'impresa utilizzatrice. A questo riguardo l'articolo 9 BetrVG, nella versione successiva alla riforma, usa l'espressione « lavoratori titolari del diritto di voto » (*wahlberechtigte Arbeitnehmer*), solo dove si riferisce ai datori di lavoro nelle imprese « con più di cinquanta lavoratori titolari del diritto di voto », precisazione questa che non compare in tutti gli altri casi. Mentre l'articolo 7, par. 2, BetrVG dispone espressamente, in relazione ai lavoratori aventi diritto di voto con riferimento anche ai lavoratori alle dipendenze di altri datori di lavoro,

rimane controverso se anche l'articolo 9 sia riferito ai lavoratori in somministrazione. La Corte Federale del Lavoro ha stabilito, il 16 aprile 2003, che non era così e che i lavoratori in somministrazione non si calcolano ai fini dell'individuazione del numero dei membri del comitato di impresa anche se oggi i lavoratori in somministrazione possono partecipare alle elezioni <sup>(45)</sup>.

Siccome i lavoratori sono comunque dipendenti dell'agenzia (articolo 14 AÜG), possono votare anche propri consigli di impresa. Tale doppia rappresentanza corrisponde al fatto che sia l'impresa utilizzatrice sia l'agenzia svolgono le funzioni del datore di lavoro. L'impresa utilizzatrice dirige il lavoro vero e proprio e per questo motivo gli aspetti relativi alla sicurezza sul luogo di lavoro o ai conflitti con altri lavoratori e la richiesta esplicita di straordinario possono richiedere la rappresentanza presso l'impresa utilizzatrice. L'agenzia invece ha a che fare con tutti gli aspetti relativi al pagamento e con le regole generali sull'orario di lavoro, così come con le misure per la formazione avanzata e soprattutto il licenziamento, che pure potrebbe richiedere una rappresentanza.

*Un nuovo modello regolatorio.* Il legislatore tedesco si astiene dall'imposizione di un modello regolatorio così restrittivo come nel 1972. La riforma legislativa ancora si basa su alcune presunzioni ottimistiche. Il legislatore ovviamente ha voluto ottenere una maggiore flessibilità per le imprese utilizzatrici, e i relativi costi devono essere sopportati dalle agenzie. Le agenzie, a fronte della minore regolazione e dell'aumento del loro fatturato, dovrebbero, quindi, essere maggiormente in grado di sopportare i rischi che gli imprenditori vogliono evitare, e chiedere così un corrispettivo più basso dei costi che altrimenti l'impresa utilizzatrice avrebbe dovuto sostenere. Il lavoratore, dal canto suo, dovrebbe godere di tutte le conseguenze positive del lavoro tramite agenzia, che diventa una forma di occupazione regolare, e trovarsi in una migliore situazione sul mercato del lavoro che *inter alia* dovrebbe portare ad una durata più lunga dei contratti. Qualsiasi altro problema dovrebbe essere, quindi, risolto con la contrattazione collettiva e la rappresentanza dei lavoratori attraverso i comitati di impresa, sia presso le agenzie che presso le imprese utilizzatrici.

---

<sup>(45)</sup> BAG 7 ABR 53/02, in *Der Betrieb*, 2003, 2128.

#### 6.4. L'autoregolamentazione controllata in un settore precedentemente illegale: alcune conseguenze pratiche.

Tale visione non è (ancora) diventata una piena realtà.

Uno dei motivi è che le grandi speranze riposte nella contrattazione collettiva si sono scontrate con il fatto che, prima della riforma, gli accordi collettivi sottoscritti dalle agenzie private costituivano più un'eccezione che la regola. Da un rapporto di carattere sociologico del 2002 sul lavoro tramite agenzia in Germania<sup>(46)</sup> emerge che esistevano solamente un accordo del 1979 tra la DAG<sup>(47)</sup> e la BZA<sup>(48)</sup>, che è scaduto, e altri tre accordi intervenuti nel 1997 e nel 2000. Tutti questi accordi sono stati stipulati con un unico datore di lavoro, fenomeno atipico per Germania. L'accordo del 1997, stipulato tra la Volkswagen e il sindacato IG Metall, fu una conseguenza della richiesta formulata dalla direzione aziendale affinché fossero concessi stipendi inferiori a qualche centinaio di lavoratori che avrebbero dovuto essere assunti come lavoratori tramite agenzia. Tramite l'utilizzo di un'agenzia di lavoro e la negoziazione di un accordo con tale agenzia, il sindacato è così riuscito ad evitare di infrangere apertamente le condizioni dell'accordo collettivo o di concedere una clausola derogatoria che avrebbe potuto essere utilizzata anche da altre aziende. Tuttavia, l'IG Metall fu anche costretto a permettere che i lavoratori tramite agenzia fossero usati per ridurre il costo del lavoro. L'accordo del 2000 tra l'agenzia Randstad e la DAG/OTV aveva lo scopo di estendere il modello olandese del lavoro tramite agenzia alle attività della Randstad in Germania. L'accordo del 2000 tra l'Adecco e sei sindacati era limitato al lavoro tramite agenzia durante l'EXPO. Era tuttavia un passo importante verso i primi accordi conformi alle clausole di esenzione previste nella legge sul lavoro tramite agenzia del 1972 così come emendata, visto che i sindacati cominciarono a considerare gli accordi collettivi per il lavoro tramite agenzia come uno strumento importante per rafforzare la posizione dei lavoratori.

Inoltre, applicare "la deroga in favore della contrattazione collettiva" al principio di parità di trattamento solleva alcuni problemi di

---

<sup>(46)</sup> M. GARHAMMER, *op. cit.*

<sup>(47)</sup> *Deutsche Angestellten-gewerkschaft* - sindacato degli impiegati. DAG adesso si è fuso con altri sindacati in "VERDI".

<sup>(48)</sup> *Bundesverband der Zeitarbeitsunternehmen* (Associazione federale delle agenzie di lavoro; il membro di CIETT).

ordine teorico. In primo luogo vi sono stati dibattiti di dottrina relativi al contenuto di tale clausola. Una voce autorevole ha perfino sostenuto che gli articoli 3, 9 e 10 AÜG in realtà non autorizzassero le parti sociali ad accordarsi su un contratto collettivo che non garantisse al lavoratore tramite agenzia una retribuzione sostanzialmente equivalente a quella dei lavoratori comparabili presso l'impresa utilizzatrice, e che un tale accordo, ove raggiunto, sarebbe stato comunque invalido<sup>(49)</sup>. Tale punto di vista non corrisponde né al testo della norma né all'intenzione del legislatore. Anche il significato pratico di questa interpretazione suscita dei dubbi. Nel caso di lavoratori mandati in somministrazione per periodi brevi in aziende molto diverse tra loro, un contratto collettivo apposito avrebbe fornito una maggiore protezione rispetto alla parità di trattamento con i colleghi comparabili. Si presenta poi anche l'ulteriore questione relativa al fatto che una tale determinazione del risultato della contrattazione collettiva sia o no ancora in linea con la garanzia della libertà sindacale secondo la Costituzione tedesca (articolo 9, par. 3, GG)<sup>(50)</sup>.

Nell'esperienza concreta la difficoltà principale è emersa quando la sezione della Bavaria del Nord della IZN (Associazione delle agenzie di lavoro) ha concluso il contratto collettivo con la *Tarifgemeinschaft christlicher gewerkschaften Zeitarbeit und PSA* (CGZB - Associazione dei contratti collettivi dei sindacati cristiani per le agenzie di lavoro e le agenzie dei servizi personali), mentre l'Associazione federale delle agenzie di lavoro, la BZA e l'IZN, hanno concluso un contratto collettivo con i sindacati affiliati al congresso tedesco dei sindacati (DGB - GTUC). Ne è derivata la questione se la Associazione dei sindacati cristiani fosse in grado di soddisfare i criteri stabiliti dalla Corte Federale di Lavoro per essere qualificata come sindacato riconosciuto<sup>(51)</sup>. Qualunque sia stata la soluzione, la questione resta controversa<sup>(52)</sup>. Con la conseguenza che un'agenzia che fa affidamento sul contratto collettivo con la CGZB incorrerà in un alto rischio che il contratto con il lavoratore tramite agenzia sia dichiarato

---

(49) P. SCHÜREN, *op. cit.*, nota 2, art. 9, n. 222-225.

(50) W. BÖHM, *Billig-Tarifverträge in der Zeitarbeit. Risiken für Kunden*, in *Der Betrieb*, 2003, 2598-2599.

(51) Vedi H. BUCHNER, *Leibarbeit Ablösung der Verpflichtung zur Gewährung der im Entleiberbetrieb geltenden Arbeitsbedingungen (art. 10 Abs. 4 AÜG) durch Tarifregelungen*, in *Der Betrieb*, 2004, 1042-1044.

(52) Vedi W. BÖHM, *op. cit.*

nullo<sup>(53)</sup>. Tuttavia questo non è diventato un problema pratico visto che i contratti collettivi conclusi dai sindacati maggiormente rappresentativi non appaiono costituire una sensibile restrizione da parte degli eventuali iscritti alla BZA<sup>(54)</sup>. Le affermazioni che i datori di lavoro sono obbligati ad accettare contratti collettivi che impediscono loro di continuare la loro attività come agenzie di lavoro<sup>(55)</sup> si sono dimostrate infondate nella pratica.

Inoltre, la qualità del lavoro in somministrazione non è (ancora) cambiata in modo significativo. In Germania i datori di lavoro usano il lavoro in somministrazione come una soluzione a breve termine. Nel

<sup>(53)</sup> W. BAYREUTHER, *Die Vorschläge der Hartz-Kommission*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht - NZA Sonderbeilage*, 2004, n. 1, 7.

<sup>(54)</sup> Fino alla fine del 2003 vi erano 13 contratti collettivi che avevano l'intenzione di legalizzare deroghe dal principio della parità retributiva dei lavoratori tramite agenzia. Una serie di contratti collettivi consiste nei contratti quadro, contratti quadro di remunerazione e il contratto attuale di remunerazione. L'ultimo potrebbe essere diverso nella Germania Est e Ovest. Di conseguenza il numero abbastanza alto di 14 contratti si riduce a 3 tipologie generali di contratti (da E. SMIDT, *Tarifverträge und veränderte Bedingungen für Leiharbeitnehmer*, Diplomarbeit Universität Oldenburg, 2003, 92-153). Possono essere brevemente descritti come segue:

Parti	Contratti collettivi	Quota oraria	
		minimo	massimo
BZA/DGB (Associazione federale delle agenzie di lavoro GTUC)	Contratto quadro, contratto quadro di remunerazione, contratto di remunerazione più <i>addendum</i> specifico	6,85 euro (Est 5,93 euro)	16,66 euro (Est 14,41 euro)
IGZ/DGB (Associazione delle agenzie di lavoro)	Contratto quadro, contratto quadro di remunerazione, contratto di remunerazione più <i>addendum</i> specifico	6,85 euro (riduzione del 15% per l'Est)	16,30 euro
INZ/CGB (Associazione delle agenzie di lavoro nella Bavaria settentrionale e Associazione dei Sindacati Cristiani)	Contratto quadro, contratto quadro di remunerazione, due contratti di remunerazione per la parte Est e Ovest	6,70 euro (Est 6,20 euro)	15,30 euro (Est 12,20 euro)

Anche se il divario retributivo tra i lavoratori tramite agenzia e i lavoratori regolari diventa meno evidente, i risultati sono sicuramente deludenti.

<sup>(55)</sup> B. WAAS, *Das Spannungsverhältnis von Tarifvertrag und Gesetz beim Grundsatz der Entgeltgleichheit im neuen AÜG*, in *Betriebsberater*, 2003, vol. 58, 2175-2178, spec. 2177.

2002 solo il 44% delle missioni è durato più di tre mesi, mentre l'11% era più breve di una settimana <sup>(56)</sup>. Il lavoro tramite agenzia si concentra sul personale con basse qualifiche, e spesso i lavoratori temporanei sono assegnati a svolgere le mansioni che nella azienda corrispondono al livello inferiore <sup>(57)</sup>. Di conseguenza il lavoro tramite agenzia viene considerato come una forma altamente flessibile di occupazione, e probabilmente per aumentare il numero dei lavoratori tramite agenzia servono meno restrizioni (se questo è l'obiettivo desiderato). Possiamo anche concludere che la capacità della nuova legislazione di portare ad una minore restrizione dipende dal numero dei contratti collettivi e dal livello di retribuzione su cui si raggiunge l'accordo. Senza ammettere eccezioni al principio della parità di trattamento, il lavoro tramite agenzia risulta assai poco pratico per le agenzie e poco attraente, dal punto di vista economico, per le imprese utilizzatrici.

### **6.5. I modelli regolatori restrittivi e il limitato successo della legislazione sociale.**

In generale la legislazione in materia di lavoro in somministrazione in Germania si basa ancora su quella che può essere classificata come una regolamentazione di comando e controllo. Il requisito dell'autorizzazione per agire come agenzie di lavoro serve per effettuare il controllo su un'attività che è ancora percepita come socialmente problematica. Secondo la nuova legislazione ci sono meno divieti la cui violazione permette alle autorità di revocare l'autorizzazione. Inoltre le conseguenze dell'attività illegale svolta dall'agenzia non si limitano più ai soli provvedimenti di carattere amministrativo. Poiché i lavoratori tramite agenzia dispongono di potenti tutele a garanzia della

---

<sup>(56)</sup> S. BOTHFELD, L. KAISER, *Befristung und Leiharbeit: Brücken in reguläre Beschäftigung?*, in *WSI-Mitteilungen*, 2003, 484-493, spec. 490. Secondo le statistiche dell'Ufficio Federale del Lavoro (disponibili sul sito [www.pub.arbeitsamt.de/hts/services/statistik/detail/a.html](http://www.pub.arbeitsamt.de/hts/services/statistik/detail/a.html)) dal gennaio al giugno 2003 237.000 dei lavoratori sono stati licenziati dalle agenzie. Di loro 29.993 sono stati impiegati per meno di una settimana, 104.249 per un periodo tra una settimana e tre mesi e 103.038 per più di tre mesi. Questo ultimo dato rivela che la durata del contratto e la durata della missione non si differenziano troppo.

<sup>(57)</sup> L. BELLMAN, *Zur Entwicklung der Leiharbeit in Deutschland. Theoretische Überlegungen und empirische Ergebnisse aus dem IAB- Betriebspanel*, in *Sozial Fortschritt*, 2004, vol. 53, 135-141, spec. 140.

loro retribuzione si potrà verificare un maggior numero di conseguenze civilmente rilevanti rispetto a quanto accadeva in precedenza.

Il modello regolatorio basato sui metodi di comando e controllo sembra essere stato sostituito da un modello che può essere considerato come modello di autoregolamentazione controllata. Sono molteplici le ipotesi in cui la legge sul lavoro tramite agenzia (AÜG), così come emendata, disciplina la possibilità che i contratti collettivi possano derogare al principio di parità di trattamento. Come dimostrato dal rapido sviluppo della contrattazione collettiva in un settore del mercato dove prima era sconosciuta, le parti sociali si sentivano sotto pressione per concludere accordi volti ad evitare un intervento diretto da parte del legislatore. Le retribuzioni sono quindi leggermente più alte rispetto a prima dell'entrata in vigore della legge di riforma. Rimane da vedere se i lavoratori e i sindacati saranno in grado di esercitare pressioni per ottenere livelli retributivi più alti, e questo si vedrà quando scadranno i contratti collettivi nel 2006.

## **7. Conclusioni. La riforma della legge sul lavoro tramite agenzia: una ipotesi di adeguamento alla proposta di direttiva.**

Con una *ratio* legislativa molto simile a quella della Commissione quando ha proposto la direttiva sul lavoro tramite agenzia nel 2002, il legislatore tedesco ha riformato il regime del lavoro tramite agenzia. La nuova disciplina avrebbe attuato fedelmente la direttiva sul lavoro tramite agenzia se questa fosse stata effettivamente adottata entro il 2003 come era stato presupposto dal legislatore tedesco. Alcune restrizioni al ricorso al lavoro tramite agenzia sono state abrogate (articolo 4, par. 1, proposta), anche se l'obbligo in capo alle agenzie di ottenere un'autorizzazione è stato mantenuto (articolo 4, par. 3, nuova proposta). Per quanto riguarda l'obbligo di legge sussistente in capo all'agenzia di assumere il lavoratore a tempo indeterminato e di pagarlo nel periodo intercorrente tra le missioni, in Germania le agenzie avrebbero dovuto provvedere a garantire la parità di trattamento nelle condizioni di lavoro essenziali (articolo 5). La deroga delle prime sei settimane è verosimilmente non in linea con il progetto di direttiva, visto che l'articolo 5 permette la deroga al principio di parità di trattamento solo per le missioni che siano effettivamente limitate a sei settimane. Tuttavia, la deroga attraverso il dialogo sociale con le conseguenze più gravi che ne derivano è completamente in linea con il pro-



getto di direttiva che non pone alcuna restrizione alle parti sociali quando consente che il punto di riferimento per la parità di trattamento deve essere spostato dall'impresa utilizzatrice all'agenzia. Il legislatore tedesco non prevede un obbligo specifico di assicurare al lavoratore la formazione, e questo appare in linea con la direttiva che prescrive agli Stati membri solo di intraprendere misure adeguate oppure di avviare il dialogo sociale al riguardo. Siccome il processo legislativo tedesco nell'ambito della politica sociale è accompagnato dalla consultazione delle parti sociali, la seconda richiesta imposta dalla direttiva è adempiuta. La Germania ha anche incontrato la linea della direttiva con riferimento alla rappresentanza collettiva. L'articolo 6 della proposta di direttiva, infatti, non prevede l'obbligo di aumentare i componenti degli organi rappresentativi dei lavoratori presso l'impresa utilizzatrice al fine di assistere i lavoratori tramite agenzia. Mentre resta soddisfatto il requisito in base al quale i lavoratori tramite agenzia devono avere il diritto di voto con riferimento alla elezione degli organi rappresentativi nell'agenzia. Di conseguenza viene la tentazione di concludere che di fronte al limitato successo della legislazione tedesca l'approccio europeo appare inadeguato.

#### **8. *Segue: le peculiarità nazionali che influiscono sugli effetti pratici della riforma.***

Tuttavia ci sono alcuni elementi che tendono a ridimensionare tale giudizio. Il recepimento delle misure di armonizzazione nei sistemi legislativi nazionali è vincolato a specifici effetti con riferimento alle singole tradizioni nazionali. In Germania essi sono caratterizzati dalla tendenza a valutare come illegale e successivamente a limitare il ricorso al lavoro tramite agenzia. Nel 2000 i sindacati tedeschi hanno cominciato a percepire gli aspetti positivi del lavoro tramite agenzia, e hanno riconsiderato il precedente pregiudizio che questa forma di lavoro dovesse essere vietata. A causa di tale approccio negativo e modello restrittivo, il lavoro in somministrazione continua ad essere in parte illegale e caratterizzato da un basso tasso di partecipazione sindacale. Prima dei cambiamenti si stimava che oltre ai 250.000 lavoratori tramite agenzia in regola, vi fosse un numero di lavoratori pari al doppio di questa cifra impegnati nel lavoro tramite agenzia fuori dalla



legge<sup>(58)</sup>. In questo contesto, le scelte contraddittorie del legislatore, che ha optato per l'approccio restrittivo con la contestuale previsione della possibilità di derogare attraverso contratti collettivi, non poteva favorire le forme socialmente più responsabili del lavoro tramite agenzia.

In circostanze diverse, il recepimento della direttiva pianificato avrebbe potuto avere dei risultati diversi. Se il lavoro tramite agenzia su base commerciale fosse stato caratterizzato da una maggiore sindacalizzazione, e se i sindacati avessero optato per una strategia di negoziato che richiedeva maggiori sicurezze per i lavoratori in cambio della flessibilità, il risultato avrebbe potuto essere diverso. Lo stoico rifiuto del Congresso dei Sindacati Europei di cedere alle istanze di rinuncia alla parità di trattamento con i lavoratori dell'impresa utilizzatrice è uno degli esempi di una diversa strategia.

## **9. *Segue: una regolamentazione del lavoro per conciliare flessibilità e stabilità: quesiti sul futuro per il legislatore europeo.***

Anche se sono possibili esiti legislativi maggiormente in linea con la direttiva, rimane il problema dell'approccio del legislatore alla conciliazione della flessibilità e della sicurezza, specialmente considerando la necessità di regolare l'occupazione temporanea come priorità principale. Proponiamo di considerare precario qualsiasi contratto di lavoro in cui il lavoratore soffre maggiori rischi di perdere la propria posizione sul mercato del lavoro rispetto all'ipotesi di contratto a tempo pieno e indeterminato, considerato nell'ambito delle strutture di rappresentanza collettiva<sup>(59)</sup>. In tale prospettiva il contratto a termine è più precario che il contratto a tempo indeterminato. Ci sono però le forme precarie dei contratti a tempo parziale, come il caso in cui al lavoratore può essere richiesto di lavorare meno in base alle necessità dell'azienda.

In confronto ai contratti a tempo determinato e parziale, il lavoro tramite agenzia può essere considerato più o meno precario. Se il lavoratore tramite agenzia è assunto in base alla logica della legge sul la-

---

(58) P. SCHÜREN, *op. cit.*, n. 34, art. 9.

(59) D. SCHIEK, *Das Neue Teilzeit - und Befristungsgesetz - ein Beispiel für Europäisches Arbeitsrechts auf Grundlage einer Sozialpartnervereinbarung*, in *Kritische Justiz*, 2002, vol. 35, 18-42.

voro tramite agenzia (AÜG), tale forma potrebbe essere meno precaria. Il lavoratore potrebbe godere dei vantaggi del contratto a tempo indeterminato, mentre la società utilizzatrice potrebbe godere dei vantaggi del contratto a termine, anche se ad un costo leggermente più elevato. Il recepimento di questo modello potrebbe essere un esempio di conciliazione della flessibilità e sicurezza. Al lavoratore dell'agenzia si potrebbe chiedere la flessibilità di cambiare ambiente di lavoro in base alle esigenze di flessibilità dell'azienda. In cambio, il lavoratore potrebbe godere della sicurezza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, con il pagamento tra una missione e l'altra, e possibilmente dei moduli formativi per aiutarlo ad adattarsi al cambiamento.

Nella legislazione europea che si propone, è assai sorprendente la misura in cui i vantaggi per i lavoratori sono lasciati a discrezione degli Stati membri o delle parti sociali. I Paesi membri non sono obbligati a provvedere alla rappresentanza collettiva dei lavoratori temporanei nelle società utilizzatrici, e di fronte alla possibilità delle parti sociali di rinunciare al principio di parità di trattamento non si pongono delle condizioni. Non appare una logica di scambio per la sicurezza o di scambio tra un lavoratore nella società utilizzatrice e uno dell'agenzia. Se la legislazione europea vuole incoraggiare un lavoro tramite agenzia maggiormente responsabile, questa logica dovrà trasparire in modo più evidente nel quadro regolatorio.

#### 4.

### LA REGOLAMENTAZIONE DELLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO: UN CONFRONTO COMPARATO

SILVIA SPATTINI, MICHELE TIRABOSCHI (\*)


SOMMARIO: 1. Norme direzionali e norme di struttura nella regolamentazione della somministrazione di lavoro (cenni). — 2. Recente evoluzione del quadro comparato. — 3. Nota bibliografica.

#### 1. Norme direzionali e norme di struttura nella regolamentazione della somministrazione di lavoro (cenni).

La regolamentazione della attività di somministrazione riguarda due aspetti distinti ma complementari di questa peculiare forma di lavoro: la struttura del mercato della somministrazione, da un lato, il comportamento dei soggetti che operano all'interno del mercato stesso dall'altro <sup>(1)</sup>.

Nel primo caso si può parlare di « regolamentazione di struttura », nel senso che la disciplina di legge è finalizzata alla organizzazione del mercato, in particolare definendo i requisiti per l'abilitazione alla somministrazione, le condizioni e i limiti all'impiego di lavoratori

---

(\*) Nota di aggiornamento delle schede a cura di S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Staff leasing e somministrazione professionale di manodopera in Europa: un quadro comparato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 207-230. Le schede comparate sono reperibili in  *Somministrazione*. L'attività di aggiornamento è stata condotta da Chiara Bizzarro, Monia Liparoti, Chiara Mittiga, Giuseppe Ursino nell'ambito di attività di ricerca relativa al Master universitario di primo livello in *Employability e Placement* promosso dalla Fondazione "Marco Biagi".

<sup>(1)</sup> Per l'impostazione del problema cfr. *amplius* M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, 213 ss.

e le relative sanzioni. Nel secondo caso si può invece parlare di « regolamentazione direzionale », nel senso che la normativa di legge e/o di contratto collettivo è volta a influire, in forme cogenti o talvolta anche semplicemente promozionali, sul comportamento e le scelte dei soggetti che forniscono e utilizzano la somministrazione di lavoro, in particolare definendo le caratteristiche (forma, durata, contenuto) dei contratti tra agenzia e lavoratore e tra agenzie e impresa utilizzatrice, disciplinando il trattamento retributivo del lavoratore in somministrazione, la durata massima del rapporto di lavoro. Tali regole possono essere di semplice indirizzo (c.d. *soft-laws*) oppure di natura inderogabile (c.d. *hard-laws*).

Nel contesto dei Paesi esaminati, quanto alla struttura del mercato della somministrazione di lavoro, si evidenzia il ricorso a diversi modelli di regolamentazione.

Da un lato si segnalano i Paesi che prevedono un rigoroso controllo sui soggetti che possono accedere al mercato della somministrazione, realizzato attraverso la verifica preventiva di requisiti minimi necessari per lo svolgimento di tale attività oppure attraverso una più semplice comunicazione di inizio attività. Generalmente si accompagna a questa disciplina anche la previsione di norme specifiche relative alla determinazione dei confini del mercato della somministrazione.

Rispondono a questo scopo le norme che identificano ipotesi di liceità o di divieto di ricorso alla fattispecie, ipotesi che possono essere riferite a particolari aree geografiche (raramente), settori merceologici (spesso alcuni settori dove i controlli sono più difficili sono esclusi dal campo di applicazioni, in massima parte il settore edile, marittimo, portuale, agricolo), tipologie di prestazioni lavorative (possono essere tipizzati i casi in cui è consentito il ricorso alla somministrazione di lavoro: sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro, necessità produttive contingenti; realizzazioni di opere o servizi specifici; oppure sono fissati i divieti: sostituzione di lavoratori in sciopero, previsto in quasi tutti i sistemi, esecuzione di lavori particolarmente pericolosi) oppure a specifiche condizioni ricorrenti presso le imprese utilizzatrici (precedente ricorso a procedure di riduzione del personale o di sospensione dell'attività lavorativa, di riduzione dell'orario).

Dall'altro si evidenziano Paesi nei quali viene adottato un modello di regolamentazione liberale, o tendenzialmente liberale, in cui all'assenza di controlli all'ingresso del mercato del lavoro si affianca anche una quasi totale assenza di limiti di ricorso all'istituto.

Accanto alla regolamentazione strutturale, come anticipato, si pone anche una regolamentazione di carattere direzionale.

Si ascrivono ai profili direzionali di disciplina della fattispecie le norme che predeterminano la forma e il contenuto negoziali. In particolare è disciplinata la forma del contratto di somministrazione e del contratto di lavoro (nella maggior parte dei casi è richiesta la forma scritta, quale controllo del rispetto delle clausole e della disciplina applicabile), la durata del contratto fra lavoratore e agenzia (nella maggior parte dei casi, nella realtà il contratto di lavoro coincide con la durata della missione), nonché la durata del contratto fra agenzia e impresa utilizzatrice (in alcuni casi esistono limiti massimi, in altri non esistono), lo statuto giuridico del lavoratore in somministrazione e, in particolare, il trattamento economico e normativo (rispetto al quale assume specifica rilevanza il riconoscimento del principio di parità di trattamento). Non solo. In molti ordinamenti le norme direzionali si estendono anche alla fase anteriore alla stipulazione del contratto con la disciplina delle modalità di pubblicità dell'attività di somministrazione, del trattamento dei dati sensibili del lavoratore, e con la introduzione di specifiche norme dirette a prevenire la destrutturazione del mercato del lavoro « ordinario », come quelle concernenti le opportunità di accesso ad una occupazione permanente e di qualità.

## **2. Recente evoluzione del quadro comparato.**

La disciplina della somministrazione di lavoro non è stata oggetto, nel quadro dell'esperienza comparata, di modifiche di rilievo nel corso degli ultimi anni, forse anche per il fatto che di per sé, in molti degli ordinamenti considerati, la fattispecie contrattuale risulta ancora innovativa.

Rispetto alle rilevanti modifiche intervenute nel quadro regolatorio italiano, con la legge n. 30/2003 e con il relativo decreto attuativo, il decreto legislativo n. 276/2003, non si segnalano modificazioni di rilievo in Olanda, Svezia e Gran Bretagna che rappresentano, nel quadro degli ordinamenti esaminati, quelli con l'orientamento più liberale alla regolamentazione del lavoro tramite agenzia.

In Svezia la possibilità di ricorrere a questa peculiare forma di lavoro, vietata a partire dal 1942, è stata riconosciuta solo nel 1993 contestualmente al venir meno del monopolio pubblico del collocamento e in un quadro complessivo di notevole riduzione dell'intervento dello

Stato nella regolamentazione del mercato del lavoro. È stata quindi prevista una disciplina tendenzialmente identica per le agenzie di collocamento e per le agenzie di somministrazione, con anche la possibilità della costituzione di agenzie c.d. “miste”, e senza che sia necessario il rilascio di una autorizzazione preventiva. Il modello di regolamentazione adottato appare quindi tendenzialmente liberale, caratterizzato, però, da un ruolo molto attivo della contrattazione collettiva in funzione di tutela dei lavoratori in somministrazione. L'intero sistema, poi, si caratterizza per l'esistenza di un organismo di diritto privato, che associa tutte le agenzie operative nel settore e promuove una forma di controllo e regolamentazione della attività attraverso l'adozione di codici di buone pratiche.

Per quanto riguarda l'Olanda, l'introduzione della somministrazione risale alla seconda metà del XX secolo, quale risposta alle crescenti esigenze di flessibilità del mercato e, sostanzialmente, consentita a fronte di un divieto di ricorso all'istituto che, per l'incompletezza e imprecisione della norma, poteva essere facilmente aggirato. Successivamente regolamentata per legge, nel 1998 è venuto meno l'obbligo per le agenzie di conseguire preventivamente l'autorizzazione. Si segnala poi l'assenza di particolari limiti di ricorso all'istituto, se non legati a specifici settori (costruzioni, marittimo, trasporto di cose e persone) con l'unico divieto generale di sostituzione di lavoratori in sciopero. Neppure sono previsti vincoli di durata alla somministrazione ed è quindi possibile il ricorso allo *staff leasing*. Per quanto attiene, poi, alla regolamentazione dei rapporti all'interno della fattispecie trilaterale svolge un ruolo decisivo la contrattazione collettiva.

Di segno decisamente liberale è la regolamentazione della somministrazione di lavoro nel Regno Unito, dove non esiste una disciplina specifica e il quadro di riferimento è tracciato da una legge del 1973 — modificata nel 1994 con la eliminazione dell'obbligo di autorizzazione preventiva — e da un regolamento attuativo, entrato in vigore nel 2004, in sostituzione del precedente regolamento del 1976 e che sembra non aver inciso in modo sostanziale sul modello di regolamentazione della fattispecie accolto in quell'ordinamento. Il provvedimento si segnala infatti da un lato per l'ampliamento delle tutele del lavoratore in termini di salute, sicurezza, formazione e opportunità di accesso ad una occupazione permanente e di qualità, ma anche, dall'altro, per il permanere della lacuna circa la disciplina della relazione trilaterale e la definizione dello *status* contrattuale del lavoratore in somministrazione. Non solo. Tuttora non è contemplato il principio di

trattamento economico e normativo fra lavoratori tramite agenzia e lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore. L'assenza di limiti di ricorso all'istituto si traduce, infine, nella piena ammissibilità di somministrazioni a tempo indeterminato.

Con riferimento a Spagna e Giappone, entrambi ordinamenti caratterizzati da un orientamento tendenzialmente restrittivo alla regolamentazione della materia, non si registrano significativi mutamenti nella disciplina.

La Spagna, con la Svezia e l'Italia, è stato uno dei Paesi che per ultimi hanno riconosciuto legalmente la somministrazione di lavoro. La piena legittimazione delle agenzie di somministrazione è intervenuta, infatti, solo nel 1994, anche se le agenzie erano, di fatto, già operative da circa un decennio a fronte di una interpretazione estensiva del dato normativo che pure vietava in linea teorica il ricorso all'istituto.

Rispetto all'attuale regolamentazione in vigore nel nostro ordinamento, in Spagna permane non solo un rigoroso regime autorizzatorio ma anche il divieto di svolgere, parallelamente all'attività di somministrazione, attività di collocamento né è stata ad oggi riconosciuta la ammissibilità della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Con riferimento, invece, alla regolamentazione di tipo direzionale i diversi interventi normativi hanno contribuito a fornire un quadro organico dell'intera disciplina in cui particolarmente garantita risulta la definizione dello statuto giuridico del lavoratore, con previsioni specifiche quanto alla tutela della salute e sicurezza, agli obblighi di formazione e al diritto alla parità di trattamento economico e normativo.

Proseguendo sulla linea di confronto con la disciplina italiana, si segnala, nel quadro comparato, l'esperienza giapponese. Anche in Giappone, infatti, si distinguono due tipologie di agenzie di somministrazione « generali » e « specializzate ». Si rileva, però, come la autorizzazione preventiva sia necessaria solo per le agenzie rientranti nella prima categoria. Sul punto occorre chiarire, però, che agenzie « generali » e « specializzate » si distinguono fra loro non per l'oggetto della somministrazione (per la durata della stessa, atteso il permanere del divieto di somministrazione a tempo indeterminato), bensì, in relazione al tipo di rapporto di lavoro instaurato: nel primo caso il contratto di lavoro può essere tanto a termine quanto a tempo indeterminato mentre può essere stipulato solo a tempo indeterminato nella seconda ipotesi.

Modifiche rilevanti sono per contro intervenute nella regolamentazione della somministrazione di lavoro in Germania.

Con riferimento all'esperienza tedesca, si registra, in particolare, una deregolamentazione della disciplina del lavoro tramite agenzia attraverso la eliminazione del divieto di sincronizzazione fra contratto di lavoro e durata della missione, una modifica contestuale al venir meno del limite di ricorso al contratto a termine fra agenzia e lavoratore e alla introduzione anche in Germania del principio di parità di trattamento.

Un'altra innovazione di particolare rilievo, che per certi versi ha costituito un modello che ha ispirato il legislatore italiano, è rappresentata dalla introduzione delle agenzie di *personal service*, con lo scopo di valorizzare l'attività di somministrazione come strumento per favorire l'inserimento definitivo del lavoratore presso l'impresa utilizzatrice. Anche la disciplina della somministrazione in Francia è stata oggetto negli ultimi tempi di rilevanti modifiche a partire dalla Legge sulla modernizzazione sociale del 2002. Gli interventi si segnalano da un lato per la piena conferma dell'approccio tendenzialmente restrittivo alla materia e dall'altro per un ampliamento, peraltro abbastanza circoscritto, dei singoli casi di ricorso alla somministrazione. L'accesso al mercato della somministrazione, resta dunque governato attraverso l'obbligo di rendere alle autorità competenti una dichiarazione di inizio attività e l'ampiezza del mercato della somministrazione continua ad essere condizionata dalla presenza sia di vincoli di durata che dalla individuazione di specifiche condizioni e limiti di ricorso all'istituto. Il quadro francese, peraltro, si caratterizza per una specifica attenzione alle tutele del lavoratore sul mercato. In particolare, anche con riferimento alla attuale disciplina italiana dei fondi per la formazione e l'integrazione del reddito, si segnala l'istituto della indennità di « sostegno al reddito » nel caso in cui, cessata la missione, il lavoratore in somministrazione non sia assunto a tempo indeterminato presso l'utilizzatore. Peraltro la legge di modernizzazione sociale è intervenuta a fissare il limite minimo di tale indennità nella misura del 10% della retribuzione totale dovuta al lavoratore in somministrazione, salvo l'ipotesi di una diversa e più favorevole previsione nelle convenzioni o negli accordi collettivi. Questa innovazione si accompagna ad una ulteriore e specifica misura di incentivo al raggiungimento di una occupazione permanente e di qualità. In deroga alla disciplina generale in virtù della quale il lavoratore che receda anticipatamente dal contratto di lavoro con la agenzia risponde dei danni per l'inadempimento è, in-



fatti, prevista la possibilità di un recesso anticipato — con un articolato sistema di preavviso — nel caso in cui il lavoratore riceva una offerta per un lavoro a tempo indeterminato.

In questo contesto va ora letta l'esperienza italiana scaturita dalla riforma del mercato del lavoro. La attuale regolamentazione di struttura del mercato del lavoro si caratterizza per la piena conferma, rispetto alla legislazione previgente, di un rigoroso regime autorizzatorio. Contestualmente, però, è eliminato il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo e viene considerevolmente ampliato il mercato della somministrazione di lavoro, non solo con riferimento alle condizioni di ricorso all'istituto — venuto meno il requisito della eccezionalità/straordinarietà della esigenza dell'utilizzatore — ma anche attraverso l'introduzione, seppure solo in ipotesi tassativamente individuate dalla legge o dalla contrattazione collettiva, della somministrazione a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*). Dal punto di vista della regolamentazione direzionale, poi, la nuova disciplina legale completa il modello già adottato quando fu introdotta in Italia la fornitura di lavoro temporaneo. Sono infatti ampliate le tutele specifiche del lavoratore nella fase anteriore alla stipulazione del contratto e, in generale, sul mercato del lavoro: particolare attenzione è riservata in questa sede sia alla promozione della formazione dei lavoratori che alla integrazione del reddito del lavoratore in caso di fine lavori connessi alla somministrazione. La somministrazione, poi, diviene uno strumento direttamente volto a favorire l'ingresso dei lavoratori svantaggiati nel mercato del lavoro attraverso la previsione di specifiche deroghe per le agenzie di somministrazione che prendano in carico tali lavoratori e li assistano in un percorso di inserimento lavorativo.

### 3. Nota bibliografica.



Per seguire l'evoluzione del quadro comparato con riferimento alla somministrazione di lavoro si vedano in contributi raccolti in AA.VV., *The Role of Private Employment Agencies*, Atti del Convegno internazionale su *The Role of Private Employment Agencies in Moderne Market Economies: Leasing, Outplacement, Placement, Posting, Subcontracting, Temporary Work*, Euro-Japan Institute for Law and Business, Leuven, 1-2 aprile 1998, in *BCLR*, 1999, n. 36 (e parzialmente tradotti in lingua italiana in *DRI*, 1998, n. 4), e, in particolare, con riferimento ai Paesi considerati nelle *Schede comparate* i contributi di B.A. Happle (UK), S. Smith-Vidal (France), M. Weiss (Germany), F. Komiya (Japan), F. Duran Lopez, F. Martinez Rodriguez (Spain), B. Nystrom (Sweden), A. Jacobs (The Netherlands). Per un aggiornamento vedi




poi R. BLANPAIN, R. GRAHAM, *Temporary Agency Work and the Information Society*, Atti del Convegno internazionale, Royal Flemish Academy, Bruxelles, patrocinato congiuntamente dall'Accademy, dall'Euro-Japan Institute for Law and Business, Society for International and Social Co-operation, 28-29 aprile 2003, in *BCLR*, 2004, n. 50, e, in particolare, con riferimento ai Paesi considerati nelle *Schede comparate* i contributi di G. Morris (England), S. Smith-Vidal (France), M. Weiss (Germany), T. Hanami (Japan), M. Rodriguez-Pinero Royo (Spain), B. Nystrom (Sweden), D. Visser, W. Plessen, A. Jacobs (The Netherlands).

Sempre relative alla disciplina giuridica della somministrazione di lavoro nell'esperienza comparata, ma anche con una specifica attenzione alle dimensioni del fenomeno in Europa e alle prospettive di sviluppo del mercato della somministrazione, si segnalano le ricerche di S. CLAUWAERT, *Legal Survey on Temporary Agency Work*, ETUI, Bruxelles, 1999, in [www.tempworkresearch.nl](http://www.tempworkresearch.nl), ora anche in [Somministrazione](#); D. STORRIE, *Temporary agency work in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Condition, Dublin, 2002, ora anche in [Somministrazione](#), e la ricerca, promossa dalla INTERNATIONAL CONFEDERATION OF TEMPORARY WORK BUSINESSES, CIETT (a cura di), *Rationale of Agency Work European labour suppliers and demanders' motives to engage in agency work, final report*, Rotterdam, December 2002, ora anche in [Somministrazione](#), completata da CIETT (a cura di), *Rationale of Agency Work European labour suppliers and demanders' motives to engage in agency work - Country reports, Appendix to "Rationale of Agency Work"*, Rotterdam, December 2002, ora anche in [Somministrazione](#).

Sulla disciplina della somministrazione nei singoli ordinamenti considerati nelle *Schede comparate* si vedano anche i seguenti contributi. Con riferimento alla Francia, e in particolare alle innovazioni introdotte dalla « Legge di modernizzazione sociale » (la versione aggiornata degli articoli del Codice del lavoro francese in materia di somministrazione sono reperibili in [Somministrazione](#)), si segnala J. ROJOT, *Active labour market policies - French report*, dattiloscritto. Relativamente alla esperienza tedesca vedi R. KONLE-SEIDL, U. WALWEI, *Job Placement Regimes in Europe: Trends and Impacts of Changes*, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit, Germania, 2001, n. 46, e E.J. JAHN, *Ein Danaergeschenk für die Leiharbeitsbranche?*, in *IABMaterialien*, 2002, n. 4, cui adde B. WAAS, *Temporary agency work in Germany: reflections on recente developments*, in *IJCLLIR*, 2003, 387. Con riferimento alla riforma Hartz e in particolare al modello delle agenzie di *personal service* vedi anche S. SPATTINI, *Un esempio di buona prassi dall'Europa: le agenzie tedesche di Personal Service*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 181 ss., e in questo volume, anche, in relazione all'impatto della proposta di direttiva europea, D. SCHIEK, *Lavoro tramite agenzia: dalla emarginazione all'accettazione?* In relazione alla regolamentazione della somministrazione di lavoro in Svezia, vedi anche R. FAHLBECK, *Employment Exchange and Hiring Out of Manpower in Sweden: from Rigid State Planning to Freedom of the Market*, in A. SWIATKOWSKI (ed.), *Yearbook of Polish Law and So-*

*cial Policy*, The Jagienllonian University Press, Cracow, 1995, vol. 7, e in lingua italiana, per una riflessione sul generale processo di liberalizzazione dei servizi per l'impiego in Svezia, cfr. M. KARLSSON, M. TIRABOSCHI, *Liberalizzazione e decentramento del collocamento: alcuni spunti di riflessione offerti dall'esperienza svedese*, in DRI, 1998, 179.

Con riferimento alla somministrazione di lavoro in Spagna, vedi anche M. RODRIGUEZ-PINERO ROYO, *Las empresas de trabajo temporal en España*, Tirant Lo Blanc, Vancia, 1994. Gli elementi caratterizzanti della esperienza olandese sono delineati da D. MOOLENAAR, *The Dutch Market For Agency Work*, Academisch Proefschrift, Amsterdam, 2002, in [www.tempworkresearch.nl](http://www.tempworkresearch.nl), ora anche in  *Somministrazione*, cui adde, per un aggiornamento della disciplina in vigore la sintesi del contratto collettivo per il settore del lavoro temporaneo in Olanda, *Collective Agreement for Temporary Employees 2004-2009. A summary*, in [www.abu.nl](http://www.abu.nl) (sito della Associazione olandese delle Agenzie di somministrazione), ora anche in  *Somministrazione*. Sulla disciplina della somministrazione in Giappone, vedi anche M. TIRABOSCHI, *Evoluzione storica e attuale disciplina giuridica delle "agenzie" di lavoro temporaneo in Giappone: un inventario critico ed alcuni elementi di riflessione per il caso italiano*, in DRI, 1995, n. 1, 81, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Sulle caratteristiche dell'approccio inglese alla somministrazione di lavoro e in particolare sulle questioni relative alla qualificazione del rapporto vedi M. TIRABOSCHI, *Autonomia, subordinazione e contratti di lavoro sui generis: un recente revirement della giurisprudenza inglese*, in DRI, 1996, n. 2, 153. Per un aggiornamento sulla disciplina in vigore, relativamente alle *Conduct Regulations* entrate in vigore nel corso del 2004 (in  *Somministrazione*), vedi il materiale reperibile sul sito del Department of Trade and Industry ([www.dti.gov.uk](http://www.dti.gov.uk)) e, in particolare, la *Guidance on the conduct of employment agencies and employment businesses regulations 2003*, e, sull'attività di controllo dell'Employment Agency Standards Inspectorate, la *General enforcement and procedural guidance*, entrambe reperibili anche in  *Somministrazione*. In generale, per un progressivo aggiornamento del quadro internazionale e comparato della somministrazione di lavoro, vedi la documentazione e i contributi raccolti in  *Somministrazione*, e qui la sezione *Studi - ricerche - percorsi di lettura*.



SEZIONE B  
STRUMENTI E ATTORI

5.

**LE AGENZIE DI SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO:  
PROFILI GIURIDICI**

SILVIA SPATTINI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le agenzie di somministrazione di lavoro: tipologie. — 3. L'autorizzazione e le procedure. — 4. I requisiti per l'autorizzazione. — 4.1. L'oggetto sociale delle agenzie di somministrazione di lavoro. — 4.2. Le competenze professionali e l'idoneità dei locali. — 4.3. L'interconnessione alla borsa continua nazionale del lavoro. — 5. Un nuovo ruolo per le agenzie di somministrazione. — 6. Bibliografia ragionata.

**1. Premessa.**

Con questa nota si intende delineare sinteticamente i presupposti allo svolgimento dell'attività di somministrazione, in riferimento alle caratteristiche delle agenzie di somministrazione e alle procedure per l'ottenimento dell'autorizzazione. In questa ottica, per gli approfondimenti concettuali e normativi, relativi ai vari elementi presi in considerazione, si rimanda alla bibliografia ragionata nell'ultimo paragrafo.

**2. Le agenzie di somministrazione di lavoro: tipologie.**

Le agenzie di somministrazione di lavoro, così definite dall'articolo 4 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(1)</sup>, si distinguono in due ca-

---

<sup>(1)</sup> In  *Riforma Biagi*.

tegorie. Da un lato le agenzie di somministrazione di lavoro di tipo generalista, autorizzate allo svolgimento della somministrazione di lavoro a tempo determinato e indeterminato, dall'altro lato le agenzie di somministrazione di lavoro di tipo specialista, abilitate, mediante autorizzazione, a somministrare lavoro a tempo indeterminato per una delle attività previste dall'articolo 20, comma 3, lettere da *a*) a *b*).

Nello specifico, questo significa che le agenzie di somministrazione di lavoro di tipo generalista sono autorizzate a somministrare lavoro a tempo determinato sulla base di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'impresa utilizzatrice (ai sensi dell'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003) senza vincoli di mansione o di attività svolta dall'impresa utilizzatrice. Tali agenzie possono inoltre somministrare lavoro a tempo indeterminato per tutte le attività per le quali il decreto legislativo n. 276/2003 (articolo 20, comma 3) ammette tale somministrazione e in particolare:

*a*) per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati;

*b*) per servizi di pulizia, custodia, portineria;

*c*) per servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci;

*d*) per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato;

*e*) per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale;

*f*) per attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale;

*g*) per la gestione di *call center*, nonché per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui fondi strutturali;

*h*) per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa;

*i)* in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.

In riferimento invece alle agenzie di somministrazione di tipo specialista, esse si caratterizzano da un lato per il fatto di poter somministrare lavoro *soltanto* a tempo indeterminato e dall'altro per la specializzazione in una delle attività, appena sopra elencate, per le quali tale somministrazione è consentita. Infatti l'articolo 4, comma 1, lettera *b)*, le definisce come abilitate a svolgere esclusivamente una delle attività per le quali è consentita la somministrazione a tempo indeterminato. In realtà e più precisamente, l'esclusività è relativa all'autorizzazione, nel senso che l'autorizzazione a svolgere l'attività di somministrazione a tempo indeterminato è relativa ad una delle attività di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da *a)* a *b)*, del decreto legislativo n. 276/2003. Non si esclude quindi che l'agenzia possa chiedere più autorizzazioni per somministrare lavoro a tempo indeterminato, ciascuna riferita ad una singola attività per la quale è consentito il ricorso alla fattispecie.

### **3. L'autorizzazione e le procedure.**

Le agenzie di somministrazione — così come tutte le altre agenzie per il lavoro — possono operare sul mercato del lavoro soltanto se in possesso della apposita autorizzazione rilasciata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali. A differenza delle altre attività, che posso essere oggetto anche di autorizzazione regionale, l'attività di somministrazione può essere esclusivamente autorizzata a livello nazionale.

Questo sta a significare che l'attività di somministrazione di lavoro non può essere esercitata liberamente, ma soltanto da operatori che abbiano dimostrato di essere in possesso dei requisiti giuridici e finanziari che la normativa richiede per l'ottenimento dell'autorizzazione. Tale autorizzazione costituisce, quindi, una barriera all'ingresso nel mercato del lavoro e assolve alla funzione di un controllo preventivo sugli operatori che eserciteranno l'attività di somministrazione, attraverso appunto severi requisiti che devono essere soddisfatti per l'ottenimento dell'autorizzazione.

Questo controllo preventivo, attuato proprio attraverso lo strumento dell'autorizzazione, risponde principalmente ad esigenze di tu-


tela dei diritti dei lavoratori, in particolare garantendo la solvibilità dell'impresa, la professionalità degli operatori.

La procedura per il rilascio dell'autorizzazione, unica per tutte le tipologie di attività oggetto di autorizzazione, è definita dall'articolo 4 del decreto legislativo n. 276/2003 e specificata dal decreto ministeriale 23 dicembre 2003 <sup>(2)</sup>. Benché sia stato confermato l'impianto precedentemente esistente per il rilascio dell'autorizzazione per l'attività di fornitura di lavoro temporaneo, importante novità è rappresentata dall'introduzione del principio del silenzio-assenso, grazie al quale le agenzie possono avere certezza della durata del procedimento amministrativo.

Contestualmente alla presentazione della domanda di autorizzazione, l'agenzia di somministrazione deve presentare domanda di iscrizione all'Albo delle agenzie, istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali in formato elettronico <sup>(3)</sup>, come espressamente previsto dal decreto ministeriale 23 dicembre 2003, articolo 1. Esso si articola in cinque sezioni, una per ogni tipologia di agenzia. A seguito dell'ottenimento dell'autorizzazione, nella sezione I vengono quindi iscritte le agenzie di somministrazione di lavoro di tipo generalista, che, come sopra anticipato, sono abilitate allo svolgimento di tutte le forme di somministrazione a tempo determinato e indeterminato, mentre nella sezione II le agenzie di somministrazione di lavoro, di tipo specialista, abilitate a svolgere somministrazione di lavoro a tempo indeterminato in uno degli ambiti definiti dall'articolo 20, comma 3 <sup>(4)</sup>.

Il decreto legislativo n. 276/2003, articolo 4, nonché il decreto ministeriale 23 dicembre 2003, articolo 4, stabiliscono inoltre che le agenzie iscritte alla sezione I dell'Albo vengono automaticamente iscritte alle sezioni III, IV e V, in altre parole che le agenzie di somministrazione di lavoro di tipo generalista sono automaticamente autorizzate a svolgere l'attività di intermediazione, ricerca e selezione del personale e di ricollocazione professionale <sup>(5)</sup>. A differenza di queste, le

---

<sup>(2)</sup> In  *Agenzia per il lavoro*.

<sup>(3)</sup> L'Albo delle agenzie è consultabile al sito [www.welfare.gov.it](http://www.welfare.gov.it), voce *Lavoro, Agenzie per il lavoro - Albo informatico*.

<sup>(4)</sup> Per completezza, si ricorda che alla sezione III vengono iscritte le agenzie di intermediazione, alla IV le agenzie di ricerca e selezione del personale e alla V le agenzie di supporto alla ricollocazione professionale.

<sup>(5)</sup> Sul ruolo e le funzioni nel mercato del lavoro delle agenzie di somministra-



agenzie di somministrazione di lavoro di tipo specialista, iscritte alla sezione II, sono autorizzate a svolgere solo la tipologia di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato per la quale hanno richiesto l'autorizzazione. Ciò non toglie che possano svolgere altre tipologie di attività, sulla base di apposita autorizzazione, oppure altre attività non oggetto di autorizzazione.

Con riferimento all'autorizzazione, rilevante è la specificazione, contenuta nell'articolo 10 del decreto ministeriale 23 dicembre 2003, del divieto di transazione commerciale, previsto dall'articolo 4, comma 7, del decreto legislativo n. 276/2003. Viene quindi esplicitato il divieto di concessione o trasferimento a terzi, anche a titolo gratuito, dell'autorizzazione, nonché il ricorso a contratti di natura commerciale per cedere anche parte dell'attività oggetto dell'autorizzazione. Anche la circolare ministeriale 24 giugno 2004, n. 25 <sup>(6)</sup> specifica ulteriormente l'impossibilità di esternalizzare anche parte dell'attività oggetto dell'autorizzazione. Nel caso quindi delle agenzie di somministrazione, posta l'impossibilità di cedere l'autorizzazione, non è neppure prevista la possibilità di affidare a terzi anche parte dell'attività, per esempio la ricerca e selezione di candidati, la gestione delle banche dati, la raccolta di *curricula*, ma nemmeno la stipula di contratti <sup>(7)</sup>.

#### 4. I requisiti per l'autorizzazione.

Il rilascio della autorizzazione da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali è subordinato alla verifica della sussistenza dei requisiti giuridici e finanziari, definiti dall'articolo 5 del decreto legislativo n. 276/2003, posti — come già accennato —, soprattutto in riferimento all'attività di somministrazione, a tutela del lavoratore, con

---

zione di lavoro di tipo generalista, cfr. G. BOCCHIERI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 180.

<sup>(6)</sup> In [\[www\] Agenzia per il lavoro](#).

<sup>(7)</sup> Per un approfondimento del divieto di esternalizzazione delle attività delle agenzie per il lavoro e in particolare delle agenzie di somministrazione di lavoro, formulato anche sulla base del parere del Consiglio di Stato del 29 settembre 1999, cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, § 6, 159-162.

lo scopo prioritario di garantire l'affidabilità, la professionalità e la solvibilità delle agenzie.

Accanto ai requisiti finanziari particolarmente elevati richiesti alle agenzie di somministrazione di lavoro, a garanzia dei crediti di terzi, gli altri requisiti riguardano, in particolare, l'oggetto sociale, le competenze professionali, l'idoneità dei locali e l'obbligo di interconnessione alla borsa continua nazionale del lavoro.

#### **4.1. L'oggetto sociale delle agenzie di somministrazione di lavoro.**

Con riferimento a tali requisiti, nonostante la continuità con la normativa previgente in materia di società di fornitura di lavoro temporaneo, la novità principale si riscontra in relazione all'oggetto sociale delle agenzie di somministrazione di lavoro. A differenza del passato, non è più previsto che l'attività oggetto di autorizzazione, nel caso di specie la somministrazione, debba essere oggetto sociale esclusivo dell'agenzia, anche se rimane la previsione che essa debba essere oggetto sociale prevalente per le agenzie di somministrazione di tipo generalista, mentre per le agenzie di tipo specialista non è richiesta la prevalenza della somministrazione quale oggetto sociale.

La verifica della sussistenza di tale requisito, cioè della prevalenza dell'oggetto sociale non può che avvenire *ex post*. Il decreto ministeriale 23 dicembre 2003, articolo 6, comma 3, con interpretazione della circolare ministeriale 24 giugno 2004, n. 25, specifica le modalità di calcolo della prevalenza dell'oggetto sociale, su cui si basa la verifica di tale requisito.

Nella prassi, il venir meno dell'oggetto sociale esclusivo rende quindi le agenzie soggetti polifunzionali, consentendo loro di svolgere accanto all'attività di somministrazione di lavoro, altre attività oggetto di autorizzazione — intermediazione, ricerca e selezione di personale, *outplacement* — così come altre attività che non richiedono autorizzazione, come per esempio l'attività di appalto.

#### **4.2. Le competenze professionali e l'idoneità dei locali.**

Nell'ottica di garantire la professionalità delle agenzie, tra gli altri requisiti, il legislatore ha previsto, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera c), decreto legislativo n. 276/2003, la « disponibilità di uffici in

locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali », rimandando ulteriori specifiche ad apposito decreto ministeriale, emanato in data 5 maggio 2004 <sup>(8)</sup>.

Con riferimento alle competenze professionali, è richiesta, ai sensi dell'articolo 1 del decreto ministeriale in parola, la presenza di almeno quattro persone nella sede principale dell'agenzia e due in ogni regione in cui sia presente l'agenzia, con esperienza almeno biennale nel settore della somministrazione, ovvero in settori affini, connessi alla gestione delle risorse umane. La circolare ministeriale 24 giugno 2004, n. 25, specifica inoltre che in ogni filiale devono essere presenti almeno due dipendenti qualificati, che ai sensi della circolare ministeriale 21 luglio 2004, n. 30 <sup>(9)</sup>, sono definiti come persone che abbiano acquisito esperienza nel settore ovvero abbiano conseguito una laurea in giurisprudenza, economia, psicologia, scienze politiche ed affini oppure abbiano frequentato corsi di formazione in materie inerenti il mercato del lavoro.

Per quanto attiene invece alla idoneità dei locali, requisito imposto per garantire ulteriormente la dimensione professionale dell'attività, il decreto ministeriale 5 maggio 2004 stabilisce che tali locali debbano essere separati dai locali di altri soggetti e in particolare dotati di attrezzature d'ufficio, informatiche e telematiche, necessarie per svolgere l'attività, e non ultimo che siano conformi alle norme in materia di igiene e sicurezza sul lavoro.


Per garantire inoltre la massima pubblicità e trasparenza nei confronti dei clienti, lavoratori e datori di lavoro, relativamente al possesso da parte dell'agenzia dell'autorizzazione necessaria per svolgere l'attività di somministrazione, nonché consentire l'eventuale verifica di tale condizione, è previsto, dall'articolo 3, comma 1, del decreto ministeriale 5 maggio 2004, che all'esterno e all'interno delle agenzie siano indicati, in modo visibile, gli estremi della autorizzazione e dell'iscrizione all'Albo.

#### **4.3. L'interconnessione alla borsa continua nazionale del lavoro.**

Nella costruzione della rinnovata organizzazione del mercato del

---

<sup>(8)</sup> In  Agenzia per il lavoro.

<sup>(9)</sup> In  Agenzia per il lavoro.

lavoro, attuata dal decreto legislativo n. 276/2003, particolare rilevanza è stata riservata alla istituzione della borsa continua nazionale del lavoro<sup>(10)</sup>. Essa non può che basarsi sulle informazioni (*vacancies* e *curricula*) immesse nel sistema dai diretti interessati, quali datori di lavoro in cerca di personale e lavoratori in cerca di occupazione, ma in particolare sulla condivisione delle informazioni relative a domanda e offerta di lavoro in possesso degli operatori pubblici e privati del mercato, quindi anche delle agenzie per il lavoro.

Nell'ottica di quanto descritto, è infatti previsto tra i requisiti richiesti alle agenzie per il lavoro, ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettera f), del decreto legislativo n. 276/2003, la connessione delle agenzie per il lavoro alla borsa continua nazionale del lavoro. Tale obbligo non viene ottemperato semplicemente con una generica connessione alla borsa, ma concretamente attraverso l'immissione nel sistema dei dati e informazioni acquisiti dai lavoratori e dai datori di lavoro, nel rispetto delle indicazioni rese dai soggetti stessi in riferimento alla diffusione dei dati, come previsto dall'articolo 15, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003.

## 5. Un nuovo ruolo per le agenzie di somministrazione.

Accanto al ruolo proprio delle agenzie di somministrazione di lavoro, il decreto legislativo n. 276/2003, attraverso l'articolo 13<sup>(11)</sup>, ha attribuito ad esse la funzione di gestione e attuazione di particolari politiche attive del lavoro. Attraverso la somministrazione di lavoro, tali agenzie possono così assumere un ruolo attivo nel reinserimento dei lavoratori svantaggiati nel mercato del lavoro.

Mediante la *presa in carico*<sup>(12)</sup> del soggetto svantaggiato, garantita dalla definizione di un piano individuale di inserimento e dalla individuazione di un tutore con adeguate competenze professionali, con

---

<sup>(10)</sup> In  *Borsa continua nazionale del lavoro*.

<sup>(11)</sup> Cfr. Il contributo di P. RAUSEI, *Lo «statuto giuridico» del lavoratore nel mercato: trasparenza, formazione e tutela per i lavoratori svantaggiati*, in questa Parte, Sez. (C).

<sup>(12)</sup> Sul concetto della *presa in carico*, si veda L. DEGAN, P. TIRABOSCHI, *Le forme sperimentali di raccordo tra pubblico e privato: l'articolo 13 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 598.

la funzione di accompagnamento del lavoratore durante il suo percorso di riqualificazione e reinserimento al lavoro, le agenzie di somministrazione possono assumere tali lavoratori svantaggiati in deroga al principio di parità di trattamento, in particolare retributivo, potendo sfruttare questa leva a fine promozionale di inserimento dei lavoratori nel mercato.

## 6. Bibliografia ragionata.

Per una prima interpretazione del decreto legislativo n. 276/2003, si veda M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004; per una analisi del titolo II, su organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, cfr. P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005.

In generale sull'impianto del regime autorizzatorio e sulla organizzazione del mercato del lavoro, si veda M. TIRABOSCHI, *Regolazione del mercato del lavoro e modello organizzativo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit.; ma anche D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro [Titolo II - artt. 3-19]: dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti. Dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004. Sul rapporto tra regime di autorizzazione e controllo pubblicistico ragiona V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004; ma sulla funzione dell'autorizzazione quale barriera all'entrata del mercato del lavoro sia consentito rimandare anche a S. SPATTINI, *La disciplina del mercato del lavoro: regime autorizzatorio e accreditamenti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 494.

Con riferimento alle tipologie di agenzie di somministrazione, ma anche alle agenzie per il lavoro in generale, si vedano S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, cit., § 2; P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 31; con riferimenti anche alla normativa internazionale in materia, cfr. A. LASSANDARI, *Regime autorizzatorio e accreditamenti*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, § 2; P. TULLINI, *Agenzie per il lavoro*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI, P. ICHINO, A. MARESCA, C. ZOLI, R. ROMEI, R. DEL PUNTA, P. TULLINI, L. NOGLER, P. BELLOCCHI, *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004; ma anche G. FALASCA, *I soggetti privati autorizzati a svolgere i servizi per l'impiego e la somministrazione di manodopera*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giapichelli, Torino, 2005, §§ 4 e 5.

Per quanto riguarda le procedure di rilascio dell'autorizzazione, di iscri-

zione all'Albo delle agenzie per il lavoro e i requisiti richiesti dalla normativa, si veda, con particolare riferimento alle agenzie di somministrazione, P. RAU-SEI, *Somministrazione di lavoro*, cit.; inoltre cfr. M. MAIANI, *Le agenzie per il lavoro*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, cit., e A. LASSANDARI, *Requisiti giuridici e finanziari*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit.

Insieme alla descrizione dei requisiti autorizzatori, pone attenzione all'oggetto sociale delle agenzie per il lavoro, P. TULLINI, *Requisiti giuridici e finanziari*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI, P. ICHINO, A. MARESCA, C. ZOLI, R. ROMEI, R. DEL PUNTA, P. TULLINI, L. NOGLER, P. BELLOCCHI, *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit.; sul superamento dell'oggetto sociale esclusivo si ricorda anche M. BIAGI, *Collocamento e somministrazione di manodopera: appunti per una riforma*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003.

Sul principio del silenzio-assenso nel rilascio della autorizzazione, critico è V. ANGIOLINI, *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, cit., 29.

Trattano della nuova funzione della agenzie di somministrazione rispetto all'inserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati, ai sensi dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003, C. TIMELLINI, *La tutela per i lavoratori svantaggiati: il raccordo pubblico-privato e le cooperative sociali*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, cit.; A. BELLAVISTA, *L'incentivazione del raccordo pubblico e privato*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, cit., 79; G. BOCCHIERI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, cit., 187; L. NOGLER, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI, P. ICHINO, A. MARESCA, C. ZOLI, R. ROMEI, R. DEL PUNTA, P. TULLINI, L. NOGLER, P. BELLOCCHI, *Il nuovo mercato del lavoro d.lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, cit., 173, e M. TIRABOSCHI, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico-privato: le agenzie sociali per il lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, cit., 315.

## 6.

# IL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE: REQUISITI DI FORMA E DI CONTENUTO


MAURO SOLDERA

SOMMARIO: 1. Forma scritta ed effettiva utilizzazione dei lavoratori. — 2. Gli obblighi di contenuto del contratto di somministrazione.

### 1. Forma scritta ed effettiva utilizzazione dei lavoratori.

Il decreto legislativo n. 276/2003 dedica l'intero articolo 21 <sup>(1)</sup> alla disciplina dei presupposti di forma e contenuto del contratto di somministrazione di lavoro <sup>(2)</sup>, regolando inoltre, anche se *per relatio-*

---

<sup>(1)</sup> La norma citata è stata di recente novellata dall'art. 5 del "Decreto legislativo recante disposizioni modificative e correttive del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276" 6 ottobre 2004, n. 251, in *GU*, 11 ottobre 2004, n. 239, definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri in data 3 settembre 2004, secondo l'intervento di cui si darà riferimento nel testo: vedi il testo del d.lgs. n. 276/2003 attualmente in vigore in  *Riforma Biagi*.

<sup>(2)</sup> In merito cfr. G. NICOLINI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 171; E. VITIELLO, *I nuovi rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 33 ss.; G. FERRARIS, *Somministrazione di lavoro*, in G. FAVALLI, A. STANCHI (a cura di), *La riforma Biagi*, La Tribuna, Piacenza, 2003, 53 ss.; G. ROSIN, *La somministrazione di lavoro*, in *GLav*, 2004, n. 17, XXVIII; A. MORONE, *Art. 21. I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. II, 38; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2004, n. 26, 47 ss.; F. BANO, *Art. 21, Forma del contratto di somministrazione*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 327 ss.; C. CARDARELLO, C. MAZZAMAURO, *Il contratto di somministrazione di lavoro, l'appalto di*



*nem*, parte dei contenuti del contratto di lavoro “collegato” all’accordo tra somministratore ed utilizzatore (articolo 21, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003) <sup>(3)</sup>.


Anche rispetto alla materia di cui ora si tratta, vi è evidenza di come l’esperienza proveniente dal lavoro temporaneo si sia dimostrata punto di riferimento rilevante per il legislatore della Riforma, che, seppur con le modifiche di seguito riferite, ne ha confermato gran parte delle scelte a riguardo <sup>(4)</sup>.

La prima riguarda il vincolo della forma scritta imposto al contratto tanto dall’articolo 1, comma 5, legge n. 196/1997, quanto dal

---

*servizi ed il distacco*, in C. CARDARELLO, A. CIRANNA, C. MAZZAMAURO, A.P. MONTORO, *La Legge Biagi e la nuova disciplina dei rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 160 ss.

<sup>(3)</sup> L’art. 21, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, prescrive che: “Le informazioni di cui al comma 1, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell’attività lavorativa presso l’utilizzatore, devono essere comunicate per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all’atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all’atto dell’invio presso l’utilizzatore”.

<sup>(4)</sup> L’abrogato art. 1, comma 5, l. n. 196/1997, in  *Lavoro interinale*, disponeva: “il contratto di fornitura di lavoro temporaneo è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi: a) il numero dei lavoratori richiesti; b) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori ed il loro inquadramento; c) il luogo, l’orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative; d) assunzione da parte dell’impresa fornitrice dell’obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali; e) assunzione dell’obbligo dell’impresa utilizzatrice di comunicare all’impresa fornitrice i trattamenti retributivi e previdenziali applicabili, nonché le eventuali differenze maturate nel corso di ciascuna mensilità o del minore periodo di durata del rapporto; f) assunzione dell’obbligo dell’impresa utilizzatrice di rimborsare all’impresa fornitrice gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore del prestatore di lavoro temporaneo; g) assunzione da parte dell’impresa utilizzatrice, in caso di inadempimento dell’impresa fornitrice, dell’obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali in favore del prestatore di lavoro temporaneo, fatto salvo il diritto di rivalsa verso l’impresa fornitrice; h) la data di inizio ed il termine del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo; i) gli estremi dell’autorizzazione rilasciata all’impresa fornitrice”.

La svolgimento della trattazione consentirà di mettere in evidenza, punto per punto, le principali modifiche apportate sulla materia dal d.lgs. n. 276/2003.

A. MORONE, *op. cit.*, 48, sottolinea come “nel complesso, l’art. 21 è una norma in cui la predeterminazione della forma e dei contenuti del regolamento negoziale (...) serve a garantire, come già avveniva per la L. 196/97, la trasparenza dell’operazione economica non solo in vista della tutela degli interessi dei contraenti, ma anche per favorire il controllo giudiziale, amministrativo e sindacale”.



comma 1 dell'articolo 21, decreto legislativo n. 276/2003. Il comma 4, articolo 21, decreto legislativo n. 276/2003, nella versione da ultimo novellata dal decreto correttivo citato in nota, chiarisce espressamente che il formalismo richiesto deve intendersi *ad substantiam*, sanzionando la sua mancanza con la piena nullità dell'accordo <sup>(5)</sup>.

Identica previsione, a dire il vero, non era precisata nelle norme della legge n. 196/1997, che legavano alla violazione delle prescrizioni del comma 5, articolo 1 (compresa la mancanza di forma scritta), l'applicabilità delle sanzioni disposte dalla legge n. 1369/1960, tra cui in particolare, la considerazione dei lavoratori, "a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni" (articolo 1, legge n. 1369/1960).

A ben vedere, la nuova definizione delle conseguenze connesse alla violazione del requisito di forma nel contratto di somministrazione non si rivela priva di risvolti di analisi.

Ad una prima lettura, la prescrizione dell'articolo 21, comma 4, decreto legislativo n. 276/2003, per cui, in mancanza di forma scritta, il contratto è nullo ed "i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore", potrebbe apparire la naturale conseguenza dell'assunto, certo in piena coerenza con i principi generali che sottendono l'istituto, risalendo fino alle sue radici contestualmente abrogate ed innanzi citate. Ma in effetti, la sua formulazione letterale comporta per l'interprete la necessità di una valutazione più approfondita, che porti a distinguere diverse ipotesi di nullità, conseguenti alle plurime circostanze in cui tale violazione potrebbe verificarsi, con l'effetto di delineare i presupposti di operatività di tale "seconda sanzione".

Occorre infatti differenziare le seguenti fattispecie: 1) il caso in cui il precedente accordo verbale di somministrazione sia stato effettivamente eseguito da parte del somministratore, con la messa a disposizione dei lavoratori in favore dell'utilizzatore, o, altrimenti, l'accordo sia stato definito proprio per "fatti concludenti"; ricorrendo tali presupposti, la norma spiegherà a pieno la sua efficacia e alla nullità del contratto conseguirà il riconoscimento di un rapporto di lavoro subor-

---

<sup>(5)</sup> Per una completa definizione dei principi sanzionatori previsti in materia di somministrazione di lavoro dal d.lgs. n. 276/2003, nella versione novellata dal decreto correttivo citato, si veda: C. BIZZARRO, G. BOCCHIERI, *Il nuovo regime sanzionatorio in materia di somministrazione, appalti, distacco*, in *GLav*, 2004, n. 37, II ss.

dinato a carico dell'utilizzatore. 2) Il caso in cui l'accordo verbale, pur raggiunto, sia rimasto ineseguito, almeno per quanto riguarda la principale obbligazione del soggetto somministratore (la messa a disposizione dei lavoratori), il quale, d'altra parte, nemmeno stipuli rapporti di lavoro in funzione di detta somministrazione, ovvero non comunichi la destinazione presso l'utilizzatore a lavoratori già in forza ed in disponibilità; in tale circostanza, mentre la nullità del contratto rimarrebbe pienamente capace (ad esempio legittimando il "potenziale" utilizzatore a richiedere la restituzione di quanto eventualmente già corrisposto), l'applicabilità della "seconda sanzione", prevista dal comma 4 citato, deve ritenersi esclusa, quantomeno per l'impossibilità di identificare lavoratori beneficiari dell'intervenuto rapporto di dipendenza con l'utilizzatore. 3) Il caso in cui, seppur non rientrando nell'ipotesi del precedente punto 1), il somministratore, a seguito della definizione verbale del contratto con l'utilizzatore, abbia proceduto alla stipulazione di contratti di assunzione, qualificandoli come funzionali all'accordo viziato da nullità, o abbia già formalizzato tale destinazione a propri lavoratori in disponibilità<sup>(6)</sup>; ebbene, non si vede quale impedimento, in questa ipotesi, si frapponga all'applicazione letterale della norma, sebbene l'accordo sia rimasto ancora ineseguito. La disposizione in analisi, infatti, a differenza di quanto previsto dall'articolo 1, legge n. 1369/1960, nel definire i presupposti di operatività della sanzione considerata, prescinde totalmente dalla necessità che la prestazione dei lavoratori oggetto di somministrazione sia stata "effettivamente utilizzata dal terzo"<sup>(7)</sup>.

Il ragionamento, che non ci pare destituito di fondamento vista la "rapida" formulazione dell'articolo 21, comma 4, decreto legislativo n. 276/2003, apre tuttavia "scenari" forse inaspettati, a volerlo seguire fino in fondo. Se dunque, unici presupposti per la piena operatività

---

<sup>(6)</sup> Si pensi all'ipotesi in cui, una volta concluso verbalmente il contratto di somministrazione di lavoro, l'utilizzatore "inesperto" venga poi a conoscenza della norma e rifiuti la prestazione del somministratore reclamando la nullità dell'accordo.

<sup>(7)</sup> La stessa osservazione è riferita già in F. BANO, *op. cit.*, 340, per cui tra la norma della l. n. 1369/1960 (richiamata dall'art. 10, l. n. 196/1997) ed il contenuto dell'art. 21, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, esiste identità delle conseguenze sanzionatorie ma diversità dei presupposti che generano la sanzione: sostanziali rispetto alla l. n. 1369/1960 (l'effettivo utilizzo), solo formali in materia di somministrazione di lavoro, dove "tale utilizzo è divenuto l'oggetto stesso di un contratto tipizzato". La sanzione "si applica per il solo fatto che le parti non abbiano messo per iscritto" l'accordo.

del comma 4, articolo 21, decreto legislativo n. 276/2003, possono reputarsi la sussistenza di un accordo non scritto tra somministratore e utilizzatore e la possibilità di identificare i lavoratori destinati a “soddisfare” tale accordo, vi è da chiedersi quali debbano ritenersi i presupposti minimi per ritenere che un accordo del genere si sia effettivamente concluso.

Rispettando i principi civilistici fondamentali, vi sarebbe contratto di somministrazione di lavoro tra le parti (ancorché nullo per mancanza di forma) quando la loro volontà — effettiva e non viziata — si sia espressa in maniera coincidente, definendone gli elementi essenziali, eccetto la forma <sup>(8)</sup>.

Irrelevante, sotto questo profilo, sarebbe l'ulteriore precisazione delle indicazioni di cui al comma 1, articolo 21, decreto legislativo n. 276/2003, che non rilevino quali presupposti di causa od oggetto dell'accordo, secondo quanto si esporrà in seguito. Le stesse norme sulla somministrazione come di recente novellate, d'altra parte, riconoscono diversi livelli di “incidenza patologica” all'ipotesi, da un lato, della mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione, dall'altro, al caso dell'assenza dei requisiti contenutistici riferiti al comma 1 citato <sup>(9)</sup>. Tanto più che il mancato riferimento di tali elementi nel contratto di assunzione — o nel formale invio in somministrazione di lavoratori in disponibilità —, non incide sulla validità o efficacia di tali atti, implicandone unicamente una sanzione amministrativa a carico del somministratore (articolo 18, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003).

D'altra parte, indici probatori decisamente consistenti circa la conclusione di un accordo orale di somministrazione si avrebbero qualora il somministratore fosse in grado di riferire ai lavoratori destinati all'utilizzatore, per iscritto, con completezza e precisione, le indicazioni che dovrebbero costituire contenuto precettivo del contratto

---

<sup>(8)</sup> Non si rinvergono infatti presupposti per ritenere l'accordo in questione come appartenente alla categoria dei contratti reali, per cui la sua esecuzione sarebbe elemento essenziale a consentirne l'esistenza. Di tale categoria non fa parte il contratto di somministrazione regolato dagli artt. 1559 e ss. c.c., né, del resto, tale prerogativa ci pare resa esplicita o, quantomeno, ricavabile per interpretazione dalle norme del d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(9)</sup> Di seguito nel testo la definizione delle conseguenze previste dalle norme del d.lgs. n. 276/2003 in caso di mancanza degli elementi indicati nell'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 276/2003. Sul punto vedi anche, in questo volume, C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B).

di somministrazione, alcune tra le quali derivano da informazioni necessariamente provenienti dall'utilizzatore, e rilevano, come si dirà in seguito, proprio quali oggetto del negozio.

Argomentando da tale prospettiva, potrebbe dunque ritenersi particolarmente rischiosa per il potenziale utilizzatore ogni circostanza in cui la stipulazione di contratti di assunzione finalizzati alla somministrazione in suo favore (o la lettera d'incarico nei confronti di lavoratori già in disponibilità) preceda la definizione scritta del relativo accordo di somministrazione. Non può disconoscersi, infatti, che ciò sarebbe in grado di costituire un rilevante indice presuntivo circa la sussistenza di un accordo irregolare tra somministratore e utilizzatore, qualora questo non risulti, almeno fino a quel momento, da atto scritto.

L'articolo 21, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003, procede indicando gli elementi contenutistici essenziali del contratto di somministrazione di lavoro, lettere da *a*) a *k*).

Anche sotto questo profilo, il riferimento alla corrispondente norma della legge n. 196/1997 è chiaro, pur con qualche intervento di carattere per lo più integrativo.

## **2. Gli obblighi di contenuto del contratto di somministrazione.**

Nello specifico: “il contratto di somministrazione di manodopera (...) contiene i seguenti elementi: *a*) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; *b*) il numero dei lavoratori da somministrare; *c*) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20; *d*) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate; *e*) la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione; *f*) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento; *g*) il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative; *h*) assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali; *i*) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro; *j*) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai la-

voratori comparabili<sup>(10)</sup>; *l*) assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore"<sup>(11)</sup>.

Il successivo comma 2 precisa che "nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi".

Rispetto alla precedente e corrispondente disciplina contenuta nella legge n. 196/1997, l'elenco riportato prevede fundamentalmente due nuove voci. La prima riguarda l'indicazione dei presupposti giustificativi del contratto di somministrazione che si intende concludere; vale a dire i casi per cui è consentita la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (articolo 20, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003) o le ragioni che motivano quella a termine, lettera *c*). La seconda richiede che il contratto di somministrazione (e quindi anche i relativi contratti di assunzione ad esso funzionali), identifichino e descrivano i rischi derivanti dallo svolgimento delle mansioni previste ed incidenti sull'integrità e la salute dei lavoratori, oltre alle relative misure di protezione, lettera *d*)<sup>(12)</sup>.

Come in parte già anticipato, sulla materia è di recente intervenuto un provvedimento correttivo<sup>(13)</sup> che ha escluso l'applicabilità della sanzione del comma 4, articolo 21, decreto legislativo n. 276/2003, in caso di assenza nel contratto degli elementi previsti dalle lettere da *a*) ad *e*).

---

<sup>(10)</sup> La lett. *e*) dell'art. 1, comma 5, l. n. 196/1997, faceva riferimento anche alla comunicazione dei trattamenti previdenziali, secondo una formulazione ritenuta pleonastica: G. PELLACANI, *Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo: struttura ed ambito di operatività*, in L. GALANTINO (a cura di), *La disciplina del lavoro temporaneo*, Giuffrè, Milano, 2000, 61; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 2001, 211.

<sup>(11)</sup> La disposizione circa la responsabilità solidale di somministratore ed utilizzatore per gli obblighi retributivi e contributivi a favore dei lavoratori in somministrazione è ribadita nel successivo art. 23, comma 3, d.lgs. n. 276/2003. Cfr. B. SAN-NINO, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile*, in questa Parte, Sez. (C).

<sup>(12)</sup> Per una trattazione dei risvolti relativi alla sicurezza dei lavoratori in somministrazione, cfr. S. BIANCHI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, in questa Parte, Sez. (C).

<sup>(13)</sup> Cfr. la nota 1.

Non più, dunque, nullità dell'accordo e "automatica" considerazione dei lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore, secondo quanto previsto dall'originario testo del decreto legislativo n. 276/2003. Nella versione novellata, la mancanza di una qualsiasi delle indicazioni previste dal comma 1 citato, o la violazione del successivo comma 2, comporta per le parti stipulanti l'applicazione di una sanzione a carattere amministrativo pecuniario compresa tra 250 e 1.250 euro (articolo 18, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003, come modificato dall'articolo 4, decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 — già in nota); a cui si aggiunge, ma solo in caso di carenza di uno degli elementi riferiti alle lettere da *a*) a *e*), la facoltà per il lavoratore coinvolto di agire giudizialmente e richiedere il riconoscimento di un rapporto alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, "con effetto dall'inizio della somministrazione" (articolo 27, comma 4, decreto legislativo n. 276/2003).

È stato d'altra parte osservato che, anche in mancanza di una specifica previsione a riguardo per quanto contenuto nelle lettere da *f*) a *k*), la loro omissione nel contratto di somministrazione non può ritenersi a priori priva di conseguenze sostanziali.

Innanzitutto, gli elementi di cui ai punti *f*) — "le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento" — e *g*) — "il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative" — possono considerarsi pertinenti all'oggetto stesso del contratto, cosicché il loro mancato riferimento ne determinerebbe la nullità in applicazione dei principi generali di diritto civile (articolo 1418 c.c.) <sup>(14)</sup>.

Se lo stesso non può dirsi per le prescrizioni delle restanti lettere da *h*) a *k*), tuttavia, richiamando quanto già osservato dalla dottrina riguardo le identiche previsioni della legge n. 196/1997 <sup>(15)</sup>, si è notato come il loro contenuto valga per il legislatore al fine di definire — an-

---

<sup>(14)</sup> F. BANO, *op. cit.*, 334; A. MORONE, *op. cit.*, 50, che precisa come gli elementi riportati alle lett. *f*) e *g*) "in alcuni casi sono suscettibili di variazione a seconda delle determinazioni assunte dall'utilizzatore in corso di svolgimento del contratto" vista la "possibilità riconosciuta allo stesso utilizzatore di modificare le mansioni del lavoratore (...)".

<sup>(15)</sup> V. CUFFARO, *Commento all'art. 1, commi 5-7*, in A. GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della Legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999, 68-71; A. NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, 69.

che se indirettamente <sup>(16)</sup> — l'architettura fondamentale del rapporto di somministrazione, attraverso la ripartizione delle obbligazioni spettanti a somministratore ed utilizzatore. Di conseguenza, la loro omissione o deroga in sede di autonomia negoziale "potrebbe alterare profondamente la fisionomia stessa dell'istituto", e meriterebbe di essere riparata tramite rispettivamente un'integrazione coattiva del contenuto contrattuale a norma dell'articolo 1374 c.c., o la nullità e conseguente sostituzione della previsione divergente, secondo il combinato disposto degli articoli 1339 e 1419 c.c. <sup>(17)</sup>; a meno di non ritenere addirittura realizzata, rispetto in particolare alla previsione della lettera *b*), un'interposizione meramente fittizia, con conseguente titolarità del rapporto direttamente in capo all'utilizzatore <sup>(18)</sup>.

Unica eccezione in tal senso, probabilmente, la previsione della lettera *i*) (obbligo per l'utilizzatore di restituire al somministratore retribuzioni e contribuzioni corrisposte ai lavoratori), volendosi riconoscere fondamento all'assunto per cui la prescrizione rimarrebbe nella totale disponibilità delle parti, considerato che la sua deroga non distorcerebbe la struttura essenziale dell'istituto <sup>(19)</sup>.

Da ultimo osserviamo l'abbandono della disposizione dell'articolo 1, comma 7, legge n. 196/1997, che prescriveva l'obbligo di comunicare alla Direzione provinciale del lavoro competente copia del contratto di fornitura entro dieci giorni dalla stipulazione: analoga prescrizione deve di conseguenza ritenersi esclusa rispetto ai contratti di somministrazione di lavoro.

---

<sup>(16)</sup> M. MAGNANI, *Contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il "pacchetto Treu". Commentario sistematico*, in NLCC, 1998, 1189.

<sup>(17)</sup> F. BANO, *op. cit.*, 338; A. MORONE, *op. cit.*, 51.

<sup>(18)</sup> In tal senso, A. MORONE, *op. cit.*, 51 ss.

<sup>(19)</sup> F. BANO, *op. cit.*, 337-338. In senso tuttavia contrario, A. MORONE, *op. cit.*,





## SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO: I DIVIETI


MAURO SOLDERA

SOMMARIO: 1. I divieti di ricorso alla somministrazione. — 2. Il venir meno del divieto per mansioni pericolose. — 3. Le singole ipotesi di divieto attualmente previste.

### 1. I divieti di ricorso alla somministrazione.

Nel solco dell'esperienza del lavoro temporaneo <sup>(1)</sup>, l'articolo 20, decreto legislativo n. 276/2003, disciplina accanto alle condizioni di li-

---

<sup>(1)</sup> L'art. 1, comma 4, l. n. 196/1997, in  *Lavoro interinale*, nella formulazione vigente al momento della sua abrogazione, vietava la fornitura di lavoro temporaneo: "a) per le mansioni individuate dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con particolare riguardo alle mansioni il cui svolgimento può presentare maggiore pericolo per la sicurezza del prestatore di lavoro o di soggetti terzi" (lettera così sostituita dall'art. 64, comma 1, lett. b), l. n. 488/1999); "b) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; c) presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i 12 mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce la fornitura, salvo che la fornitura avvenga per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto; d) presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce la fornitura; e) a favore di imprese che non dimostrano alla direzione provinciale del lavoro di aver effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni; f) per le lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi individuati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale da emanare entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge". Il Governo ha soddisfatto la delega con il d.m. 31 maggio 1999, che vieta la fornitura di lavoro temporaneo in relazione a mansioni che comportassero rischi: 1) di grave infortunio e consistenti in attività di recupero, demolizione, costruzione e prospezione in ambito su-

ceità ed ai presupposti per l'impiego della somministrazione di lavoro anche i relativi casi di divieto (articolo 20, comma 5, lettere da *a*) a *c*), decreto legislativo n. 276/2003) <sup>(2)</sup>.


Quanto disposto a riguardo in materia di somministrazione, richiama per buona parte la previsione dell'abrogato articolo 1, comma 4, legge n. 196/1997, salvi gli interventi di esclusione e di modifica, che hanno condotto la norma ad un'estrema somiglianza (ma non identità) <sup>(3)</sup> con la corrispondente disposizione in materia di contratto a termine (articolo 3, decreto legislativo n. 368/2001) <sup>(4)</sup>.

---

bacqueo o di produzione, deposito o trasporto di materie esplodenti; ovvero 2) di tecnopatia grave conseguente in sintesi all'esposizione a specifiche sostanze.

<sup>(2)</sup> In merito cfr. G. NICOLINI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 172; E. VITIELLO, *I nuovi rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 2004, 25 ss.; G. FERRARIS, *Somministrazione di lavoro*, in G. FAVALLI, A. STANCHI (a cura di), *La riforma Biagi*, La Tribuna, Piacenza, 2003, 51 ss.; G. ROSIN, *La somministrazione di lavoro*, in *GLav*, 2004, n. 17, XXVI; M.T. CARINCI, *Art. 20. La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. II, 31 ss.; P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2004, n. 26, 23 ss.; V. SPEZIALE, *Art. 20. Condizioni di liceità*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 327 ss.; M. LANOTTE, *Il contratto di somministrazione di lavoro: tipologie e condizioni di liceità*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 206 ss.

<sup>(3)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 327; M. LANOTTE, *op. cit.*, 205.

<sup>(4)</sup> *Ex art. 3, d.lgs. n. 368/2001*, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*: "l'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato non è ammessa: *a*) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; *b*) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che tale contratto sia concluso per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti, ovvero sia concluso ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, ovvero abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi; *c*) presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a termine; *d*) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni".

Nello specifico, la somministrazione di lavoro, sia a tempo determinato che nell'inedita veste senza termine predefinito (*staff leasing*) è vietata: "a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 <sup>(5)</sup>, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione; c) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche".

Le norme di riforma accompagnano alla violazione dei divieti una sanzione amministrativa pecuniaria, a carico tanto del somministratore quanto dell'utilizzatore (da 250 euro a 1.250 euro, *ex* articolo 18, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003, come modificato dall'articolo 4, decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251) <sup>(6)</sup>, oltre alla facoltà, a favore del lavoratore, di chiedere il riconoscimento di un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze di quest'ultimo (articolo 27, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003) <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(5)</sup> Come già ritenuto in materia di lavoro temporaneo, dalla fattispecie di divieto devono comunque considerarsi escluse le ipotesi di licenziamenti plurimi per giustificato motivo oggettivo, di dimissioni incentivate o risoluzioni consensuali del rapporto, così come fattispecie di prepensionamenti: a riguardo cfr. E. VITIELLO, *op. cit.*, 29, e V. SPEZIALE, *op. cit.*, 330, che cita a riguardo in giurisprudenza 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>(6)</sup> D.lgs. n. 251/2004 approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri in data 3 settembre 2004 e pubblicato in *GU*, 11 ottobre 2004, n. 239, recante disposizioni modificative e correttive del d.lgs. n. 276/2003. Sul sistema sanzionatorio, penale e amministrativo scaturito dalla riforma alla luce delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 251/2004, cfr. P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(7)</sup> Sulla fattispecie della somministrazione irregolare, cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

## 2. Il venir meno del divieto per mansioni pericolose.

Prima di una valutazione analitica delle modifiche apportate alle ipotesi di divieto confermate rispetto alla corrispondente norma sul lavoro temporaneo, ci preme evidenziare l'intervento a nostro parere più consistente operato dal legislatore della riforma: la completa soppressione dei casi di impedimento previsti dalle lettere *a)* ed *f)* dell'abrogato comma 4, articolo 1, legge n. 196/1997. Nessuna capacità inibitoria specifica è riservata, dunque, in materia di somministrazione di lavoro, alla sussistenza di pericoli, che, in relazione alle mansioni cui siano destinati presso l'utilizzatore, la contrattazione collettiva o norme delegate possano ritenere particolarmente consistenti per la salute dei lavoratori <sup>(8)</sup>.

In dottrina si è osservato come il "cambiamento di rotta" in merito, sia riconducibile per un verso "all'ampia gamma di garanzie e tutele inserite nella regolamentazione della somministrazione di lavoro", tanto rispetto al somministratore, quanto nei confronti dell'utilizzatore, per cui risulterebbe contraddittoria una linea normativa "aprioristicamente limitatrice"; per altro verso alla ritenuta "scelta politica di valorizzare in maniera particolarmente significativa il ruolo della contrattazione collettiva", ma nella direzione di consentire nuove ipotesi di utilizzo dello strumento, non invece concedendo la facoltà di "aprioristiche esclusioni" <sup>(9)</sup>.

Ferma la chiara consistenza di quest'ultimo rilievo di carattere generale, non si comprende per vero quali siano i presupposti su cui l'Autore citato fonda il ritenuto incremento delle garanzie e delle tutele in tema di sicurezza a favore dei lavoratori in somministrazione rispetto alla previgente posizione dei lavoratori assunti con contratto di lavoro temporaneo. A ben vedere, infatti, se si esclude l'intervento appena riferito riguardo ai divieti di impiego dei due istituti (innegabilmente riduttivo rispetto alla tutela riservata dal comma 4, articolo 1, legge n. 196/1997, vista l'esclusione di quanto previsto dalle lettere *a)* ed *f)*, la disciplina sostanziale contenuta negli articoli 20 e ss., decreto legislativo n. 276/2003, in materia di sicurezza dei lavoratori "desti-

---

<sup>(8)</sup> Tra l'altro, la mancata riproposizione della fattispecie di divieto di cui alla lett. *a)*, art. 1, comma 4, l. n. 196/1997, ha sortito l'effetto di limitare le ipotesi di inibizione alle sole ipotesi espressamente previste dalla legge; cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, 327.

<sup>(9)</sup> G. FERRARIS, *op. cit.*, 52.

nati” alla somministrazione ricalca fedelmente quanto in precedenza disposto dall’abrogata normativa sul lavoro temporaneo <sup>(10)</sup>.

Altri Autori hanno piuttosto ritenuto la scelta “decisamente censurabile”, viste “le finalità di tutela perseguite dai divieti oggi abrogati”, a dimostrazione, d’altra parte, dell’intenzione del legislatore della riforma “di ignorare la grave incidenza degli incidenti sul lavoro proprio con riferimento ai lavoratori c.d. flessibili”. In più, l’abrogazione sarebbe passibile di rilievo di incostituzionalità per violazione dell’articolo 76 Cost. in eccesso di delega, ritenuto che, se la legge n. 30/2003 al suo articolo 1, comma 2, lettera o), ha consentito l’abrogazione “di tutte le norme che, anche se non espressamente menzionate, siano (direttamente o indirettamente) incompatibili con il decreto attuativo della delega”, in ogni caso, nella fattispecie, nessuna incompatibilità sarebbe identificabile tra le ipotesi di divieto abrogate ed il nuovo istituto della somministrazione <sup>(11)</sup>.

In senso contrario su quest’ultimo punto, si esprime chi osserva come “l’effetto abrogativo” consegua all’incarico delegato al decreto legislativo n. 276/2003 di regolamentare per intero la materia, “in conformità a principi generali sicuramente applicabili anche in questo caso” <sup>(12)</sup>.

### 3. Le singole ipotesi di divieto attualmente previste.

Letteralmente confermato il divieto riguardante la stipulazione di contratti di somministrazione di lavoro, finalizzata alla sostituzione di lavoratori che presso l’utilizzatore esercitino il diritto di sciopero (lettera b), comma 4, articolo 1, legge n. 196/1997 e lettera a), comma 5, articolo 20, decreto legislativo n. 276/2003).

Giustamente si è osservato che il divieto è in grado di operare sia nel caso in cui la sostituzione riguardi direttamente i lavoratori coinvolti, sia qualora sostituiti siano dipendenti dell’utilizzatore non scio-

---

<sup>(10)</sup> Per una verifica si faccia riferimento a quanto rispettivamente disposto agli artt. 3, comma 5, e 6, commi 1 e 5, l. n. 196/1997 in confronto alle previsioni degli artt. 22, comma 5, e 23, comma 5, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(11)</sup> P. CHIECO, *op. cit.*, 24.

<sup>(12)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 328.

peranti, adibiti alle mansioni lasciate vacanti da chi vi abbia aderito <sup>(13)</sup>.

Interventi modificativi sono stati invece riservati alle rimanenti ipotesi di divieto riproposte dall'esperienza del lavoro temporaneo.

Il contributo di modifica più rilevante ha riguardato certamente i casi di impedimento relativi alla sussistenza presso l'utilizzatore di procedure di licenziamenti collettivi (*ex* articoli 4 e 24, legge 23 luglio 1991, n. 223) o di sospensione o riduzione dell'orario di lavoro con accesso alle forme di integrazione salariale, qualora la somministrazione interessi le medesime mansioni <sup>(14)</sup> ed unità produttive "colpite" dalle due fattispecie: ipotesi confermate anche se, appunto, con qualche significativo cambiamento.

Incidentalmente osserviamo il confermato riferimento, anche nella norma di riforma, al concetto di "unità produttiva" per determinare l'ambito organizzativo (ed eventualmente anche territoriale) di vigenza del divieto; concetto da intendersi, in linea con il consolidato orientamento della Suprema Corte <sup>(15)</sup>, con quell'entità aziendale che, eventualmente articolata in organismi minori, anche non ubicati tutti nel territorio del medesimo comune, si caratterizzi per condizioni imprenditoriali d'indipendenza tecnica e amministrativa tali, che in essa si esaurisca per intero il ciclo relativo a una frazione o a un momento essenziale dell'attività produttiva aziendale. Deve di conseguenza ritenersi esclusa la sussistenza di un'unità produttiva in relazione ad articolazioni aziendali che, sebbene dotate di una certa autonomia amministrativa, siano destinate a scopi interamente strumentali o a funzioni ausiliarie sia rispetto ai generali fini dell'impresa, sia rispetto a una frazione dell'attività produttiva della stessa.

L'analisi complessiva della norma induce in prima battuta ad evidenziare come le due ipotesi di divieto — disciplinate separatamente

---

<sup>(13)</sup> V. SPEZIALE, *op. cit.*, 329.

<sup>(14)</sup> Anche a tale riguardo, così come innanzi precisato in merito alla sostituzione di lavoratori in sciopero, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 330-331, rileva che « 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 (...). In caso contrario, infatti, il divieto legislativo sarebbe facilmente aggirabile e penalizzerebbe le finalità della disposizione ».

<sup>(15)</sup> Cfr. per tutte Cass. 14 giugno 1999 n. 5892, in *FI*, 2000, I, 596.

dalla legge n. 196/1997, nelle lettere *c*) e *d*), comma 4, articolo 1 — risultano ora riunite sotto la comune lettera *b*), comma 5, articolo 20, decreto legislativo n. 276/2003, con una soluzione che si discosta anche dalla corrispondente previsione dell'articolo 3, decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 386.

La scelta ha consentito, evidentemente, un “risparmio” di duplicazioni descrittive circa i presupposti delle ipotesi di divieto, senza incidere, almeno a parere di chi scrive, sulla chiarezza della formulazione.

Passando ad una valutazione analitica dell'intervento di modifica operato a riguardo, notiamo innanzitutto la riduzione da dodici mesi a sei del periodo di vigenza del divieto<sup>(16)</sup>, in conseguenza di procedure di licenziamenti collettivi presso l'utilizzatore. La modifica in senso riduttivo del termine, vale comunque a confermare la distinzione già introdotta (e successivamente confermata in materia di contratto a termine) nella previgente e corrispondente disciplina del lavoro temporaneo tra le due ipotesi di divieto: in caso di licenziamenti collettivi l'impedimento si estende anche oltre la permanenza della procedura<sup>(17)</sup>, laddove la chiusura della cassa integrazione guadagni fa cessare contestualmente ogni ostacolo alla somministrazione di lavoro. L'indirizzo ci pare chiaro nella formulazione letterale della norma, nonostante, come si diceva, la riunione delle due fattispecie sotto la medesima lettera.

Sempre con riferimento all'eventualità di licenziamenti collettivi, da notare anche il mancato richiamo all'ipotesi di esenzione assoluta dal divieto, prevista nelle norme abrogate — lettera *c*), comma 4, articolo 1, legge n. 196/1997 — qualora la fornitura di lavoro temporaneo si giustificasse per la necessità di sostituire lavoratori assenti dal lavoro ma “con diritto alla conservazione del posto”.

La soluzione richiama ancor più l'attenzione, osservando il suo distaccarsi non solo dalla precedente esperienza del lavoro interinale, ma anche rispetto alla corrispondente previsione in tema di contratto

---

<sup>(16)</sup> Il termine coincide con quanto disposto a riguardo dalla lett. *b*) dell'art. 3, d.lgs. n. 368/2001.

<sup>(17)</sup> Nel caso i licenziamenti non si risolvano in un'unica soluzione ma siano scaglionati nel tempo, occorre ritenere che il termine citato decorra dall'ultimo licenziamento, considerato che, prima di tale evento, comunque la procedura rimane in corso. In tal senso espressamente ed in specifico riferimento all'art. 20, comma 5, lett. *b*), d.lgs. n. 276/2003, cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, 331.

a termine, che sulla materia, come anticipato, ha costituito evidente punto di riferimento per il legislatore della riforma.

Premessi tali rilievi — e sempre in un'ottica di confronto che la precedente disciplina del lavoro temporaneo —, l'intervento senz'altro più consistente riservato dalla lettera *b*) del citato comma 5, riguarda proprio l'inciso iniziale della norma, che consente, nella sostanza, un'esenzione totale dall'impedimento a fronte di "accordi sindacali" che dispongano in tal senso.

Anche in questo caso, il richiamo alla norma dell'articolo 3, decreto legislativo n. 368/2001 è evidente. Ciò, sebbene sia da notarsi come la scelta originale di riunire le due fattispecie in un'unica disposizione, abbia determinato il presupposto per ritenere con fondamento che, in conformità alla complessiva formulazione della norma, l'esenzione descritta debba intendersi applicabile ad entrambe le ipotesi di divieto; laddove la corrispondente previsione del decreto legislativo n. 368/2001 la riferisce unicamente all'ipotesi di licenziamenti collettivi.

Osservato ciò, occorre soffermarsi sull'inciso "accordi sindacali" utilizzato dal legislatore. La definizione, nella sua genericità, appare idonea a riferirsi non solo ad intese raggiunte tra le parti collettive a livello nazionale o comunque territoriale, quanto piuttosto ad ogni forma di accordo, a qualunque livello intercorsa tra datore di lavoro (o suoi rappresentanti) e rappresentanti dei lavoratori. Non è da escludere dunque, anche a parere di chi scrive, che il patto possa intervenire contestualmente (o comunque collateralmente) alla definizione, in sede di dialettica sindacale, dei contenuti delle procedure di licenziamenti collettivi o di cassa integrazione guadagni <sup>(18)</sup>.

Da ultimo, la previsione della lettera *c*), comma 5, articolo 20, decreto legislativo n. 276/2003 (divieto di somministrazione di lavoro nei confronti di utilizzatori che non abbiano adempiuto alle prescrizioni dell'articolo 4, decreto legislativo n. 626/1994) ribadisce nella sostanza quanto già previsto a riguardo in materia di lavoro temporaneo, rispondendo alla chiara necessità di evitare che un impedimento all'assunzione diretta da parte di un'azienda priva di idonea valuta-

---

<sup>(18)</sup> G. FERRARIS, *op. cit.*; M.T. CARINCI, *op. cit.*, 32; V. SPEZIALE, *op. cit.*, 329; P. CHIECO, *op. cit.* A riguardo G. ROSIN, *op. cit.*, per la quale gli "accordi sindacali (...) possono espressamente derogare a tali due preclusioni, purché l'accordo sul punto sia incondizionato e le deroghe siano esattamente individuate, con indicazioni di limiti oggettivi certi". A riguardo vedi anche la circ. Min. lav. 22 febbraio 2005, n. 7, in *Il Lavoro* Somministrazione.



zione rischi venga aggirato tramite l'instaurazione di un "rapporto indiretto" (19).

A ben vedere, un "ritocco" è stato apportato anche alla norma da ultimo considerata, con l'eliminazione del requisito formale inerente la necessità per l'utilizzatore di dimostrare, presso la Direzione provinciale del lavoro, il rispetto dell'articolo 4, decreto legislativo n. 626/1994 (20).

---

(19) Cfr. sul punto M.T. CARINCI, *op. cit.*, 32, per la quale "sarebbe stato opportuno (...) imporre all'utilizzatore, se non il rispetto, almeno l'adozione dell'intero piano per la sicurezza previsto dall'art. 4, d.lgs. 626/94, di cui la valutazione rischi è solo una tappa preliminare".

(20) A riguardo cfr. V. SPEZIALE, *op. cit.*, 331, P. CHIECO, *op. cit.*



## 8.

# CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE E CONTRATTO DI LAVORO

PAOLA DE VITA

SOMMARIO: 1. Contratto commerciale e contratto di lavoro: un connubio possibile. — 2. L'intreccio tra *staff leasing* e contratto di lavoro a tempo indeterminato. — 3. Contratto di somministrazione e contratto di lavoro a tempo determinato. — 4. L'articolo 22, comma 3: contratto di somministrazione a termine e contratto di lavoro a tempo indeterminato. — 5. Conclusioni.

### 1. **Contratto commerciale e contratto di lavoro: un connubio possibile.**

Il decreto legislativo n. 276/2003 ha eliminato il rigido divieto all'uso della manodopera riveniente dalla legge n. 1369/1960 <sup>(1)</sup>.

Ciò che prima era atipico e vietato, ora diviene tipico e ammesso, ma solo a certe condizioni ritenute indispensabili dal legislatore <sup>(2)</sup>.

La salvaguardia degli interessi dei lavoratori, infatti, non necessa-

---

<sup>(1)</sup> Con riferimento alla portata della abrogazione della l. n. 1369/1960, si veda in questo volume il contributo introduttivo di M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in particolare il § 5, e il contributo di M. DEL CONTE, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, nella Parte III, Sez. (A), di questo volume, in particolare il § 4. Con specifico riferimento alla questione circa il permanere o no del divieto di interposizione nell'ordinamento italiano, vedi C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(2)</sup> L'espressione è utilizzata da L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla « tipizzazione » del contratto di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, n. 2, 279.

riamente deve passare attraverso la rigida preclusione di ogni forma di intermediazione e interposizione nel mercato del lavoro <sup>(3)</sup>.

Le istanze di tutela avanzate dai lavoratori trovano già una adeguata risposta nella previsione di cui all'articolo 28 del decreto, che mira proprio a sanzionare i comportamenti elusivi e fraudolenti del datore di lavoro <sup>(4)</sup>.

Inoltre, la tipizzazione legislativa di alcuni casi di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato consente al lavoratore di eseguire determinate prestazioni, a favore di altro datore di lavoro, all'interno di un preciso quadro regolativo <sup>(5)</sup>.

Per quanto riguarda le attività non espressamente tipizzate, la tutela del lavoratore è affidata alla mediazione sindacale. Infatti il legislatore rinvia alla contrattazione collettiva, nazionale e territoriale, l'individuazione di altre ipotesi di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Del resto, a favore di un ripensamento della disciplina del 1960 militavano varie ragioni fondate sulla convinzione che la normativa in questione fosse inadeguata a cogliere proprio la mutevolezza delle forme di segmentazione del processo produttivo. In tal senso si veda P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203 ss.

<sup>(4)</sup> La fattispecie della somministrazione fraudolenta è analizzata, in questo volume, quanto ai profili di natura penale da P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, nella Parte II, Sez. (B), e quanto ai risvolti di carattere più propriamente civilistico da C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit. Inoltre, e sempre nell'ottica della tutela del lavoratore, può essere vista anche l'operazione di tipizzazione, di cui si dice più avanti nel testo. Tale operazione 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 liceità dell'operazione stessa. In tal senso si esprime L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 276.

<sup>(5)</sup> In questo senso vedi M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit., qui § 5, il quale spiega che il d.lgs. n. 276/2003, nel tentativo di strutturare e regolarizzare prestazioni di lavoro che sono svolte senza garanzie sostanziali e in forme discutibili, tipizza una serie di ragioni che consentono *ex lege* il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato. Di contrario avviso invece V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, n. 2, 326 ss., secondo cui il nuovo istituto sembra essere modulato soprattutto sulle esigenze delle imprese, e non sembra favorire i tassi di occupazione o la qualità e stabilità dell'occupazione.

<sup>(6)</sup> Si riconosce che la disposizione in questione lasci ampia libertà di determinazione, poiché si potranno individuare sia altri settori in cui fare applicare il con-

Del resto, anche la disciplina del contratto di somministrazione a tempo determinato si connota per una certa tutela del lavoratore, laddove stabilisce che esso “è ammesso a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo, o sostitutivo” (7).

Il legislatore, inoltre, è consapevole dei propri limiti di “scienza” laddove, invece di ripiegare su una ferrea tipizzazione dei casi di ricorso alla somministrazione a tempo determinato, riconosce che questi possano riferirsi anche alla ordinaria attività dell'utilizzatore (8).

È vero che tali esigenze possono ricondursi anche all'ordinaria attività dell'utilizzatore, ma delle precise esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo devono esserci sempre, e

---

tratto di somministrazione a tempo indeterminato, sia causali economiche come quelle contemplate dalla legge. Si ravvisa, infatti, l'esistenza di una delega normativa piena, che consentirà all'autonomia collettiva di svolgere la stessa funzione della legge. Tuttavia, si osserva che il rinvio è alla contrattazione nazionale e territoriale. L'esclusione della contrattazione aziendale agevolerebbe la conclusione di accordi separati e, inoltre, l'articolazione territoriale potrebbe dare vita a processi di concorrenza tra i territori, dagli sviluppi imprevedibili. In tal senso si vedano V. SPEZIALE, *op. cit.* In quest'ultimo senso si veda anche P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2003, 120 ss.

In senso contrario si esprime M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit., qui § 5, il quale afferma che in questo modo si affida al controllo sociale l'espansione dell'istituto al di fuori delle attività che già sono oggetto di esternalizzazione tramite lo strumento degli appalti di servizi.

(7) Questa tipologia di contratto sostituisce il precedente contratto di fornitura di lavoro temporaneo. Tuttavia, e a differenza della previsione della l. n. 196/1997, in particolare l'art. 1, comma 2, il ricorso a questa tipologia di contratto non è ammesso solo in presenza di esigenze temporalmente limitate, ma anche con riferimento all'ordinaria attività dell'utilizzatore, con esclusione di quelle ipotesi in cui la reiterazione così frequente delle esigenze fa delle stesse una “costante ordinaria” dell'attività dell'impresa.

(8) Il riferimento all'ordinaria attività dell'utilizzatore non costituisce una contraddizione rispetto alle esigenze di natura temporanea che devono giustificare il ricorso alla somministrazione a termine. Infatti si è riconosciuto che le esigenze temporanee, che si ripetano tre o quattro volte l'anno, e, comunque, non costanti, possano giustificare il ricorso al contratto commerciale a tempo determinato. In tal senso si veda R. DEL PUNTA, *Appalto, divieto di interposizione, somministrazione, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 64 ss. Secondo l'autore, pur a fronte di causali temporanee, i dipendenti possono essere impiegati anche in attività ordinarie delle imprese. In senso contrario si veda V. SPEZIALE, *op. cit.*, 332 ss.

l'onere della prova circa la loro effettiva sussistenza grava sull'agenzia di somministrazione.

La tutela del lavoratore rimane, dunque, assicurata <sup>(9)</sup>.

## 2. L'intreccio tra *staff leasing* e contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Da una rapida lettura dei primi due commi dell'articolo 22 del decreto legislativo n. 276/2003 sembra quasi che esista una "correlazione tipologica necessaria" tra il contratto commerciale di somministrazione e il contratto di lavoro subordinato <sup>(10)</sup>.


Il comma 1 dell'articolo 22 disciplina i rapporti di lavoro relativi alla somministrazione a tempo indeterminato (*staff leasing*) mediante un "generico" rinvio alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali.

Sembra pertanto affermarsi la regola seguente: nello *staff leasing* il lavoratore può essere assunto a tempo indeterminato o a termine, con qualunque tipologia contrattuale, anche contenuta in leggi speciali <sup>(11)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> La tutela del lavoratore appare assicurata anche dal fatto che il giudizio sulla meritevolezza dell'operazione economica è inscindibilmente connesso alla garanzia che l'operazione medesima non si risolva in un abbassamento dei livelli di tutela dei lavoratori coinvolti. In tal senso si esprime L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 278.

<sup>(10)</sup> L'espressione viene utilizzata da P. CHIECO, *op. cit.*, 121. L'Autore opera un confronto con la disciplina contenuta nella l. n. 196/1997 e, dopo aver analizzato puntualmente la disciplina contenuta nei tre commi dell'art. 22, perviene ad una conclusione negativa circa la sussistenza di questa correlazione tipologica necessaria. Tanto, in considerazione della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 22, d.lgs. n. 276/2003, di cui si dirà in seguito nel testo.

Nel senso di una tendenziale, ma non necessaria, simmetria tra le discipline del contratto commerciale a termine e del contratto di lavoro subordinato a termine, si esprime O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in G. GHEZZI, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, 131. Quanto alla prassi amministrativa vedi sul punto la tesi accolta dalla circ. Min. lav. 22 febbraio 2005, n. 7, in  *Somministrazione*.

<sup>(11)</sup> P. CHIECO, *op. cit.*, 120, osserva come la disposizione dell'art. 22, comma 1, rinvii alla disciplina generale di cui al codice civile e alle leggi speciali, omettendo, dunque, lo specifico riferimento al rapporto di lavoro subordinato. Sarebbe così da includere anche il contratto di lavoro autonomo, di cui all'art. 2222 c.c. Tuttavia, la fornitura di lavoro che connota il contratto di somministrazione si caratterizza per il

Secondo una parte della dottrina <sup>(12)</sup>, questa previsione normativa semplifica molto la materia, soprattutto in ragione della ammissibilità di somministrazioni continuative o a tempo indeterminato.

La materia, in realtà, sarebbe semplificata per due ragioni.

Da una parte l'agenzia di somministrazione non è obbligata ad assumere il lavoratore a tempo indeterminato e — congiuntamente — a tempo pieno. Infatti, nel caso in cui il contratto commerciale sia a tempo indeterminato è possibile ricorrere alle normali regole del diritto del lavoro e, quindi, a tutte le tipologie contrattuali, sia quelle previste dal codice civile, sia quelle previste dalle leggi speciali <sup>(13)</sup>.

Ma la semplificazione della materia appare proprio dal comma 1 dell'articolo 22 laddove si prevede che l'assunzione del lavoratore — nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato — possa avvenire anche con contratto a tempo indeterminato, ossia con la tipologia contrattuale "normale" e che più protegge il lavoratore <sup>(14)</sup>.

Un altro elemento di tutela del lavoratore, che emerge dalla disciplina in questione, attiene al rinvio che il comma 1 dell'articolo 22

---

fatto che i lavoratori si pongono sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore. Se ne deduce, dunque, la limitazione al solo rapporto di lavoro subordinato.

<sup>(12)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 218-221.

<sup>(13)</sup> *Ibidem*.

<sup>(14)</sup> Sotto il profilo della tutela del lavoro, il contratto di somministrazione comporta, sia nella forma a tempo determinato che, maggiormente, in quella a tempo indeterminato, un aumento complessivo delle garanzie relative alla stabilità dell'occupazione, rispetto alle corrispondenti forme di lavoro subordinato "paradigmatico", rispettivamente a termine e a tempo indeterminato.

Infatti, i requisiti finanziari minimi imposti per legge alle agenzie di somministrazione e le procedure di accreditamento e controllo a cui esse sono sottoposte, rappresentano un fattore di solidità dell'impresa e, quindi, di garanzia per la conservazione del substrato materiale del rapporto di lavoro. Questa realtà è particolarmente significativa se confrontata con l'universo imprenditoriale del mercato degli appalti e delle subforniture, ove spesso gli operatori operano in regime di monocommittenza e di sostanziale dipendenza economica rispetto al committente, con un elevato tasso di mortalità delle imprese appaltatrici, specie quelle di medio-piccole dimensioni. Tuttavia, con specifico riferimento alla somministrazione a tempo indeterminato, l'effetto di una maggiore stabilità dei rapporti di lavoro si produce esclusivamente solo laddove anche i contratti di lavoro con le agenzie siano stipulati a tempo indeterminato. In tal senso si veda M. DEL CONTE, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, cit., qui § 4.

fa alla disciplina generale dei rapporti di lavoro, contenuta nel codice civile e nelle leggi speciali.

La conseguenza di questa disposizione è che soltanto nella somministrazione a tempo indeterminato sia possibile fare ricorso ad un contratto individuale di lavoro subordinato, che sia previsto e disciplinato dalle leggi speciali. Non sarebbe possibile, invece, fare ricorso alle tipologie contrattuali, previste nelle leggi speciali, nel caso in cui il contratto stipulato tra agenzia e utilizzatore sia a tempo determinato <sup>(15)</sup>.

Anche dalla lettura di questo dato normativo è possibile, però, ricavare un intento di tutela del lavoratore laddove, a fronte di una assunzione già a tempo determinato — e che quindi già costituisce una “deroga” al normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato — impedisce che si possa ricorrere a tipologie contrattuali “speciali”, che potrebbero essere motivo di “sottoprotezione” per il lavoratore.

### **3. Contratto di somministrazione e contratto di lavoro a tempo determinato.**

L'articolo 22, al comma 2, prescrive — in relazione al contratto di somministrazione a termine — che i rapporti di lavoro siano regolati secondo la disciplina dei contratti a termine di cui al decreto legislativo n. 368/2001 per quanto compatibile, con esclusione dei limiti per le assunzioni successive, nonché con il riconoscimento della possibilità di proroga del termine iniziale, “nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore” <sup>(16)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Nel senso dell'irragionevolezza di questa parte della norma che ammette la possibilità di ricorso alle tipologie contrattuali speciali solo qualora il contratto commerciale sia a tempo indeterminato, si esprime P. CHIECO, *op. cit.*, 123, il quale precisa che solo l'espressa previsione contenuta nell'art. 46, lett. c), del decreto consente al contratto part-time di essere ammesso in riferimento ad un contratto di somministrazione a termine.

<sup>(16)</sup> Il disposto di questa parte della norma consente di affermare che, qualora il contratto commerciale sia a tempo indeterminato e il contratto di lavoro subordinato sia, invece, a termine, non si applica la disciplina della proroga che, secondo il dettato in questione, trova applicazione solo se il contratto commerciale e il rapporto di lavoro siano entrambi a tempo determinato.

Secondo P. ICHINO, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 306, non si vede perché mai il legisla-



La disposizione analizzata vorrebbe dire, secondo una parte della dottrina, che il contratto di somministrazione a tempo determinato andrebbe eseguito soltanto da lavoratori assunti con contratto di lavoro a termine <sup>(17)</sup>.

Quindi, questa disciplina normativa, che intreccia il contratto di somministrazione a termine al contratto di lavoro subordinato anch'esso a termine, determinerebbe una notevole contrazione della possibilità di assunzione a tempo indeterminato <sup>(18)</sup>.

Il dettato dell'articolo 22, comma 2 — si è detto — rischierebbe di porre nel caos le agenzie generaliste, che dovrebbero dotarsi di un doppio gruppo di lavoratori: quelli assunti a tempo indeterminato, da "utilizzare" soltanto nello *staff leasing*, e quelli assunti a termine, da utilizzare per missioni di qualunque genere, ossia in funzione di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato o a termine <sup>(19)</sup>.

---

tore, in contrasto con il proprio intento di flessibilizzare la disciplina della materia, avrebbe inteso introdurre su questo punto un elemento di immotivata rigidità, imponendo l'assunzione con ripetuti contratti a termine anche in casi in cui l'agenzia e il lavoratore abbiano interesse a stipulare un contratto a tempo indeterminato.

<sup>(17)</sup> Si dovrebbero escludere interpretazioni delle norme in questione volte a definire discipline totalmente diverse nelle somministrazioni o nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato e a termine, volte ad affermare che nella somministrazione o nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato si rientra nella disciplina dell'art. 2094 c.c., con conseguente applicazione della disciplina lavoristica, mentre la somministrazione o il rapporto a termine sarebbero diversamente qualificabili e conseguentemente soggetti alla sola disciplina del d.lgs. n. 368/2001.

Ciò perché non è in alcun modo dubbia l'applicabilità del complesso delle norme riguardanti il lavoro subordinato ai normali rapporti di lavoro a termine, e perché si introdurrebbe una disparità di trattamento, in contrasto anche con il divieto di discriminazione dei lavoratori assunti con contratto a termine, stabilito dal diritto comunitario. Così O. BONARDI, *op. cit.*, 131.

<sup>(18)</sup> Una tale interpretazione della norma avrebbe come conseguenza quella di impedire al somministratore di utilizzare i propri lavoratori assunti a tempo indeterminato e in fase di disponibilità in contratti di somministrazione a termine, e di corrispondere loro la relativa indennità, rendendone probabilmente giustificato il licenziamento. Ne conseguirebbe, inoltre, che le previsioni relative all'indennità di disponibilità, di cui al comma 3 dell'art. 22 avrebbero rilievo solo marginale, in quanto applicabili solo all'ipotesi di cessazione del contratto di somministrazione a tempo indeterminato a cui non conseguiva il licenziamento.

<sup>(19)</sup> L'unica interpretazione ragionevole sembra essere quella secondo cui, nonostante la dizione della norma, il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore è soggetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 368/2001 e sia ammissibile anche l'utilizza-

È stato detto che questa limitazione — se fosse davvero questo il contenuto della norma — sarebbe davvero irragionevole <sup>(20)</sup>.

Sarebbe possibile, però, interpretare il disposto in questione in modo diverso.

È possibile riconoscere la “giuridicità” della norma, proprio perché — così strutturata — attribuisce alle parti la facoltà di proroga del termine inizialmente convenuto, con il consenso del lavoratore e per atto scritto.

Senza dimenticare poi che, in ogni caso, il legislatore si è preoccupato di tutelare il lavoratore ancora e già prima della conclusione del contratto, sia con disposizioni tese a colpire pratiche di discriminazione all’accesso al mercato del lavoro, sia con disposizioni tese a salvaguardare il diritto alla *privacy* del lavoratore, in sede di raccolta ed elaborazione dei dati sensibili <sup>(21)</sup>.

#### **4. L’articolo 22, comma 3: contratto di somministrazione a termine e contratto di lavoro a tempo indeterminato.**

L’insussistenza di una correlazione tipologica necessaria tra i due contratti, quello commerciale e quello di lavoro, che si intrecciano nella disciplina in esame, emerge dalla lettura del comma 3 dell’articolo in questione <sup>(22)</sup>.

In tale disposizione si dettano regole in tema di periodi di inattività del lavoratore e regole sulla relativa indennità di disponibilità. Il legislatore sembra riferirsi proprio al caso in cui tra l’agenzia di som-

---

zione di lavoratori a tempo indeterminato in somministrazioni di carattere temporaneo, e viceversa.

<sup>(20)</sup> Non si comprende perché si debba vietare al somministratore di utilizzare un lavoratore, assunto a tempo indeterminato, di cui già dispone. In tal senso si esprime P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 305 ss.

<sup>(21)</sup> La tutela, nella fase che precede la conclusione del contratto di lavoro, è ravvisabile nella regolamentazione della pubblicità delle offerte di lavoro, ai fini della veridicità della stessa — e anche in sede di selezione del candidato. Il ventaglio di tutele del lavoratore, sia nella fase precontrattuale, sia nella fase contrattuale, è analiticamente descritto da M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 381 ss.

<sup>(22)</sup> Dalla lettura del comma 3 della disposizione in oggetto emerge la considerazione circa l’andamento “ondivago” della norma, espressa da P. CHIECO, *op. cit.*, 121.

ministratore e l'utilizzatore sia stato stipulato un contratto a termine, mentre il lavoratore sia stato assunto con contratto a tempo indeterminato e, dunque, tra una missione e l'altra percepisca l'indennità di disponibilità. In quest'ultimo caso, dunque, il lavoratore rimane a disposizione del somministratore negli "intervalli" suddetti, salvo nel caso in cui esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro.

L'andamento complessivo della norma appare, dunque, "ondivago" e il quadro emergente è quello di una completa e indistinta agibilità nell'esecuzione di entrambi i tipi di somministrazione, a termine e a tempo indeterminato.

Si reputa che possano insorgere non poche difficoltà per l'agenzia di somministrazione che abbia stipulato un contratto commerciale a tempo indeterminato con l'utilizzatore e che, però, abbia assunto diversi lavoratori con altrettanti contratti a termine.

La disposizione contenuta nel comma 1 dell'articolo 22 legittima questo comportamento, ma l'agenzia di somministrazione ha "l'onere di individuare una propria, effettiva e non arbitraria ragione tecnica, produttiva e organizzativa, come richiede l'art. 1, d.lgs. 368/2001" (23).

In tal caso, infatti, si realizza una disconnessione tra la causa "determinata" del contratto di lavoro individuale e la causa a tempo indeterminato dello *staff leasing* (24). Si vuol dire che l'assunzione dei lavoratori con contratto a tempo determinato dovrà trovare "auto-

---

(23) Il tutto sarebbe aggravato, secondo alcuni, dall'impossibilità di ricorso ad una serie illimitata di rinnovi contrattuali. Questi, infatti, sono limitati dal decreto al solo caso di contratto di somministrazione a tempo determinato e non estesi anche allo *staff leasing*. A proposito della clausola generale, di cui all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, si veda l'ampia disamina sul tema svolta da V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2002, 361.

(24) Le ragioni della somministrazione a tempo indeterminato appaiono in contraddizione con il carattere necessariamente temporaneo dei motivi che giustificano l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Tuttavia tale contraddizione non si verifica sempre e necessariamente: il contratto di somministrazione si caratterizza per il numero di lavoratori da inviare all'impresa utilizzatrice e non necessariamente per l'individuazione specifica dei singoli lavoratori che potrebbero, per esempio, essere sostituiti, a causa di malattia. Non c'è ragione per cui dovrebbe negarsi la possibilità di invio di un lavoratore a termine nell'ambito di una somministrazione a tempo indeterminato. Diverso il caso in cui ci fosse l'esigenza di integrare il numero dei lavoratori, già forniti sulla base di un contratto a tempo indeterminato, con l'invio di lavoratori assunti a termine. In tal caso bisognerà stipulare un nuovo contratto di somministrazione o modificare quello originario. Così O. BONARDI, *op. cit.*, 132.

nomo fondamento in una specifica causa tecnico-produttiva, organizzativa o sostitutiva direttamente riferita all'attività dell'agenzia di somministrazione" (25).

Parte della dottrina attribuisce una connotazione "negativa" alla disposizione in esame, nella parte in cui fa gravare sul datore di lavoro l'*onus probandi* in merito alle succitate cause (26).

È possibile dire, tuttavia, che proprio questa parte della norma tutela il lavoratore ancor di più, laddove grava il datore di lavoro dell'onere probatorio circa l'effettiva sussistenza di una ragione tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva, a fondamento del contratto di lavoro a tempo determinato, tanto più necessaria a fronte di un contratto commerciale a tempo indeterminato.

Quindi, anche la preclusione ai rinnovi contrattuali, che emerge sempre da questa disposizione, potrebbe essere letta nell'ottica della salvaguardia degli interessi del lavoratore, se è vero — e tanto appare dal disposto in questione — che il meccanismo della proroga viene ammesso soltanto nel caso in cui il contratto commerciale sia a tempo determinato, e non qualora sia a tempo indeterminato.

In quest'ultimo caso, infatti, verrebbe a determinarsi un abuso da parte del datore di lavoro che, a fronte di una esigenza stabile, sarebbe legittimato ad un ricorso "illimitato" alle proroghe.

## 5. Conclusioni.

Dalla lettura complessiva dell'articolo 22, decreto legislativo n. 276/2003, dunque, emerge il chiaro intento legislativo di "normalizzare" il contratto di lavoro subordinato, finalizzato alla somministrazione.

Secondo alcuni (27), questa sarebbe un'operazione "discutibile" ove manchino clausole legali capaci di adattare il contratto di lavoro al fine di soddisfare interessi diversi da quelli del datore di lavoro (28).

---

(25) Cfr. P. CHIECO, *op. cit.*, 122.

(26) In tal senso si esprime P. CHIECO, *op. cit.*, 121.

(27) Cfr. P. CHIECO, *op. cit.*, 119.

(28) È questa infatti la vera connotazione del contratto di somministrazione di lavoro di cui all'art. 22: la prestazione viene resa in favore di un soggetto diverso dal datore di lavoro, anche se ciò non ha impedito al legislatore di considerare tale tipologia contrattuale normalmente rientrante nell'art. 2094 c.c.

Inoltre — si è detto con riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato — tale tipologia contrattuale appare funzionalizzata ad una somministrazione che, pur avendo un termine finale, non è fondata in alcun modo su esigenze di natura temporanea <sup>(29)</sup>.

Proprio per questo, e d'altra parte, si è assunta la consapevolezza che non si possa più parlare di fornitura di lavoro temporaneo, ma — più correttamente — di somministrazione temporanea di lavoro <sup>(30)</sup>.

Dalla lettura sistematica della norma appare, in conclusione, che il legislatore abbia voluto accordare effettivamente la possibilità di una indistinta agibilità nell'ambito delle due tipologie di somministrazione, non dimenticando, però, di apprestare tutele a favore del lavoratore.

---

<sup>(29)</sup> Dopo i “dissidi interpretativi” vertenti sulla natura delle esigenze a fondamento del contratto di lavoro a tempo determinato, in questo caso il legislatore ha chiarito che le esigenze di carattere temporaneo possono essere riferite anche alla “ordinaria attività dell'impresa”.

<sup>(30)</sup> Tale è la considerazione espressa da M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*



## 9.

### POTERE DIRETTIVO E POTERE DISCIPLINARE

ELISABETTA CASSANETI, LUCA FAILLA

SOMMARIO: 1. La disciplina generale applicabile al rapporto di lavoro somministrato a tempo determinato e a tempo indeterminato (il rinvio allo statuto normativo del lavoro subordinato contenuto nel codice civile e nelle leggi speciali). — 2. Il potere direttivo (articoli 2104 e 2105). — 2.1. *Segue*: l'obbligo di fedeltà. — 3. L'esercizio dello *ius variandi*. — 4. L'esercizio del potere disciplinare: diritti e doveri dell'impresa somministratrice.

#### 1. **La disciplina generale applicabile al rapporto di lavoro somministrato a tempo determinato e a tempo indeterminato (il rinvio allo statuto normativo del lavoro subordinato contenuto nel codice civile e nelle leggi speciali).**

Il legislatore del 2003, in maniera del tutto differente da quanto era previsto per il lavoro interinale, non fornisce più una definizione del contratto di lavoro somministrato (ovvero del contratto che lega la società di somministrazione al lavoratore somministrato), ma all'articolo 22 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si limita ad assoggettare i rapporti di lavoro tra agenzia e lavoratore alla disciplina di cui al codice civile, alle leggi speciali (comma 1) e al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 386 (attuazione della Direttiva sulla disciplina del contratto a tempo determinato) <sup>(1)</sup>.

La formulazione letterale dell'articolo 22, specie se confrontata con quella dell'abrogato articolo 3, comma 1, legge 24 giugno 1997, n. 196, è tale da convincere che il contenuto precettivo dell'articolo 22 non sia quello di abilitare l'autonomia individuale ad assumere il lavo-

---

<sup>(1)</sup> B. SANNINO, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile*, in questa Parte, Sez. (C).

ratore in determinate e specifiche forme, bensì quello di indicare la disciplina applicabile del rapporto di lavoro (tanto nella fase di instaurazione del rapporto che in quella di svolgimento, ma anche in quella eventuale di risoluzione del rapporto), senza incidere sulla tipologia delle relazioni contrattuali legittimamente utilizzabili per l'assunzione del lavoratore.

Si tratta di un rinvio generale allo statuto normativo del lavoro subordinato senza distinzioni e, quindi, l'agenzia di somministrazione potrà avvalersi di qualsiasi modalità di assunzione prevista dal nostro ordinamento, a tempo indeterminato e a termine, a tempo pieno o parziale così come in qualsiasi altra forma (ad avviso dei primi commentatori sarà possibile addirittura utilizzare contratti di inserimento ovvero contratti che prevedono sgravi contributivi a favore dei datori di lavoro).

Tale conclusione è stata recentemente confermata dalla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 22 febbraio 2005, n. 7 <sup>(2)</sup>, in materia di somministrazione di lavoro, secondo cui "... Il disposto di cui all'articolo 22, comma 1, lascia peraltro ampia scelta alle parti circa lo schema negoziale da utilizzare, essendo possibile, in presenza dei requisiti formali e sostanziali previsti dalla legislazione del lavoro, stipulare contratti a tempo indeterminato, a termine, a coppia, a tempo parziale, intermittente, ecc. Nel caso della somministrazione a tempo indeterminato è anche possibile il ricorso al contratto di apprendistato e al contratto di inserimento purché le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro consentano la realizzazione delle finalità di formazione ovvero di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo tipiche di questi contratti (...)"

In ogni caso, in maniera del tutto analoga a quanto avveniva nell'ambito del lavoro interinale, tra agenzia di somministrazione e lavoratore intercorre un rapporto giuridico — che, come abbiamo avuto modo di enunciare, può essere a tempo indeterminato o istaurato di volta in volta per il periodo di assegnazione presso l'utilizzatore — in forza del quale il prestatore di lavoro si impegna a svolgere la propria attività lavorativa a vantaggio di un altro soggetto, a cui non rimane peraltro legato da alcun vincolo contrattuale.

Pertanto, uno degli elementi che caratterizzerà il rapporto di la-

---

(<sup>2</sup>) In  *Somministrazione*.



voro sarà la dissociazione tra datore di lavoro di diritto (agenzia di somministrazione), che assume il lavoratore, e datore di lavoro (utilizzatore), che è l'effettivo beneficiario della prestazione lavorativa, e tale dissociazione si rifletterà inevitabilmente sulla qualificazione giuridica del contratto di lavoro.

Ma il legislatore ha escluso che tale deviazione dal modello tipico e prevalente di lavoro subordinato sia così radicale da rendere necessaria la creazione di un nuovo tipo contrattuale, tanto è vero che è stato ricondotto tale modello ai principi generali di cui al codice civile e alle leggi speciali.

Tuttavia, come hanno avuto modo di osservare alcuni commentatori<sup>(3)</sup>, sebbene la dissociazione tra titolarità formale e sostanziale del rapporto non sia sufficiente a dare vita ad una nuova fattispecie contrattuale, essa determina indubbiamente — nonostante l'intento legislativo di "forzata normalizzazione"<sup>(4)</sup> — una deviazione del modello tradizionale di lavoro subordinato delineato dall'articolo 2094 c.c., come per anni si è stati abituati a concepirlo, analogamente a quanto era avvenuto per il contratto che intercorreva tra agenzia di fornitura di lavoro temporaneo e lavoratore.

Come è noto, normalmente la causa del contratto di lavoro è ravvisabile nell'inserimento e nell'integrazione dell'attività lavorativa in un'organizzazione d'impresa del datore di lavoro. Al contrario nel contratto tra agenzia di somministrazione e lavoratore somministrato la prestazione lavorativa si inserisce invece all'interno di un'organizzazione produttiva che non fa capo al soggetto che stipula il contratto bensì ad un soggetto terzo (utilizzatore). Peraltro l'utilizzatore anche se non è "parte attiva" dell'accordo contrattuale, resta comunque parte di una più ampia fattispecie negoziale che interviene tra contratto di fornitura di lavoro e contratto di lavoro.

---

<sup>(3)</sup> Si veda ad esempio: M. LANOTTE, *La disciplina del contratto di lavoro tra agenzia di somministrazione e lavoratore. Commento agli articoli 22-23*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>(4)</sup> Di contrario avviso, P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, secondo cui « ... è stato convincentemente osservato in proposito come in questa dissociazione tra titolare del contratto, del lato del datore di lavoro e, utilizzatore della prestazione non possa in alcun modo ravvisarvi una "negazione della subordinazione", bensì al contrario una accentuazione del vincolo stesso di subordinazione, che si estende qui all'obbligo per il lavoratore di assoggettarsi anche al potere direttivo di un soggetto terzo ».

Particolarmente evidente tale deviazione dallo schema classico del lavoro subordinato nel caso in cui il lavoratore venga assunto a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione (ovvero nel caso di *staff leasing*).

In questi specifici casi, i lavoratori si impegnano non solo a svolgere attività lavorativa per tutta la durata del contratto di somministrazione, ma si mettono anche a disposizione dell'agenzia per essere poi eventualmente destinati a svolgere la propria prestazione lavorativa presso uno o più utilizzatori, a seconda delle differenti missioni che possono presentarsi via via nel tempo, e ciò per tutta la durata del contratto di lavoro.

Pertanto anche in tale ipotesi, non si potrà prescindere nella stipulazione del contratto che lega agenzia di somministrazione e lavoratore — e che vincola quest'ultimo a lavorare presso un utilizzatore — dal contratto di somministrazione di lavoro stipulato con l'effettivo fruitore delle prestazioni del lavoratore.

Conseguentemente, come nel lavoro temporaneo, solo dal collegamento dei due distinti contratti si ricaverà l'intera e complessa disciplina giuridica che lega inscindibilmente tra loro i tre soggetti parti della relazione socio-economica che si viene a creare con la somministrazione.

Esattamente come nella struttura prevista dalla legge n. 196/1997, tra lavoratore somministratore ed utilizzatore non viene sottoscritto alcun contratto, ma il diritto dell'utilizzatore a ricevere le prestazioni lavorative trova origine nel contratto di somministrazione concluso con l'agenzia nel quale sono tassativamente indicati il numero dei lavoratori richiesti e le mansioni a cui dovranno essere adibiti, nonché il trattamento retributivo loro spettante.

In capo ai due soggetti (utilizzatore e prestatore di lavoro somministrato), per l'effetto dei contratti da loro rispettivamente stipulati con l'agenzia di somministrazione, sorgeranno alcuni degli obblighi e dei diritti tipici del contratto di lavoro subordinato.

Sulla base di tali considerazioni, si può quindi ancora una volta escludere che si tratti esclusivamente di un rapporto di fatto: ma al contrario, si può agevolmente sostenere che si tratta di un rapporto da cui scaturiscono precisi obblighi giuridici reciproci tra le parti, fondato su due contratti che hanno rispettivamente stipulato con lo stesso soggetto (l'agenzia di somministrazione), che diventa parte contrattuale rilevante in tale complessa fattispecie giuridica.

Attraverso questi due contratti, a carico del lavoratore sommini-

strato sorgono vari obblighi, che analizzeremo di seguito, ed in particolare:

Svolgere la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore (articolo 20, comma 1):

— di svolgere la prestazione lavorativa in modo diligente e tecnicamente adeguato (articolo 2104 c.c.);

— di non concorrenza e di segreto aziendale di cui all'articolo 2105 c.c.

A fronte di tali obblighi specifici previsti per il lavoratore somministrato, il legislatore ne ha previsti alcuni sia a carico delle società di somministrazione che a carico dell'utilizzatore.

Il decreto legislativo n. 276/2003 ha previsto quindi che la regola generale, come abbiamo avuto modo di enunciare, sia quella dell'assoggettamento del rapporto di lavoro che lega i lavoratori somministrati alla disciplina generale del rapporto di lavoro subordinato ordinario.

Sono però state introdotte delle disposizioni speciali, volte da un lato a garantire una protezione aggiuntiva ai lavoratori interessati ed in parte, al contrario, ad esonerare l'agenzia di somministrazione da vincoli gravanti sulla generalità dei datori di lavoro.

Gli altri aspetti che non ricevono una specifica regolamentazione nel decreto legislativo n. 276/2003 sono sottoposti alla disciplina generale del lavoro subordinato. Tuttavia anche il legislatore del 2003, come è accaduto con il lavoro temporaneo, ha previsto delle peculiarità per il lavoro somministrato, che rimane come abbiamo già avuto modo di enunciare, speciale rispetto al lavoro subordinato.

Ancora ulteriormente nel decreto sono previsti taluni profili di disciplina specifica applicabili unicamente sia ai lavoratori somministrati con contratto a tempo indeterminato che a quelli con contratto a tempo determinato.

Per altri ulteriori aspetti, il legislatore si è premurato di differenziare a seconda della tipologia del rapporto di lavoro che intercorre, ovvero a seconda che si tratti di un contratto di somministrazione a termine o a tempo indeterminato.

Come abbiamo avuto già modo di esplicitare, la disciplina comune applicabile sia ai lavoratori somministrati a tempo determinato che a quelli a tempo indeterminato, che tuttavia si differenzia dalla disciplina tipica del lavoro subordinato, riguarda innanzitutto la ripartizione tra somministratore e utilizzatore dei poteri tipici del datore di lavoro, cioè del potere direttivo di controllo e disciplinare e, più in

generale, la configurazione dei reciproci obblighi e diritti delle parti del rapporto di lavoro.

## 2. Il potere direttivo (articoli 2104 e 2105).

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003 "Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore".

Sulla base di tale disposizione, il prestatore di lavoro somministrato è tenuto ad usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta o nell'interesse della impresa e ad osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore (in questo caso l'utilizzatore) e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende.

Il legislatore ritenendo già sufficientemente chiara la disposizione sopra esaminata ha eliminato la previsione in precedenza contenuta nell'articolo 4, comma 1, della legge n. 196/1997, che così statuiva "... il prestatore di lavoro deve svolgere la propria attività secondo le istruzioni impartite dall'impresa utilizzatrice per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro ...", ritenendo quindi il lavoratore somministrato senz'altro tenuto al rispetto del dovere di diligenza anche verso l'utilizzatore.

In ogni caso l'agenzia di somministrazione non è del tutto esautorata del potere direttivo nei confronti del lavoratore somministrato, che esercita sia nella fase di instaurazione del rapporto (*rectius* di assegnazione del lavoratore) sia nelle fasi precedenti e successive allo svolgimento della prestazione lavorativa.

Come è semplice intuire, anche l'obbligo previsto dall'articolo 2104 c.c. — "di osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori dai quali gerarchicamente dipende" — a cui è ovviamente assoggettato anche il lavoratore somministrato e che è espressione, unitamente alla soggezione al potere disciplinare, della subordinazione nei confronti del datore di lavoro — deve essere necessariamente rivisitato alla luce della struttura trilaterale della somministrazione di lavoro, di cui abbiamo detto sopra.

Sulla base del disposto dell'articolo 20, comma 2, i lavoratori che vengono assunti dall'agenzia di somministrazione e successivamente

inviati in missione si vincolano, dunque, ad integrare la propria attività lavorativa con quella degli altri prestatori di lavoro che sono stabilmente e direttamente inseriti nell'unità produttiva dell'utilizzatore.

Ed infatti poiché il prestatore di lavoro somministrato renderà la propria prestazione lavorativa e si inserirà in un'organizzazione produttiva che non fa capo al titolare del rapporto giuridico (l'agenzia di somministrazione), è necessario un "passaggio" del potere direttivo dall'agenzia di somministrazione — cui spetterebbe in quanto formale datore di lavoro — all'utilizzatore.

Le numerose difficoltà che l'agenzia di somministrazione incontrerebbe per esercitare il potere a lei spettante in qualità di formale datrice di lavoro renderebbero infatti quasi impossibile l'effettivo esercizio, anche in considerazione del fatto che il potere organizzativo e direttivo è funzionalmente, nonché necessariamente, collegato all'inserimento del lavoratore nella struttura produttiva.

In base a tale inserimento della prestazione lavorativa del lavoratore somministrato in un'organizzazione produttiva che fa capo ad un terzo, seppur estraneo al contratto di lavoro, i doveri del lavoratore ed i correlativi poteri del datore di lavoro trovano fondamento in una fattispecie complessa, di cui diremo *infra*, basata sul collegamento negoziale di due differenti accordi contrattuali, l'uno commerciale e l'altro di lavoro.

Pertanto pur vincolandosi esclusivamente il lavoratore in somministrazione con l'agenzia di somministrazione ad osservare le istruzioni impartite dall'utilizzatore, e pur sempre quest'ultimo ad esercitare i poteri di direzione e controllo, pur non essendo legato da alcun rapporto contrattuale diretto con il prestatore di lavoro

A seguito di tale "dissociazione" del potere direttivo il lavoratore somministrato sarà assoggettato non solo ad un obbligo di diligenza nei confronti del somministratore ma anche nei confronti dell'utilizzatore.

Ed è ovvio che la diligenza richiesta e dovuta dal lavoratore somministrato sarà parametrata sulla perizia esigibile dai lavoratori di medesimo livello ed addetti alle medesime mansioni dipendenti direttamente dall'utilizzatore e sarà valutata in relazione alle esigenze tecnico-produttive dell'utilizzatore.

Pertanto, l'assoggettamento al potere direttivo dell'utilizzatore comporta che il lavoratore somministrato possa anche essere utilizzato per la realizzazione di un contratto d'appalto e di distacco, come ha avuto modo di recentemente chiarire il Ministero del lavoro con la

circolare n. 7/2005: “... L’attribuzione del potere direttivo e di controllo all’utilizzatore e l’ulteriore precisazione che durante la somministrazione il lavoratore esegue la prestazione nell’interesse dell’utilizzatore comporta che il lavoratore in somministrazione possa svolgere la propria prestazione per la realizzazione di un contratto di appalto. Analogamente il lavoratore in somministrazione potrà anche essere inviato in distacco presso un altro utilizzatore. In entrambe le ipotesi tale possibilità è ovviamente subordinata, rispettivamente, alla genuinità dell’appalto e alla sussistenza dei requisiti dell’interesse e della temporaneità relativamente al distacco” (5).

Assume, poi, un particolare rilievo l’obbligo di diligenza nei confronti dell’agenzia di somministrazione.

In particolare tale obbligo assumerà una particolare valenza nei periodi di disponibilità, ovvero quando il lavoratore somministrato a tempo indeterminato si trova a disposizione del datore di lavoro, costituendo in tale periodo l’unico modo di adempimento delle obbligazioni su di lui gravanti, non essendo infatti in quel periodo tenuto a prestare attività lavorativa per un utilizzatore.

Ma non solo, ad esempio il prestatore di lavoro somministrato sarà certamente tenuto al rispetto dell’obbligo di diligenza nella c.d. fase preparatoria all’adempimento, ad esempio attraverso la preservazione della propria capacità lavorativa.

## **2.1. *Segue: l’obbligo di fedeltà.***

In base al disposto dell’articolo 2105 c.c., come abbiamo visto applicabile anche ai lavoratori somministrati, questi ultimi non devono trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l’utilizzatore né divulgare notizie attinenti all’organizzazione e ai metodi di produzione dell’impresa dell’utilizzatore o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio (articolo 2105 c.c.).

Analoghi obblighi sussistono ovviamente anche nei confronti delle agenzie di somministrazione.

Come il dovere di diligenza, anche il dovere di fedeltà trova quindi attuazione nei riguardi tanto dell’agenzia di somministrazione che dell’utilizzatore, esplicandosi ovviamente in maniera differente.

In particolare nei confronti dell’utilizzatore il lavoratore si dovrà

---

(5) Circ. Min. lav. n. 7/2005.

astenersi dal compiere atti che arrechino pregiudizio all'organizzazione produttiva, e quindi ad esempio non divulgare notizie attinenti all'organizzazione, ai metodi di produzione, al *know-how* di cui fosse venuto a conoscenza grazie alla sua prestazione lavorativa.

Nei confronti dell'agenzia di somministrazione tale obbligo si sostanzia nell'obbligo di non concorrenza ed assume una particolare rilevanza specie per i lavoratori somministrati a tempo indeterminato nei periodi di disponibilità.

### 3. L'esercizio dello *ius variandi*.

In base al disposto del comma 4 dell'articolo 23 del decreto legislativo n. 276/2003: "Nel caso in cui adibisca il lavoratore a mansioni superiori o comunque a mansioni non equivalenti a quelle dedotte in contratto, l'utilizzatore deve darne immediata comunicazione scritta al somministratore consegnandone copia al lavoratore medesimo. Ove non abbia adempiuto all'obbligo di informazione, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dalla assegnazione a mansioni inferiori".

Sulla base di tale disposizione il legislatore ha riservato l'esercizio dello *ius variandi* all'utilizzatore, come logica conseguenza del potere organizzativo sulla prestazione lavorativa oggetto del contratto di somministrazione.

Così come era previsto nella normativa relativa al lavoro temporaneo, è rimasto in capo all'utilizzatore l'obbligo di tempestiva comunicazione all'agenzia di somministrazione dell'assegnazione a mansioni superiori ovvero a mansioni non equivalenti. Nell'ipotesi in cui l'utilizzatore non adempia a tale obbligo, risponderà in via esclusiva delle differenze retributive che eventualmente competeranno in caso di assegnazioni a mansioni superiori, nonché dell'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori.

La norma in commento ha destato perplessità da parte di numerosi commentatori, specie nella parte in cui tratta di mansioni non equivalenti ovvero mansioni inferiori.

È stato evidenziato che ad un'attenta lettura la disposizione legislativa sembra consentire l'adibizione da parte dell'utilizzatore a mansioni non equivalenti di quelle previste in contratto.

Alcuni commentatori <sup>(6)</sup> ritengono che il legislatore sembrerebbe aver consentito un'ulteriore deroga <sup>(7)</sup> all'articolo 2103 c.c. tenendo indenne il lavoratore degli eventuali danni conseguenti al demansionamento attraverso un sistema risarcitorio di esclusiva natura economica.

L'agenzia di somministrazione sarebbe tenuta al risarcimento del danno, a meno che l'utilizzatore non abbia adempiuto all'obbligo di informazione. In tale ipotesi rimarrebbe obbligato in via esclusiva l'utilizzatore, che ha goduto della prestazione del lavoratore.

I primi commentatori hanno criticato la scelta legislativa, osservando che la nuova deroga introdotta all'articolo 2103 c.c. dal decreto legislativo n. 276/2003 (sempre che si tratti di deroga) mal si concilia con quelle già presenti nel nostro ordinamento; se da un lato infatti la deroga al disposto codicistico è stata consentita al sol fine di tutelare dei beni/interessi (es. la salute, la tutela del posto di lavoro) che sicuramente avrebbero prevalso sui beni/interessi tutelati dall'articolo 2103 c.c. (la professionalità), quella attualmente introdotta non sembra rispecchiare tale assioma.

Di diverso avviso altri commentatori, che nell'impossibilità di giustificare l'introduzione di una ulteriore deroga all'articolo 2103 c.c., ritengono che l'adibizione a mansioni inferiori, così come prevista dall'articolo 23, sarebbe del tutto illegittima e conseguentemente anche l'obbligo di informazione richiesto all'utilizzatore non sarebbe di alcuna utilità, posto che sarebbe un adempimento formale richiesto ad una condotta illecita.

A sostegno di tale argomentazione, rilevano poi come il legislatore abbia previsto una responsabilità per risarcimento del danno, confermando l'illiceità della condotta.

Per quanto poi riguarda l'ipotesi di adibizione a mansioni superiori, la norma è rimasta immutata rispetto a quanto stabilito per il lavoro temporaneo. L'obbligo di comunicazione sussiste perché

---

<sup>(6)</sup> S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. II.

<sup>(7)</sup> In deroga all'art. 2103 c.c. è possibile adibire il prestatore di lavoro a mansioni inferiori solo in casi disciplinati espressamente dalla legge: *a*) nell'ipotesi della lavoratrice in stato di gravidanza (art. 3 della l. n. 1204/1971); *b*) dei lavoratori a rischio per l'esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici (art. 8 del d.lgs. n. 277/1991); *c*) in caso di accordi sindacali ai sensi del comma 11 dell'art. 4 della l. n. 223/1991.



solo attraverso tale avviso l'agenzia di somministrazione sarà in grado di adeguare il trattamento economico/retributivo del prestatore di lavoro. In caso di mancata comunicazione l'utilizzatore sarà obbligato in via esclusiva e diretta a corrispondere le differenze retributive maturate.

Da segnalare inoltre che, essendo applicabile ai lavoratori somministrati tutte le norme sul rapporto di lavoro subordinato, in caso di assegnazioni a mansioni superiori per un periodo superiore a tre mesi il prestatore di lavoro avrà diritto alla promozione automatica, diritto che, a parere di molti commentatori, si potrà esplicare solo all'interno di quella determinata missione che sta svolgendo il lavoratore somministrato, ma che non si estenderà — specie nel caso di lavoratori somministrati con contratto a tempo indeterminato — anche alle altre missioni.

Infine da segnalare l'aspetto relativo all'assegnazioni a mansioni equivalenti, per il quale il legislatore non prevede alcun obbligo di comunicazione. Infatti l'utilizzatore ben può nell'esercizio del potere direttivo che a lui compete decidere di mutare le mansioni del prestatore di lavoro a lui inviato.

Tuttavia, se come spesso accade il mutamento di mansioni corrisponde ad un diverso trattamento economico, in base ai principi di correttezza e buona fede sarà onere dell'utilizzatore informare l'agenzia di somministrazione di lavoro per consentirgli di adeguare il trattamento retributivo.

Da analizzare, ancora, la particolare responsabilità risarcitoria prevista da tale articolo. La disposizione in esame ha infatti previsto che la mancata informazione scritta e tempestiva dell'utilizzatore all'agenzia di somministrazione relativamente all'adibizione a mansioni superiori o non equivalenti, comporterà la responsabilità esclusiva dell'utilizzatore.

Alcuni autori hanno ritenuto che tale disposizione costituisca una deroga al comma 3 dell'articolo 23 che prevede uno speciale regime di solidarietà tra utilizzatore ed agenzia di somministrazione.

Ma tale ricostruzione non convince: infatti se la norma fosse interpretata in tale modo si tramuterebbe in un enorme svantaggio per il lavoratore, che potrebbe in una fattispecie come può essere quella del demansionamento professionale solo rivolgersi, per ottenere il risarcimento, all'utilizzatore e non anche all'agenzia di somministrazione.

La lettura di tale disposizione normativa sembrerebbe invece at-

tribuire al prestatore di lavoro una scelta obbligata e prioritaria: in caso di differenze retributive il risarcimento dei danni dovrà in primo luogo rivolgersi all'utilizzatore e poi in caso di mancata corresponsione potrà rivolgersi anche all'agenzia di somministrazione, senza alcun pregiudizio alla piena garanzia di soddisfazione del proprio credito.

#### **4. L'esercizio del potere disciplinare: diritti e doveri dell'impresa somministratrice.**

L'inosservanza delle disposizioni esaminate in precedenza (obbligo di diligenza e di fedeltà), nonché di quelle più specifiche della contrattazione collettiva, può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari secondo la gravità dell'infrazione (articolo 2106 c.c.).

A tal fine, il decreto legislativo n. 276/2003, così come la legge n. 196/1997, contiene una specifica disposizione relativa all'esercizio del potere disciplinare.

Infatti il comma 7 dell'articolo 23 del sopraccitato decreto così dispone: "Ai fini dell'esercizio del potere disciplinare, che è riservato al somministratore, l'utilizzatore comunica al somministratore gli elementi che formeranno oggetto della contestazione ai sensi dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300".

Rispetto al testo del comma 4 dell'articolo 6 della legge n. 196/1997 (ormai abrogato) vi è l'esplicitazione che il potere disciplinare è riservato al somministratore, sebbene anche in passato non riteniamo sussistessero dubbi a proposito.

Il legislatore ha riservato, quindi, l'esercizio del potere disciplinare all'agenzia di somministrazione, demandando invece all'utilizzatore il compito di comunicare a quest'ultima gli elementi che formeranno oggetto della contestazione.

Del resto non poteva essere altrimenti, in considerazione del fatto che, come abbiamo avuto modo di osservare in precedenza, è l'utilizzatore che gestisce il rapporto con il prestatore di lavoro e che ha quindi conoscenza diretta ed immediata delle eventuali circostanze/mancanze che possano essere ascritte al lavoratore.

In base al dato normativo, si può quindi affermare che all'utilizzatore spetta il compito di comunicare tempestivamente all'agenzia le circostanze in fatto da cui è desumibile l'infrazione.

A parere di alcuni commentatori <sup>(8)</sup> in realtà non si tratterebbe di un obbligo, ma soltanto di “un onere di comunicazione”, *conditio sine qua non* per ottenere un risarcimento dall’agenzia di somministrazione, sempre che da quella mancanza ascrivibile al lavoratore somministrato sia derivato un danno apprezzabile.

In tale ipotesi l’agenzia di somministrazione potrà ovviamente rivalersi nei confronti del lavoratore inadempiente, anche mediante corrispondente riduzione della retribuzione.

In ogni caso, una volta ricevuta l’informazione relativamente alle eventuali mancanze del lavoratore, l’agenzia rimane l’unico soggetto legittimato a formulare la contestazione dell’addebito nei confronti del lavoratore, nonché a valutare gli elementi eventualmente adottati da quest’ultimo a propria difesa, ed infine a decidere se e quale sanzione adottare.

La gestione di tali poteri presenta comunque degli aspetti problematici: l’utilizzatore, che è colui a cui è stato demandato l’obbligo di comunicazione, potrà a suo insindacabile giudizio (tranne che non siano stati assunti degli specifici obblighi contrattuali) decidere cosa e quando comunicare; dal canto suo, l’agenzia di somministrazione potrà decidere cosa contestare e in ogni caso se e come sanzionare.

Un’ulteriore questione problematica, ma di carattere sicuramente più “pratico” attiene all’individuazione del codice disciplinare applicabile, in considerazione del fatto che il lavoratore da un lato è dipendente dell’agenzia di somministrazione, dall’altro presta la propria attività lavorativa all’interno di un’organizzazione produttiva che fa capo all’utilizzatore ed è soggetto alle direttive dallo stesso impartite.

Proprio in considerazione di quest’ultimo aspetto (e cioè l’inserimento del lavoratore somministrato all’interno della organizzazione produttiva dell’utilizzatore) deve ritenersi che durante la missione il lavoratore sia tenuto ad osservare il codice disciplinare da quest’ultimo applicato, al pari dei dipendenti fissi dello stesso, senza peraltro doversi escludere il rispetto delle norme disciplinari previste dall’agenzia.

Al codice disciplinare dell’agenzia di somministrazione bisognerà invece fare esclusivo riferimento per valutare eventuali violazioni degli obblighi contrattuali da parte dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato allorché si trovino in periodo di disponibilità.

---

<sup>(8)</sup> P. ICHINO, *op. cit.*

Restano comunque aperte numerose problematiche su cui il legislatore nulla ha statuito, in particolare quanto all'esercizio, nonché sugli effetti dell'esercizio, del potere disciplinare relativamente a quei lavoratori somministrati assunti con contratto a tempo indeterminato.

Ci riferiamo in particolare all'adozione di sanzioni disciplinari durante il periodo di disponibilità ovvero alla possibilità che contestazioni avvenute in missioni diverse con relative sanzioni adottate in forza di contratti collettivi diversi presso differenti utilizzatori possano, ad esempio, costituire recidiva e così legittimare un licenziamento del lavoratore somministrato.

*Nulla quaestio* sull'adozione di sanzioni disciplinari (sempre che ne ricorrano i presupposti) durante il periodo di disponibilità del lavoratore.

Infatti, come è noto, durante tali periodi il lavoratore assunto è a tutti gli effetti (sebbene non svolga la propria prestazione lavorativa) assoggettato agli obblighi di cui agli articoli 2104 e 2105 c.c., di cui abbiamo detto *infra*, per cui gli può essere contestata una eventuale mancanza in forza del codice disciplinare della società somministratrice.

Meno certa, specie in assenza di un contratto collettivo delle agenzie di somministrazione che ci auspichiamo regoli la materia, la questione relativa alla recidiva, ovvero la circostanza che una determinata infrazione commessa e sanzionata in base ad un altro Ccnl possa avere rilievo e legittimare l'adozione di una sanzione conservativa o addirittura l'adozione di un licenziamento, sebbene il lavoratore somministrato stia prestando la propria attività lavorativa presso un altro utilizzatore.

Sul punto la Suprema Corte <sup>(9)</sup> ha più volte avuto occasione di affermare che nell'ambito generico della valutazione della giustificatezza della sanzione è possibile la valutazione della condotta pregressa del dipendente, cioè del complessivo grado di diligenza nell'espletamento della prestazione di lavoro e in base a tale principio riteniamo che si possa/debba tenere nella debita considerazione, in ipotesi di irrogazioni di sanzioni sia conservative che estintive del rapporto, delle altre sanzioni seppure irrogate durante missioni precedenti ed in base a contratti collettivi diversi.

---

<sup>(9)</sup> Si veda per tutte Cass. 12 luglio 1999 n. 7376, in *GLav*, 1999.

## 10.

### LA RESPONSABILITÀ CIVILE PER I DANNI A TERZI (\*)

MICHELE TIRABOSCHI

SOMMARIO: 1. Il principio della responsabilità del datore di lavoro per il fatto dei dipendenti e la sua operatività rispetto alle peculiarità della somministrazione di lavoro. — 2. Le ricadute dell'articolo 26 del decreto legislativo n. 276/2003 sulla identificazione della nozione di « rapporto di prepositario »: cenni. — 3. Gli altri presupposti giuridici della responsabilità dell'utilizzatore della prestazione lavorativa per il fatto del lavoratore.

#### 1. Il principio della responsabilità del datore di lavoro per il fatto dei dipendenti e la sua operatività rispetto alle peculiarità della somministrazione di lavoro.

Nell'ambito della responsabilità per fatto altrui l'articolo 2049 c.c. dispone che « i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze cui sono adibiti ». Quantunque la terminologia utilizzata dal legislatore richiami l'immagine dell'azienda domestica, e ipotizzi una fase ancora arcaica dello sviluppo economico <sup>(1)</sup>, non vi è dubbio che l'articolo 2049 esprima il principio della responsabilità civile del *datore di lavoro* per il fatto illecito dei propri dipendenti <sup>(2)</sup>.

---

(\*) Il presente contributo costituisce una rielaborazione, alla luce del nuovo quadro legale scaturito con il d.lgs. n. 276/2003, di un precedente saggio su *La responsabilità civile per i danni arrecati a terzi di prestatori di lavoro temporaneo*, pubblicato in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro - Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997, 123-134.

<sup>(1)</sup> P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in ID., *Persona e comunità*, Il Mulino, Bologna, 1966, 419.

<sup>(2)</sup> Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, in G. D'EUFEMIA et AL., *Il rapporto di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, vol. II, 418 ss. Per un qua-

Nel sancire — in linea con la previsione, ora abrogata <sup>(3)</sup>, di cui all'articolo 6, comma 7, della legge n. 197/1997 <sup>(4)</sup> — che « nel caso di somministrazione di lavoro l'utilizzatore risponde nei confronti dei terzi dei danni a essi arrecati dal prestatore di lavoro nell'esercizio delle sue mansioni », l'articolo 26 del decreto legislativo n. 276/2003 sembrerebbe ora apportare una deroga alla formula codicistica. È, infatti, il mero utilizzatore della prestazione lavorativa, e non il *datore di lavoro*, a rispondere per i danni cagionati a terzi dal lavoratore.

Stando alla lettera delle due disposizioni, una diversa interpretazione dovrebbe necessariamente fondarsi su un (presunto) carattere contraddittorio del decreto legislativo n. 276/2003, il quale, dopo aver assegnato alla agenzia di somministrazione la titolarità formale del contratto di lavoro (cfr. l'articolo 22, commi 1 e 2), con la disposizione di cui all'articolo 26 avrebbe invece finito con l'individuare nell'utilizzatore della prestazione lavorativa la figura dell'effettivo datore di lavoro.

La formulazione del decreto legislativo n. 276/2003 rappresenta, in realtà, il punto di arrivo di un robusto indirizzo giurisprudenziale — formatosi sull'articolo 2049 c.c. e già recepito dal legislatore con riferimento alla fornitura di lavoro temporaneo *ex* articoli 1-11 della legge n. 196/1997 — che da tempo ricollega la responsabilità civile per il fatto illecito del lavoratore non tanto a parametri formali di qualificazione del rapporto di lavoro, ma, piuttosto, alla particolare relazione che si instaura tra il lavoratore e l'effettivo fruitore della prestazione

---

dro di sintesi sulla elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia di responsabilità *ex* art. 2049 cfr., più recentemente e per tutti, P.G. MONATERI, *Illecito e responsabilità civile*, in M. BESSONE (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2002, vol. 10, tomo II, spec. cap. II. Con specifico riferimento alle peculiarità della somministrazione di lavoro altrui cfr. altresì B. ANGIELLO, *La somministrazione di lavoro: la responsabilità civile*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, spec. § 2, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>(3)</sup> Sulla abrogazione, in realtà più formale che sostanziale, degli artt. 1-11 della l. n. 196/1997, i cui capisaldi sono ora ripresi dagli artt. 20-28 del d.lgs. n. 276/2003, cfr., per tutti, S. PELLEGRINO, *L'impatto della riforma Biagi sulla normativa vigente: disposizioni transitorie e abrogazioni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 955 ss.

<sup>(4)</sup> Su cui cfr., per tutti, A. LEVI, *Gli obblighi fondamentali dell'impresa utilizzatrice di prestazioni di lavoro temporaneo*, in L. GALANTINO, *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione. Commento alla legge 24 giugno 1997 n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997, 209 ss.

lavorativa mediante il c.d. rapporto di preposizione <sup>(5)</sup>. La Corte di Cassazione, infatti, seppure con un indirizzo non univoco, riconosce che la responsabilità del committente per fatto proprio dell'ausiliario di cui all'articolo 2049 sussiste non solo in costanza di un rapporto contrattuale tipico di lavoro subordinato, ma anche in presenza di una relazione *di fatto* che colleghi due soggetti, dei quali l'uno espliciti in posizione di subordinazione una attività a favore dell'altro, che eserciti o detenga un potere di direzione e conformazione della prestazione lavorativa <sup>(6)</sup>.

Non pare pertanto necessario individuare alcun profilo di intrinseca contraddittorietà nel decreto legislativo n. 276/2003 — o comunque una deviazione dalle regole civilistiche <sup>(7)</sup> — per riconoscere che, ai fini della responsabilità civile per il fatto del dipendente, va considerato committente « anche chi si avvalga, nella esecuzione di un determinato lavoro, della attività lavorativa di persona che, *seppure nominalmente figurante alle dipendenze di altri*, debba peraltro rispondere verso di lui (o verso entrambi) del proprio operato, *senza che sia necessario accertare (e qualificare) la natura del rapporto intercorrente*

---

<sup>(5)</sup> In questa prospettiva cfr., con riferimento all'art. 6, comma 7, della l. n. 196/1997, R. ROMEI, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in F. LISO, U. CARABELLI (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, F. Angeli, Milano, 1999, 158; A.M. PALMIERI, *Commento all'art. 6, 7° comma*, in A. GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Cedam, Padova, 1999, 288; R. BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in F. LISO, U. CARABELLI (a cura di), *op. cit.*, 344; G. NICOLINI, *Lavoro temporaneo*, Cedam, Padova, 1998, 118; M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera - Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giapichelli, Torino, 1999, 335-340. Con riferimento all'art. 26 del d.lgs. n. 276/2003 cfr. ora, in senso conforme, B. ANGIELLO, *op. cit.*, 293.

<sup>(6)</sup> Cfr. Cass. 9 agosto 2004 n. 15362, in *Boll. Adapt*, 2004, n. 35, e in *DRI*, 2005, n. 1, 208, con nota redazionale; Cass. 3 aprile 2000 n. 4005, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2001, 103, con nota di S. PIZZOTTI; Cass. 9 agosto 1991 n. 8668, in *RFI*, voce *Responsabilità Civile*, 1991, n. 92; Cass. 22 marzo 1994 n. 2734, in *RFI*, voce *Responsabilità Civile*, 1994, n. 95.

<sup>(7)</sup> Così invece, con riferimento alla analoga disposizione contenuta nell'art. 6, comma 7, della l. n. 196/1997, ma con considerazioni ora estensibili all'art. 26 del d.lgs. n. 276/2003, M. PAPALEONI, *Spigolature su alcuni recenti provvedimenti normativi in materia di lavoro*, in *MGL*, 1997, 752; A. LEVI, *op. cit.*, 259; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, 439; F. LUNARDON, *Gli obblighi della impresa utilizzatrice*, in *NLCC*, 1988, 1249.

*tra l'effettivo committente e il datore di lavoro solo nominale dell'ausiliario* » (8).

Da questo punto di vista il legislatore del 2003, nel confermare la disposizione di cui all'articolo 6, comma 7, della legge n. 196/1997, si limita dunque a recepire la più avanzata e convincente interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 2049 c.c., sconfessando quelle impostazioni teoriche e giurisprudenziali che individuano nella sussistenza di un vincolo formale di subordinazione il presupposto giuridico della responsabilità per il fatto del lavoratore (9).

Ciò non toglie, tuttavia, che la disposizione di cui all'articolo 26, oltre a confermare alcune linee di tendenza evolutive dell'ordinamento nella ripartizione dei rischi e delle responsabilità connesse all'utilizzo di forza-lavoro eterodiretta, svolga una importante funzione chiarificatrice e di certezza del diritto. Particolarmente indicativa, in questo senso, è l'esperienza francese, dove, in mancanza di una precisa disposizione normativa, si è assistito per lungo tempo a un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale prima di giungere ad affermare la regola generale della attribuzione della responsabilità civile in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa (10).

---

(8) In questo senso, ancor prima della legalizzazione della somministrazione di lavoro altrui, cfr. già Cass. 9 agosto 1991 n. 8668, cit.

(9) In questa prospettiva cfr., per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *La responsabilità per fatto altrui, mandato, contratto di lavoro gestorio*, in ID., *Saggi di diritto civile*, Jovene, Napoli, 1961, II, 1093; A. DE CUPIS, *Dei fatti illeciti. Art. 2043-2059*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1971, 68 e 72-73, e, recentemente, P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2002, 131-132. Per la giurisprudenza cfr. l'ampia rassegna contenuta in A. GALOPPINI, *La responsabilità dei padroni e dei committenti*, in RTDPC, 1968, spec. 1215-1220, e 1972, spec. 1215-1220, cui *adde*, ancora recentemente, Cass. 29 agosto 1995 n. 9100, in RFI, voce *Responsabilità Civile*, 1995, n. 114.

(10) La mancanza di una regola espressa circa la distribuzione del rischio per il fatto del dipendente nei confronti di terzi ha in un primo tempo indotto la giurisprudenza francese a ritenere sovrana, in materia, la comune intenzione delle parti, desumibile non soltanto dalle dichiarazioni espresse ma dal comportamento complessivo delle parti nel corso della esecuzione del contratto. L'estrema incertezza cui dava luogo questa situazione ha imposto anche in Francia una tipizzazione, seppure di matrice giurisprudenziale, della distribuzione delle responsabilità attinenti al fatto del lavoratore. Dopo alcuni orientamenti oscillanti, la giurisprudenza di Cassazione è pervenuta a un orientamento costante, sostanzialmente imperniato sulla titolarità del potere di direzione e controllo della prestazione lavorativa, che accolla in linea di principio la responsabilità per il fatto del lavoratore temporaneo in capo all'impresa uti-



Non si deve dimenticare, al riguardo, che l'articolo 2049 riprende una formulazione risalente al *Code Napoléon*, secondo cui i padroni e i committenti sono responsabili del danno causato dai loro domestici e preposti nelle funzioni per cui sono impiegati (articolo 1384, comma 5, c.c. francese). L'orientamento assunto dalla Cassazione francese sul finire degli anni Ottanta, secondo cui è l'impresa utilizzatrice e non l'impresa di fornitura di lavoro temporaneo a rispondere dei danni cagionati a terzi dal lavoratore intermittente, costituisce pertanto il punto d'arrivo di un più vasto e generale <sup>(11)</sup> processo di modernizzazione della disposizione codicistica di cui si è opportunamente fatto carico, nel nostro ordinamento, lo stesso legislatore.

Né si può trascurare, sempre con riferimento al contesto comparato, che il principio della responsabilità dell'utilizzatore in caso di danno a terzi provocato dal lavoratore in somministrazione si sta affermando anche nell'ordinamento inglese, ad opera in particolare della giurisprudenza delle Corti superiori inglesi, segnatamente la Court of Appel e la High Court (Queen's Bench division), che, in recenti sentenze in materia di lavoro tramite agenzia, hanno richiamato i principi

---

lizzatrice. Cfr., in particolare, Cass. Crim. 29 novembre 1973, in *Dalloz*, 1974, 194, con nota di B. DAUVERGNE; Cass. Crim. 10 maggio 1976, *Gantier-Lavigne c. Regit et Gury*, e Cass. 15 gennaio 1985, in *Bull. Crim.*, 1985, 59. In dottrina: G. BÉLIER, L. BERTHONNEAU, *Le droit du travail temporaire*, Lamy, Paris, 1990, 217; B. SIAU, *Le travail temporaire en droit comparé européen et international*, L.G.D.J., Paris, 1996, 464-467.




<sup>(11)</sup> Posizione conforme a quella della giurisprudenza francese è stata assunta sul finire degli anni Settanta dalla Cassazione belga, che è giunta ad affermare la responsabilità civile dell'impresa utilizzatrice per i danni cagionati a terzi dal lavoratore temporaneo: v. in questo senso, tra le prime, Cass. 3 novembre 1979 citata in B. DE CALLATAY, M. WULLEMAN, *Legislation sociale. Cours destiné au personnel permanent des entreprises de travail intérimaire*, Bruxelles, 1995, 63. Ad analoga interpretazione evolutiva è stato sottoposto anche il § 831 del codice civile tedesco: la mancanza, nella Legge sulla cessione professionale di manodopera del 7 agosto 1972, di una specifica disposizione sulla responsabilità civile per il fatto del lavoratore intermittente ha condotto dottrina e giurisprudenza a ritenere in linea di principio responsabile l'utilizzatore della prestazione lavorativa dei danni cagionati ai terzi nello svolgimento della missione. P. SCHÜREN, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - Kommentar*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Monaco, 1994. Nei Paesi Bassi esiste invece una specifica disposizione che, conformemente a quanto disposto in Italia dall'art. 26, pone la responsabilità civile per il fatto del lavoratore in capo all'impresa utilizzatrice. Cfr. M.I. BENVENUTI, *Disciplina e gestione del lavoro interinale nei Paesi Bassi*, in *RIDL*, 1995, I, 96.

generali relativi alla *law of torts* e, in particolare, i presupposti della *vicarious liability* <sup>(12)</sup>.

L'attribuzione della responsabilità civile in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa non segna, peraltro, un ritorno alle concezioni oramai superate della responsabilità per colpa, neppure nella versione più aggiornata della responsabilità del preponente per *culpa in eligendo* o per *culpa in vigilando*: la regola dell'articolo 26 si limita infatti a operare — in coerenza con l'articolo 6, comma 7, della legge n. 196/1997 — una distribuzione tipica dei rischi, che, nel rispondere a precise considerazioni economiche circa l'individuazione del soggetto chiamato a riparare gli effetti del danno ingiusto cagionato dal lavoratore, prescinde sia dalla titolarità dei poteri di direzione e controllo della prestazione lavorativa <sup>(13)</sup> sia da una valutazione concreta del comportamento del soggetto ritenuto responsabile del fatto altrui (v. *infra*, §§ 2 e 3).

Del resto, il profilo della *culpa in eligendo* avrebbe semmai dovuto indurre il legislatore a investire della responsabilità civile l'agenzia di somministrazione di lavoro <sup>(14)</sup>, che opera la selezione dei lavoratori da avviare presso l'impresa utilizzatrice, mentre quello della

---

<sup>(12)</sup> Cfr. *Interlink Express Parcels Ltd v. Night Thrnkers Ltd & Anr* [2001] EWCA Civ 360, in  *Somministrazione*, in particolare la *opinion* del giudice Arden, e *Hawley v. Luminar Leisure plc and Others* [2004] EWCA Civ 360. Vedi anche, seppur con riferimento ad un *obiter dictum*, la *opinion* del giudice Sadley in *Brook Street Bureau (UK) Ltd v. Patricia Dacas* [2004] EWCA Civ 217, in  *Somministrazione* (la sentenza può essere letta in lingua italiana in RIDL, 2005, n. 1, 20, con nota di R. SALOMONE). Il giudice Sadley sottolinea, nel corso della sua argomentazione relativa ai criteri di accertamento della titolarità e della natura del rapporto di lavoro con il lavoratore tramite agenzia, che dalla soluzione della questione deriva anche la individuazione del responsabile per i danni eventualmente cagionati dal lavoratore durante la somministrazione. *Contra*, richiamando l'orientamento espresso dalle due sentenze sopra richiamate, F. REYNOLD, *Negligent agency workers: can there be Vicarious liability*, in *Industrial law Journal*, 2005, n. 34, e in  *Somministrazione*, il quale sottolinea che la attribuzione della responsabilità in capo all'utilizzatore non dipende tanto dalla qualificazione del rapporto di lavoro come avente natura subordinata e dalla contestuale imputazione di tale rapporto (attraverso un contratto di lavoro implicito) in capo all'utilizzatore, bensì dall'accertamento, secondo i criteri consolidati in materia di *vicarious liability*, che il fatto è stato commesso dal lavoratore che operava sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore.


<sup>(13)</sup> *Contra*: A.M. PALMIERI, *op. cit.*, 286; R. BORTONE, *op. cit.*, 344; G. NICOLINI, *op. cit.*, 119.

<sup>(14)</sup> Su questa posizione si era assestata quella dottrina che, forzando la lettera dell'art. 6, comma 7, della l. n. 196/1997, era giunta alla conclusione « che tutte le

*culpa in vigilando* del detentore effettivo del potere di direzione e controllo della prestazione lavorativa, pure talvolta tralaticciamente richiamato anche dalla giurisprudenza <sup>(15)</sup>, rappresenta una mera finzione giuridica rispetto a una presunzione di responsabilità che non ammette prova contraria. Il titolare del potere di direzione e controllo, infatti, rimane responsabile verso i terzi anche se dimostra di avere tenuto una condotta ineccepibile sotto il profilo della colpa <sup>(16)</sup>.

La statuizione legislativa non reca tuttavia conforto neppure a quelle teorie oggettivistiche, che rinvergono il fondamento della responsabilità civile nel rischio o pericolo connesso all'attività d'impresa <sup>(17)</sup>. In primo luogo perché — come confermato dagli articoli 20, comma 1, e 86, comma 9 — il ricorso alla somministrazione di lavoro altrui è consentito anche a soggetti non imprenditori ovvero alle pub-

---

volte in cui non sia ravvisabile alcuna colpa a carico dell'impresa utilizzatrice, l'impresa responsabile del danno eventualmente cagionato a terzi dovrebbe essere sicuramente la fornitrice»: così A. LEVI, *op. cit.*, 263. In questo modo, tuttavia, la tralaticcia concezione della responsabilità per colpa, pur cacciata dalla porta (cfr. lo stesso A. LEVI, *op. cit.*, 260), viene fatta surrettiziamente rientrare dalla finestra. La rilevanza di una vera e propria *culpa in eligendo*, con riferimento alla responsabilità dell'impresa per il fatto dei propri dipendenti, sembra presupposta anche dal recente studio di N.A. ERLAM, *You mean he works for us?*, in *Security management*, 2005, n. 49, 82-88 (ora anche  *Somministrazione*), il quale osserva come l'impresa dovrebbe adeguare la propria politica nella selezione del personale in modo da tenere in considerazione anche i lavoratori temporanei e, segnatamente, i lavoratori tramite agenzia, al fine di evitare che sia imputata all'impresa la responsabilità per il fatto di soggetti la cui collaborazione è solo temporanea o occasionale in conseguenza di una lacuna nelle operazioni di selezione.

<sup>(15)</sup> Cfr. Cass. 22 marzo 1994 n. 2734, cit.

<sup>(16)</sup> In questo senso cfr., tra le tante, Cass. 22 maggio 2001 n. 6970, in *MGC*, 2001, 1030, e Cass. 29 settembre 1995 n. 9100, in *RFI*, voce *Responsabilità Civile*, 1995, n. 115. In dottrina v. R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sulla responsabilità dei padroni e committenti*, in ID., *Scritti giuridici*, I, *Scritti di diritto civile*, Cedam, Padova, 1996 (ma 1960), 466; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964, 144-148; P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961, 58 ss., e già L. BARASSI, *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1987, 392.

<sup>(17)</sup> Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, cit., 132; ID., *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 1961; A. DE CUPIS, *op. cit.*, 69. *Contra*, per tutti: L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, cit., 464. Sembra tuttavia ancora richiamare le teorie del rischio di impresa con riferimento alla somministrazione di lavoro M. LOVO, *La responsabilità civile per i danni arrecati ai terzi dal prestatore di lavoro*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, qui 143.

bliche amministrazioni, senza che questo comporti una diversa distribuzione della responsabilità tra cedente e cessionario <sup>(18)</sup>. In secondo luogo perché il ricorso al criterio del rischio, collegato all'ampliamento della sfera di azione dell'utilizzatore, appare superfluo e per certi aspetti fuorviante, dal momento che non è necessario, ai fini dell'imputazione della responsabilità, che si accerti un aumento del pericolo di danno connesso alla attività di impresa: nell'impianto normativo delineato dal legislatore l'accollo della responsabilità opera infatti automaticamente ed è insensibile alla eventuale dimostrazione della mancata produzione di un rischio o di un pericolo aggiuntivo da parte di chi si appropria del risultato del lavoro altrui. Da questo punto di vista, anzi, l'articolo 26 consente anche di confutare uno dei principali presupposti della teoria del rischio, e cioè la convinzione che la propagazione della responsabilità dal lavoratore al datore di lavoro risponderebbe all'esigenza di addossare a soggetti ritenuti solvibili il *rischio dell'insolvenza* dell'autore dell'illecito <sup>(19)</sup>. Invero, se questa fosse la logica che governa il trasferimento della responsabilità, apparirebbe quantomeno incoerente con il sistema la scelta del legislatore di accollare il rischio a un soggetto (l'utilizzatore) di cui non si conosce a priori la consistenza patrimoniale rispetto ad altro soggetto (l'agenzia

---

<sup>(18)</sup> Con riferimento ai casi analoghi della somministrazione di manodopera organizzata e del comando temporaneo del lavoratore la dottrina del rischio d'impresa è invece costretta a distinguere, caso per caso, a seconda che l'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa sia o meno imprenditore: in base a questa impostazione, solo se l'utilizzatore riveste la qualifica di imprenditore si ritiene infatti operare il trasferimento della responsabilità dal titolare del rapporto di lavoro al fruitore della prestazione lavorativa (per questo ordine di idee v. soprattutto P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, cit., 125, 137 ss.). Già l'art. 11, comma 2, l. n. 196/1997, si era fatto carico di smentire — *ex post* — questa complessa ricostruzione allorché disponeva che tutte « le disposizioni della presente legge che si riferiscono all'impresa utilizzatrice », e dunque anche le disposizioni sulla responsabilità civile, « sono applicabili anche ai soggetti non imprenditori ». Il precetto in questione è ora stato recepito integralmente dal d.lgs. n. 276/2003, fatto salvo il caso della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato che non trova al momento attuazione nella Pubblica Amministrazione.

<sup>(19)</sup> P. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, 76; C. SALVI, voce *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, 1240. Con riferimento alla fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo cfr., ma senza argomentazioni a sostegno, A. LEVI, *op. cit.*, 259-260.

di somministrazione) tenuto invece per legge a offrire elevate garanzie di solvibilità <sup>(20)</sup>.

Una considerazione realistica delle intenzioni del legislatore induce piuttosto a individuare il fondamento dell'articolo 26 — e prima ancora dell'articolo 6, comma 7, della legge n. 196/1997 — in una linea di perfetta continuità rispetto al testo dell'articolo 2049 c.c., con riferimento al quale parte della dottrina ha giustamente suggerito una prospettiva interpretativa più articolata e coerente con il carattere policentrico della responsabilità civile, là dove l'unitarietà dell'istituto si può semmai cogliere nel più « comprensivo criterio della reazione al danno ingiusto » <sup>(21)</sup>. A questa stregua l'imputazione della responsabilità civile in capo all'utilizzatore della prestazione di lavoro temporaneo non rappresenta allora altro che una specificazione delle regole generali che governano il trasferimento del danno dal soggetto ingiustamente leso ad altro soggetto: chi, *nel proprio interesse*, dilata la propria sfera di azione avvalendosi della attività altrui non può per questa ragione sottrarsi al peso della responsabilità per i danni cagionati dal prestatore di lavoro a terzi <sup>(22)</sup>.

L'articolo 20, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, funge, di conseguenza, da norma di chiusura del sistema della responsabilità civile rispetto alle problematiche sollevate dalla dissociazione, tipica della fattispecie, tra titolarità formale e titolarità sostanziale del rapporto di lavoro allorché statuisce che, quantunque sia l'agenzia di somministrazione ad assumere il lavoratore, quest'ultimo, « per tutta la durata della somministrazione (svolge) la propria attività nell'*interesse* nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore » <sup>(23)</sup>.

In questa prospettiva non paiono pertanto divisibili quelle

---

<sup>(20)</sup> Sui requisiti di solidità finanziaria posti come condizione per l'esercizio della somministrazione di lavoro cfr. il contributo di S. SPATTINI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro: profili giuridici*, che precede.

<sup>(21)</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sulla responsabilità dei padroni e dei committenti*, cit., 464, S. RODOTÀ, *op. ult. cit.*, 127.

<sup>(22)</sup> Ancora R. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, 467.

<sup>(23)</sup> Il ruolo sistematico dell'art. 3, comma 2, l. n. 196/1997 sfugge, in particolare, ad A. LEVI, *op. cit.*, 261, che infatti imputa l'appropriazione del risultato del valore della prestazione lavorativa resa dal lavoratore temporaneo all'impresa fornitrice e non invece all'impresa utilizzatrice. In questo modo, tuttavia, si confonde il mero vantaggio economico ottenuto dalla agenzia di lavoro temporaneo mediante la somministrazione di energie lavorative a favore dell'impresa utilizzatrice con l'*utilitas* che deriva dall'appropriazione del valore del risultato prodotto dal lavoro altrui.

posizioni dottrinali che, nel criticare la scelta operata dal legislatore già con l'articolo 6, comma 7, della legge n. 196/1997, e ora confermata dall'articolo 26 del decreto legislativo n. 276/2003, ritengono preferibile, anche se il più delle volte in una prospettiva *de iure condendo*, un sistema che preveda l'imputazione della responsabilità per il fatto del lavoratore in capo alla agenzia di somministrazione<sup>(24)</sup> o, quanto meno, una corresponsabilità solidale dell'agenzia fornitrice con l'impresa utilizzatrice<sup>(25)</sup>. In particolare, l'affermazione secondo cui è il somministratore « colui che si avvantaggia direttamente del lavoro prestato dal lavoratore temporaneo e si sottopone al relativo rischio, (là dove) l'utilizzatore ne ricava un vantaggio solo indiretto e mediato »<sup>(26)</sup>, pare sottovalutare non solo la lettera della legge (articolo 6, comma 7, legge n. 196/1997 e ora articolo 20, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003), ma prima ancora le peculiarità di una ipotesi negoziale che si caratterizza per lo sdoppiamento del profilo soggettivo del rapporto di lavoro rispetto alla tradizionale configurazione del contratto di lavoro subordinato come rapporto bilaterale di scambio.

L'incontro e la combinazione tra contratto commerciale di somministrazione e contratto di lavoro determina, in altri termini, una obbligazione soggettivamente complessa funzionale a una ripartizione contrattuale dei rischi, dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità connesse all'utilizzo di forza-lavoro eterodiretta. Il trasferimento della pretesa giuridica all'adempimento della prestazione lavorativa dal titolare formale del contratto di lavoro alla impresa utilizzatrice rappre-

---

(24) M.T. CARINCI, *op. cit.*, 440; F. LUNARDON, *op. cit.*, 1249; A. LEVI, *op. cit.*, 261. Sostanzialmente nello stesso senso, se bene intendo, A. LASSANDARI, *Responsabilità civile*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, spec. 404, là dove rileva che « l'esclusivo riferimento alla responsabilità dell'utilizzatore, nel rapporto di somministrazione di lavoro, ne costituisce — più che il punto di arrivo — un sostanziale tramandimento ».

(25) Cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 291, che, sulla base della teoria del co-impiego elaborata nel mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di lavoro*, mi ascrive erroneamente tra i sostenitori di questa tesi. La teoria del co-impiego non presuppone, infatti, una corresponsabilità solidale rispetto a tutte le posizioni attive del prestatore di lavoro, ma, più semplicemente, una ripartizione dei rischi e delle responsabilità in capo a fornitore e utilizzatore della prestazione lavorativa.

(26) M.T. CARINCI, *op. loc. ult. cit.*

senta, a ben vedere, la funzione tipica del lavoro reso tramite agenzia: con il contratto di lavoro il lavoratore acconsente cioè al trasferimento, disciplinato dal contratto di somministrazione, della pretesa all'adempimento della obbligazione lavorativa in capo all'utilizzatore, con conseguente attribuzione a quest'ultimo non solo del potere di direzione e controllo della prestazione lavorativa, ma prima ancora dell'interesse creditorio alla appropriazione del « risultato » prodotto dal lavoro altrui. Di modo che è l'utilizzatore e non il somministratore a dilatare la propria sfera d'azione mediante l'impiego, nel proprio interesse, delle energie lavorative del lavoratore somministrato <sup>(27)</sup>.

## 2. Le ricadute dell'articolo 26 del decreto legislativo n. 276/2003 sulla identificazione della nozione di « rapporto di prepositorio »: cenni.

Una volta ricondotta nell'alveo dell'articolo 2049 c.c., la responsabilità dell'utilizzatore della prestazione di lavoro in regime di somministrazione offre, per converso, un importante punto di riferimento normativo ai fini della identificazione della nozione generale di « rapporto prepositorio »: nozione che l'antiquata terminologia della formula codicistica non ha certo aiutato a precisare, alimentando anzi un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale <sup>(28)</sup>.

In questa sede non rileva approfondire le rilevanti ricadute teorico-ricostruttive dell'articolo 26 sul sistema della responsabilità civile per il fatto del preposto, né pare altresì rilevante indagare la particolare distribuzione del rischio operata dal legislatore in funzione del collegamento negoziale che si instaura tra il contratto di somministrazione (tra utilizzatore e agenzia) e il contratto di lavoro (tra agenzia e

---

<sup>(27)</sup> Non pare invero coerente con le peculiarità della somministrazione di lavoro sostenere — come invece fa A. LASSANDARI, *Responsabilità civile*, cit., qui 405 — che l'utilizzatore dilati la sua sfera di azione per il tramite della agenzia di somministrazione e non per il lavoratore. Come dimostra inequivocabilmente la lettera dell'art. 20, comma 2, il ricorso al contratto commerciale di somministrazione ha infatti proprio la funzione tipica di consentire all'utilizzatore, mediante il ricorso al potere di direzione e controllo della prestazione lavorativa, di dilatare la propria sfera di azione avvalendosi delle mere prestazioni di un lavoratore che, pur dipendendo formalmente dalla agenzia di somministrazione, lavora nel suo interesse.

<sup>(28)</sup> In dottrina cfr., per tutti, P.G. MONATERI, *op. cit.*, spec. cap. II, § 2.



lavoratore) <sup>(29)</sup>. Ai fini di questo commento è invece sufficiente rilevare che il legislatore, accogliendo come detto (*supra*, § 1) una interpretazione evolutiva dell'articolo 2049, esclude definitivamente che la relazione idonea a fondare la responsabilità per il fatto illecito del lavoratore debba necessariamente ancorarsi a un rapporto giuridico tipico e, tantomeno, a un rapporto di lavoro subordinato *ex* articolo 2094 c.c. <sup>(30)</sup>. Si ricorda, infatti, che nella somministrazione di lavoro tra l'utilizzatore e il lavoratore non solo non intercorre una relazione di lavoro subordinato, ma non è dato neppure vedere, nel rapporto che pure sussiste sul piano effettuale tra i due soggetti, alcun altro preciso vincolo contrattuale.

Il testo dell'articolo 26 conferma, per contro, il fondamento di quell'orientamento giurisprudenziale che, ai fini della individuazione del rapporto prepositivo, sostiene l'irrelevanza della durata temporanea o anche intermittente della prestazione lavorativa <sup>(31)</sup>. Da tempo, infatti, la Cassazione riconosce che il rapporto di preposizione può anzi essere persino occasionale o contingente, come nel caso in cui si avvalga dell'opera di persona normalmente alle dipendenze di altri, assoggettandola temporaneamente alla propria direzione e vigilanza <sup>(32)</sup>.

Tutto questo non significa, comunque, che il criterio di imputazione della responsabilità in capo all'utilizzatore della prestazione lavorativa si fondi sul mero presupposto della titolarità del potere di di-

---

<sup>(29)</sup> Sulla ipotesi che la fattispecie della somministrazione di lavoro dia luogo a una ipotesi di co-impiego secondo i nessi prestabiliti dal collegamento negoziale tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro cfr. il mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. cap. IV.

<sup>(30)</sup> Cfr., recentemente, App. Milano 27 luglio 2001, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2002, II, 424, con nota di A. CHIEPPA MAGGI, secondo cui « non esclude la responsabilità della Sim il fatto che il rapporto di collaborazione sia qualificabile come contratto d'agenzia, poiché la responsabilità del preponente *ex* art. 2049 codice civile si fonda sulla mera circostanza dell'inserimento dell'agente nell'impresa, non richiedendo il carattere della continuità né la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ».

<sup>(31)</sup> Cfr. Cass. 9 ottobre 1998 n. 10034, in *MGC*, 1998, 2055; Cass. 22 marzo 1994 n. 2734, cit.; Cass. 24 giugno 1992 n. 7760, in *RFI*, voce *Responsabilità Civile*, 1992, n. 130.

<sup>(32)</sup> Cfr. Cass. 11 giugno 1983 n. 4031, in *Diritto e Pratica Assicurazioni*, 1984, 418 ss., con nota di M. GIAMMARINO; Cass. 6 luglio 1983 n. 4651, in *Responsabilità civile e previdenza*, 1983, 753 ss.; Cass. 24 ottobre 1978 n. 4821, in *RIMP*, 1979, II, 10 ss.



reazione e controllo del lavoratore <sup>(33)</sup>. Si è già rilevata, al riguardo (*supra*, § 1), l'inadeguatezza della costruzione tradizionale che individua il preponente nel soggetto dotato della *effettiva* possibilità di scelta, direzione e controllo del lavoratore. In questa sede si può aggiungere che una simile impostazione finirebbe per ricondurre (seppure solo implicitamente) la disposizione dell'articolo 26, non all'articolo 2049, quanto piuttosto all'articolo 2043 c.c.: l'utilizzatore sarebbe infatti chiamato a rispondere non del fatto illecito del lavoratore, ma del fatto illecito proprio consistente nel non avere saputo prevenire, con il proprio potere di vigilanza e controllo, l'evento dannoso. Considerare la titolarità del potere di direzione e controllo come l'elemento decisivo per l'imputazione della responsabilità significherebbe insomma, — e a tacer d'altro <sup>(34)</sup> — riportare la questione sul terreno fuorviante della colpa, posto che non vi sarebbe spazio per altra spiegazione della scelta del legislatore di escludere la responsabilità del titolare formale del contratto di lavoro o anche una responsabilità solidale tra impresa fornitrice e impresa utilizzatrice.

Il dettato dell'articolo 26, così come già l'articolo 2049 c.c. <sup>(35)</sup>, non lascia tuttavia margine di dubbio circa l'irrilevanza della colpa. L'utilizzatore risponde del fatto del prestatore di lavoro a prescindere dalla valutazione del comportamento concretamente tenuto durante lo svolgimento della missione. Vero è che per l'operatività della responsabilità è sufficiente che l'incombenza svolta « abbia determinato una situazione tale da agevolare e rendere possibile l'evento dannoso, e ciò anche se il dipendente abbia operato oltre i limiti delle sue competenze, o persino trasgredendo gli ordini ricevuti, purché sempre entro l'ambito delle proprie mansioni » <sup>(36)</sup>. In questi casi, parlare di una presunzione assoluta di *culpa in vigilando*, che non ammette la prova contraria, significa riconoscere l'irrilevanza della colpa e, conseguente-

---

<sup>(33)</sup> Per questo ordine di idee cfr. invece, in generale, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, 1990, vol. II, 318-319.

<sup>(34)</sup> Non si deve trascurare la circostanza, in proposito, che l'utilizzatore della prestazione di lavoro temporaneo difetta dello strumento che rende effettivo, in una organizzazione produttiva data, il potere di direzione e controllo della prestazione lavorativa, e cioè lo strumento della sanzione disciplinare. Cfr., sul punto, il contributo di E. CASSANETI, L. FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, che precede.

<sup>(35)</sup> Cfr. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Responsabilità dell'imprenditore*, cit., 459.

<sup>(36)</sup> Così: Cass. 22 maggio 2001 n. 6970, in *MGC*, 2001, 1030. Cfr. anche Cass. 7 gennaio 2002 n. 89, in *OGI*, 2002, I, 73, e Cass. 7 agosto 1997 n. 7331, *MGC*, 1997, 1364.

mente, che la responsabilità ha un fondamento diverso dalla colpa nella direzione e nella vigilanza.

Su un piano più generale, non mancano peraltro esempi in cui alla titolarità del potere di direzione e controllo non corrisponde la propagazione della responsabilità civile: nel contratto di appalto, in particolare, neppure l'esercizio concreto di penetranti poteri di direzione e controllo nel corso dell'esecuzione dell'opera vale a far costituire un rapporto di preposizione tra committente e appaltatore <sup>(37)</sup>.

Più semplicemente, la sottoposizione a un potere di direzione e controllo come pure il dato della inserzione — anche solo temporanea — nel contesto organizzativo altrui sono indici che, insieme ad altri, possono concorrere a dimostrare che l'attività lavorativa è stata resa nell'*interesse* del preponente, che per questa ragione risponde del fatto dei preposti.

Nel caso di specie, come già rilevato, è lo stesso legislatore a tipizzare la relazione trilaterale che si instaura tra titolare del contratto di lavoro, effettivo *dominus* del rapporto, e lavoratore precisando in modo incontrovertibile che per tutta la durata della somministrazione il lavoratore svolge la propria attività nell'*interesse* dell'utilizzatore (cfr. ancora una volta l'articolo 20, comma 2). Soluzione, questa, peraltro coerente con un risalente indirizzo giurisprudenziale che, nei casi di pluralità di committenti, prevede il trasferimento della responsabilità dal titolare del rapporto all'effettivo utilizzatore solo se, in base ad esplicita o anche solo implicita intesa tra i due soggetti, « si determina l'uscita del lavoratore dalla sfera d'azione del suo datore di lavoro e il suo inserimento in quella dell'altro imprenditore » <sup>(38)</sup>.

L'articolo 20, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 può dunque essere letto in parallelo con l'articolo 1174 c.c. a proposito dell'interesse del creditore dell'obbligazione lavorativa <sup>(39)</sup>, a conferma che, come detto (v. *supra*, § 1), l'incontro e la combinazione tra contratto commerciale di somministrazione e contratto di lavoro determina un collegamento negoziale basato sul trasferimento dell'interesse del creditore della obbligazione lavorativa dalla agenzia di somministrazione all'effettivo utilizzatore della prestazione.

---

<sup>(37)</sup> Cfr. Cass. 16 maggio 1987 n. 4158, in *MFI*, 1987.

<sup>(38)</sup> Cfr. Cass. 22 dicembre 1970 n. 2732, in *RIMP*, 1971, II, 109 ss.

<sup>(39)</sup> Cfr. A. GALOPPINI, *op. cit.*, 1743-1745.

### 3. Gli altri presupposti giuridici della responsabilità dell'utilizzatore della prestazione lavorativa per il fatto del lavoratore.

Identificato *ex lege* un rapporto di preposizione tra l'utilizzatore della prestazione lavorativa e il lavoratore, per aversi responsabilità *ex* articolo 26 del decreto legislativo n. 276/2003 occorre che si verifichino due presupposti: in primo luogo il fatto illecito del lavoratore; in secondo luogo la circostanza che l'evento dannoso causato dal lavoratore sia avvenuto nell'esercizio delle mansioni cui è stato adibito.

Sotto il primo profilo non v'è dubbio che la responsabilità dell'utilizzatore della prestazione di lavoro sorga in presenza di un fatto colposo o doloso del preposto<sup>(40)</sup>, eccetto il caso in cui sia concorrente una ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>(41)</sup>. Non mancano tuttavia soluzioni più avanzate, ma ancora in fase di assestamento<sup>(42)</sup>, che inducono a prescindere dal fatto doloso o colposo del lavoratore<sup>(43)</sup> per ricondurre invece la responsabilità del preponente a una distribuzione tipica dei rischi e dei costi: sarà compito della giurisprudenza verificare la plausibilità di questa ricostruzione dogmatica<sup>(44)</sup>, con riferimento specifico alle peculiarità della somministrazione di lavoro. Anche se è vero che, in vigore della legge n. 196/1997, la giurisprudenza non ha avuto modo di occuparsi della questione. Così come potrebbe verificarsi la circostanza che le agenzie di somministrazione di lavoro, per non creare insidiose problematiche nel rapporto con le im-

---

<sup>(40)</sup> Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, 1243, da ultimo in giurisprudenza cfr. Cass. 8 maggio 2001 n. 6386, in *MGC*, 2001, 942.

<sup>(41)</sup> In Cass. 6 gennaio 1983 n. 75, in *GI*, 1983, I, 1, c. 1481 ss., per esempio, per il danno cagionato a terzi da un cane è stato ritenuto responsabile il datore di lavoro, *ex art.* 2049 c.c., per l'illecito del custode, in quale a sua volta è stato ritenuto responsabile *ex art.* 2052 per il danno causato dall'animale di sua proprietà.

<sup>(42)</sup> Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, 1220 e 1244, e ivi riferimenti bibliografici.

<sup>(43)</sup> In giurisprudenza cfr. già Cass. 12 novembre 1979 n. 5851, in *MGC*, 1979, che ha affermato la responsabilità del preponente per gli atti compiuti dai preposti in stato di incapacità di intendere e di volere.

<sup>(44)</sup> Coerente con l'impostazione teorica che si è cercato di delineare in questo commento (riconducibile al pensiero di R. SCOGNAMIGLIO, *Considerazioni sulla responsabilità dei padroni e dei committenti*, cit., 467), diretta ad ancorare la responsabilità del preponente al solo dato oggettivo dell'aver dilatato la propria sfera d'azione mediante l'utilizzazione nel proprio interesse delle energie lavorative altrui.

prese clienti, non esitino ad accollarsi il rischio della responsabilità per il fatto del lavoratore <sup>(45)</sup>.

Accertato il dolo o la colpa del preposto, l'utilizzatore chiamato a risarcire il terzo potrà in ogni caso proporre azione di regresso contro il lavoratore. Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, infatti, la previsione dell'articolo 2055 c.c. sulla responsabilità solidale opera anche quando vi siano soggetti concorrenti che rispondono l'uno *ex* articolo 2043 e l'altro *ex* articolo 2049 <sup>(46)</sup>.

Più problematica, nell'economia del contratto di somministrazione di lavoro altrui appare invece la possibilità di esperire una azione di regresso nei confronti della agenzia, che, indubbiamente, offrirebbe all'utilizzatore maggiori possibilità di rivalsa rispetto a quanto potrebbe garantire (mediamente) il lavoratore <sup>(47)</sup>; in mancanza di un qualsivoglia appiglio testuale va infatti esclusa la responsabilità solidale della impresa fornitrice in concorso con l'impresa utilizzatrice <sup>(48)</sup>. A meno che, come si diceva, la questione non sia risolta *ex ante*

---

<sup>(45)</sup> Vero è, tuttavia, che nella prassi sorta in vigenza della l. n. 196/1997, le agenzie di somministrazione hanno il più delle volte espressamente richiamato, nelle loro condizioni generali di contratto, la regola della responsabilità civile verso terzi in capo al solo utilizzatore della prestazione. Ecco alcuni esempi di clausole contenute nei contratti di somministrazione tratte dalla prassi applicativa: (1) « l'utilizzatore dichiara di assumere su di sé la responsabilità e le conseguenze eventualmente derivanti dall'attività del lavoratore nei confronti di terzi »; (2) l'utilizzatore sarà civilmente responsabile in via esclusiva, nei confronti del prestatore di lavoro e/o dei terzi, di tutti i danni alle persone e/o alle cose che dovessero verificarsi in occasione del lavoro di cui alla presente fornitura ».

<sup>(46)</sup> Cfr. Cass. 20 settembre 1977 n. 4009, in *RFI*, voce *Responsabilità civile*, 1977, n. 127.

<sup>(47)</sup> Nella prassi applicativa clausole di risarcimento del danno causato dal lavoratore sono normalmente limitate ai danni cagionati all'utilizzatore ma non ai terzi. Ecco alcuni esempi di clausole contenute nei contratti di somministrazione tratte dalla prassi applicativa: (1) « Il lavoratore svolgerà i compiti assegnati nell'interesse e sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore, che è pertanto responsabile degli eventuali danni causati dal lavoratore e/o sofferti da quest'ultimo durante lo svolgimento delle mansioni affidategli, ferma restando la copertura assicurativa di responsabilità civile stipulata dal somministratore, nei casi e alle condizioni ivi previste (cioè: durante il periodo di prova) »; (2) « il somministratore risponde dei danni arrecati all'utilizzatore dal lavoratore nell'esercizio delle sue mansioni, nei limiti della polizza assicurativa stipulata dalla stesso somministratore e solo in caso di accertata negligenza, imperizia, imprudenza a seguito di procedimento disciplinare. Il somministratore non risponde per caso fortuito ».

<sup>(48)</sup> In questo senso, seppure sono implicitamente, P. ICHINO, *op. cit.*, 291.

da precise clausole negoziali di distribuzione dei rischi e di esonero della responsabilità<sup>(49)</sup>, come avviene nell'esperienza francese e in quella tedesca dove questo tipo di clausole sono normalmente adottate quantomeno nelle ipotesi di grave negligenza nella esecuzione del contratto di somministrazione: invio di un lavoratore privo delle qualifiche, competenze o attitudini professionali richieste dall'utilizzatore, negligenza nella selezione del lavoratore inviato in missione, ecc.<sup>(50)</sup>.

Collocato l'articolo 26 del decreto legislativo n. 276/2003 nell'alveo dell'articolo 2049 c.c., il riferimento alla nozione di danno arrecato « dal prestatore di lavoro temporaneo *nell'esercizio delle sue mansioni* » può essere infine facilmente ricostruito alla luce degli orientamenti giurisprudenziali che si sono sviluppati sulla disposizione codicistica<sup>(51)</sup>. Seguendo la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione risulta irrilevante, in proposito, l'accertamento di un rigoroso nesso causale tra il fatto del preposto e le mansioni a questo affidate, essendo invece sufficiente un semplice *rapporto di occasionalità necessaria* nel senso che le mansioni o incombenze affidate al lavoratore abbiano reso possibile o comunque agevolato il comportamento produttivo del danno, a nulla rilevando che tale comportamento si sia posto in modo autonomo nell'ambito dell'incarico o abbia addirittura ecceduto dai limiti di esso, magari in trasgressione degli ordini ricevuti<sup>(52)</sup>.

Non occorre, pertanto, che l'incombenza attenga allo svolgimento di specifiche funzioni e dei soli incarichi che ineriscono alla natura del rapporto esistente tra utilizzatore e preposto, « ma è necessario e sufficiente che l'incombenza abbia una qualsiasi relazione, sia pure marginale, con detto rapporto, di modo che la condotta del commesso possa essere riferita all'ambito delle attività e, quindi, alla

---

(49) In questo senso anche M.T. CARINCI, *op. cit.*, 440. Vedi tuttavia quanto rilevato alla nota 45.

(50) Per gli orientamenti della giurisprudenza francese cfr. B. SIAU, *op. cit.*, 466; G. BÉLIER, L. BERTHONNEAU, *op. cit.*, 218; per la giurisprudenza tedesca v. invece P. SCHÜREN, *op. cit.*

(51) Cfr. VERZANI, *Il criterio dell'esercizio delle incombenze e la formula del nesso di occasionalità necessaria*, in *GI*, 1988, I, 1, c. 1833 ss.

(52) Cfr. Cass. 7 gennaio 2002 n. 89, in *MGL*, 2002, 248, con nota di L. RUGGIERO; Cass. 22 maggio 2001 n. 6970, *cit.*; Cass. 9 ottobre 1998 n. 10034, *cit.*; Cass. 7 agosto 1997 n. 7331, in *MGC*, 1997, 1364; Cass. 9 giugno 1995 n. 6506, in *RIMP*, 1995, II, 102 ss.; Cass. 24 giugno 1992 n. 7760, *cit.*; Cass. 16 marzo 1990 n. 2154, *cit.*; Cass. 17 marzo 1990 n. 2226, in *GI*, I, 1, c. 354 ss.; Cass. pen. 25 settembre 1989, in *Riv. pen.*, 1991, 329.

sfera giuridica del committente » <sup>(53)</sup>. Il nesso di occasionalità necessaria tra l'illecito del lavoratore e le mansioni affidategli è invece escluso « quando l'azione del prestatore di lavoro sia manifestamente diretta al perseguimento di finalità proprie, cui l'utilizzatore della prestazione lavorativa non sia neppure mediatamente interessato o partecipante » <sup>(54)</sup>.

Con riferimento alle peculiarità della somministrazione di lavoro si può solo aggiungere che l'utilizzatore rimane responsabile del fatto del lavoratore per tutta la durata della missione e non solo nelle fasi temporali strettamente inerenti allo svolgimento delle mansioni: costruzione questa ancora una volta coerente con il presupposto che « il lavoratore temporaneo, per tutta la durata della prestazione lavorativa presso l'impresa utilizzatrice, svolge la propria attività nell'*interesse* (...) dell'impresa medesima » (articolo 20, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003).

---

<sup>(53)</sup> Cass. 21 giugno 1999 n. 6233; Cass. 3 aprile 1991 n. 3442, in *RFI*, voce *Responsabilità civile*, 1991, n. 93.

<sup>(54)</sup> Cfr. Cass. 17 marzo 1990 n. 2226, cit.; Cass. 27 marzo 1987 n. 2994, in *MFI*, 1987; Cass. pen. 10 gennaio 1986, in *Riv. pen.*, 1987, 197.

SEZIONE C

LO « STATUTO GIURIDICO » DEL LAVORATORE

11.

**LO « STATUTO GIURIDICO » DEL LAVORATORE  
NEL MERCATO: TRASPARENZA, FORMAZIONE  
E TUTELA PER I LAVORATORI SVANTAGGIATI**

PIERLUIGI RAUSEI

SOMMARIO: 1. Problema e sistema di uno “statuto giuridico” del lavoratore sul mercato. — 2. La sinergia “pubblico-privato” come garanzia di trasparenza del mercato e di informazione. — 2.1. La borsa lavoro. — 2.2. Il contrasto all’abusivismo. — 2.3. Diritti e tutele dei lavoratori. — 3. L’investimento in formazione quale strategia vincente per il mercato. — 4. Il lavoratore svantaggiato: dal collocamento obbligatorio “mirato” al *workfare* sociale. — 4.1. I lavoratori svantaggiati. — 4.2. La *ratio* sottesa all’articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003. — 4.3. Gli incentivi e le sanzioni. — 4.4. Il collocamento obbligatorio nell’era del *workfare*. — 5. Un nuovo modello di vigilanza a tutela dello “statuto giuridico” del lavoratore sul mercato.

**1. Problema e sistema di uno “statuto giuridico” del lavoratore sul mercato.**

Merito indiscusso e indiscutibile della presente stagione riformatrice appare senza dubbio quello di aver spostato l’attenzione degli operatori del lavoro, prima ancora che dei giuslavoristi, da un assetto di tutele sostanziali concentrate sul rapporto di lavoro, ad un nuovo assetto, in gran parte da costruire, di tutele che si situano sull’antefatto logico e storico dell’inserimento effettivo del lavoratore nel mercato del lavoro <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. sul punto specifico M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre*

Una delle novità principali della riforma del lavoro è, infatti, senza meno da individuarsi nell'avvio di una stagione riformista che anticipa la tutela tradizionale in materia di lavoro dallo *status* del lavoratore (protezione sul rapporto di lavoro degli *insiders*) a quello della persona che cerca lavoro (tutela sul mercato degli *outsiders*) (2).

Nasce, dunque, con la (e per il tramite della) "riforma Biagi" la giuridificazione di un sistema di tutele anticipate che coinvolge tanto le autonomie locali (negli organismi preposti al collocamento), quanto il sistema imprenditoriale (nella duplice veste: dei soggetti privati che operano direttamente sul mercato in veste di intermediatori e somministratori, le agenzie; dei datori di lavoro, individuali e societari), così pure altre istituzioni (pubbliche e private) chiamate in gioco nell'azione di coagulo delle opportunità di incontro fra cercatori e datori di lavoro (università, istituti scolastici, comuni, camere di commercio, ordine dei consulenti del lavoro), ed anche, infine, l'amministrazione statale, sia nei profili disciplinatori (in ragione della competenza generale, costituzionalmente orientata, a dettare le regole e i criteri di autorizzazione e di normazione delle attività esperibili sul mercato del lavoro), sia nei profili verificatori e sanzionatori (in virtù della attribuzione dei poteri di controllo e di sanzione ad opera dei servizi ispettivi del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, parimenti riformati).

In tale contesto, la cui complessità invero si dipana in termini di assoluta chiarezza e snellezza, procedurale e attuativa, ciò che emerge con evidenza è la necessità di inquadrare l'*argumentum* fondamentale e di fotografarlo nei suoi connotati sociali e normativi (3).

---

2003, n. 276: *alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 10 ss.

(2) Per una disamina di tali aspetti vedi: M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 149-177; M. TIRABOSCHI, *Riforma Biagi e Strategia Europea per la Occupazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 40 ss.; T. TREU, *Le politiche sociali europee*, in T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, 75 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato: per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996.

(3) Non è sostenibile che l'unica tutela possibile del lavoratore nel mercato è di natura "patologica" affermando che il cittadino-lavoratore anche nel nuovo quadro normativo si limiterà a ritrovare la propria "originaria condizione di *capite deminutus*" in quanto con difficoltà potrebbe trovare "un'identità personale, impedito com'è nel camminare con le proprie gambe e, per converso, bisognoso di continui sostegni":



In effetti, dopo l'attuazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30, non può più darsi seguito ad una ricostruzione del diritto del lavoro nella prospettiva dello studio di uno "statuto giuridico" del lavoratore tutto concentrato sulla corretta instaurazione del rapporto di lavoro, sul regolare inquadramento contrattuale (in tema di qualificazione e di disciplina) e sul sano svolgimento delle relazioni sinallagmatiche fra prestatore e datore di lavoro. L'odierno sistema giuridico in materia di lavoro impone, piuttosto, di ripensare lo "statuto giuridico" della persona che lavora<sup>(4)</sup>, già, preventivamente e anticipatamente, nella fase di *impact* diretto sul mercato del lavoro, al termine o nel compimento dei cicli di istruzione resi obbligatori per legge.

Finisce per tesserarsi in questa sede, allora, il tessuto connettivo in cui tutti i diversi istituti normativi del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dovranno correttamente operare, primo fra gli altri il contratto di somministrazione di lavoro nelle tre forme della somministrazione a termine (articolo 20, comma 4), della somministrazione a tempo indeterminato (articolo 20, comma 3) e della somministrazione in *workfare* (articolo 13).

Il lavoratore necessita di ricevere, fin dal momento iniziale del suo *approch* al lavoro, un quadro di tutele ben definito. Tutele che non sono semplicemente e solamente di natura "garantista", ma si evolvono in prospettive di "promozione" e di incentivo.

Sorge, dunque, l'esigenza, non ancora, ben è vero, troppo avvertita, di delineare i canoni e i criteri guida dello "statuto giuridico" del lavoratore sul mercato. La riconduzione a sistema della problematica ora rilevata non appare per sé semplice né nella fase teorica, né in sede più direttamente operativa: tuttavia, l'operazione di lettura sistematica delle tutele riconoscibili e degli strumenti adottabili a garanzia del lavoratore che cerca lavoro deve essere necessariamente condotta.

---

così invece L. ZOPPOLI, *Lavori e valori*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 15.

<sup>(4)</sup> In questo senso rileva specificamente l'idea di un diritto del lavoro come diritto della persona, prima ancora di essere diritto della persona che lavora, così D. GAROFALO, *Formazione e lavoro tra diritto e contratto. L'occupabilità*, Cacucci, Bari, 2004, 75 ss.; E. ALES, *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un "sistema integrato di microsistemi"*, in *ADL*, 2001, n. 3, 986 ss. Per una valorizzazione della problematica nell'ottica della nuova Costituzione Europea (Trattato di Roma del 29 ottobre 2004), si vedano le riflessioni di M.C. BARUFFI, I. VIARENGO, *La Costituzione europea: quale tutela per i lavoratori?*, in *GLav*, 2004, n. 47, 41 ss.

Concetti-chiave per l'elaborazione della sistematica teorico-pratica dello "statuto giuridico" del lavoratore sul mercato sembrano allora da doversi identificare in: trasparenza, informazione, formazione, perequazione e vigilanza.

La "trasparenza" del mercato del lavoro pare potersi fotografare nell'imminenza della piena operatività delle nuove agenzie per il lavoro e di una attiva implementazione dei rapporti fra pubblico e privato in un approccio sinergico, tanto innovativo quanto proliferativo.

Della "informazione" si trova invece un vero e proprio cardine nella borsa continua nazionale del lavoro, dalla quale ci si attende un pieno e definitivo *open space* a disposizione di tutti i lavoratori e i cercatori di lavoro, ovunque dimoranti, da cui acquisire, in parallelo, sia le notizie relative alle "offerte" di lavoro, sia quelle relative alle occasioni di formazione o di aggiornamento professionale.

A proposito di "formazione" va segnalato che questo pilastro del nuovo diritto promozionale del lavoro rappresenta un vero snodo strategico per il corretto (in termini di efficacia e di efficienza) funzionamento del mercato del lavoro: una formazione continua e mirata che evolva progressivamente in ragione dello sviluppo e della crescita sociale e dei contesti organizzativi d'impresa.

Quanto poi alla "perequazione" si deve leggere in tale concetto la complessiva azione condotta dal legislatore, in piena attuazione dei principi costituzionali di uguaglianza e di non discriminazione (articolo 3 Cost.), a favore dei lavoratori "svantaggiati" al fine di ripristinare le "pari condizioni" di partenza nell'avvicinamento reale e convincente alle occasioni di lavoro e, prima ancora, dei momenti di incontro fra domanda e offerta di lavoro <sup>(5)</sup>.

Da ultimo, non si può configurare sensatamente una sistematica dello "statuto giuridico" del lavoratore nella fase antecedente alla instaurazione di un rapporto di lavoro somministrato senza tenere presente anche la "vigilanza" ovvero il fenomeno generale della "tutela" ispettiva a garanzia del concreto ed effettivo riconoscimento alla persona che cerca lavoro dei diritti che si attualizzano nella simbiosi or-

---

<sup>(5)</sup> In questo senso ho parlato, in sede di primo commento, di applicazione costituzionalmente orientata del principio di parità di trattamento e di giustizia sostanziale, ai sensi dell'art. 3 Cost., vedi P. RAUSEI, *La nuova era del collocamento pubblico e privato*, in *DPL*, 2003, n. 32, 2138. *Contra* L. ZOPPOLI, *op. cit.*, per il quale, invece, la tutela nel mercato "non costituisce, *sul piano dei valori costituzionali* (anzitutto, della libertà e della dignità della persona), una seria alternativa".

ganica fra le diverse dinamiche insorgenti dalle singole concettualità ora elencate.

Appare chiaro, allora, che cosa debba intendersi per “statuto giuridico del lavoratore nel mercato”: si tratta, in effetti, della individuazione di un quadro normativo ben definito volto a perseguire in modo “dinamico” <sup>(6)</sup> la tutela dei diritti della persona in tutti i periodi della sua vita lavorativa, che si situano fra l’ingresso nel mercato del lavoro e l’avvio di un percorso occupazionale, ovvero fra il ritorno nel mercato e il re-inserimento in un nuovo rapporto di lavoro.

Parlare di “statuto”, peraltro, sta a significare la risposta giuridicamente confacente ad una duplice esigenza: da un lato quella di superare stabilmente, in prospettiva dinamico-evolutiva, ogni rischio di disuguaglianza e di discriminazione nei confronti della risorsa umana da collocare, secondo criteri di occupabilità e di adattabilità, in singole organizzazioni precisamente individuate; dall’altro quella di valorizzare in modo permanente le peculiarità soggettive e le competenze tecnico-professionali di ciascuno attraverso idonei strumenti informativi e adeguati percorsi formativi.

## **2. La sinergia “pubblico-privato” come garanzia di trasparenza del mercato e di informazione.**

La delineazione dello statuto giuridico del lavoratore nel mercato del lavoro si configura, nel corpo del decreto legislativo n. 276/2003, fin dalla caratterizzazione dei nuovi criteri e canoni organizzativi degli operatori sul mercato <sup>(7)</sup>.

Nessun dubbio, infatti, può rilevarsi con riferimento alla valutazione in tal senso dei soggetti deputati a regimentare il sistema dell’incontro fra domanda e offerta di lavoro.

La coniugazione differenziale ma sinergica degli ambiti di attività

---

<sup>(6)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, 321 ss.

<sup>(7)</sup> Vedi in argomento le riflessioni di P.A. VARESI, *Il nuovo sistema del collocamento e di servizi per l’impiego nella riforma del mercato del lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 15 ss.

degli operatori pubblici già sedimentati sul territorio nazionale nelle specificazioni provinciali (centri per l'impiego) con quelli dei nuovi operatori privati, titolari di interventi proattivi a spettro variabile (agenzie per il lavoro), rappresenta il primo livello di strutturazione dello "statuto giuridico" di cui si tenta di definire lo schema normativo vigente <sup>(8)</sup>.

Attori pubblici e agenzie per il lavoro coniugano in termini chiari e coincidenti, sia pure sotto i differenti profili d'azione e di operazione a ciascuno assegnati, l'esigenza di trasparenza e di informazione, sia in entrata sia in uscita <sup>(9)</sup>.

In buona sostanza, anzitutto rileva la strategia diversificata delle attività delle neonate agenzie che si dispone, accanto e oltre alla somministrazione di lavoro, su un triplice spettro operativo, muovendo primariamente dalla ricerca e dalla individuazione del lavoratore più adatto, perché competente e capace, a soddisfare le specifiche esigenze della singola impresa (attraverso la disamina analitica delle esigenze imprenditoriali, la inicializzazione di un dettagliato programma di ricerca delle candidature, la valutazione dei profili selezionati *ad hoc*, la formazione dei candidati, per il concreto e conseguente inserimento assistito nell'organizzazione aziendale).

Segue poi la complessa attività del vero e proprio "collocamento", vale a dire della mediazione tra domanda e offerta di lavoro, che si rivolge, indistintamente, anche ai lavoratori svantaggiati e, fra questi, alle persone con disabilità: partendo dalla raccolta dei *curricula* dei lavoratori e dei cercatori di lavoro (inoccupati o disoccupati), procedendo a forme di preselezione per la costituzione di appositi *data base*, a percorsi di orientamento professionale, nonché alla progettazione e allo svolgimento di azioni formative mirate all'inserimento nei vari contesti lavorativi, per concludere, infine, anche attraverso l'attivazione di azioni promozionali di incontri tra cercatori e datori di lavoro e l'espletamento degli adempimenti informativi relativi alle assunzioni intermedie (comunicazioni).

---

<sup>(8)</sup> Vedi anche le annotazioni di P. OLIVELLI, *Pubblico e privato nella riforma dei servizi per l'impiego*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 3 ss.

<sup>(9)</sup> Valga la pena richiamare i riflessi economici di tale strutturazione e organizzazione del mercato del lavoro, cfr. M. SIGNORELLI, *L'impatto della Riforma Biagi: una prospettiva economica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 403 ss.

Da ultimo, rileva l'azione specifica del ricollocamento dei lavoratori (singoli o gruppi), con percorsi formativi mirati, con interventi di affiancamento e di tutoraggio a seguito dell'ingresso nella nuova realtà lavorativa.

D'altro canto, le iniziative di ricerca e selezione, di intermediazione e di supporto alla ricollocazione del personale, ora sinteticamente descritte quale ambito privilegiato d'azione delle nuove agenzie, rappresentano, già nel contesto della riforma dei servizi per l'impiego (decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, e decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, come modificato dal decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297), il naturale quadro operativo dei centri per l'impiego, vale a dire degli operatori pubblici che operano in ambito provinciale secondo gli indirizzi stabiliti dalle singole Regioni <sup>(10)</sup>.

Gli attori pubblici preesistenti alla riforma introdotta dal decreto legislativo n. 276/2003, in effetti, si rivolgono ai lavoratori (ed anche alle imprese) con il prioritario obiettivo di incentivare e favorire occasioni di incontro fra domanda e offerta di lavoro, svolgendo azioni specifiche e coordinate che vanno dalla prima accoglienza del cercatore di lavoro (inoccupato o disoccupato), passando per gli interventi di orientamento, che si concentrano specialmente sul fornire le informazioni necessarie per acquisire notizie circa le offerte occupazionali e sulla conoscenza del quadro normativo (diritti e doveri), per approdare a veri e propri percorsi di formazione, appositamente finalizzati all'inserimento lavorativo, senza omettere le azioni di preselezione dei diversi profili dei lavoratori, di consulenza orientata alle imprese e di assistenza alle persone disabili e ai lavoratori svantaggiati.

In questo nuovo disegno istituzionale del mercato del lavoro, peraltro, il decreto legislativo n. 276/2003 pone al fianco dei tradizionali operatori pubblici e dei nuovi operatori privati, chiamati ad operare fra loro in piena sintonia e sinergia, altre figure innovative (nel settore della intermediazione di lavoro) selezionate fra soggetti pubblici e privati operanti nell'ambito dell'istruzione, del lavoro o del sociale nelle specifiche territorialità: comuni, camere di commercio, istituti scolastici di secondo grado (statali e paritari), associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, associazioni riconosciute di rilevanza nazionale per la tutela e l'assistenza

---

<sup>(10)</sup> Cfr. per i diversi aspetti M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003.

delle attività imprenditoriali, Enti bilaterali, Fondazione appositamente costituita dall'Ordine nazionale dei consulenti del lavoro <sup>(11)</sup>.

Come appare chiaro, quindi, il decreto legislativo n. 276/2003 non soltanto segna il definitivo completamento e avvio della complessa azione riformatrice dei servizi per l'impiego, ma delinea un sistema capillare, coerente nel suo insieme, di attori pubblici e privati che operano in regime competitivo e concorrenziale, con l'unica identica finalità di garantire l'efficienza e l'efficacia degli interventi di intermediazione fra domanda e offerta di lavoro, in un quadro di assoluta trasparenza e di libera circolazione delle informazioni sulle occasioni di occupazione disponibile, nonché sui lavoratori potenzialmente occupabili <sup>(12)</sup>.

Trasparenza che si presenta fin troppo netta nell'approccio globale al sistema degli operatori, vecchi e nuovi, sol che si pensi alle interazioni necessarie fra questi e quelli, nonché alle ulteriori garanzie poste dal legislatore che muovono su tre versanti distinti: l'interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro; l'azione di contrasto all'abusivismo; l'affermazione di diritti e tutele specifiche per la generalità dei lavoratori.

## 2.1. La borsa lavoro.

Anzitutto, che la borsa continua nazionale del lavoro sia, nel suo specifico, una novità assoluta sotto il profilo anatomico ed una valvola

---

<sup>(11)</sup> Sui soggetti istituzionali che possono muoversi nel mercato del lavoro accanto alle agenzie e ai centri per l'impiego cfr. A. PIOVESANA, *Regimi particolari di autorizzazione all'intermediazione nel mercato del lavoro*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. I, 170 ss.

<sup>(12)</sup> Sul punto si rinvia, per completezza di analisi, alle osservazioni manifestate e argomentate da M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, cit., 329, il quale sottolinea l'esigenza di evitare che "la conoscenza e la gestione dei flussi occupazionali, considerata un tempo un bene/funzione di interesse pubblico" finisca per rimanere patrimonio esclusivo o privilegiato delle agenzie private, denunciando senza mezzi termini che "se non adeguatamente controllata, la privatizzazione dei flussi di informazione sui mercati del lavoro rischia tuttavia di ingenerare gravi forme di segregazione e discriminazione nell'accesso al lavoro nei confronti proprio delle fasce più deboli della forza-lavoro".

di trasparenza nel suo aspetto fisiologico, appare un dato strutturale innegabile: la connessione al sistema di rete della borsa rappresenta, in sé, un requisito di legittimità ed una preconditione per ottenere l'autorizzazione all'esercizio di una qualsiasi delle attività autorizzabili sul mercato del lavoro, nonché per conseguire l'iscrizione nella competente sezione dell'Albo nazionale informatico delle agenzie per il lavoro (13).

Alla base del buon andamento del mercato del lavoro riformato sta, dunque, il corretto funzionamento della "borsa", ovvero di quel "sistema aperto" — come recita l'articolo 2, comma 1, lettera g), del decreto legislativo n. 276/2003 — su base telematico-informatica per l'incontro, virtuale e reale, fra domanda e offerta di lavoro, pensato propriamente per "favorire la maggior efficienza e trasparenza del mercato del lavoro", nel cui ambito tutti i soggetti interessati (cittadini, lavoratori, disoccupati, persone in cerca di un lavoro, soggetti autorizzati o accreditati e datori di lavoro) "possono decidere di incontrarsi in maniera libera" e all'interno del quale "i servizi sono liberamente scelti dall'utente".

Si tratta in buona sostanza del completamento, anche in ottica informatica e telematica, del quadro della moderna costruzione e del nuovo modello di gestione e di organizzazione del mercato del lavoro.

La convinzione chiara del legislatore è quella per cui un sistema di informazioni precise e dettagliate, raccolte in modo corretto su base regionale e diffuse in modo trasparente a livello nazionale, è la vera assoluta garanzia per il successo del nuovo collocamento pubblico-privato, strutturato per agenzie e servizi, suddiviso fra competenze (generali) statali e (locali) regionali (14).

La borsa continua nazionale del lavoro è, dunque, un sistema informativo aperto e trasparente di incontro tra domanda e offerta di lavoro basato su un *network* di nodi regionali (articolo 15); un sistema alimentato da informazioni immesse liberamente dagli operatori (pubblici e privati) autorizzati o accreditati, dai lavoratori e dai datori di lavoro.

D'altro canto, la borsa del lavoro è liberamente accessibile ed è

---

(13) Vedi M. TIRABOSCHI, *La borsa continua nazionale del lavoro*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 573 ss.

(14) Cfr. A. OLIVIERI, *Borsa continua nazionale del lavoro. Principi e criteri generali*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *op. cit.*, 308 ss.; L. CERRI, *L'informatizzazione del sistema*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *op. cit.*, 154 ss.



consultabile da un qualunque punto della rete, in ambito nazionale: lavoratori e imprese possono inserire nuove candidature o richieste di personale direttamente, senza doversi rivolgere ad intermediari di sorta, attraverso accessi appositamente dedicati e predisposti <sup>(15)</sup>.

La frontiera delle tutele dello statuto giuridico del lavoratore nel mercato viene, quindi, presidiata dalla borsa continua nazionale del lavoro sotto un duplice profilo: quello dell'informazione capillare e quello della trasparenza del sistema degli operatori e delle stesse informazioni dagli stessi raccolte e trasmesse.

Peraltro, nell'affrontare il passaggio obbligato della definizione di un sistema informativo di supporto al nuovo *skill* organizzativo del mercato del lavoro, il legislatore non ha perso l'occasione preziosa per studiare e approntare un modello aperto che, rifuggendo dalle logiche "spartitorie" delle competenze costituzionali, ha abbracciato con decisione e coraggio la struttura per funzioni e per servizi.

La libertà di accesso informativo (attivo e passivo) alla borsa nazionale del lavoro corrisponde esattamente all'attuazione del combinato disposto degli articoli 4 e 120 Cost., laddove per garantire effettivamente ed efficacemente il godimento del diritto al lavoro, lo stesso non può venire limitato o vincolato, in forma anche solo *lato sensu* discriminatoria, nelle diverse parti d'Italia.

L'attuale superfetazione e moltiplicazione dei sistemi informatici e dei *data base* contenenti informazioni utili allo scambio e all'incontro fra domanda e offerta di lavoro dovrà essere superata con la costituzione e il progressivo sviluppo della borsa del lavoro. I dati dei centri per l'impiego, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, delle agenzie per il lavoro, delle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro e così via dovranno accentrarsi in un unico sistema che consentirà davvero, a regime, di vedere il mercato quale unico "signore" del mercato, *mutatis mutandis* dotato di una sorta di "mano invisibile" che lo ponga in grado di autoalimentarsi, rendendosi sempre accessi-

---

<sup>(15)</sup> Peraltro, tutte le operazioni di incrocio fra domanda e offerta di lavoro vengono sottoposte ad una dettagliata procedura informatica di identificazione, che rende liberamente accessibile la consultazione della "bacheca annunci" riguardante le offerte di lavoro, mentre richiede una apposita *password* identificativa per inserire una risposta ad una offerta specificamente individuata, proprio a tutela della libertà e della identità del lavoratore nel mercato del lavoro. Cfr. M. MEZZANZANICA, M. FUGINI, *Prospettive di sviluppo della borsa continua nazionale del lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 617 ss.




bile, in ogni momento e circostanza, da parte di tutti gli attori del mercato stesso <sup>(16)</sup>.

## 2.2. Il contrasto all'abusivismo.

La scelta di una lotta serrata contro l'abusivismo muove il legislatore non soltanto nei confronti della somministrazione in sé considerata, ma anche nella tutela del mercato del lavoro come tale e, in specie, della trasparenza e della libera informazione, a garanzia del nuovo statuto giuridico del lavoratore nel mercato stesso.

Fin dalla prima versione del decreto legislativo n. 276/2003 si è previsto un trattamento sanzionatorio differenziato per l'abusivismo nell'intermediazione, rispetto a quello relativo alla somministrazione <sup>(17)</sup>. Il decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, non ha fatto altro, sul punto, che consolidare e confermare l'impianto sanzionatorio (pene pecuniaria e detentiva) *ab initio* stabilito, chiarendo tuttavia la questione insorta per il tenore originario della lettera della legge circa la supposta duplicazione di fenomeni illeciti, quello dell'esercizio non autorizzato e quello dell'abusivismo: l'esercizio non autorizzato dell'attività di intermediazione è l'esercizio abusivo e, come tale, soggetto alla sanzione penale congiunta dell'arresto e dell'ammenda.

---

<sup>(16)</sup> Cfr. decreto del Ministro del *welfare*, di concerto con il Ministro della innovazione e della tecnologia, 13 ottobre 2004, emanato ai sensi dell'art. 16 del d.lgs. n. 276/2003, in  *Borsa continua nazionale del lavoro*. Peraltro, in attesa della piena operatività, gli operatori pubblici e privati possono ottemperare all'obbligo d'interconnessione con la borsa del lavoro attraverso uno dei nodi regionali già attivi, garantendo in tal modo fin d'ora i sottolineati profili di tutela dello "statuto giuridico" del lavoratore nel mercato.

<sup>(17)</sup> L'esercizio abusivo della attività di intermediazione risulta punito (art. 18, comma 1, d.lgs. n. 276/2003) con la pena congiunta dell'arresto fino a 6 mesi e dell'ammenda da 1.500 a 7.500 euro. Opera la circostanza attenuante ad effetto speciale della mancanza dello scopo di lucro, che riduce e modifica la pena alla sola ammenda da 500 a 2.500 euro. Operano, infine, l'aggravante ad effetto speciale dello sfruttamento dei minori (arresto fino a 18 mesi e ammenda aumentata fino al sestuplo) e la sanzione penale accessoria della confisca del mezzo di trasporto utilizzato. Cfr. P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume, e ID., *Profili sanzionatori: penale, amministrativo e previdenziale*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 123 ss.; S. CAROTTI, *Il nuovo regime sanzionatorio in materia d'intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 451 ss.; S. VERGARI, *L'apparato sanzionatorio nella riforma del mercato del lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *op. cit.*, 229 ss.

Viene ad essere sanzionato il semplice svolgimento illegale del servizio, senza condizionare l'intervento punitivo all'effettiva successiva assunzione del personale interessato dalla intermediazione, a riprova della finalità "preventiva" di questo reato. Ulteriore argomento che rafforza la tesi qui sostenuta della finalità garantista della punibilità penale dell'intermediazione abusiva si rinviene proprio nella scelta della pena congiunta (arresto e ammenda), tale da rendere il reato *de quo* esente dalle procedure di estinzione in via amministrativa (articolo 15 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124), obbligando il contravventore ad esporsi al procedimento penale.

Sotto altro profilo, è analogamente punito con sanzioni penali *ad hoc* l'abusivismo nella ricerca e selezione e nel supporto alla ricollocazione professionale. La dizione dell'articolo 18, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 (nella forma vigente fino al 25 ottobre 2004), genericamente rivolta a sanzionare l'esercizio non autorizzato di tutte le attività dell'articolo 4, comma 1, non si attagliava a tali attività: qui non si ha, esattamente come nella intermediazione, un rapporto di lavoro già instaurato sulla base del quale poter calcolare l'importo della pena secondo i parametri proporzionali progressivi indicati (giornate di occupazione e lavoratori occupati).

Da questa considerazione muove l'esigenza manifestata in dottrina di riformulare l'impianto sanzionatorio, prontamente raccolta dal decreto legislativo n. 251/2004 che, ripetendo lo schema sanzionatorio adottato per l'intermediazione abusiva, ha stabilito il *quantum* della pena pecuniaria dell'ammenda dimezzandolo nelle due ipotesi lucrativa e non lucrativa separatamente individuate<sup>(18)</sup>.

### 2.3. Diritti e tutele dei lavoratori.

Il legislatore della riforma, da ultimo, non ha ommesso neppure di considerare la necessità di prevedere alcune forme specifiche di tutela a garanzia di alcuni diritti soggettivi dei lavoratori, attori protagonisti, non meri spettatori, della "nuova era" del collocamento<sup>(19)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Sul punto sia permesso rinviare a P. RAUSEI, *Le novità del correttivo alla Riforma del lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 43, inserto, XII-XIII.

<sup>(19)</sup> Si insiste nel testo circa la individuazione nel d.lgs. n. 276/2003 del coronamento dei principi fondanti una possibile "nuova era" del collocamento, sebbene alcuni Autori, con secchezza degna di miglior causa, abbiano bocciato tale classifica-

Sono così espressamente affrontate, nel capo II del titolo II del decreto legislativo n. 276/2003, le questioni del rispetto della riservatezza dei dati personali, della veridicità e fondatezza dei dati diffusi a mezzo campagne informative o di stampa, del divieto delle indagini sulle opinioni dei lavoratori, del divieto dei trattamenti discriminatori, del divieto di porre oneri a carico del lavoratore in cerca di lavoro.

Esaminiamo sinteticamente, *ratione materiae*, ciascuna di queste forme di tutela, che esplicano integralmente la loro efficacia e la loro coerenza nei confronti delle agenzie per il lavoro di somministrazione, nell'alveo dello statuto giuridico del lavoratore nel mercato del lavoro, con l'espressa finalità di prevenire e contrastare quelle che sono state efficacemente definite "nuove fonti di diseguaglianza sui mercati del lavoro" (20).

*Tutela della "privacy"*. L'articolo 8 del decreto legislativo n. 276/2003 assegna al Ministero del lavoro in sede centrale il compito di garantire la riservatezza dei dati forniti dal lavoratore alle singole agenzie per il lavoro, le quali, peraltro, unitamente agli altri operatori pubblici e privati, autorizzati o accreditati, devono assicurare ai lavoratori il diritto e la libertà di indicare i soggetti cui i dati possono essere comunicati (21). Agenzie ed operatori, inoltre, devono altresì garantire l'ambito di diffusione indicato dagli stessi lavoratori, al fine di rendere attuabile il soddisfacimento del diritto al lavoro (articolo 4 Cost.).

---

zione: "Da un punto di vista generale, va subito rilevato che — nonostante l'enfasi che una certa stampa, evidentemente poco informata, ha posto su questi interventi, dando l'idea che si fosse all'anno zero e che grazie ad essi sia finalmente iniziata una nuova era — le scelte compiute dal legislatore in quest'area si collocano, prevalentemente, in una linea di sostanziale continuità con le politiche perseguite dai precedenti governi", così testualmente F. LISO, *Commento all'articolo 3*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI et AL., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 45 ss.

(20) Così A. ACCORNERO, *Nuove fonti di diseguaglianza sui mercati del lavoro*, in L. GALLINO (a cura di), *Disuguaglianze ed equità in Europa*, Giappichelli, Torino, 1993, 237-263. Insiste sul punto anche M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, cit., 327, che testualmente sottolinea: "Persino negli ordinamenti dove non esiste una regolamentazione specifica della fattispecie non mancano disposizioni dirette a reprimere eventuali prassi discriminatorie nella selezione e nella fornitura di personale temporaneo e a consentire una migliore distribuzione del flusso di informazioni sui mercati del lavoro".

(21) Cfr. M. TIRABOSCHI, *La circolazione delle informazioni sul mercato e i profili di tutela della privacy*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 583 ss. Lo stesso M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite*

*Campagne informative.* Sempre nel quadro di una tutela generalizzata dello statuto giuridico del lavoratore sul mercato, l'articolo 9 del decreto legislativo n. 276/2003 vieta le informazioni comunicate con qualsiasi mezzo (stampa, internet, televisione o altri) e in qualsiasi modo, con riguardo alla ricerca e selezione del personale, al ricollocamento professionale dei lavoratori, alla intermediazione o alla somministrazione di lavoro che siano effettuate in forma o veste anonima <sup>(22)</sup>.

Sono inoltre comunque vietate le comunicazioni poste in essere da operatori pubblici o privati che non siano autorizzati o accreditati.

Fanno eccezione soltanto le campagne informative che tuttavia facciano esplicito riferimento a soggetti accreditati o autorizzati ovvero ad entità giuridiche ad essi collegati (o perché parte del gruppo di imprese o in quanto controllati o controllanti).

La stessa norma prevede, poi, che in tutte le comunicazioni rivolte ai terzi, anche a fini pubblicitari, che utilizzino qualsivoglia strumento e forma di comunicazione (compresa la corrispondenza elettronica), le agenzie per il lavoro e gli altri operatori autorizzati o accreditati devono indicare gli estremi del provvedimento di autorizzazione o di accreditamento.

Il legislatore intende eliminare in radice la possibilità di informazioni pubblicate da operatori illegali, al fine di evitare ogni tipo di condotta elusiva o in frode alla legge in una materia in cui sono massimamente coinvolti i diritti dei lavoratori, ovvero la ricerca di un posto di lavoro e l'avviamento al lavoro.

Si mira a tutelare il lavoratore con riferimento alla corretta identificazione dei soggetti che operano sul mercato del lavoro: non a caso la violazione delle disposizioni contenute nell'articolo 9 del decreto legislativo n. 276/2003 costituisce fattispecie autonoma di illecito amministrativo.

L'articolo 19, comma 1, del medesimo decreto, infatti, introduce una nuova ipotesi sanzionatoria, di tipo amministrativo, cui soggiacciono gli editori e i direttori responsabili delle riviste e dei giornali, nonché i gestori dei siti internet che pubblicano annunci o comunica-

---

*agenzia*, cit., 330, aveva già evidenziato che "tra le nuove forme di discriminazione si segnalano infine quelle relative al trattamento dei dati sensibili del lavoratore".

<sup>(22)</sup> Vedi per un approfondimento necessario C. BIZZARRO, *Comunicazioni a mezzo stampa, internet, televisione o altri mezzi di informazione*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 571 ss.

zioni informative in forma anonima oppure provenienti da soggetti non autorizzati o non accreditati <sup>(23)</sup>.

*Divieto di indagine e di trattamenti discriminatori.* La tutela della vita privata dei lavoratori e il rispetto del principio costituzionale di uguaglianza sostanziale sono espressamente richiamati dall'articolo 10 del decreto legislativo n. 276/2003 laddove tale disposizione vieta anzitutto “qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, alla affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, al sesso, all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla età, all'handicap, alla razza, all'origine etnica, al colore, alla ascendenza, all'origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro” <sup>(24)</sup>.

Fanno eccezione al divieto ora esposto esclusivamente le caratteristiche individuali che incidono sul modo di svolgimento del lavoro e degli elementi che costituiscono requisito essenziale per l'esecuzione delle prestazioni di lavoro considerate. Altra forma di velata eccezione è data dalla previsione del comma 2 dello stesso articolo 10 che stabilisce come le garanzie suddette non possono né devono comunque impedire alle agenzie e agli operatori di agevolare i lavoratori svantaggiati nella ricerca del lavoro.

Ulteriore divieto è quello di trattare dati personali dei lavoratori che non siano attinenti “strettamente” alle attitudini professionali e all'inserimento lavorativo.

Come si nota il divieto in argomento giunge a completare il quadro delle tutele del lavoratore rispetto alle attività pregiudizievoli svolte a suo danno, dopo l'analoga tutela già espressa dallo Statuto dei lavora-

---

<sup>(23)</sup> La sanzione amministrativa pecuniaria va da 4.000 a 12.000 euro ed è ammessa a sanzione ridotta (*ex art. 16, l. n. 689/1981*) per un importo pari a 4.000 euro. Nel silenzio della norma deve ritenersi che anche questa violazione amministrativa, che pure non colpisce un datore di lavoro, ma soltanto una “potenziale” realtà datoriale, debba essere vigilata dalle Direzioni provinciali del lavoro, competenti all'irrogazione della relativa sanzione pecuniaria. Cfr. P. RAUSEI, *Profili sanzionatori: penale, amministrativo e previdenziale*, cit., 149 ss.

<sup>(24)</sup> Cfr. sulle questioni in argomento I. DI SPILIMBERGO, *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 537 ss.; P. TULLINI, *Commento all'articolo 10*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI *et AL.*, *op. cit.*, 145 ss.

tori e qui richiamata, nell'articolo 18, decreto legislativo n. 276/2003, in sede di sanzione penale <sup>(25)</sup>.

Il combinato disposto degli articoli 10 e 18, comma 5, del decreto legislativo n. 276/2003, sostanzialmente, estende i medesimi divieti già previsti e sanzionati dagli articoli 15 e 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori), anticipando la tutela che originariamente garantiva il lavoratore esclusivamente durante lo svolgimento del rapporto di lavoro.

Ora le indagini sulle opinioni e sulle condizioni personali dei lavoratori, nonché i trattamenti discriminatori che potrebbero derivare dalle notizie riservate acquisite, sono vietati radicalmente anche nella fase antecedente alla costituzione del rapporto di lavoro.

Le agenzie per il lavoro e gli altri operatori, pubblici e privati, autorizzati e accreditati, sono soggetti attivi della contravvenzione in oggetto laddove tengano comportamenti atti a integrare la fattispecie illecita descritta nello svolgimento di una qualsiasi delle attività previste dall'articolo 4, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003.

Qui risiede, senza ombra di dubbio, uno dei particolari momenti di anticipazione strutturale delle tutele riconosciute al lavoratore fin dal suo ingresso nel mercato del lavoro, prima ancora del successivo (anche eventuale) inserimento lavorativo in azienda <sup>(26)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> In effetti, chiunque violi il disposto di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 276/2003, relativo al divieto di indagini sulle opinioni dei lavoratori e di trattamenti discriminatori a danno di questi, è punito con l'ammenda da 154 a 1.549 euro o con l'arresto da 15 giorni ad un anno, salvo che il fatto non costituisca più grave reato. Da ultimo, per quanto riguarda l'estinzione agevolata della pena e del reato, va segnalato che la contravvenzione in argomento è assoggettabile al nuovo potere di prescrizione degli ispettori del lavoro (art. 15 del d.lgs. n. 124/2004). Quando per le condizioni economiche del reo l'ammenda può presumersi inefficace anche se applicata nel massimo, il giudice ha facoltà di aumentarla fino al quintuplo. Nei casi più gravi le pene dell'ammenda e dell'arresto sono applicate congiuntamente. Sempre nelle situazioni di maggiore gravità l'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'art. 36 c.p., mentre le autorità ministeriali e regionali competenti provvedono alla sospensione dell'autorizzazione di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 276/2003. In caso di avvenuto riconoscimento della recidiva l'autorizzazione, seppure già sospesa, viene definitivamente revocata. Cfr. P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, cit., 111 ss.

<sup>(26)</sup> La centralità della tutela antidiscriminatoria nella fase del *matching* domanda-offerta di lavoro per una strutturazione dello "statuto giuridico" del lavoratore nel mercato del lavoro viene segnalata con forza già da M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro*

*Divieto di oneri per i lavoratori.* L'articolo 11 del decreto legislativo n. 276/2003 vieta agli operatori del mercato del lavoro di esigere e in ogni caso di percepire, direttamente o indirettamente, compensi dai lavoratori coinvolti nelle procedure di intermediazione o di somministrazione, così pure in quelle di ricerca e selezione del personale ovvero anche di ricollocazione professionale <sup>(27)</sup>.

Chiunque, nell'ambito di una agenzia per il lavoro o di altro operatore, esiga o comunque percepisca, direttamente o indirettamente, compensi (non soltanto in denaro) da parte del lavoratore, per avviarlo a prestazioni di lavoro, è punito con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda <sup>(28)</sup>.

Unica eccezione legalmente prevista è quella di cui all'articolo 11, comma 2, vale a dire alle ipotesi in cui l'operatore autorizzato e accreditato può percepire compensi da specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o per specifici servizi offerti, sulla scorta di tassative ed espresse previsioni da parte dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni datoriali e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale.

### **3. L'investimento in formazione quale strategia vincente per il mercato.**

Il decreto legislativo n. 276/2003, letto nel suo complesso, sembra sottendere l'idea di un nuovo modo di intendere e di vedere le

---

*intermittente tramite agenzia*, cit., 328, il quale con riferimento alla legislazione britannica (*Sex Discrimination Acts* del 1975 e del 1976, *Race Relations Act* del 1976) affermava la necessità di una estensione della tutela contro qualsiasi forma di discriminazione ad ogni tipologia di rapporti di lavoro, subordinati, autonomi e *sui generis*, nonché nei confronti di qualsivoglia "interferenza" di tipo discriminatorio nelle fasi *avant-contrat*, di incontro tra domanda e offerta di lavoro.

<sup>(27)</sup> Vedi per una disamina della questione, anche con riferimento all'analogo divieto stabilito dalla l. n. 196/1997: V. FORTI, *Divieto di oneri in capo ai lavoratori*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 537 ss.

<sup>(28)</sup> Pena alternativa dell'arresto non superiore ad un anno o dell'ammenda da 2.500 a 6.000 euro, ai sensi dell'art. 18, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003. Infine, anche qui, per quanto concerne l'estinzione agevolata della pena e del reato, la contravvenzione è assoggettabile alla prescrizione di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 124/2004. In aggiunta alla sanzione penale è disposta la cancellazione dell'agenzia dall'Albo. In generale sul sistema sanzionatorio cfr. P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, cit.



politiche attive del lavoro, non più concentrate sul sistema sociale dello Stato del benessere (*welfare*), ma piuttosto sul sistema della imprenditorialità e dell'autoimpiego (*workfare*) dove il lavoro diventa occasione di crescita personale e professionale mirata alla conduzione di una vita dignitosa, nel senso indicato dalla Carta costituzionale, e dove il diritto del lavoro abbandona definitivamente il proprio tradizionale *core business* per dedicarsi ad una nuova missione qual è quella di divenire diritto promozionale dell'occupazione, anziché, come per il passato, diritto gestionale dei rapporti di lavoro.

In questa prospettiva, precisamente, si muovono le norme che più direttamente, all'interno del decreto di riforma, dettano disposizioni di politica attiva del lavoro, a cavaliere fra un sistema di *welfare* in evoluzione progressiva e un innovativo sistema di *workfare* che cerca il percorso più idoneo per imporsi.

In siffatto contesto il legislatore non perde mai di vista uno dei connotati tipici del *more and better job*, ovvero la predisposizione e l'attuazione di percorsi formativi e orientativo-formativi mirati ad un effettivo inserimento dei lavoratori nelle singole realtà organizzative e imprenditoriali operanti a livello territoriale e locale nello Stato delle Autonomie <sup>(29)</sup>.

Il sistema degli operatori pubblici e privati introdotto e ridefinito dal decreto legislativo n. 276/2003 tiene conto degli indicatori relativi agli investimenti in capitale umano che finiscono per essere sempre più rilevanti al fine di spiegare correttamente i differenziali di competitività fra le diverse imprese e tra i singoli settori economici di riferimento <sup>(30)</sup>.

Diviene, allora, strategicamente centrale il ruolo delle nuove agenzie per il lavoro e dei centri per l'impiego proprio con riferimento ai processi di diffusione della "conoscenza" e alla disponibilità delle informazioni connesse e conseguenti.

Risiede qui, in effetti, la premessa essenziale e inevitabile per uno sviluppo serio di politiche attive, concretamente idonee a migliorare le opportunità di lavoro degli individui (occupabilità) e, nel contempo, a

---

<sup>(29)</sup> Cfr. in argomento A. BULGARELLI, *Verso una strategia di lifelong learning: stato dell'arte ed evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 569 ss.

<sup>(30)</sup> Sotto un profilo di valutazione e di verifica di impatto complessivo vedi R. ANGOTTI, F. FRIGO, *Monitoraggio e valutazione degli investimenti pubblici e privati in formazione continua*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 584 ss.



rafforzare l'intero sistema delle imprese (competitività), anche tramite il sostegno incondizionato alla formazione culturale e professionale dei lavoratori e dei cercatori di lavoro <sup>(31)</sup>.

L'attenzione degli interpreti e, soprattutto, degli operatori, dovrà dunque, per l'immediato, e per il futuro del mercato del lavoro, concentrarsi e focalizzarsi su quell'ampio spettro di attività formative, decise anche in sintonia con specifiche segnalazioni da parte del mondo imprenditoriale (e, perfino, finanziate o co-finanziate da singole imprese), finalizzate all'acquisizione di nuove competenze professionali o all'aggiornamento dei profili professionali già acquisiti o accreditati ai cercatori di lavoro.

Anzi, acquista maggiore spessore, nell'odierna sistematica giuridica e nell'attuale inquadramento della problematica in argomento, la proponibile progettazione di percorsi e corsi di formazione-orientamento che vengano ad esistenza soltanto dopo (e non prima, come fino ad oggi è stato) una analisi territoriale delle specifiche esigenze di occupabilità manifestate a livello comunale, provinciale e regionale: non ha più senso (se mai ne ha avuto!), a pena di un ennesimo fallimento del lavoro riformato, avviare a corsi di formazione per estetiste giovani e ragazze che poi, in concreto, potrebbero trovare, in quella data realtà, occupazione come parrucchiere.

L'investimento in una formazione selezionata e mirata, non a pioggia o a cascata, nella fase pre-occupazionale, diviene, pertanto, foderio di forti ripercussioni positive in termini secchi di occupabilità, ma anche, più direttamente, di risultanze favorevoli per il *matching* fra domanda e offerta di lavoro.

In buona sostanza la formazione, coniugandosi con l'informazione in un mercato del lavoro trasparente, diviene garanzia per una affermazione strategicamente vincente delle potenzialità occupazionali: il sistema di azioni formative degli attori pubblici e privati rappresenta il cuore di una nuova possibile strategia formativa intesa come azione preventiva di tutela contro un "collocamento al ribasso", sottolineando (e per certi versi ribadendo) la funzione promozionale propria della formazione per una manodopera più e meglio qualificata o ri-qualificata, che vince il rischio di ogni "precarizzazione" <sup>(32)</sup>.

---

<sup>(31)</sup> Vedi M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 323 ss.

<sup>(32)</sup> Sul punto cfr. specificamente M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e sommi-*

In questo senso, pertanto, un ruolo fondamentale potranno essere chiamate a svolgere proprio le agenzie di somministrazione e, in particolare, le attività di formazione professionale che le stesse porranno in essere nei confronti dei lavoratori interessati da attività di lavoro somministrato, anche mediante gli strumenti messi a disposizione dai Fondi *ad hoc* istituiti a norma dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 276/2003, sulla scorta dell'esperienza già maturata in base agli analoghi Fondi precedentemente normati dall'articolo 5 della legge 24 giugno 1997, n. 196 <sup>(33)</sup>.

Resta per ora il dubbio, tuttavia, per un eccessivamente farraginoso groviglio di passaggi e di competenze, che, almeno limitatamente al punto, sembra appesantire anziché alleggerire, il collocamento.

Salvo a voler pensare a forme variegate di coordinamento diretto, sotto un profilo strettamente operativo e nella dimensione locale considerata, fra i diversi attori, tali da immaginarne l'esplicazione in termini reali quale vero fattore coagulante di occupazione e di intermediazione, fulcro del mercato del lavoro, luogo di effettivo incontro della domanda e dell'offerta di lavoro, nell'ambito territoriale più prossimo al cittadino-lavoratore, secondo il principio comunitario di sussidiarietà <sup>(34)</sup>.

Ma a ciò si potrà giungere soltanto attraverso l'introduzione di un modello culturale di gestione delle relazioni e delle risorse umane che pare in Italia ancora prematuro e, per certi versi, antistorico.

Sarebbe necessario, infatti, nell'ottica di un *management by objectives*, pensare ai lavoratori, anche inoccupati o disoccupati, come risorse da valorizzare, con idonee attività formative, ciascuna per l'effettiva capacità produttiva e di *performance* e guardare al sistema impresa come entità dinamica in cui strategicamente collocare le risorse idonee

---

*nistrazione di manodopera*, cit., 325-326, che parla di formazione professionale come vero e proprio "antidoto" alla precarizzazione dei rapporti di lavoro.

<sup>(33)</sup> Per un'approfondita analisi sui Fondi *ex art.* 12 del d.lgs. n. 276/2003 vedi: G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *I fondi per la formazione e la tutela del reddito*, che segue, e M. PEDRAZZOLI, *Commento all'articolo 12*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI *et al.*, *op. cit.*, 157 ss.; M. NICOLINI, *I fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276/2003 (Artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, 123 ss.

<sup>(34)</sup> Vedi su questi temi, sia pure in prospettiva più generale, G. CANAVESI, *Regolazione del mercato del lavoro e principio di sussidiarietà*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 97 ss.

ad una sicura ottimizzazione dell'organizzazione (logistica) e del risultato (produzione).

Un passaggio per nulla agevole, in cui si gioca la vera forza riformatrice e, si direbbe meglio, “rivoluzionaria” della riforma Biagi che vuole invitare, anche attraverso il nuovo ruolo ritagliato per gli enti bilaterali e per la contrattazione collettiva, oltre ch  per i due canali sinergici del pubblico-privato e del centro-periferia (Stato-Regioni), il mondo dei datori e dei prestatori di lavoro ad un grande balzo (epocale) in avanti, senza tuttavia pensare all'indispensabile supporto relazionale pubblico (funzionari informati, preparati e competenti), non potendosi ovviamente affidare alle sole buone cure dei privati (che non operano senza scopo di lucro) la reale riuscita della nuova organizzazione del mercato del lavoro, specie sotto il profilo strategico della formazione.

#### 4. Il lavoratore svantaggiato: dal collocamento obbligatorio “mirato” al *workfare* sociale.

Come detto, aspetto innovativo della riforma del lavoro   l'anticipazione delle tutele dalla protezione sul rapporto di lavoro degli *insiders* alla tutela sul mercato del lavoro degli *outsiders*: in questa prospettiva l'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003 rappresenta una norma centrale nella ricostruzione del nuovo statuto giuridico del lavoratore sul mercato del lavoro <sup>(35)</sup>.

La disposizione, della cui “novit ” non pu  dubitarsi <sup>(36)</sup>, si propone di dettare linee guida per agevolare, incentivare e rendere realisticamente efficiente il “raccordo” fra gli operatori pubblici e quelli privati sul mercato del lavoro.

Come pure gi  da altri efficacemente notato <sup>(37)</sup>, il principale tema problematico in materia di raccordo fra pubblico e privato  

---

<sup>(35)</sup> Sia consentito rinviare a P. RAUSEI, *La somministrazione di lavoro in workfare*, in *DPL*, 2005, n. 1, 23 ss. Cfr. anche M. TIRABOSCHI, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico-privato: le agenzie sociali per il lavoro*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 314 ss.

<sup>(36)</sup> Vedi ad es., in questi termini, C. CORBO, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato nel mercato del lavoro*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *op. cit.*, 269 ss.

<sup>(37)</sup> Cos  precisamente E. SALSI, *Pubblico e privato nella gestione del collocamento: la Convenzione OIL n. 181/1997*, in *DLRI*, 1998, n. 2, 161 ss.

quello relativo alla necessità di evitare una distribuzione degli oneri del collocamento della manodopera in due serie ben distinte, fra loro differenziate con riguardo alla “appetibilità” della forza lavoro da collocare sul mercato, per effetto delle quali gli operatori privati lascerebbero esclusivamente agli operatori pubblici l’inserimento lavorativo dei lavoratori e delle lavoratrici privi di professionalità specifiche o appetibili e comunque in possesso di basse professionalità ovvero anche a rischio di esclusione sociale o di marginalità per ragioni strettamente afferenti a condizioni sociali o personali del cercatore di lavoro <sup>(38)</sup>.

Ed allora, l’articolo 13 può salubrementemente rivestire i panni di una norma fortemente incentivante il più “ricco” e potente fra gli operatori privati (le agenzie di somministrazione), affiancandolo di fatto operativamente ai centri e ai servizi provinciali per l’impiego nel collocamento della manodopera comunque svantaggiata, nel senso indicato dallo stesso legislatore della riforma <sup>(39)</sup>.

#### 4.1. I lavoratori svantaggiati.

La norma non contiene, per sé sola considerata, l’identificazione dei “lavoratori svantaggiati”, tuttavia la definizione legale di tale locuzione, ai fini della applicazione di tutti i singoli istituti del decreto legislativo n. 276/2003, è fornita in via generale dall’articolo 2, comma 1, lettera *k*), del decreto, laddove si afferma, testualmente, che va considerato lavoratore svantaggiato: “qualsiasi persona appartenente a una categoria che abbia difficoltà a entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro ai sensi dell’articolo 2, lettera *f*), del regolamento (CE) n. 2204 del 2002 della Commissione del 12 dicembre 2002 relativo alla applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato a favore della occupazione, nonché ai sensi dell’articolo 4, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381” <sup>(40)</sup>.

---

<sup>(38)</sup> Cfr. sul punto C. TIMELLINI, *La tutela per i lavoratori svantaggiati: il raccordo pubblico-privato e le cooperative sociali*, in L. GALANTINO (a cura di), *op. cit.*, 131-138.

<sup>(39)</sup> Vedi sul punto le argomentazioni contenute in L. DEGAN, P. TIRABOSCHI, *Le forme sperimentali di raccordo tra pubblico e privato: l’articolo 13 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 592-594.

<sup>(40)</sup> Per un elenco delle figure dei lavoratori classificabili come “svantaggiati”:

L'individuazione corretta dei soggetti che possono essere utilmente considerati come destinatari delle norme agevolative e incentivanti dettate dall'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003 rappresenta, di fatto, il presupposto indispensabile per una puntuale disamina della norma <sup>(41)</sup>.

D'altra parte, in adesione all'attuale schema di tutele nell'accesso al lavoro riconosciuto dal legislatore italiano, il decreto legislativo n. 276/2003 ha inteso uniformare all'elenco contenuto nel citato Regolamento CE anche quello, più breve, ma di non minore rilevanza, già

---

a) i lavoratori che abbiano difficoltà a entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro ai sensi del regolamento CE n. 2204/2002, ed in particolare: i giovani con meno di 25 anni o che abbiano completato il ciclo formativo da più di due anni, ma non abbiano ancora ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente (regolamento CE n. 2204); i lavoratori extracomunitari che si spostino all'interno degli Stati membri della Comunità europea alla ricerca di una occupazione (regolamento CE n. 2204); i lavoratori, appartenenti alla minoranza etnica di uno Stato membro, che debbano migliorare le loro conoscenze linguistiche, la loro formazione professionale o la loro esperienza lavorativa per incrementare la possibilità di ottenere una occupazione stabile (regolamento CE n. 2204); i lavoratori che desiderino intraprendere o riprendere una attività lavorativa e che non abbiano lavorato per almeno due anni, in particolare quei soggetti che abbiano dovuto abbandonare l'attività lavorativa per difficoltà nel conciliare la vita lavorativa e la vita familiare (regolamento CE n. 2204); i lavoratori adulti che vivano soli con uno o più figli a carico (regolamento CE n. 2204); i lavoratori che siano privi di un titolo di studio, di livello secondario o equivalente, o che abbiano compiuto 50 anni e siano privi di un posto di lavoro o in procinto di perderlo (regolamento CE n. 2204); i lavoratori riconosciuti affetti, al momento o in passato, da una dipendenza ai sensi della legislazione nazionale (regolamento CE n. 2204); i lavoratori che, dopo essere stati sottoposti a una pena detentiva, non abbiano ancora ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente (regolamento CE n. 2204); le lavoratrici residenti in una area geografica del livello NUTS II (Basilicata, Calabria, Campania, Puglia, Sardegna, Sicilia), nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100% della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150% del tasso di disoccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni civili precedenti (regolamento CE n. 2204); i disoccupati di lunga durata senza lavoro per 12 dei 16 mesi precedenti o per 6 degli 8 mesi precedenti nel caso di persone di meno di 25 anni d'età (regolamento CE n. 2204); b) gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di istituti psichiatrici, i soggetti in trattamento psichiatrico (l. n. 381/1991); c) i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare (l. n. 381/1991); d) i condannati ammessi alle misure alternative alla detenzione previste dagli artt. 47, 47-bis, 47-ter e 48 della l. n. 354/1975, come modificati dalla l. n. 663/1986, (l. n. 381/1991).

<sup>(41)</sup> Insiste sull'importanza della individuazione dei "lavoratori svantaggiati" anche M. TRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro e gruppi a rischio di esclusione sociale*, in *GLav*, 2004, n. 44, 23.

formante contenuto dispositivo in materia di cooperative sociali nel corpo della legge 8 novembre 1991, n. 381 (articolo 4, comma 1).

L'articolo 13, dunque, ha voluto di fatto operare una silloge perfetta fra quanti, in cerca di un definitivo ingresso o di un reinserimento nel mercato del lavoro, si trovano, per le più diverse causali e circostanze, soggettive od oggettive, a dover superare ostacoli che non sempre sono in grado di poter superare con le proprie energie e con le individuali capacità.

#### 4.2. La *ratio* sottesa all'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003.

La finalità dell'assunzione in *workfare* <sup>(42)</sup> si situa proprio nell'orbita di un sistema del collocamento sul mercato del lavoro, laddove la sinergia auspicata fra operatori pubblici ed operatori privati <sup>(43)</sup> spinge gli uni e gli altri a concorrere all'inserimento "proattivo" dei lavoratori svantaggiati, impedendo il risorgere, *rectius* il mantenimento, del troppo noto regime di auto-esclusione o di emarginazione nel quale sono normalmente confinati quanti per le più svariate ragioni non possono essere considerati nel pieno delle capacità lavorative.

La strada disegnata dal legislatore della riforma prende le mosse dal convincimento, maturato nella sequela di un'analisi senza pregiudizi degli effetti diretti dell'applicazione del contratto per fornitura di lavoro temporaneo, ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 196/1997, che la somministrazione di manodopera rappresenta il passaggio più opportuno al fine di garantire le parti dell'eventuale futuro contratto di lavoro.

Il datore di lavoro ha la facoltà obiettiva, senza vincoli eccessivi, fatti salvi i profili di sicurezza sul lavoro, di mettere oggettivamente e

---

<sup>(42)</sup> Sull'origine semantica del concetto di *workfare* che deriva da una lettura sincopata della locuzione *welfare to work*, si rinvia a L. NOGLER, *Commento all'articolo 13*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI *et AL.*, *op. cit.*, 176, nota 12.

<sup>(43)</sup> In piena sintonia con le indicazioni contenute nella Convenzione OIL n. 181/1997, ratificata in Italia nel febbraio 2000 e nel disegno specifico di una nuova strategia del collocamento fondata sul raccordo pubblico-privato e su una serie di politiche attive del lavoro, su cui cfr. D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in P. CURZIO, *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 54-57.

concretamente “alla prova” (44) il lavoratore svantaggiato prima di eventualmente assumerlo anche al fine di colmare la vacanza dei posti in organico alla luce della legislazione di protezione già vigente (si pensi alle scoperture di cui alla legge n. 68/1999).

Dal canto suo, appare di tutta evidenza come anche il lavoratore si trovi anzitutto a poter provarsi in un ingresso lavorativo effettivo nel mercato del lavoro, col duplice scopo di farsi apprezzare per le reali e concrete capacità lavorative in suo possesso, a prescindere da eventuali disagi fisici o psichici, e, non ultimo, di verificarsi alla prova con la manualità o la fatica della prestazione lavorativa nell’esperienza concreta di una singola organizzazione datoriale precisamente individuata, con l’opportunità di potersi fare somministrare presso utilizzatori diversi fintantoché non venga in luce una occupabilità efficace ed efficiente sia per il lavoratore che per l’impresa datrice di lavoro.

D’altronde, non può neppure sottacersi che operazioni come quella agevolata e istituzionalizzata dall’articolo 13 rappresentano l’integrazione di un più generale ed esteso canovaccio che coinvolge tutto il sistema del lavoro nell’ambito del moderno diritto comunitario del lavoro.

In effetti, occorre segnalare, sia pure di passata, che l’assunzione in *workfare* rappresenta, di fatto, ove estesamente diffusa, la realizzazione compiuta di uno dei pilastri della Strategia Europea per l’Occupazione, così come definiti nel contesto degli accordi che hanno portato al Trattato di Amsterdam (giugno 1997) e alle conclusioni del Consiglio Europeo straordinario sull’occupazione di Lussemburgo (novembre 1997), con la individuazione del principio delle “pari opportunità”, da leggersi in uno con gli altri (occupabilità, imprenditorialità e adattabilità), in chiave di lotta senza frontiere contro qualsiasi forma di discriminazione o di *deminutio* rispetto all’accesso al lavoro delle persone svantaggiate, anche mediante azioni di contrasto di carattere incentivante (45).

---

(44) Proprio sul profilo della “prova lunga” del lavoro temporaneo o interinale alcuni Autori si sono condivisibilmente concentrati per giustificare il punto teorico di partenza del *workfare*, vedi ancora, sul punto, L. NOGLER, *op. cit.*, 173-175.

(45) Per una chiara e sintetica esplicazione degli schemi e dei contenuti della Strategia Europea per l’Occupazione (SEO) nel suo complesso si rinvia a M. BIAGI, M. TRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, §§ 98-102.



### 4.3. Gli incentivi e le sanzioni.

L'articolo 13, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003, contiene due distinte tipologie di interventi incentivanti e beneficianti in capo al datore di lavoro somministratore al fine di agevolare l'inserimento lavorativo dei lavoratori svantaggiati.

Tali diverse opportunità occupazionali, peraltro, si distinguono anche con riferimento alle categorie di lavoratori concretamente assoggettabili ai regimi normativi individuati, giacché soltanto per il primo tipo di incentivi — articolo 13, comma 1, lettera *a*) — l'agenzia di somministrazione potrà procedere ad assumere qualsiasi lavoratore comunque identificabile in almeno una delle categorie più sopra elencate, mentre il secondo ambito di incentivi potrà riguardare solo alcuni fra i medesimi soggetti.

Procedendo con ordine occorre, preliminarmente, segnalare che le tipologie di intervento stabilite dalla disposizione argomentata sono di due diversi tipi e possono trovare applicazione sia alternativamente che cumulativamente sussistendone i presupposti e i requisiti.

Peraltro, entrambe le tipologie di incentivo risultavano condizionate, nella loro diretta ed effettiva applicabilità, alla emanazione di specifiche normative di carattere regionale: l'articolo 13, comma 6, del decreto legislativo n. 276/2003, in effetti, stabiliva che la piena operatività delle disposizioni incentivanti, ora riassunte e contenute nel comma 1 del medesimo articolo, fosse connessa, sotto un profilo temporale, con "la data di entrata in vigore di norme regionali che disciplinino la materia".

Nella constatata *impasse* degli ordinamenti regionali, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con la circolare 23 ottobre 2004, n. 41, intese ribadire espressamente che, nelle more, avrebbero potuto trovare applicazione concreta anche immediatamente purché attraverso apposite convenzioni, attivate ai sensi del citato articolo 13, comma 6, fra operatori privati autorizzati e gli Enti territoriali istituzionali (Regioni, Province o Comuni) appositamente individuati dal legislatore.

Successivamente, nell'ottica di una azione volta ad incentivare la competitività delle imprese, in sede di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, la legge 14 maggio 2005, n. 80, ha inserito nel corpo dell'originario testo normativo un articolo 1-*bis*, comma 1, che prevede seccamente l'abrogazione del comma 6 dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003, rendendo di fatto immediatamente



operativa l'assunzione (*rectius* la “presa in carico”) in *workfare*, senza più alcun rinvio alla legislazione regionale o a transitorie convenzioni intertemporali, a far data dal 15 maggio 2005 <sup>(46)</sup>.


In effetti, la possibilità di derogare alla rigida regola di tutela della parità di trattamento retributivo, riconosciuta in via generale a tutti i lavoratori somministrati nel raffronto con i lavoratori in forza presso le singole aziende nelle quali vengono ad essere utilizzati, opera quale incentivo di non scarso significato nei confronti di tutti i somministratori autorizzati.

D'altronde, va senza meno rilevato che questa tipologia di incentivo incide positivamente tanto sul somministratore quanto sull'utilizzatore: l'abbassamento del *quantum* retributivo dovuto dal somministratore e rimborsato dall'utilizzatore avvantaggia entrambi gli attori dell'operazione negoziale di carattere commerciale che sta a fondamento della somministrazione di lavoro.

L'assunzione in *workfare* deve consistere in un contratto di lavoro subordinato, di durata non inferiore a sei mesi, stipulato fra una agenzia di somministrazione e un lavoratore svantaggiato, che contiene un apposito piano di inserimento sul lavoro, con specifica individuazione delle caratteristiche professionali del lavoratore e delle azioni formative e informative necessarie perché lo stesso sia effettivamente inserito nell'organizzazione datoriale, con declaratoria degli obiettivi perseguibili e degli interventi utili alla riqualificazione finale del lavoratore stesso.

La “presa in carico” <sup>(47)</sup> del lavoratore “svantaggiato” da parte dell'agenzia di somministrazione, dunque, è strutturalmente connessa alla specifica individuazione di un progetto/piano di inserimento/rein-

---

<sup>(46)</sup> Sulle novità introdotte in argomento dalla l. n. 80/2005, in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 19, si veda M. TIRABOSCHI, *Pacchetto competitività e riforma Biagi*, in *GLav*, 2005, n. 22, 11 ss., il quale sottolinea anche la spinta data al legislatore, sul punto, dalla sentenza della C. Cost. n. 50/2005.

<sup>(47)</sup> Perché si realizzi la effettiva “presa in carico” del lavoratore svantaggiato non è sufficiente l'assunzione dello stesso, ma un'assunzione che possa essere qualificata “in *workfare*” vale a dire che contenga i requisiti oggettivi di cui all'art. 13, comma 1, cfr. M. GARATTONI, *Commento all'articolo 13*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, Padova, 2004, 215.

serimento lavorativo, che trova la sua esatta normazione all'interno dei parametri oggettivi contenuti nelle convenzioni di riferimento <sup>(48)</sup>.

Giungendo alla seconda tipologia di interventi a beneficio del somministratore e dell'utilizzatore che assumono in *workfare* occorre rilevare, anzitutto, che i lavoratori per i quali gli incentivi di cui all'articolo 13, comma 1, lettera *b*), del decreto legislativo n. 276/2003 possono trovare concreta applicazione sono soltanto coloro che, fra quanti inseriti nel più vasto elenco degli "svantaggiati", sono effettivi destinatari di specifici trattamenti di natura previdenziale e/o assistenziale erogati in ragione dello stato conclamato di disoccupazione o di inoccupazione.

Accanto a tale requisito soggettivo, gli incentivi economici sono condizionati anche da un requisito oggettivo che è dato dall'assunzione del lavoratore svantaggiato con un contratto di lavoro subordinato che sia di durata non inferiore ad almeno nove mesi.

Anche qui l'incentivazione economica (retributiva e contributiva) riverbera integralmente i suoi effetti tanto sul somministratore (tenuto al pagamento dei contributi e delle retribuzioni al netto dei benefici) quanto sull'utilizzatore (tenuto al rimborso degli oneri "effettivamente" sostenuti dal somministratore).

Da ultimo, si noti, il legislatore ha dettato un regime stringente e cogente per il lavoratore destinatario di una proposta di assunzione in *workfare*, ma anche per i lavoratori svantaggiati destinatari di specifiche proposte formative finalizzate ad una nuova occupazione <sup>(49)</sup>.

Ciò che il decreto legislativo n. 276/2003 intende, in effetti, perseguire è la compartecipazione attiva del lavoratore in cerca di occu-

---

<sup>(48)</sup> Il contratto dovrà poi individuare nominativamente un *tutor* per il quale il legislatore richiede "adeguate competenze e professionalità", e che dovrà, presumibilmente, essere scelto fra i lavoratori dipendenti dell'agenzia di somministrazione, somministrati unitamente all'assunto in *workfare*, al fine di "accompagnarlo" nella concreta esecuzione del piano di inserimento individuale.

<sup>(49)</sup> Come efficacemente notato da D. GAROFALO, *op. cit.*, 56, il raccordo pubblico-privato cui è dedicato l'intero art. 13 del d.lgs. n. 276/2003 trova nella gestione del sistema sanzionatorio un sicuro *pendant* rispetto a quanto previsto nella fase di inserimento/reinserimento. Nella sostanza il sistema sanzionatorio qui delineato trova dei precedenti immediati sia nell'art. 4 del d.lgs. n. 181/2000, come risultante dopo l'intervento dell'art. 5 del d.lgs. n. 297/2002, sia nell'art. 9 della l. n. 223/1991 (cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, 181): la differenza rilevante che può leggersi nel d.lgs. n. 276/2003 riguarda, piuttosto, la generalizzazione della reazione sanzionatoria per la quasi totalità dei lavoratori beneficianti di sussidi o indennità.

pazione ad un proprio inserimento o reinserimento lavorativo, non acconsentendo lo Stato ad un prosieguo passivo di assistenza, senza interessamento da parte dell'assistito.

Si tratta dell'estensione applicativa del principio costituzionale contenuto nell'articolo 4, comma 2, Cost. circa il "dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società", dal quale deriva, appunto, il dovere del lavoratore svantaggiato di collaborare attivamente per favorire il proprio reimpiego<sup>(50)</sup>.

L'articolo 13, comma 2, infatti, stabilisce che il lavoratore svantaggiato, qualora risulti destinatario di una assunzione ai sensi del comma 1 della medesima disposizione, decade dai trattamenti di mobilità, di disoccupazione ordinaria o speciale, ovvero da qualsiasi altra indennità o sussidio corrisposto in ragione dello *status* soggettivo di disoccupato o di inoccupato, essenzialmente quando, per quello che qui interessa rifiuta di essere avviato a un progetto individuale di reinserimento con offerta di un lavoro inquadrato in un livello retributivo non inferiore del 20% rispetto a quello delle mansioni di provenienza; oppure rifiuta di essere avviato a un corso di formazione professionale autorizzato dalla Regione o non lo frequenta regolarmente, fatti salvi i casi di forza maggiore.

Inoltre, per operare legittimamente il regime di decadenza ora descritto, le attività lavorative o di formazione che sono state offerte al lavoratore svantaggiato devono essere "congrue", con riferimento alle sue competenze e alle qualifiche dallo stesso possedute, e svolgersi in una sede che risulti concretamente raggiungibile in 80 minuti con mezzi pubblici dal luogo di residenza.

La titolarità della attivazione della procedura sanzionatoria è esclusivamente delle agenzie di somministrazione e degli operatori della formazione (articolo 13, comma 4). Il meccanismo sanzionatorio si attiva soltanto dietro specifica comunicazione da parte dell'agenzia o dei responsabili dell'attività formativa dei nominativi dei lavoratori interessati che possono ritenersi decaduti dai trattamenti previdenziali e/o assistenziali goduti: come si nota, dunque, perché le sanzioni possano essere irrogate al lavoratore interessato occorre un agire diretto da parte dei soggetti che hanno inteso coinvolgere il lavoratore in una assunzione in *workfare* ovvero in una attività formativa.

---

(50) Cfr. L. NOGLER, *op. cit.*, 178-179.

La comunicazione è diretta all'Inps per il decadimento dai trattamenti e al servizio per l'impiego competente per territorio per la conseguente cancellazione dalle liste di mobilità: il lavoratore può proporre ricorso amministrativo <sup>(51)</sup> avverso entrambi gli atti considerati, entro trenta giorni, alla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio che è chiamata a deciderlo, entro i successivi venti giorni.

#### 4.4. Il collocamento obbligatorio nell'era del *workfare*.

Tramontata la strategia del collocamento obbligatorio puramente inteso, quella perseguita per decenni, in modo fallimentare, dalla legge 2 aprile 1968, n. 482, il legislatore degli anni Novanta del XX secolo aveva già scelto la strada del nuovo collocamento mirato, che si è consolidata nei contenuti della legge 12 marzo 1999, n. 68.


In cinque anni di piena vigenza, peraltro, la nuova legge sul collocamento obbligatorio non ha dato, per la verità, i risultati attesi e i lavoratori svantaggiati che dalla legge n. 68/1999 attendevano risposte importanti ne hanno avute soltanto in senso parziale e poco calzanti.

Ora, alla luce delle novità del decreto legislativo n. 276/2003, il collocamento mirato si prepara, invece, a ricevere un sostanzioso contributo, proprio grazie alla somministrazione in *workfare*, per le ragioni già ampiamente esposte.

Ci si attende, infatti, con l'attivazione e l'operatività del nuovo istituto, una ripresa seria delle assunzioni obbligatorie, nei parametri della legge n. 68/1999, ma con risultati strutturati e permanenti, in termini di vera e propria occupazione per la forza lavoro a capacità residua e, in ogni caso, per la manodopera complessivamente svantaggiata.

In conclusione, dunque, ne esce un quadro a tinte ancora parzialmente sfocate, ma con dei tratti già ben definiti, che sono quelli di un riconoscimento assoluto di una tutela specifica, e costituzio-

---

<sup>(51)</sup> Sui motivi del ricorso del lavoratore si rinvia a C. CORBO, *op. cit.*, 282-283, sottolineando la sicura rilevanza, in termini di criticità, di un ricorso motivato per la non congruità della proposta lavorativa o formativa, ai sensi dell'art. 13, comma 3, giacché non è chiaro, nel silenzio della norma e della circ. Min. lav. n. 41/2004, in  *Somministrazione*, quali debbano essere i parametri oggettivi da assumersi a riferimento per valutare e verificare la "congruità" effettiva della proposta rifiutata e, conseguentemente, la sanzionabilità del relativo rifiuto.

nalmente perequata, da attribuirsi senza riserve ai lavoratori svantaggiati, da parte delle imprese utilizzatrici e delle agenzie di somministrazione.

Somministratori e utilizzatori, infatti, ricevono vantaggi economici di non scarso significato dalle assunzioni in *workfare* in cambio di un reale ed effettivo inserimento lavorativo di quanti, veri e propri *outsiders*, sono da sempre rimasti ai margini della collocabilità pubblica sul mercato del lavoro e che ora, per effetto della riforma del lavoro, si trovano ad avere la concreta e materiale possibilità di investire le proprie energie lavorative, in spirito di auto-impiego, col supporto del collocamento pubblico e privato insieme.

Si potrà valutare l'impatto di questo importante tassello della presente stagione riformatrice soltanto allorquando risulteranno verificabili gli esiti e gli effetti, ma già ora si deve riconoscere, anche fra diverse ombre, lo spiraglio di luce che accompagna la piena operatività dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003.

Quanto poi la "presa in carico" del lavoratore svantaggiato da parte delle agenzie per il lavoro ovvero delle nascenti "agenzie sociali" corrisponderà ad una concreta implementazione di occupazione e quanto tali strumenti saranno forieri di un collocamento mirato nell'ambito di politiche efficaci di *workfare* si potrà dire solo in avvenire, quando i nuovi istituti andranno a regime e quando, soprattutto, la cultura che sottostà all'intera azione riformatrice avrà preso il posto di quella che finora, troppo spesso parassitariamente, ha guidato il mercato del lavoro, intriso di lavoro sommerso e di assistenzialismo.

## **5. Un nuovo modello di vigilanza a tutela dello "statuto giuridico" del lavoratore sul mercato.**

Vi è un ultimo aspetto, a conclusione del quadro che qui si è tentato di tracciare e di delineare con riferimento al nuovo statuto giuridico del lavoratore nel mercato del lavoro, ed è quello relativo al ruolo dei servizi ispettivi del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

In effetti, con la riforma introdotta dal decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124, il personale ispettivo in forza presso le Direzioni

regionali e provinciali del lavoro riveste un significativo, e si direbbe quasi imponente, carico di funzioni <sup>(52)</sup>.

Basti pensare alla generalità delle competenze riconosciute alle Direzioni del lavoro che comprendono anche il compito di vigilare sulla corretta applicazione della normativa lavoristica e di fornire tutti i chiarimenti che vengano richiesti sulle leggi oggetto della sua vigilanza e di esercitare attività di prevenzione e promozione su questioni di ordine generale presso i datori di lavoro (articoli 7 e 8 del decreto legislativo n. 124/2004).


In questo quadro, non v'è dubbio, che un ruolo nuovo i servizi ispettivi ministeriali dovranno essere chiamati a svolgere nei confronti degli attori e degli operatori sul mercato del lavoro.

Si pensi alle agenzie per il lavoro, ad esempio, presso le quali gli ispettori del lavoro saranno tenuti a vigilare e tenacemente sanzionare e punire ogni e qualsivoglia violazione rispetto alle tutele, più sopra richiamate, in termini di trasparenza delle informazioni, di gratuità del servizio per il lavoratore, di piena garanzia e tutela della *privacy* dei cercatori di lavoro, di non discriminazione nella raccolta dei *curricula* e nella ricerca e selezione per la definizione del *matching* fra domanda e offerta di lavoro, anche nel contesto della vigilanza "amministrativa" (ai fini della sospensione o revoca della autorizzazione) di cui all'articolo 7 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 23 dicembre 2003 <sup>(53)</sup>.

Altro ambito di vigilanza che i riformati servizi ispettivi dovranno rivestire attiene alla verifica del corretto espletamento delle attività e dei percorsi di formazione e di orientamento rivolti ai lavoratori e ai cercatori di lavoro, da chiunque posti in essere: sembra questo, infatti, a parere di chi scrive, un naturale corollario del novero dei poteri e delle competenze riconosciuti dal decreto legislativo n. 124/2004.

Da ultimo, non potranno sottrarsi i funzionari ispettivi del Ministero del lavoro dal dovere di vigilare e sanzionare con riferimento a

---

<sup>(52)</sup> Per un'analisi approfondita dei diversi istituti introdotti o riformati dal d.lgs. n. 124/2004, in  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*, si fa rinvio ai contributi contenuti in C. LUCREZIO MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale*, Giuffrè, Milano, 2004. Sotto un profilo più operativo sia consentito un rimando a P. RAUSEI, *La nuova ispezione in azienda*, in *DPL-Oro*, 2004, n. 4.

<sup>(53)</sup> Cfr. sul punto P. TULLINI, *op. cit.*, 96 ss.

qualsiasi abuso che potrà essere commesso con riferimento agli incentivi connessi alla somministrazione in *workfare*.

Con riferimento, ad esempio, alla secca previsione dell'articolo 13, comma 1, lettera *a*), che condiziona l'incentivo normativo ed economico relativo al *workfare* alla presenza del tutore e dei percorsi formativi ("solo in presenza di")<sup>(54)</sup>: sembra doversi ritenere, in effetti, che se il lavoratore assunto in *workfare* è già in possesso di una professionalità adeguata e corrispondente alle mansioni che si vorrebbero affidargli non può essere oggetto/causa degli interventi incentivanti e dei benefici di cui trattasi, potendo, al contrario, tale forma di "presa in carico" nascondere, in presenza dei relativi requisiti di responsabilità giuridica e di partecipazione psicologica, forme di somministrazione fraudolenta (articolo 28, decreto legislativo n. 276/2003) poste in essere con la finalità di eludere la norma inderogabile contenuta nell'articolo 23, comma 1, relativa, appunto, alla parità di trattamento<sup>(55)</sup>.

Si tratta, quindi, di programmare e forse "ripensare" anche la vigilanza in materia di lavoro secondo l'approccio globale della riforma del lavoro, in termini di anticipazione di tutele da espandersi, in veste pure ispettiva, nel momento di ingresso del lavoratore nel mercato e non più soltanto in quello, solo successivo e talora ancora eventuale, dell'inserimento in azienda.

---

<sup>(54)</sup> Tanto ciò, infatti, dovrebbe ritenersi vincolante che l'art. 23, comma 2, nel ribadire concettualmente le disposizioni dettate dall'art. 13, comma 1, riconosce la derogabilità al generale principio di parità di trattamento economico e normativo fra somministrati e dipendenti dell'utilizzatore soltanto "con riferimento ai contratti di somministrazione conclusi da soggetti privati autorizzati nell'ambito di specifici programmi di formazione, inserimento e riqualificazione professionale erogati, a favore dei lavoratori svantaggiati, in concorso con Regioni, Province ed enti locali ai sensi e nei limiti di cui all'art. 13", con una chiara insistenza sia ai limiti precostituiti nell'art. 13, sia alla necessità di programmi di formazione e di riqualificazione professionale. *Contra* M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro e gruppi a rischio di esclusione sociale*, cit., 24-25.

<sup>(55)</sup> Per quanto attiene ai profili di sanzionabilità della somministrazione fraudolenta, anche con riguardo alle illecite assunzioni in *workfare*, sia consentito fare rinvio a P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, cit.





## 12.

# LO « STATUTO GIURIDICO » DEL LAVORATORE NEL RAPPORTO DI LAVORO: IL PRINCIPIO DI PARITÀ DI TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO E LA DISCIPLINA APPLICABILE

BEATRICE SANNINO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Contesto legislativo. — 3. Disciplina applicabile al rapporto di lavoro in somministrazione. — 4. *Segue*: il rapporto di lavoro in somministrazione. — 5. Il ruolo della formazione. — 6. Il principio di parità di trattamento. — 7. *Segue*: l'articolo 13, decreto legislativo n. 276/2003, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato*.

### 1. Premessa.

Il diritto del lavoro italiano, almeno con riguardo agli interventi normativi di inizio secolo, era concepito come tecnica unilaterale di tutela, finalizzata a regolare un unico modello di lavoro dipendente: quello subordinato e a tempo indeterminato.

Le ragioni che hanno spinto il legislatore in questa direzione sono da ricercare nella migliore risposta di questo modello giuridico al sistema produttivo di stampo fordista-tayloristico, tipico delle economie occidentali.

In un siffatto contesto, l'esigenza di impedire l'elusione delle tutele inderogabili del diritto del lavoro ha indotto il legislatore ad edificare il rapporto lavorativo attorno al principio secondo cui colui che utilizza nel proprio interesse le prestazioni di un lavoratore, deve, in linea di principio, coincidere con colui che ne assume i relativi costi e responsabilità.

Non a caso, la legge 23 ottobre 1960, n. 1369, era ispirata da un

generale e complessivo sfavore nei confronti di tutte le fattispecie di “decentramento produttivo” (1).

La recente evoluzione normativa e la trasformazione del sistema produttivo italiano hanno incrinato la rigidità di questo principio cercando di individuare i casi in cui i rapporti interpositori rispondono ad esigenze aziendali pienamente legittime.

Se già con la legge 24 giugno 1997, n. 196, si era mitigato tale sfavore, consentendo la fornitura di lavoro temporaneo, che realizzava, seppure in deroga al generale principio fissato dalla legge 23 ottobre 1969, n. 1369, una discrasia tra titolare del rapporto di lavoro e fruitore della prestazione lavorativa; con il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, viene abolita in radice la legge sul divieto di interposizione di manodopera e si prevede un nuovo regime di somministrazione che riconosce piena legittimità alle forme di utilizzazione indiretta del lavoro altrui, seppure riservandola ai soli soggetti in possesso di apposita autorizzazione ministeriale.


Oggi, nella generale riorganizzazione del mercato del lavoro, assistiamo alla diffusione di una vasta gamma di tipologie di lavoro, per le quali, attraverso una stratificazione di leggi di diversa ispirazione (2), il sistema normativo italiano ha previsto un necessario adeguamento.

È un dato ormai acquisito che l’ambito di applicazione delle tutele legali, *in primis*, costituzionali, non coincida esclusivamente con la sola nozione di subordinazione delineata dall’articolo 2094 c.c., ma si estenda a tutte le forme di lavoro — al di là della loro qualificazione giuridica — attraverso l’enunciazione di principi generali.

Del resto, l’approccio regolativo basato sull’affermazione dei di-

---

(1) Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003.

(2) Le indicazioni fornite dall’Unione Europea sono molto chiare: cfr. COMMISSIONE EUROPEA, COM(2002)701 def., *Proposta modificata di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, Bruxelles, 28 novembre 2002, con allegata la relativa *Relazione*, in  *Somministrazione*, in cui viene fissato il vincolo di equiparazione giuridica tra i lavoratori interinali, oggi in somministrazione, e quelli alle dirette dipendenze dell’impresa utilizzatrice. La legislazione italiana, già prima del 2002, aveva nelle sue disposizioni le norme approvate dal PE. Il testo del PE, quindi, ove approvato, estenderebbe gli standard di protezione dei lavoratori in somministrazione italiani agli altri Paesi membri. Sulla proposta di direttiva cfr. D. SCHIEK, *Lavoro tramite agenzia: dalla emarginazione all’accettazione?*, e O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, entrambi in questa Parte, Sez. (A).


ritti fondamentali appartiene ad una dimensione sovranazionale <sup>(3)</sup> ed il principio di uniformità di trattamento tra lavoratori *atipici* e lavoratori *standard*, oltre a rappresentare un primo, fondamentale, baluardo contro il rischio della concorrenza al ribasso tra lavoratori; costituisce, altresì, “un nucleo duro, costituito dai diritti costituzionali e dalle tutele essenziali coestese ad ogni forma di lavoro” <sup>(4)</sup>.

## 2. Contesto legislativo.

In un contesto teso a promuovere i fenomeni di esternalizzazione, una delle principali preoccupazioni del legislatore è stata, da sempre, quella di fornire una tutela adeguata e completa al prestatore di lavoro.

Per il soddisfacimento di tale esigenza, il legislatore poteva avvalersi di disposizioni di mero indirizzo oppure imperative <sup>(5)</sup>. Nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ha preferito l'intervento di tipo direzionale, percorrendo diverse strade, tutte ugualmente tese ad una sempre maggiore effettività della tutela del prestatore di lavoro: dal semplice rinvio alla dialettica sindacale — che a sua volta può andare dalla mera informazione/consultazione a veri e propri obblighi a trattare — si passa attraverso le norme poste a tutela della fase che precede la sigla del contratto <sup>(6)</sup> fino ad arrivare a quelle mirate a condizionare le parti coinvolte nel rapporto trilatero tipico della sommi-

---

<sup>(3)</sup> Si pensi alla Carta di Nizza, in  *Politica sociale*, che riconosce i diritti fondamentali del lavoratore in quanto cittadino piuttosto che del cittadino in quanto lavoratore o anche alla Carta Amato-Treu che accoglie il principio generale della tutela del lavoro “in tutte le sue forme”. Cfr. R. VOZA, *Materiali per uno Statuto dei lavori: il sostegno all'azione collettiva*, in *Diritto del lavoro on line*, [www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm](http://www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm), e ID., *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Cacucci, Bari, 2004.

<sup>(4)</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Il codice dei lavori*, Giuffrè, Milano, 2000.

<sup>(5)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999.

<sup>(6)</sup> Sono queste norme finalizzate ad evitare pratiche discriminatorie nell'accesso del lavoro somministrato oppure alla tutela delle imprese utilizzatrici contro pubblicità ingannevoli, piuttosto che volte alla tutela della *privacy* di tutti i soggetti coinvolti.

nistrazione e che registrano la predisposizione puntuale del contenuto contrattuale e della sua forma (7).

Merito indiscutibile dell'intera riforma è stato quello di aver incentrato il sistema di tutele offerto al lavoratore non più solo con riferimento alla fase dell'effettivo espletamento della prestazione lavorativa ma anche e, soprattutto, avendo riguardo alla fase che precede la costituzione del rapporto di lavoro.

Una delle novità principali della c.d. Legge Biagi è da ricercarsi in un quadro di tutele ben definito che non si caratterizzano solo per la loro natura garantista "ma si evolvono in prospettive di promozione ed incentivo" (8).

L'attuale sistema normativo suggerisce di riconsiderare lo statuto giuridico del lavoratore non più in una prospettiva tutta concentrata solo sulla corretta instaurazione del rapporto di lavoro, quanto piuttosto, sul sano svolgimento delle relazioni *avant contrat*: il lavoratore è accompagnato da un sistema di tutele sin dal suo inserimento nel mercato del lavoro fino ad arrivare al suo reinserimento qualora ne esca per svariati motivi.

In un siffatto contesto, il ruolo degli operatori, siano essi pubblici o privati, è funzionale a rendere concreto ed effettivo lo statuto giuridico del lavoratore sul mercato, secondo un impianto normativo volto a perseguire in modo dinamico la tutela dei diritti della persona durante tutto l'arco della vita lavorativa.

Proprio la sinergia tra i diversi soggetti deputati ad operare nel mercato del lavoro rappresenta il primo tassello dello statuto giuridico del lavoratore: cooperazione, trasparenza ed informazione costituiscono i passaggi obbligati attraverso i quali agenzie per il lavoro e attori pubblici "con-corrono" con l'unica, complice, finalità di garantire l'efficienza degli interventi tesi all'incontro tra domanda e offerta di

---

(7) A questo fine, particolarmente diffuso è il ricorso al formalismo contrattuale che opera con una funzione di controllo del rispetto delle clausole imposte dal legislatore e che, nonostante ciò, può risolversi in una tecnica di tutela inadeguata se non accompagnata da altri interventi del legislatore funzionali a costituire un nucleo centrale di norme volte ad una effettiva tutela del lavoratore somministrato. Cfr. G. FERRARO, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992. Sui requisiti di forma del contratto di somministrazione cfr. M. SOLDERA, *Il contratto di somministrazione: requisiti di forma e di contenuto*, in questa Parte, Sez. (B).

(8) Cfr. P. RAUSEI, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel mercato: trasparenza, formazione e tutela per i lavoratori svantaggiati*, che precede.

lavoro, in un quadro di assoluta trasparenza e libera circolazione delle informazioni.

Del resto, la Borsa Continua Nazionale del Lavoro, istituita dall'articolo 15 del decreto legislativo n. 276/2003, è un sistema aperto su base telematica-informatica, dedicato all'incontro, virtuale e reale, tra chi è in cerca di un lavoro e chi è in grado di offrirlo: la libertà di accesso informativo, sia da parte datoriale che da parte del lavoratore, *corrisponde esattamente all'attuazione del combinato disposto degli articoli 4 e 120 Cost. laddove per garantire effettivamente ed efficacemente il godimento del diritto al lavoro, lo stesso non può venire limitato o vincolato, in forma anche solo lato sensu discriminatoria, nelle diverse parti d'Italia* <sup>(9)</sup>.

Per tale via, dunque, il nucleo centrale dello "statuto giuridico" del lavoratore in somministrazione è dato in prima istanza dalle norme tese a promuovere la tutela del lavoratore in divenire: pubblicità delle offerte; tecniche di selezione del candidato; trattamento dei dati sensibili e autorizzazione ministeriale <sup>(10)</sup> rappresentano una prima, essenziale parte di norme; ad esse, poi, si accompagnano tutte le altre che più specificatamente fanno riferimento alla regolazione dei contenuti e della forma del negozio giuridico in esame <sup>(11)</sup>.

È in tal senso e, sempre nel rispetto dell'esigenza di indirizzare le parti coinvolte nel rapporto negoziale ad una maggiore effettività nella garanzia del contraente più debole, che il legislatore prevede una puntuale tutela del lavoratore contro pratiche o trattamenti discriminatori, nonché contro pubblicità ingannevoli o menzognere che possano sfa-

---

<sup>(9)</sup> Cfr. P. RAUSEL, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel mercato: trasparenza, formazione e tutela per i lavoratori svantaggiati*, cit.

<sup>(10)</sup> Il regime autorizzatorio mette al riparo le imprese clienti da operatori che forniscono prestazioni di lavoro somministrato pur senza essere a ciò abilitati, ovvero senza disporre di capitali o competenze professionali prescritte dalla legge e funzionali a tutelare tutti gli attori del rinnovato mercato del lavoro. Non a caso gli estremi dell'autorizzazione ministeriale devono essere indicati su tutti i contratti, sia quelli di prestazione di lavoro che di somministrazione.


<sup>(11)</sup> Durata della missione presso l'impresa utilizzatrice, le cause di rinnovo della stessa, la risoluzione anticipata della missione, assegnazione a mansioni per le quali si è stati assunti e *jus variandi*, il periodo di prova, il divieto di introduzione di clausole c.d. vessatorie e naturalmente la parità retributiva e normativa. Su questi profili cfr. M. SOLDERA, *Il contratto di somministrazione: requisiti di forma e di contenuto*, cit.

vorire i lavoratori in somministrazione nell'accesso al mercato del lavoro.

Per cominciare, l'articolo 10 del decreto legislativo n. 276/2003 fa divieto alle agenzie di somministrazione ed, in generale, a tutti i soggetti pubblici o privati autorizzati o accreditati di effettuare indagini o trattamento di dati, nonché di pre-selezionare i lavoratori, fosse anche con il loro consenso, in base alle loro convinzioni personali, alla loro affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, al sesso e all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale, o di famiglia o di gravidanza, all'età, all'handicap, alla razza, all'origine etnica, al colore, all'ascendenza, all'origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro, a meno che non si tratti di caratteristiche che incidano sulle modalità di svolgimento della attività lavorativa o che costituiscano un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa. È altresì fatto divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali ed al loro inserimento lavorativo <sup>(12)</sup>.

È evidente che proprio in queste norme è possibile rintracciare il soddisfacimento del diritto al lavoro di cui all'articolo 4 Cost., attuato per il tramite dell'anticipazione delle tutele riconosciute al lavoratore sin dal suo ingresso nel mercato del lavoro. In effetti, qualora l'agenzia, o qualsivoglia intermediario, violi i disposti di cui agli articoli su richiamati è punito con una sanzione penale che oltre a prevedere

---

<sup>(12)</sup> La norme in esame tutelano un diritto soggettivo assoluto del lavoratore rientrante nell'ambito dei diritti della personalità: perché si possa realizzare nel più efficace e corretto dei modi possibili il libero accesso al mercato del lavoro, è fatto divieto, agli operatori, sia pubblici che privati, di effettuare atti che possano risolversi in un restringimento delle concrete possibilità di ogni lavoratore di fruire di tutti i canali di incontro tra domanda e offerta del lavoro. Insieme al d.lgs. n. 276/2003, anche il recente Codice della *Privacy*, in  *Privacy (codice della e diritto alla)*, entrato in vigore il 1° gennaio 2004, ha delineato un quadro d'insieme, abbastanza preciso, in merito ai divieti ed alle sanzioni sulla raccolta dei dati ai fini della selezione del personale. A questo proposito l'art. 113 del Codice della *Privacy* richiama l'art. 8 Stat. lav., il quale stabilisce vari divieti per il datore di lavoro (e relative sanzioni), fra cui effettuare indagini, anche a mezzo di altri soggetti terzi, sulle opinioni del lavoratore stesso in merito alle proprie preferenze religiose, sindacali, politiche, ecc., nonché su qualsiasi altro fatto non rilevante ai fini della valutazione della sua attitudine professionale.

l'ammenda (euro 1.549,00) interviene anche con l'arresto da quindici giorni ad un anno <sup>(13)</sup>.

Sempre nella stessa direzione, poi, vanno le disposizioni relative alla pubblicità delle attività di somministrazione di lavoro e al controllo della veridicità delle offerte pubblicate sulla stampa.

In particolare, l'articolo 9 del decreto legislativo n. 276/2003, vieta le comunicazioni a mezzo stampa, internet, televisione o altri mezzi di informazione, in qualsivoglia forma effettuate se rese in forma anonima o da soggetti pubblici o privati privi di autorizzazione. Di più, in tutte le comunicazioni verso terzi, anche a fini pubblicitari, utilizzando qualsiasi mezzo di comunicazione, ivi compresa la corrispondenza epistolare o elettronica, e nelle inserzioni o annunci per la ricerca di personale, le agenzie di lavoro e gli altri soggetti pubblici o privati autorizzati o accreditati devono indicare gli estremi del provvedimento di autorizzazione o accreditamento al fine di consentire al lavoratore e a chiunque vi abbia interesse, la corretta e completa identificazione del soggetto stesso.

Con ciò il legislatore mira ad eliminare dal mercato quegli operatori illegali che operino in maniera elusiva e tutt'altro che trasparente: in tal modo s'incardina un sistema di tutele che consenta al lavoratore una corretta identificazione dei soggetti legittimati, in forza di apposita autorizzazione, ad operare nel mercato del lavoro.

Non a caso la violazione dell'articolo 9 del decreto legislativo n. 276/2003, costituisce fattispecie autonoma di illecito amministrativo, oltre a comportare la probabile revoca dell'autorizzazione ministeriale.

È inoltre fatto divieto alle agenzie per il lavoro di esigere o percepire compensi dal lavoratore <sup>(14)</sup>, fatto salvo quanto difformemente stabilito dai contratti collettivi stipulati da associazioni di datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale, con riferimento a specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o per specifici servizi offerti dalle agenzie di lavoro.

---

<sup>(13)</sup> La contravvenzione in esame è assoggettabile al nuovo potere di prescrizione degli ispettori del lavoro (art. 15 del d.lgs. n. 124/2004). Cfr., sulle sanzioni penali e amministrative in materia somministrazione, P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(14)</sup> Art. 11, d.lgs. n. 276/2003.

### 3. Disciplina applicabile al rapporto di lavoro in somministrazione.

Con riferimento al contenuto e alla forma negoziale, il legislatore ha predisposto un robusto nucleo di norme (articoli 20 e 21, decreto legislativo n. 276/2003) tutte ugualmente predisposte al fine di evitare pratiche discriminatorie o tese a “ribassare” la tutela dei lavoratori assunti con questa formula contrattuale.

Il contratto di somministrazione di manodopera, difatti, deve essere redatto in forma scritta, a pena di nullità, e contenere (a norma dell’articolo 21, comma 1, lettere da *a*) a *e*), decreto legislativo n. 276/2003) elementi essenziali, quali: gli estremi dell’autorizzazione rilasciata dall’autorità preposta; il numero di lavoratori da somministrare; le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustifichino l’avvio di lavoratori in somministrazione; la data di inizio e la durata prevista dal contratto di somministrazione; l’indicazione della presenza di eventuali rischi per l’integrità e la salute del lavoratore nonché le misure di prevenzione adottate <sup>(15)</sup>.

Rispetto alla precedente disciplina dettata dalla legge 24 giugno 1997, n. 196, sono inserite due nuove, fondamentali previsioni. La prima riguarda la puntuale indicazione dei presupposti che si pongono a fondamento dello stipulando contratto di somministrazione (sia a termine — articolo 21, comma 1, lettera *c*), decreto legislativo n. 276/2003 — sia a tempo indeterminato — articolo 20, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003). La seconda richiede che il contratto di somministrazione descriva i rischi per l’integrità e la salute dei lavoratori derivanti dallo svolgimento delle mansioni per le quali vengono assunti e individuati i dispositivi di protezioni adottati.

Su questa materia, è intervenuto il decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, recante disposizioni modificative del decreto legislativo n. 276/2003 che ha escluso la sanzione della nullità dell’accordo in caso di assenza delle due prescrizioni — su evidenziate per sancire una sanzione amministrativa pecuniaria dell’importo compreso tra euro 250,00 e euro 1.250,00 <sup>(16)</sup>; a cui si aggiunge, ma solo in caso di carenza di uno degli elementi di cui alle lettere da *a*) ad *e*), la facoltà per

---

<sup>(15)</sup> M. SOLDERA, *Il contratto di somministrazione: requisiti di forma e di contenuto*, cit.

<sup>(16)</sup> P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, cit.



il lavoratore di chiedere il riconoscimento di un rapporto alle dirette dipendenze dell'utilizzatore *ex tunc* <sup>(17)</sup>.

Sempre nel contratto, poi, per quanto stabilito alle lettere da *f*) a *k*) dello stesso comma 1, articolo 21, decreto legislativo n. 276/2003, deve darsi indicazione: delle mansioni per le quali i lavoratori sono assunti ed il loro inquadramento; del luogo, orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative; dell'assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico; dell'assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di provvedere a rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali sostenuti da quest'ultimo a favore del lavoratore; dell'assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili, dell'assunzione da parte dell'utilizzatore — in caso di inadempimento del somministratore — dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore della retribuzione nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo l'azione di regresso nei confronti del somministratore.

Tutte queste indicazioni devono essere comunicate per iscritto al somministrato al momento della stipula del contratto di lavoro o all'atto dell'invio all'utilizzatore <sup>(18)</sup>.

La finalità dell'obbligo datoriale di informazione risiede giustappunto nell'esigenza di consentire al lavoratore di verificare l'esattezza e la corrispondenza tra i dati legali, le condizioni di legittimità del contratto e i dati reali del rapporto di lavoro <sup>(19)</sup>.

Nulla è detto circa l'omissione, nel contratto di somministrazione, di quanto disposto alle lettere da *f*) a *k*) dell'articolo 21, decreto legislativo n. 276/2003, ciò nonostante non si può certo considerare la carenza di tali elementi priva di conseguenze sostanziali: la mancata indicazione di quanto previsto alle lettere da *f*) a *k*) dell'articolo 21, decreto legislativo n. 276/2003, implicherebbe un'alterazione della struttura tipica del rapporto di somministrazione tale da comportare la nullità dello stesso ai sensi dell'articolo 1418 c.c. <sup>(20)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> Al riguardo vedi C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(18)</sup> Cfr. art. 21, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(19)</sup> Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.* Sul punto vedi anche C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

<sup>(20)</sup> M. SOLDERA, *Il contratto di somministrazione: requisiti di forma e di contenuto*, cit.

Infatti, omettere di indicare le mansioni alle quali sono adibiti i lavoratori, piuttosto che luogo e orario di lavoro o anche “dimenticare” di indicare che il somministratore assume l’obbligo di pagare direttamente al lavoratore il trattamento economico dovuto oltre a quello di versare i contributi, significherebbe instaurare un rapporto di somministrazione se non fittizio <sup>(21)</sup> quanto meno fraudolento, con la conseguente possibile instaurazione del rapporto di lavoro direttamente in capo all’utilizzatore.

Un’indicazione così dettagliata del contenuto come della forma del contratto di somministrazione, oltre che rispondere ad istanze di ispirazione sovrastatale, riflette anche l’esigenza di rendere continuamente garantito il prestatore di lavoro nei rapporti c.d. interpositori: non solo a partire dal suo inserimento in azienda ma anche al momento della stipula del contratto, nonché, durante tutto lo svolgimento del rapporto lavorativo.

#### 4. *Segue: il rapporto di lavoro in somministrazione.*

Una volta accertata l’insussistenza di profili di “pericolosità sociale” nell’attività di fornitura di manodopera — sempre che questa si realizzi alla stregua di tutti i criteri fissati dalla normativa vigente — il legislatore, con il decreto legislativo n. 276/2003, ha individuato uno schema contrattuale tipico comunemente denominato “contratto di somministrazione di lavoro”, distinto dall’appalto di servizi — ladove, in precedenza, il discrimine tra mera somministrazione di manodopera e appalto di servizi si era fatto sempre più labile <sup>(22)</sup>.

In realtà, l’articolo 20 del decreto in commento non da alcuna definizione del contratto di somministrazione, come invece faceva il vecchio articolo 1 della legge n. 196/1997 per il lavoro temporaneo, ed

---

<sup>(21)</sup> Cfr. A. MORONE, *Art. 21. I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d’azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. II.

<sup>(22)</sup> La giurisprudenza, così come la dottrina, in conformità all’evoluzione dei rapporti economico-produttivi ha elaborato un “tipo giurisprudenziale” di appalto di mere prestazioni di lavoro lecito, inserito in un più ampio processo di espansione della fattispecie appalto rispetto a quella delineata dal codice civile. L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla “tipizzazione” del contratto di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, n. 2, 267 ss.

è solo con l'articolo 2, comma 1, lettera *a*) dello stesso decreto che si fornisce la definizione di "somministrazione di lavoro" dal punto di vista dell'oggetto del contratto, intendendolo quale fornitura professionale di manodopera a termine o a tempo indeterminato.

Tuttavia, se anche la giurisprudenza e la dottrina si sono assestate su un atteggiamento di progressiva legittimazione delle forme "non socialmente pericolose" di somministrazione di prestazioni di manodopera, la disciplina della somministrazione contenuta del decreto legislativo n. 276/2003 conferma comunque la permanenza di un'area di illiceità nell'utilizzazione indiretta delle prestazioni di lavoro <sup>(23)</sup>.

In un contesto di tale natura, parte della dottrina <sup>(24)</sup> ha voluto leggere una sorta di a-sistematicità nell'impianto del decreto in analisi, intravedendo un'incongruità tra la radicale abrogazione della legge sul divieto di interposizione di manodopera e la sussistenza di fattispecie illegittime nell'impianto dell'utilizzazione indiretta delle prestazioni di lavoro.

In realtà, da un'attenta disamina dell'intero processo normativo che ha portato alla definizione della nuova tipologia contrattuale della somministrazione, emerge, con sufficiente chiarezza, che il vecchio assetto non è stato poi così tanto stravolto o rivoluzionato: fornitura autorizzata; fornitura non autorizzata e appalto di servizi genuino o meno, continuano a rispondere sempre ai medesimi "archetipi", anche se l'intervento del legislatore delegato ha comunque ed innegabilmente prodotto un cambiamento importante nel panorama dei rapporti interpositori.

Come già accennato, l'evoluzione dei processi produttivi ha indotto la giurisprudenza, ed in genere tutti gli attori sociali, ad una sempre minore diffidenza nei confronti dell'interposizione di manodopera, attribuendo un giudizio di meritevolezza all'interesse a stipulare contratti che hanno ad oggetto la somministrazione di "forza-lavoro esterna" finalizzata a soddisfare un bisogno temporaneo o reiterato dell'utilizzatore.

Non è un caso, infatti, che il legislatore abbia contenuto notevol-

---

<sup>(23)</sup> Cfr. L. ZAPPALÀ, *op. cit.* L'esistenza di un'area di illiceità è confermato da tutta una serie di indici sistematici — come l'autorizzazione rilasciata da apposita autorità ministeriale — mirati a fissare il discrimine tra somministrazione lecita o meno.

<sup>(24)</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *ADL*, 1998, 289-302.

mente le capacità di intervento giudiziale <sup>(25)</sup>. A riprova del generalizzato *favor* registrato nei confronti di tale fattispecie legale, se la somministrazione avviene nel rispetto delle regole dettate dal decreto legislativo in esame è preclusa al giudice qualsivoglia indagine sulla meritevolezza dell'operazione economica che si pone a fondamento del rapporto interpositorio instauratosi tra utilizzatore ed agenzia.

In questa prospettiva, il contratto di somministrazione è l'unica fattispecie negoziale "nominata", avente come oggetto la fornitura di lavoro subordinato altrui e come causa il più classico dei nessi sinallagmatici: prestazione lavorativa in somministrazione *versus* corrispettivo <sup>(26)</sup>.



Con riferimento alla somministrazione a termine, poi, la tecnica di normazione è stata analoga a quella adottata per il contratto di lavoro a tempo determinato: coerentemente a quanto avvenuto per quest'ultima tipologia contrattuale e dimenticando quell'impostazione che aveva dato luogo alle degenerazioni interpretative della legge n. 1369/1960, si fissano già nel decreto le ragioni che giustificano il ricorso alla somministrazione a termine, eliminando il rinvio alla contrattazione collettiva come invece accadeva per la individuazione delle esigenze di natura temporanea che legittimavano la fornitura di lavoro interinale.

In questo senso, pur delineandosi per certi versi una linea di continuità tra l'istituto della somministrazione a termine e quello del lavoro temporaneo, per altri, la finalità del nuovo istituto cambia radicalmente: sempre in analogia a quanto già accaduto per il lavoro a termine, viene meno il requisito della temporaneità <sup>(27)</sup> della prestazione come condizione per il ricorso alla somministrazione.

Se per la somministrazione determinata il lavoratore è assoggettato, nei limiti che risultano compatibili, alle norme previste dal decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, rispetto alle quali si cerca di

<sup>(25)</sup> Art. 28, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(26)</sup> Sempre L. ZAPPALÀ, *op. cit.*

<sup>(27)</sup> "L'individuazione della durata del contratto, come è ovvio, rappresenta una variabile dipendente dal contesto produttivo nel quale il lavoratore deve essere inserito e, per questo, il legislatore non ha stabilito a priori, tranne che per i dirigenti, un limite di durata. L'unico limite di durata, dunque, è in generale quello desumibile, secondo un criterio di ragionevolezza, in coerenza con la concreta causale di assunzione dedotta in contratto all'atto della sua stipulazione" da circ. Min. lav. n. 41/2002, in  *Lavoro a termine (o a tempo determinato)*, § 7. Vedi anche circ. Min. lav. n. 7/2005, in  *Somministrazione*.

delineare una certa qual simmetria <sup>(28)</sup>, anche se il contratto di somministrazione non può essere considerato come un mero equivalente del contratto a termine; nella somministrazione a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*) si fa riferimento alla disciplina generale dei rapporti di lavoro dettata dal codice civile e dalla leggi speciali.

A fronte della tipizzazione delle ipotesi in cui è possibile attivare un contratto di *staff leasing* sussiste un residuale rinvio alla contrattazione collettiva per la individuazione di ulteriori fattispecie legali di somministrazione a tempo indeterminato <sup>(29)</sup>. La contrattazione collettiva, in questo modo, diviene la possibile matrice di fattispecie aggiuntive, da definire in corso d'opera <sup>(30)</sup>.

In considerazione di ciò, lo *staff leasing* risulta essere un contratto dal contenuto negoziale in parte definito dal legislatore <sup>(31)</sup> ma in larga parte lasciato alla trattativa privata, fatti salvi, ovviamente, i principi e i criteri generali fissati dalla disciplina codicistica oltre a tutti i diritti acquisiti dalla totalità dei lavoratori siano essi “interposti” o meno.

Come detto, infatti, le medesime garanzie sono offerte al lavoratore somministrato come a quello assunto direttamente dall'utilizzatore: tutti gli istituti retributivi e normativi saranno di necessità quelli dettati dalla contrattazione di categoria.

È in considerazione di ciò, quindi, che deve dispiegarsi pienamente il ruolo della contrattazione collettiva finalizzato al raggiungimento di un concreto innalzamento della qualità del lavoro in tutte le sue “forme” contrattuali ed è alla competenza e volontà di tutti gli attori sociali che è rimesso il compito di lavorare per l'emersione di lavoro irregolare o privo delle tutele elementari e indefettibili.

---

<sup>(28)</sup> A scopo meramente esemplificativo e non esaustivo si faccia riferimento alle ipotesi di divieti di somministrazione — su cui cfr. M. SOLDERA, *Somministrazione di lavoro: i divieti*, in questa Parte, Sez. (B) —, per i quali la simmetria opera anche con riferimento al lavoro intermittente.

<sup>(29)</sup> Art. 20, comma 3, lett. i), d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(30)</sup> Con riferimento all'attuale stato della contrattazione collettiva, vedi L. DEGAN, *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva*, nella Parte III, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(31)</sup> L'art. 22, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003, prevede che l'estinzione del contratto di somministrazione a tempo indeterminato per “fine lavori” possa essere intesa quale valida ragione di licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo (in questa ipotesi si applica la normativa sui licenziamenti individuali — art. 3, l. n. 604/1966).

## 5. Il ruolo della formazione.

Sempre nell'ottica di costruire un sistema di tutele tangibile e oggettivo, il decreto legislativo n. 276/2003 individua nella normativa predisposta in materia di formazione un passaggio essenziale.

A carico delle agenzie per il lavoro, è posto l'obbligo di versare, ad apposito fondo bilaterale, un contributo pari al 4% delle retribuzione erogate ai lavoratori in somministrazione a termine <sup>(32)</sup>.

Le risorse sono destinate a promuovere percorsi di qualificazione, riqualificazione e orientamento <sup>(33)</sup> oltre a prevedere specifiche misure di carattere previdenziale a favore dei lavoratori forniti dall'agenzia di lavoro.

Se il fondo di formazione è operativo per i lavoratori in somministrazione a tempo determinato a far data dall'entrata in vigore della legge n. 196/1997 (identico contributo era previsto anche a favore dei lavoratori temporanei assunti a termine) la vera novità introdotta dal decreto legislativo n. 276/2003 sta nell'obbligo posto a carico dei soggetti autorizzati alla somministrazione di versare ad analogo fondo un contributo simile a quello su indicato e destinato ai lavoratori a tempo indeterminato <sup>(34)</sup>.

In questo secondo caso le risorse saranno destinate ad: iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato, in caso di fine lavori <sup>(35)</sup>, oltre che ad iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della

---

<sup>(32)</sup> G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *I fondi per la formazione e la tutela del reddito*, che segue.

<sup>(33)</sup> Cfr. G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>(34)</sup> È questo un meccanismo di integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto di somministrazione a tempo indeterminato in caso di fine lavori che si accompagna all'applicazione dell'art. 3 della l. n. 604/1966.

<sup>(35)</sup> La natura giuridica dell'*indennità di disponibilità* è quella dell'emolumento erogato a titolo di corrispettivo quale controprestazione obbligazionaria rispetto alla prestazione del lavoratore, intesa non come svolgimento dell'attività ma come messa a disposizione in favore del somministratore. In proposito il dm 10 marzo 2004 (art. 1) ha fissato l'importo dell'indennità su un importo non inferiore a euro 350,00 mensili, lasciando la possibilità alle parti di indicare importi più elevati. Il calcolo concreto dell'indennità verrà effettuato in considerazione delle "ore" di disponibilità del lavoratore nei periodi di non assegnazione, senza che tali periodi possano essere considerati quali parametri di valutazione di un vero e proprio orario di lavoro.

somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro irregolare e di contrasto agli appalti pubblici; ad iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le Regioni ed, infine, ad iniziative volte alla promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale.

A garanzia che i fondi vengano effettivamente destinati alle attività predisposte si pone il Ministero del lavoro e delle politiche sociali che mantiene la vigilanza sulla gestione degli stessi.

Ora, è evidente che la vera forza riformatrice della legge n. 30/2003 va ricercata proprio nella concreta capacità degli operatori del mercato di intervenire con idonee attività formative finalizzate a valorizzare i lavoratori.

Proprio in questa direzione si muovono quelle norme che dettano disposizioni di politica attiva del lavoro: il legislatore, nel tracciare il percorso di riforma legislativa, non abbandona mai la convinzione che solo la predisposizione di percorsi formativi mirati ad un effettivo inserimento dei lavoratori nelle singole realtà aziendali, possa concretare quella crescita professionale e personale mirata alla conduzione di una vita dignitosa, nel senso specificato dalla nostra Costituzione <sup>(36)</sup>.

Solo una pluralità di attività formative, decise anche in sintonia con le segnalazioni provenienti dal mondo imprenditoriale e, soprattutto, mirate alle specifiche esigenze di occupabilità manifestate a livello territoriale potranno migliorare ed incentivare le occasioni di lavoro.

In buona sostanza, proprio la formazione coniugata all'informazione accessibile e trasparente determinerà la sostanziale affermazione di sempre migliori potenzialità occupazionali.

È da una selezionata strategia formativa che gli operatori del mercato dovranno passare per aumentare le opportunità di lavoro e per evitare che quelle già esistenti si riducano ad occasioni dequalificate e dequalificanti.

In questo senso, le agenzie per il lavoro sono chiamate a svolgere un ruolo di primo rilievo, in particolare con riguardo ai fondi *ad hoc*

---

<sup>(36)</sup> Cfr. A. BULGARELLI, *Verso una strategia di lifelong learning: stato dell'arte ed evoluzione delle politiche di formazione continua in Italia*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*



istituiti dall'articolo 12 del decreto legislativo n. 276/2003 che hanno trovato attuazione con gli accordi siglati in data 2 febbraio 2005 <sup>(37)</sup>.


Le erogazioni a favore dei fondi per la formazione e l'integrazione al reddito rappresentano uno strumento ineliminabile nell'ottica della riforma del mercato del lavoro <sup>(38)</sup>: l'idea di base è, appunto, quella di aumentare le prospettive di occupazione assicurando ai lavoratori una fonte di aggiornamento professionale costante che li renda sempre più adatti ad un mercato del lavoro dinamico.

I fondi per i lavoratori somministrati, allora, non sono solamente cloni, dell'originario fondo per i lavoratori temporanei, appena ritoccati per essere resi compatibili con le novità introdotte dalla riforma Biagi <sup>(39)</sup>, ma molto di più.

I ritocchi apportati al modello originario, infatti, acquistano una rilevanza precipua se considerati alla luce dell'intero contesto in cui questi si inseriscono: il nuovo mercato del lavoro, in cui si trovano ad operare soggetti pubblici e privati, riconosce agli enti bilaterali un significativo ruolo di primo piano e gli accordi siglati il 2 febbraio 2005 completano, in maniera decisamente opportuna, il quadro regolatorio della somministrazione di lavoro proprio con riferimento alla parte relativa al nuovo sistema di tutele del mercato del lavoro.

La radicale abrogazione della legge n. 1369/1960 e la contestuale legittimazione della somministrazione anche a tempo indeterminato,

---

<sup>(37)</sup> Gli accordi siglati dalle parti sociali danno attuazione all'art. 12 del d.lgs. 276/2003 (entrambi in  *Somministrazione*), imputano al Fondo attualmente denominato Forma.Temp. la competenza per lo svolgimento delle attività di cui allo stesso art. 12, comma 1, d.lgs. 276/2003 previe modifiche dello statuto e del regolamento necessarie per l'adeguamento dell'oggetto dell'attività di Forma.Temp. Cfr. G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *I fondi per la formazione e la tutela del reddito*, cit.

Oltre a confermare la vigenza degli accordi fino ad ora stipulati per i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, si estendono anche a quelli a tempo indeterminato e si prevede la costituzione di un ulteriore fondo, dotato di personalità giuridica ai sensi dell'art. 12 c.c. che, insieme con la stipula di apposito accordo quadro dia piena e compiuta attuazione alle previsioni di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 12, d.lgs. n. 276/2003.

Il costituendo fondo non ha scopo di lucro ed opera in un quadro di relazioni sindacali coerenti con gli obiettivi di sviluppo e di qualificazione produttiva ed occupazionale del settore, nel quadro di politiche stabilite nell'accordo quadro del 2 febbraio 2005, anche in regime di accreditamento con le Regioni.

<sup>(38)</sup> Cfr. C. TIMELLINI, *Fondi per la formazione e l'integrazione al reddito*, in *DPL*, 2003, n. 42, 2826.

<sup>(39)</sup> Cfr. M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*



quindi anche in ipotesi non più legate al soddisfacimento di esigenze a carattere temporaneo, hanno determinato inevitabili e decisive modifiche nella disciplina dei fondi.

In primo luogo, l'articolo 12 del decreto legislativo n. 276/2003, rubricato "Fondi per la Formazione e l'integrazione al reddito", introduce un altro fondo, oltre a quello già costituito per i lavoratori temporanei, appositamente dedicato ai lavoratori a tempo indeterminato; in secondo luogo segna una netta distinzione relativamente alla finalità cui sono destinate le risorse dei fondi.

Nel caso dei lavoratori somministrati a tempo determinato le risorse sono finalizzate a garantire la formazione continua ad una tipologia di lavoratori che, a causa di possibili periodi di inattività, rischierebbero di risultare non "occupabili" per l'intervenuta obsolescenza delle loro competenze professionali.

Nell'ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato, invece, le risorse del fondo possono essere utilizzate, oltre che per l'inserimento o reinserimento dei lavoratori svantaggiati, anche per verificare l'efficacia della somministrazione in termini di emersione del lavoro irregolare e di contrasto degli appalti illeciti, per la promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale, ma soprattutto, per iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione al reddito dei lavoratori: in altre parole fungerebbero da ammortizzatori sociali <sup>(40)</sup>.

Ora, la particolare valenza promozionale e protettiva attribuita alla formazione emerge oltre che dalla sua stessa misura contributiva, anche e, soprattutto, dalla destinazione delle risorse economiche: attività mirate ad innalzare la dotazione di capitale umano oltre che a garantire la continuità delle occasioni di impiego rappresentano la via attraverso la quale passare per garantire un reale e dinamico inserimento dei lavoratori sul mercato.

---

<sup>(40)</sup> In particolare, il comma 2 dell'art. 12, d.lgs. n. 276/2003, recita: "le risorse sono destinate a: *a*) iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori; *b*) iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione dell'emersione del lavoro irregolare e di contrasto agli appalti illeciti; *c*) iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le regioni; *d*) per la promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale".

In ogni caso, il ruolo giocato dalla formazione equivale a quello di vero e proprio fattore coagulante tra occupazione ed intermediazione, capace di perseguire quel principio comunitario di sussidiarietà mirato ad allontanare ogni possibile rischio di “precarizzazione” (41).

## 6. Il principio di parità di trattamento.

Il principio di non discriminazione, articolato alla stregua del noto principio costituzionale di uguaglianza, provvede a porre un riparo concreto contro usi impropri del negozio giuridico in commento, senza mai dimenticare né la necessità di equiparare questa tipologia di lavoratori a quelli permanenti, né l'importanza di dare uno “statuto giuridico” proprio dei soli lavoratori in somministrazione.

È in tal senso che il principio di non discriminazione tra le diverse forme di lavoro, ed in particolare tra il lavoro in somministrazione (sia a termine che a tempo indeterminato) ed il lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, nel decreto legislativo n. 276/2003, conosce una nuova formulazione tesa alla parità di trattamento “complessivo” (42), con ciò guardando non solo al trattamento economico, ma anche a quello normativo, relativo dell'intero *corpus* di regole proprie della contrattazione collettiva e aziendale nonché delle prassi in uso (43).

Già nel lavoro temporaneo con l'espressione parità di trattamento si intendeva fare riferimento tanto all'aspetto economico che a quello normativo, oggi, nella nuova formulazione utilizzata dal legislatore può ravvedersi o “una specifica di vago tenore limitativo” oppure una maggiore e più incisiva parificazione dei lavoratori in somministrazione con quelli direttamente assunti alle dipendenze dall'impresa utilizzatrice.

In effetti, l'obbligo di parità di trattamento potrà dirsi rispettato solo con riguardo all'interrezza dello *status* del prestatore di lavoro e

---

(41) Cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, cit.

(42) Art. 23, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, dispone: “I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto ad un trattamento economico complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore a parità di mansioni svolte (...)”.

(43) Cfr. P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004.

cioè, non solo con riguardo al trattamento meramente economico, ma anche con riferimento al più generale trattamento normativo omnicomprensivo oltre che delle prassi e dei regolamenti collettivi ed aziendali anche dei diritti sociali ed assistenziali.

Considerata la duplicità di fatto esistente tra i due datori di lavoro con cui il prestatore di lavoro somministrato si trova a dover interagire e, al fine di evitare che una mera assimilazione delle tutele offerte al lavoratore direttamente dipendente all'utilizzatore con quello fornito tramite agenzia possa risolversi in una poco efficace tutela del lavoratore somministrato, si impone la necessità di individuare con precisione le posizioni giuridiche attive e passive del lavoratore in somministrazione sia presso l'impresa fornitrice che presso l'utilizzatore<sup>(44)</sup>.

Proprio in considerazione di ciò il parametro della non discriminazione costituisce il punto cardinale attraverso il quale contenere le forme di concorrenza tra lavoro stabile e lavoro c.d. "flessibile".

Di più, proprio il principio di parità tra le due tipologie di lavoratori consente un più agevole inserimento sociale del lavoratore somministrato nella collettività dell'impresa utilizzatrice così da permettere una reale fruizione delle posizioni giuridiche attive fissate dal contratto collettivo e dalla legge a favore della c.d. "forza-lavoro esterna".

In questo senso il prestatore di lavoro in somministrazione diviene, per la durata della missione, parte integrante dell'impresa utilizzatrice con importanti riflessi sul piano delle tutele collettive<sup>(45)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> Antesignano di uno *statut de la mobilité* è certamente il famoso *Rapport Cousté*, in *DS*, 1979, che ancora oggi rappresenta la stella polare di riferimento per la definizione di un'efficace politica di tutela dei prestatori di lavoro temporaneo prima ed in somministrazione poi.

<sup>(45)</sup> « Tuttavia, tanto la pura e semplice estensione quanto l'adattamento caso per caso della normativa di diritto comune al lavoro intermittente tramite agenzia si limitano il più delle volte ad attenuare ma non a rimuovere la ragioni di fondo della accentuata ineffettività della normativa di tutela dei diritti dei lavoratori temporanei rispetto agli altri gruppi di lavoratori (...). Solo recentemente alcuni ordinamenti — pur senza rinunciare alle tradizionali istanze di trasparenza del mercato del lavoro temporaneo e di tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro — hanno cercato di sperimentare soluzioni alternative, perseguendo con convinzione una strategia promozionale orientata (non più solo al "rapporto" di lavoro ma anche) al "mercato" ». M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, cit.

Tuttavia, se da una parte non si può tacere che la “forza-lavoro esterna” può rimanere ai margini delle forme di rappresentanza degli interessi organizzati del lavoro dipendente, proprio per la durata temporanea della prestazione presso l'utilizzatore (l'apposizione di un termine alla missione lavorativa — quantomeno con riferimento alla somministrazione a tempo determinato — condiziona necessariamente il potere contrattuale e le rivendicazioni di una compagine lavorativa a volte disunita), dall'altra, non si può dimenticare che altre soluzioni sono state sperimentate dal legislatore al fine di incentivare una sempre maggiore effettività ed efficacia delle garanzie individuali e collettive attribuite al lavoratore somministrato.

I lavoratori assunti dalle agenzie per il lavoro godono di tutti i diritti stabiliti dalla legge 20 maggio 1979, n. 300<sup>(46)</sup>: per espressa previsione dell'articolo 24, comma 2 e 3, del decreto in commento i lavoratori in somministrazione esercitano i diritti sindacali sia nei confronti dell'agenzia (in quanto effettivo datore di lavoro) che nei riguardi dell'utilizzatore (in quanto datore di lavoro per conto del quale svolgono le loro mansioni).

Se per un verso il prestatore di lavoro ha diritto ad esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della somministrazione, i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale direttamente dipendente dalle imprese utilizzatrici, dall'altro, ai lavoratori che dipendono da uno stesso somministratore e che operano presso diversi utilizzatori compete uno specifico diritto di riunione secondo la normativa vigente e secondo le modalità determinate dalla contrattazione collettiva.

Oltre a ciò, sempre l'articolo 24 del decreto legislativo n. 276/2003, comma 4, riconosce al sindacato un potere di controllo indiretto sulla modalità di esercizio della somministrazione di lavoro, funzionale al raggiungimento di una maggiore effettività nella fruizione dei diritti sindacali a favore dei somministrati.

In una disamina generale della tutela dei diritti e garanzie collettive, va rilevato, pertanto, che il legislatore, considerando la peculiarità delle relazioni che si instaurano tra le tre parti coinvolte nel rapporto interpositorio, cerca di modulare l'esercizio dei diritti sindacali.

---

<sup>(46)</sup> Cfr. A. LEVI, *Somministrazione di lavoro, esercizio dei diritti sindacali e garanzie collettive: prime riflessioni sull'art. 24 del D.lgs n. 276/2003*, in *MGL*, 2003, n. 12.

Nell'ottica di dover rendere effettivamente godibili dai lavoratori somministrati questa categoria di diritti, il legislatore delegato muove dalla considerazione che non sussiste un unico "spazio giuridico" capace di accogliere le istanze dei lavoratori medesimi <sup>(47)</sup>.

I lavoratori somministrati si trovano ad agire in un contesto soggettuale duplice: da una parte il somministratore e dall'altra l'utilizzatore.

Da qui, la possibilità di esercitare le garanzie sindacali nei confronti tanto dell'una parte contraente quanto dell'altra, nel rispetto assoluto della particolarissima posizione relazionale in cui si trova il somministrato.

Sempre nella stessa direzione, poi, si muove la regolamentazione dei rapporti tra somministratore ed utilizzatore.

A titolo meramente esemplificativo basti pensare al regime di solidarietà tra i due soggetti in relazione ai trattamenti retributivi e previdenziali <sup>(48)</sup>; alle norme in materia di erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti secondo programmi concordati tra le parti sociali o collegati all'andamento economico dell'impresa; alle disposizioni in materia di responsabilità civile <sup>(49)</sup>; a quelle in materia preven-

---

<sup>(47)</sup> "La partita si giocherà, allora (...) sul sostegno all'azione collettiva nella società dei lavori, piuttosto che sulla generica affermazione della libertà sindacale quale principio universalmente applicabile a tutte le forme di lavoro prestate in regime di sottoprotezione sociale, si diceva sino a ieri, di dipendenza economica, si comincia a dire oggi". R. VOZA, *Materiali per uno Statuto dei lavori: il sostegno all'azione collettiva*, cit.

<sup>(48)</sup> Con questa previsione il legislatore delegato attua la delega contenuta nell'art. 1, comma 2, lett. *m*), n. 4, l. n. 30/2003, laddove viene enucleato il principio della garanzia con riguardo al regime solidaristico. La *ratio* di tale obbligo di solidarietà si trova in quella responsabilità diretta che l'utilizzatore ha nei confronti del somministrato quantomeno con riferimento alle prestazioni lavorative da questi rese sotto il suo potere direttivo e di controllo.

In ragione del vantaggio direttamente conseguito dall'utilizzatore nel cui interesse si realizza lo svolgimento della prestazione lavorativa, l'utilizzatore è chiamato dal legislatore a tutelare il lavoratore somministrato, peraltro, senza che il legislatore fissi un termine di decadenza entro il quale il lavoratore debba agire per soddisfare i propri crediti. P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, cit.

<sup>(49)</sup> L'art. 26 del d.lgs. n. 276/2003 pone a carico dell'utilizzatore la responsabilità per danno causato a terzi dal somministrato durante lo svolgimento delle mansioni lavorative. La disposizione richiama il generale principio fissato dall'art. 2049 c.c. sviluppando un intreccio normativo tra codice civile e decreto che soccorre l'interprete nel senso di una più ampia tutela risarcitoria nei confronti del danneggiato,

zionistica <sup>(50)</sup>; alle conseguenze in caso di *jus variandi*; agli obblighi di fedeltà <sup>(51)</sup> ed in generale a tutte quelle disposizioni che confermano i principi e le scelte già operate dal legislatore con la legge sul lavoro temporaneo.


### 7. *Segue: l'articolo 13, decreto legislativo n. 276/2003, Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato.*

Come detto, il principio di parità di trattamento sin qui esaminato si pone a difesa di ogni possibile discriminazione tra differenti categorie di lavoratori, eppure, lo stesso viene parzialmente incrinato dal legislatore delegato, ma sempre e solo nel rispetto del dettato di uguaglianza sostanziale che si pone a fondamento del nostro sistema costituzionale <sup>(52)</sup>.

L'unica deroga legislativa a carattere sperimentale, riguardo al principio di parità di trattamento, fa riferimento ai c.d. lavoratori svantaggiati <sup>(53)</sup>: se tali fasce di lavoratori vengono assunti dall'agenzia con un contratto di durata pari almeno a sei mesi e purché venga pre-

---

fissata in ragione della dissociazione tra datore di lavoro effettivo e datore di lavoro nel cui interesse viene resa la prestazione lavorativa. Cfr. M. TIRABOSCHI, *La responsabilità civile per i danni a terzi*, in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(50)</sup> Dettate, peraltro, in linea con la direttiva n. 383/91/CE, in  *Somministrazione*. Cfr. S. BIANCHI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, che segue.

<sup>(51)</sup> Il lavoratore somministrato è tenuto ad osservare gli obblighi di fedeltà e diligenza tanto nei confronti del proprio effettivo unico datore di lavoro (agenzia di somministrazione), quanto nei confronti dell'utilizzatore, proprio perché la prestazione si svolge nell'interesse di quest'ultimo. « In particolare, quanto alla "fedeltà" il lavoratore dovrà astenersi da qualsiasi comportamento che possa provocare danni all'organizzazione aziendale dell'utilizzatore, anche solo in termini informativi; d'altro canto verso il datore di lavoro somministratore, il medesimo lavoratore è tenuto all'obbligo di fedeltà consistente nella non concorrenza diretta. Quanto invece alla "diligenza" nei riguardi del somministratore tale obbligo si apprezzerà nelle fasi che precedono e seguono l'assegnazione presso un singolo utilizzatore, mentre nei confronti dell'utilizzatore la diligenza (...) è quella tipica delle abilità e capacità tecnico-esecutive di svolgimento dell'attività lavorativa somministrata », P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, cit. Cfr., inoltre, E. CASSANETI, L. FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(52)</sup> Cfr. art. 3 Cost.

<sup>(53)</sup> Le categorie di lavoratori svantaggiati sono puntualmente declinate all'art. 2, lett. f), del Regolamento CE n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002.

visto uno specifico programma individuale di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro e sempre in concorso con Regioni, Province ed enti locali, allora le agenzie per il lavoro autorizzate possono procedere ad assunzioni “agevolate” ai sensi e nei limiti di cui all’articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003.

In buona sostanza, a fronte della parità di trattamento normativo ed economico tra lavoratore somministrato e dipendenti di pari livello dell’impresa utilizzatrice, è stata prevista una “deviazione” mirata ad incentivare l’assunzione di determinate categorie di lavoratori, ma sempre e solo in presenza di adeguate garanzie sull’effettiva presa in carico del soggetto svantaggiato.

Il contratto che viene stipulato con questi soggetti, deve contenere la previsione di interventi normativi idonei a collocare o ricollocare i lavoratori interessati, nonché il coinvolgimento di un *tutor* capace di accompagnare la crescita professionale del lavoratore svantaggiato per il tempo della sua attività lavorativa, così da sviluppare le capacità professionali di questi ed aumentare il grado di effettività circa le sue possibilità di inserimento nel mercato del lavoro <sup>(54)</sup>.

Lungi dal risolversi in una sorta di *defaillance* del legislatore, la norma in commento si traduce in una misura promozionale per l’inserimento delle fasce deboli che ricalca le disposizioni contenute nella direttiva europea sul lavoro interinale <sup>(55)</sup>.

Se infatti è vero che non viene stabilito un tetto minimo relativo al trattamento retributivo del lavoratore, tuttavia, rimane indiscussa l’operatività del principio generale della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all’articolo 36 Cost., che costituisce il parametro attorno al quale edificare il progetto di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro del soggetto svantaggiato.

Si segnala, peraltro, che, dopo una prima fase di avvio della som-

---

<sup>(54)</sup> Cfr. C. CORBO, *Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato nel mercato del lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*

<sup>(55)</sup> La proposta di direttiva n. 149/2002, cit. La prospettiva adottata dalla direttiva non sembra, peraltro, innovativa rispetto al livello di tutela dell’ordinamento giuridico italiano, così come garantito già nell’impianto della l. n. 196/1997. Cfr. sul punto anche O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, cit. D’altro canto, poi, la prospettiva seguita a livello comunitario sembra essere quella di non ridurre le esigenze di flessibilità del mercato del lavoro ad una prospettiva di precarietà ma piuttosto di predeterminare lo statuto giuridico del lavoratore interinale al fine di garantire una protezione adeguata ai diritti sociali essenziali dei lavoratori « atipici ».

ministrazione in *workfare*, abbastanza difficoltosa a fronte dell'assenza del necessario intervento regolatorio a livello regionale, l'istituto ha ora occasione di trovare immediata applicazione. La legge n. 80/2005<sup>(56)</sup>, di conversione del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, ha, infatti, eliminato il rinvio ad una successiva regolamentazione regionale e reso quindi immediatamente operativa la disciplina<sup>(57)</sup>.


È di tutta evidenza, pertanto, che la finalità sottesa all'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003 risiede proprio nel sistema di collocamento sul mercato del lavoro dei soggetti svantaggiati, laddove la cooperazione degli operatori pubblici e privati mira a realizzare il concreto inserimento di queste categorie di lavoratori, impedendo il sorgere di un regime di emarginazione nel quale spesso sono confinati tutti coloro che non dispongono, per diversi motivi, di una piena capacità lavorativa<sup>(58)</sup>.

In tale contesto, il legislatore ha maturato il convincimento che la somministrazione di manodopera possa rappresentare il modello migliore per garantire alle fasce deboli di lavoratori un ingresso nel mercato del lavoro tutelato e tangibile.

Sia il lavoratore che il datore di lavoro, infatti, hanno la reale possibilità di sperimentare le diverse professionalità all'interno di una precisa e ben individuata organizzazione imprenditoriale, con l'opportunità di poter realizzare presso altre realtà la medesima esperienza fintantoché non emerga un'occasione di impiego valida per entrambi.

Il ruolo dell'Agenzia per il lavoro, infatti, non si limita ad una semplice assunzione del soggetto svantaggiato ma prevede un coinvol-

---

<sup>(56)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2005, n. 19.

<sup>(57)</sup> Per un primo commento e per la ricostruzione del percorso che ha determinato il venir meno del comma 6 dell'art. 13, d.lgs. n. 276/2003, cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoratori svantaggiati e somministrazione di lavoro. Prime attuazioni dell'art. 13, d.lgs. n. 276/2003*, in *DRI*, 2005, n. 2. Si segnalano le due sperimentazioni di livello regionale, attuate in Puglia e in Abruzzo mediante convenzione. Entrambe le convenzioni individuavano, infatti, nel dettaglio i gruppi di lavoratori svantaggiati, tra quelli individuati dall'art. 2, comma 1, lett. k), del d.lgs. n. 276/2003 e nei confronti dei quali avrebbe trovato applicazione il regime di incentivazione normativa ed economica previsto all'art. 13, d.lgs. n. 276/2003. Nella medesima ottica di raccordo tra pubblico e privato, le convenzioni siglate prevedevano anche azioni integrate sul territorio comprensive anche di azioni di sistema volte alla costruzione di una rete territoriale per sviluppare al meglio i rapporti con i destinatari delle misure di incentivazione.

<sup>(58)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel mercato: trasparenza, formazione e tutela per i lavoratori svantaggiati*, cit.



gimento ben più ampio e significativo: le attività di orientamento, formazione ed inserimento demandate agli operatori del mercato del lavoro costituiscono un tutto inscindibile ed imprescindibile per la realizzazione di quel modello virtuoso di cooperazione tra pubblico e privato che ci si auspica di rendere effettivo e concreto.

In un siffatto quadro di riferimento, l'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003 si pone l'ambizioso obiettivo di corresponsabilizzare tutti gli operatori del mercato del lavoro nella "presa in carico" dei soggetti a forte rischio di esclusione sociale, con il duplice fine di evitare usi impropri della flessibilità del lavoro e di rafforzare la posizione di ogni singolo lavoratore. Il proposito del legislatore è quello di creare un sistema di tutele che possa aumentare le occasioni di impiego: sulla scorta di modelli di cooperazione già collaudati a livello europeo, l'articolo 13 prevede un regime convenzionale attraverso il quale le agenzie per il lavoro, insieme con gli operatori pubblici, sono chiamate a svolgere funzioni di tenore sociale finalizzate all'inserimento, reinserimento e qualificazione delle competenze di lavoratori appartenenti a gruppi svantaggiati.



### 13.

## LA TUTELA DELLA SALUTE E SICUREZZA DEL LAVORATORE

STEFANO BIANCHI

SOMMARIO: 1. La tutela della salute e sicurezza del lavoratore in somministrazione. —  
2. La ripartizione degli obblighi di sicurezza fra somministratore e utilizzatore:  
alcune questioni specifiche.

#### 1. La tutela della salute e sicurezza del lavoratore in somministrazione.

Uno degli obiettivi che il legislatore si è posto con la riforma del mercato del lavoro è quello di “... aumentare i tassi di occupazione e di promuovere la qualità e la stabilità del lavoro” (1).


Il suo intervento, pertanto, benché finalizzato ad un sostanziale ampliamento dell’ambito di applicazione dell’istituto della somministrazione di lavoro, appare caratterizzato da una evidente volontà di garantire al lavoratore somministrato una sostanziale tutela per ciò che attiene alla sfera dell’igiene e della sicurezza sul posto di lavoro (2).

Vengono ripresi e confermati i principi comunitari (3) nonché i cardini in materia di cui alla legge n. 196/1997, riconoscendo così nell’impresa utilizzatrice il soggetto giuridico responsabile delle condi-

---

(1) Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

(2) Viene confermato il sistema di tutela introdotto dal legislatore con la l. n. 196/1997: un sistema c.d. di tipo “misto” prevedendo cioè che alcuni obblighi in materia debbano essere adempiuti singolarmente dall’utilizzatore o dal somministratore mentre per l’adempimento degli altri viene prevista una corresponsabilità di entrambe le imprese, in *Sicurezza e Lavoro (Ambiente e Sicurezza)*, Il Sole 24 Ore-Pirola, 24 settembre 2001, n. 15.

(3) Art. 8, direttiva n. 91/383/CE, in  *Somministrazione*.

zioni in cui viene eseguito il lavoro comprese quelle che riguardano la salute e la sicurezza sul posto di lavoro (4).

Conseguentemente è l'impresa utilizzatrice che è tenuta a garantire al lavoratore somministrato tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti ed è responsabile dell'eventuale violazione.

Il lavoratore, infatti, per tutta la durata della somministrazione svolge la propria attività sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore maturando il diritto alla parità di trattamento normativo (articolo 23, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003) (5) che con riferimento agli obblighi di legge in materia di igiene e sicurezza sul lavoro si traduce "in un obbligo dei dirigenti e dei preposti dell'utilizzatore, i quali al fine di tutelare la sicurezza e la salute del lavoratore somministrato, sono tenuti ad osservare tutte le misure di prevenzione e di salvaguardia dei luoghi di lavoro, di fornitura dei dispositivi di protezione e di consultazione normalmente applicabili ai propri dipendenti" (6).

Solo con riferimento al diritto dei lavoratori somministrati di partecipare all'elezione del RLS (rappresentante dei lavoratori per la sicurezza) dell'utilizzatore la dottrina risulta ancora oggi divisa circa la riconducibilità di tale diritto nell'ambito del principio generale della parità di trattamento di cui all'articolo 23, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003: in particolare si discute se *conditio sine qua non* per la riconoscibilità di tale diritto al lavoratore somministrato sia la permanenza dello stesso presso l'utilizzatore per un periodo di tempo congruo a legittimare l'insorgenza di tale diritto (7).

Pur riconoscendo alla contrattazione collettiva dell'utilizzatore il compito di fornire chiare indicazioni circa il dubbio interpretativo di cui sopra, a parere dello scrivente, in assenza di una precisa disposi-

---

(4) Artt. 20, comma 2, e 22, comma 5, d.lgs. n. 276/2003; circ. Min. lav. n. 224/1998, in  *Lavoro interinale*.

(5) Cfr. B. SANNINO, *Lo «statuto giuridico» del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile*, che precede.

(6) Linee guida in materia di gestione della prevenzione della salute dei lavoratori interinali Regione Friuli Venezia Giulia approvate dal Consiglio regionale di coordinamento per la sicurezza e la salute sul luogo di lavoro, 9 maggio 2003.

(7) A. GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Cedam, Padova, 1999, 264; M. LAI, *Salute, sicurezza e Lavoro temporaneo*, in *DPL*, 1998, 217.

zione contrattuale, è legittimo riconoscere tale diritto al lavoratore somministrato: ai sensi dell'articolo 22, comma 5, decreto legislativo n. 276/2003 che afferma “in caso di contratto di somministrazione, il prestatore di lavoro non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di normative di legge e di contratto collettivo, *fatta eccezione per quelle relative all'igiene e alla sicurezza sul lavoro*” (8).


Sulla base di quanto sopra, pertanto, e in considerazione del ruolo del RLS, chiamato a vigilare sull'attuazione delle varie misure di prevenzione degli infortuni e di tutela della salute nei luoghi di lavoro, è ragionevole affermare che tale compito dovrà essere svolto dal rappresentante della sicurezza dei lavoratori anche nei confronti dei lavoratori somministrati e conseguentemente dovrà a questi ultimi essere riconosciuto il diritto di intervenire attivamente nella scelta del soggetto che sarà chiamato a interagire con il datore di lavoro (utilizzatore) ai fini dell'adempimento degli obblighi su quest'ultimo gravanti relativamente all'igiene e alla sicurezza sul posto di lavoro, a prescindere dalla durata della permanenza del lavoratore stesso presso l'utilizzatore.

Ai sensi dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 626/1994 tra le generali misure di tutela cui è tenuto il datore di lavoro è compreso anche “il controllo sanitario dei lavoratori in funzione dei rischi specifici”.

Pur in assenza di una chiara disposizione legislativa circa la regolamentazione della sorveglianza sanitaria dei lavoratori somministrati per effetto del combinato disposto dell'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo n. 626/1994 e dell'articolo 22, comma 5, del decreto legislativo n. 276/2003 si può concludere che tale obbligo sia da considerarsi gravante sull'utilizzatore.

A tale conclusione è giunto anche il Ministero del lavoro — Direzione Generale della Tutela delle Condizioni di lavoro — che con circolare 21 novembre 2001 ha concluso che “l'obbligo della sorve-

---

(8) L'art. 4 dello schema di T.U. in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 44, prevede che: “i lavoratori utilizzati nell'ambito di un contratto di somministrazione di lavoro *ex art. 20 e ss. del D.lgs 276/03* si computano sulla base del numero di ore di lavoro effettivamente prestate nell'arco di un semestre”. Lo schema di decreto è stato successivamente ritirato nel maggio del 2005.

glianza sanitaria, preventiva e periodica, rientrando tra gli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente, è inequivocabilmente a carico dell'impresa utilizzatrice" (9).

## **2. La ripartizione degli obblighi di sicurezza fra somministratore e utilizzatore: alcune questioni specifiche.**


Ai sensi dell'articolo 22 del decreto legislativo n. 626/1994 il datore di lavoro è tenuto a garantire ai propri dipendenti una "formazione sufficiente ed adeguata in materia di igiene e sicurezza e salute, con particolare riferimento al proprio posto di lavoro ed alle proprie mansioni".

Pur individuando, come abbiamo visto, nell'utilizzatore il soggetto responsabile ai fini degli adempimenti degli obblighi in materia di igiene e sicurezza sul posto di lavoro, con specifico riferimento agli obblighi di cui agli articoli 21 e 22 del decreto legislativo n. 626/1994, il legislatore delegato ha riconosciuto al somministratore e all'utilizzatore la possibilità di ripartizione di tali obblighi.

Nella regolamentazione dell'adempimento di tali obblighi il legislatore, sebbene abbia attribuito al somministratore la responsabilità di provvedere ad informare il prestatore di lavoro sui rischi connessi all'attività produttiva in generale nonché a formarlo ed addestrarlo all'uso delle attrezzature di lavoro, ha, altresì, previsto che l'adempimento di tale obbligo sia trasferibile contrattualmente all'utilizzatore (in tal caso ne dovrà essere fatta espressa menzione nel contratto con il lavoratore) (10).

L'esperienza fino ad oggi maturata in materia di lavoro temporaneo ha dimostrato che le imprese tendono in linea generale ad accordarsi contrattualmente al fine di demandare all'utilizzatore l'adempimento degli obblighi in commento in quanto realmente la sola alternativa in grado di poter garantire al lavoratore una sostanziale equipa-

---

(9) L'art. 14 del Ccnl delle SFLT (Società di fornitura del lavoro temporaneo), in  *Somministrazione*, dispone che: "la sorveglianza sanitaria obbligatoria, ove richiesta, resta a carico dell'impresa utilizzatrice".

(10) Art. 23, comma 5, d.lgs. 276/2003.


razione al dipendente dell'utilizzatore con riferimento a quanto disposto dagli articoli 21 e 22 del decreto legislativo n. 626/1994.

Indipendentemente dagli accordi contrattuali stipulati, sull'utilizzatore, infatti, non potrà non gravare la responsabilità di provvedere quantomeno a completare l'attività di formazione e di addestramento con specifico riferimento ai macchinari necessari allo svolgimento dell'attività lavorativa cui sarà destinato il lavoratore in quanto soltanto quest'ultimo, in qualità di proprietario di tali mezzi, potrà essere in grado di adempiere all'obbligo di cui sopra, che come previsto dalla legge deve essere "specifico": la formazione e l'addestramento, pertanto, è necessario che siano erogati con riferimento ai macchinari ed al contesto di rischio nell'ambito del quale il prestatore di lavoro sarà chiamato ad operare <sup>(11)</sup>, e quindi solo l'utilizzatore potrà essere individuato come il soggetto realmente in grado di rendere "edotto" il lavoratore circa i rischi specifici del contesto lavorativo.

La professionalità del somministratore nel selezionare candidati in possesso di requisiti tecnico-professionali idonei allo svolgimento della mansione oggetto del contratto di somministrazione, nonché un preciso accordo tra utilizzatore e somministratore per la ripartizione degli obblighi in materia costituiscono condizioni necessarie per la tutela del lavoratore somministrato anche ai fini della prevenzione dei rischi di infortuni sul posto di lavoro <sup>(12)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> In *Igiene e sicurezza del Lavoro*, dicembre 2003, n. 12, 664.

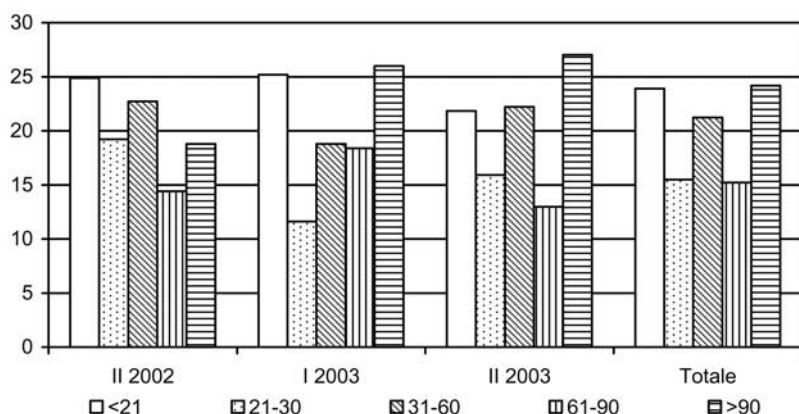
<sup>(12)</sup> Dal primo rapporto presentato da Ebitemp (OSSERVATORIO - CENTRO STUDI PER IL LAVORO TEMPORANEO (a cura di), *Gli infortuni nel lavoro temporaneo*, marzo 2004, in  *Somministrazione*) è emerso che gli infortuni subiti dai lavoratori temporanei nel periodo tra il 1° luglio 2002 e il 31 dicembre 2003 sono stati 1.210. Il Documento elaborato dall'Osservatorio - Centro studi per il lavoro temporaneo costituisce senz'altro una prima interessante rappresentazione degli infortuni denunciati a Ebitemp.

Tuttavia il limite di tale relazione (peraltro evidenziato nello stesso documento) è il fatto che le analisi si riferiscono *solo ad una parte limitata degli infortuni* che sono avvenuti nel mondo del lavoro temporaneo riferendosi, infatti, solo a quelli in cui il periodo di assenza dal lavoro si prolunga oltre la missione.

Si riporta nella tabella 1 la distribuzione degli infortuni (sempre relativi al periodo cui si riferisce l'analisi di Ebitemp) in funzione della durata delle missioni di lavoro temporaneo.

Tabella 1 — *Infortuni divisi in funzione della durata delle missioni e relativo grafico.*

Periodo	< 21 gg.		21-30 gg.		31-60 gg.		61-90 gg.		> 90 gg.		Totale	
	n.	%	n.	%	n.	%	n.	%	n.	%	n.	%
II 2002	57	24,89	44	19,21	52	22,71	33	14,41	43	18,78	229	100,0
I 2003	63	25,20	29	11,60	47	18,80	46	18,40	65	26,00	250	100,0
II 2003	59	21,85	43	15,93	60	22,22	35	12,96	73	27,04	270	100,0
<b>Totale</b>	<b>179</b>	<b>23,90</b>	<b>116</b>	<b>15,49</b>	<b>159</b>	<b>21,23</b>	<b>114</b>	<b>15,22</b>	<b>181</b>	<b>24,17</b>	<b>749</b>	<b>100,0</b>



Giova, infine precisare che, con riferimento alle modalità di adempimento degli obblighi di cui agli articoli 21 e 22 del decreto legislativo n. 626/1994, ruolo determinante dovrà essere svolto dalla Commissione paritetica nazionale per l'igiene e la sicurezza del lavoro, la cui istituzione è stata prevista dall'articolo 14 del Ccnl SFLT, tra i cui compiti è stato previsto quello di provvedere sia alla "formalizzazione di proposte di modelli di formazione di base e specifiche", che all'elaborazione di "materiali informativi e formativi specifici per lo strumento contrattuale in commento".

In attesa dell'intervento della Commissione paritetica che permetterà di poter utilizzare materiali e procedure specifiche per il settore, stante la portata e la natura della regolamentazione degli obbli-




ghi di cui sopra, appare essenziale una puntuale e precisa cooperazione tra il somministratore e l'utilizzatore al fine di garantire al lavoratore una sostanziale equiparazione al dipendente diretto dell'utilizzatore: solo una chiara ripartizione degli adempimenti in materia consentirà di superare le difficoltà e i dubbi interpretativi derivanti dall'applicazione della normativa di igiene e sicurezza sul lavoro ad uno strumento contrattuale c.d. "atipico": la somministrazione di lavoro.

Sebbene il legislatore delegato abbia previsto una regolamentazione specifica per ogni istituto contrattuale disciplinato all'interno del decreto legislativo n. 276/2003, decisivo ai fini di una indispensabile opera di semplificazione e coordinamento delle norme vigenti in materia di igiene e sicurezza sul lavoro sarà in ogni caso rappresentato dalla definitiva entrata in vigore del Testo Unico in materia <sup>(13)</sup>.

Una delle peculiarità della nuova normativa è, infatti, rappresentata dal fatto che la stessa troverà applicazione nei confronti di tutti i lavoratori a prescindere dalla forma contrattuale con la quale gli stessi sono assunti; ne deriva, pertanto, la piena applicabilità del nuovo testo di legge anche alle forme contrattuali "atipiche": nell'ambito della definizione di "lavoratore" ai fini dell'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo in esame sono, infatti, espressamente compresi anche i lavoratori utilizzati con contratto di somministrazione ai sensi dell'articolo 20 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> In data 18 novembre 2004, è stato approvato in prima lettura lo schema di decreto legislativo di attuazione dell'art. 3 della l. n. 299/2003 che contiene il T.U. in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, in  *Boll. Adapt*, 2004, n. 44.

Come anticipato, *supra*, nota 8, lo schema di decreto è stato ritirato nel maggio 2005.

<sup>(14)</sup> Art. 5 (definizioni) dello schema di T.U. in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, cit.



## I FONDI PER LA FORMAZIONE E LA TUTELA DEL REDDITO

GIANNI BOCCHIERI, MICHELE TIRABOSCHI

SOMMARIO: 1. Somministrazione e flessibilità. — 2. Il fondo bilaterale della somministrazione. — 3. Gli accordi del 2 febbraio 2005. — 4. La costituzione del fondo per i lavoratori in somministrazione con contratto a tempo determinato e il relativo regolamento.

### 1. Somministrazione e flessibilità.

L'esperienza del lavoro temporaneo in Italia ha costituito un esempio di buona flessibilità. A dispetto dello scetticismo che, per lungo tempo, ha ritardato l'introduzione della fattispecie del lavoro intermittente tramite agenzia nel nostro ordinamento, si è infatti evidenziato come esso si sia presto tradotto in un modello virtuoso di flessibilità « normata »: un modo di lavorare certamente atipico, ma che ha permesso a moltissime persone di accedere rapidamente a una occupazione stabile e di qualità <sup>(1)</sup>.

### 2. Il fondo bilaterale della somministrazione.

Proprio da questa prospettiva si segnala come per il decollo del

---

<sup>(1)</sup> Cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di),  *Mercati e rapporti di lavoro - Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997, e ivi, in particolare, per il concetto di flessibilità normata, il saggio di T. TREU,  *Politiche del lavoro e strumenti di promozione dell'occupazione: il caso italiano in una prospettiva europea*; per un confronto fra flessibilità c.d. buona e flessibilità c.d. cattiva, con riferimento rispettivamente al lavoro interinale e al lavoro a progetto, cfr. l'analisi condotta da A. ACCORNERO,  *Nuovi lavori e rappresentanza*, in  *DRI*, 2005, n. 1, 60-63.


lavoro interinale sia stata decisiva la realizzazione di un fondo bilaterale, finanziato con un contributo del 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori in somministrazione, che ha consentito di attivare importanti misure di orientamento, formazione e riqualificazione professionale <sup>(2)</sup>. Una esperienza che si è rivelata vantaggiosa non solo per i lavoratori, ma anche per le aziende che hanno potuto avvalersi di personale temporaneo mediamente più competente e qualificato di quello altrimenti direttamente reperibile sul mercato del lavoro. Esito questo che trova riscontro nel fatto che al termine di ogni missione, circa un terzo dei lavoratori flessibili è stato poi assunto dall'impresa utilizzatrice.

Secondo una recente ricerca condotta per conto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali emerge inequivocabilmente che « un lavoratore avviato ad una missione di lavoro interinale può ragionevolmente attendersi che la sua probabilità di conseguire una occupazione permanente circa un anno e mezzo dopo la missione stessa raddoppi, rispetto al caso di non avviamento, passando approssimativamente dal 14 per cento al 28 per cento ». Non solo. Ma « a circa il 51 per cento dei lavoratori interinali viene prospettata la possibilità di essere assunti direttamente dall'impresa utilizzatrice al termine della missione. Per il 32 per cento di tali soggetti, questa prospettiva diventa realtà. Tuttavia, anche il 20 per cento di coloro ai quali nessuna assunzione è stata prospettata risulta poi assunto dall'impresa utilizzatrice » <sup>(3)</sup>. Tanto più che nel mutato contesto regolatorio scaturito dalla riforma Biagi il vecchio interinale diviene uno dei canali privilegiati attraverso cui assecondare la specializzazione produttiva e l'organizzazione del lavoro in *outsourcing* propria della nuova economia.

La somministrazione non è infatti né un mero equivalente del contratto a termine né una sorta di prova lunga. Si tratta piuttosto di una ipotesi di specializzazione organizzativa e gestionale, che opera sì sul versante della flessibilità occupazionale ma anche, se non soprattutto, su quello della modernizzazione dell'apparato produttivo me-

---

<sup>(2)</sup> Per una analisi della esperienza sin qui sviluppata sul fondo bilaterale della somministrazione cfr. G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 607 ss.

<sup>(3)</sup> Cfr. A. ICHINO, F. MEALLI, T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia - Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Ed. Plus, Università di Pisa, 2003, qui 57-59, ora in  *Somministrazione*.

dianche modelli di integrazione contrattuale tra imprese coordinati da operatori polifunzionali e altamente qualificati, quali sono appunto le nuove agenzie del lavoro <sup>(4)</sup>. Operatori esperti in risorse umane e per i quali è decisivo, nella tanto auspicata prospettiva di innalzamento della dotazione di capitale umano del nostro Paese, avvalersi di un apposito fondo per la formazione.

Un fondo che, per raggiungere pienamente i suoi obiettivi, deve però poter garantire anche la continuità delle occasioni di impiego, nonché concorrere alla emersione del lavoro non regolare anche attraverso iniziative di contrasto agli appalti illeciti e a tutte le forme improprie di esternalizzazione. È pertanto positivo che le parti sociali, con le intese raggiunte il 2 febbraio 2005 <sup>(5)</sup>, abbiano inteso confermarne la operatività della nuova disciplina.


### 3. Gli accordi del 2 febbraio 2005.

Con gli accordi sindacali del 2 febbraio 2005 si completa dunque, molto opportunamente, il quadro regolatorio della somministrazione di lavoro per la parte relativa al nuovo sistema di tutele relative al mercato (e non più solo, secondo la classica configurazione, al rapporto di lavoro).

Dopo più di un anno dalla entrata in vigore della riforma Biagi, pienamente operative sia le nuove autorizzazioni che l'albo informatico delle agenzie per il lavoro, le parti sociali hanno infine dato attuazione all'articolo 12 dello stesso decreto legislativo n. 276/2003. Nell'iter che ha portato al raggiungimento dell'accordo non si può peraltro trascurare la forte sollecitazione di parte ministeriale. La nota del 1° dicembre 2005 del Ministro del lavoro e delle politiche sociali <sup>(6)</sup> aveva infatti ribadito la necessità dell'adeguamento dello statuto di

---

<sup>(4)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, che introduce il presente volume.

<sup>(5)</sup> Cfr. l'accordo quadro del 2 febbraio 2005 firmato da Cisl, Uil, Alai-Cisl, Cpo-Uil, Ailt, Apla, Confinterm (somministrazione di lavoro e fondi per formazione), per l'attuazione dell'art. 12, commi 2 e 3, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e l'accordo quadro del 2 febbraio 2005 firmato da Cgil, Cisl, Uil, Alai-Cisl, Cpo-Uil, Nidil-Cgil, Ailt, Apla, Confinterm (somministrazione di lavoro e fondi per la formazione), in materia di attuazione dell'art. 12 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, entrambi in  *Somministrazione*.

<sup>(6)</sup> In  *Boll. Adapt*, 2004, n. 47.

Forma.Temp. — il fondo per la formazione costituito in attuazione della legge n. 196/1997 fra le parti stipulanti il Ccnl delle agenzie di lavoro temporaneo — alla mutata disciplina ovvero la costituzione di un altro fondo per la gestione dei contributi dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo determinato ma anche dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato. Si sottolineava in quella sede come i lavoratori a tempo indeterminato, infatti, sarebbero rimasti, in assenza di un accordo siffatto, sostanzialmente privi di tutela senza considerare l'urgenza che la contribuzione obbligatoria sulle retribuzioni di questa categoria di lavoratori fosse effettivamente messa a loro disposizione così come accade per i lavoratori a tempo determinato, senza soluzione di continuità alcuna e anche nella fase di passaggio dal lavoro temporaneo alla somministrazione di lavoro.

Peraltro le parti sociali hanno dato effettiva attuazione all'articolo 12 in esame attraverso due accordi in vero fra loro molto articolati.

Con un primo accordo unitario (sottoscritto fra tutte le organizzazioni sindacali dei lavoratori), le parti hanno innanzitutto concordato di dare attuazione all'articolo 12, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003, e di imputare al Fondo denominato Forma.Temp. la competenza per lo svolgimento di tutte le attività previste dalla norma in questione.

A tal fine si è provveduto, contestualmente alla firma dell'accordo, ad effettuare le modifiche dello statuto e del regolamento necessarie per l'adeguamento alla nuova disciplina non solo e soprattutto dell'oggetto dell'attività di Forma.Temp. ma anche dei riferimenti normativi e della terminologia ora in uso.

Le parti firmatarie hanno anche concordato che gli interventi e le misure degli interventi formativi e di carattere previdenziale saranno attuate secondo gli accordi finora stipulati per la categoria dei lavoratori temporanei (accordo del 23 settembre 2002) così come deriva dall'applicazione dell'accordo del 27 ottobre 2003 in virtù del quale l'ambito di applicazione del Ccnl imprese fornitrici di lavoro temporaneo è stato esteso alla somministrazione a tempo determinato (7).

L'accordo in esame si segnala poi per aver esteso l'ambito di ap-

---

(7) Cfr. l'accordo quadro del 2 febbraio 2005 firmato da Cgil, Cisl, Uil, Alai-Cisl, Cpo-Uil, Nidil-Cgil, Ailt, Apl, Confinterim (somministrazione di lavoro e fondi per la formazione), cit.

plicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo ai lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato<sup>(8)</sup>. Resta peraltro escluso l'obbligo per le agenzie di somministrazione di versare a Ebi-temp<sup>(9)</sup> la quota dello 0,20% delle retribuzioni imponibili corrisposte ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato.

Con il medesimo accordo, poi, le parti stipulanti si danno reciprocamente atto che la attuazione delle misure previste a tutela dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato saranno attuate con la promozione da parte di Ailt, Apla, Confiterm, Alai-Cisl e Cpo-Uil attraverso la costituzione di un apposito e distinto fondo, nell'ambito di un accordo quadro siglato solo da queste associazioni.

Questo accordo, senza la sottoscrizione quindi della Nidil-Cgil, è stato effettivamente siglato lo stesso 2 febbraio 2005<sup>(10)</sup>.

#### **4. La costituzione del fondo per i lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato e il relativo regolamento.**

L'articolo 12, comma 4, lascia alle parti sociali la opzione di determinare se il versamento dei contributi previsti ai commi 1 e 2 dello stesso articolo 12 debba essere effettuato ad un fondo bilaterale appositamente costituito (anche nell'ente bilaterale) oppure ad un fondo già esistente, seppure nell'ambito di gestioni separate, e quindi o a Ebitemp oppure allo stesso Forma.Temp.

Le parti sociali hanno ritenuto di dare attuazione alle misure di tutela previste per i lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato attraverso la costituzione di un apposito e distinto fondo, dotato di personalità giuridica ai sensi dell'articolo 12 c.c. con procedimento per il riconoscimento rientrante nelle competenze del Ministro del lavoro e delle politiche sociali ai sensi dell'articolo 2, comma 1, della legge 12 gennaio 1991, n. 13.

Il fondo, denominato Ebi.Ref., è divenuto definitivamente opera-

---

<sup>(8)</sup> Sul punto vedi anche L. DEGAN, *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva*, nella Parte III, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(9)</sup> Ente bilaterale istituito dall'art. 7 del Ccnl per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo del 23 settembre 2002.

<sup>(10)</sup> Cfr. l'accordo quadro del 2 febbraio 2005, cit.

tivo il 27 luglio 2005 e la sua attività è disciplinata da uno Statuto <sup>(11)</sup>, predisposto contestualmente alla stipulazione dell'accordo istitutivo del fondo, e da un regolamento <sup>(12)</sup>.

Lo Statuto prevede, all'articolo 1, che il fondo non ha scopo di lucro, opera in un quadro di relazioni sindacali coerenti con gli obiettivi di sviluppo e di qualificazione produttiva e occupazionale del settore nonché, nel contesto delle politiche stabilite nell'accordo quadro del 2 febbraio 2005, anche in regime di « accreditamento » con le Regioni. Oltre al contributo del 4% versato dalle agenzie il fondo si avvale di eventuali finanziamenti pubblici e privati ovvero di eventuali proventi derivanti da iniziative sociali. Ad esclusione del Collegio dei Sindaci, gli organi del fondo sono paritetici tra le associazioni datoriali e le organizzazioni sindacali firmatarie dell'accordo.

L'articolo 12, comma 2, dispone che le risorse del fondo sono destinate a iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori; a iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti; a iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le Regioni ed, infine, alla promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale <sup>(13)</sup>.

Già da questo regime di destinazione delle risorse, si comprende come il sistema della bilateralità sia incentivato e coinvolto nella definizione di un articolato e innovativo sistema di tutele dei lavoratori <sup>(14)</sup>. Se, da un lato, vengono, infatti, confermate le finalità già assegnate alla formazione del lavoratore temporaneo e quelle della promozione dell'emersione del lavoro irregolare, dall'altra, sono state attri-

---

<sup>(11)</sup> In  *Somministrazione*.

<sup>(12)</sup> In  *Somministrazione*.

<sup>(13)</sup> Cfr. G. BOCCHIERI, *Fondi per la formazione e l'integrazione del reddito*, cit., qui 612-613.

<sup>(14)</sup> Sulle tutele dei lavoratori in somministrazione, sul mercato e nel rapporto di lavoro, per l'impostazione del problema, cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, qui 347-404, cui *adde*, ora, per una più ampia prospettiva di analisi delle prospettive di valorizzazione del capitale umano nell'ambito dei processi di esternalizzazione, M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit.



buite ora altre funzioni di tutela, in particolare, la garanzia della continuità del reddito del lavoratore in somministrazione a tempo indeterminato che viene così ad integrare le funzioni già specificatamente assolte dall'istituto dell'indennità di disponibilità. Ed, invero, proprio a queste finalità le parti sociali hanno destinato la parte più cospicua della contribuzione prevista dal comma 2 dell'articolo 12.

Il 2,5% del contributo obbligatorio, al netto dei costi di gestione del fondo, è infatti destinato ad iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori. La restante parte è così ripartita: 0,1% ad iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti; 0,1% ad iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le Regioni; 1,3% alla promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale.

In tema di iniziative finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti, è stata, altresì, prevista la promozione di un rapporto annuale avente ad oggetto lo studio dell'utilizzo della somministrazione, oltre alla raccolta, allo studio e all'elaborazione di indici presuntivi in materia di interposizione illecita ed appalti genuini. Queste iniziative sono realizzate nell'ambito della promozione del monitoraggio e della valutazione delle politiche del lavoro nel settore della somministrazione. Nella predetta misura dello 0,1%, il fondo di cui al comma 2 dell'articolo 12 è destinato anche a promuovere iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati. Questa previsione dell'articolo 12, comma 2, non esclude ma anzi conferma che le agenzie di lavoro possano destinare i propri fondi per l'inserimento di lavoratori svantaggiati nell'ambito di operatività delle misure previste dall'articolo 13, al fine di predisporre piani individuali di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro <sup>(15)</sup>.

Infine, in tema di iniziative per la promozione di percorsi di qua-

---

<sup>(15)</sup> Sulla disciplina di cui all'art. 13, cfr. P. RAUSEI, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel mercato: trasparenza, formazione e tutela per i lavoratori svantaggiati*, che precede.

lificazione e riqualificazione professionale dei lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato, l'accordo prevede che tali iniziative siano promosse secondo le tipologie formative della formazione continua e della formazione professionale e con particolare riferimento alle esigenze di qualificazione o riqualificazione in caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione.

Il regolamento del fondo si occupa di disciplinare il funzionamento e la gestione del fondo e a questo scopo fissa nel 3% delle risorse disponibili l'ammontare massimo per la copertura delle spese relative.

Il regolamento disciplina inoltre le modalità di versamento del contributo obbligatorio e individua l'organo operativo del fondo, il Direttore, nominato dal Consiglio di Amministrazione, nonché le relative attribuzioni.

Sono quindi disciplinate le iniziative per la promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale e, a questo scopo, il regolamento disciplina le modalità di presentazione dei progetti formativi da parte delle agenzie e il relativo procedimento di autorizzazione.

Con riferimento alle iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti, il regolamento, conformemente a quanto già stabilito con l'accordo del 2 febbraio, dispone che il fondo debba promuovere la redazione di un rapporto annuale e, in generale, l'attività di raccolta, studio ed elaborazione di indici presuntivi in materia di interposizione illecita e appalto genuino e di monitoraggio e valutazione delle politiche del lavoro nel settore della somministrazione.

Non sono invece disciplinati né la indennità di integrazione al reddito dei lavoratori in somministrazione in caso di fine lavori, né la attività, anche in regime di accreditamento con le Regioni, di promozione dell'inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati. Per entrambi questi profili, infatti, il regolamento in esame, così come previsto dallo Statuto, rinvia ad un ulteriore, apposito, regolamento.

Parte II

RAPPORTI INTERPOSITORI  
E REGIME SANZIONATORIO



SEZIONE A  
APPALTO E DISTACCO

1.

**LA DISTINZIONE FRA INTERPOSIZIONE E APPALTO  
E LE PROSPETTIVE DELLA CERTIFICAZIONE**

ROBERTO ROMEI

SOMMARIO: 1. La nuova definizione dell'appalto contenuta nell'articolo 29 del decreto. — 2. La distinzione tra contratto di appalto e contratto di somministrazione a tempo indeterminato. — 3. Appalto e trasferimento di ramo di azienda. — 4. Le nuove tecniche di tutela. — 5. La costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'appaltante. — 6. Le procedure di certificazione.

**1. La nuova definizione dell'appalto contenuta nell'articolo 29 del decreto.**

A seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003 si pone in primo luogo la determinazione dei confini con la fattispecie del divieto di interposizione.

La legge n. 1369/1960 era espressione del principio <sup>(1)</sup> definito "di trasparenza", secondo la nota definizione di Gisella De Simone, in forza del quale, almeno tendenzialmente, vi doveva essere necessaria coincidenza tra chi beneficiava delle utilità derivanti da una prestazione di lavoro e chi rivestiva, anche formalmente, la posizione di datore di lavoro <sup>(2)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> G. DE SIMONE, *Titolarità del rapporto e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, F. Angeli, Milano, 1995.

<sup>(2)</sup> Per l'analisi della legge del 1960 si rinvia per tutti a O. MAZZOTTA, *Rapporti*

Nella legge per il vero c'era molto di più di un argine posto al dilagare di fenomeni di sfruttamento dei lavoratori — che si basavano proprio sul meccanismo vietato — e dell'obiettivo di garantire l'osservanza della normativa inderogabile. Il campo di azione del divieto come congegnato dall'articolo 1 della legge — a maglie molto strette, ma con un raggio di azione tendenzialmente onnicomprensivo — e la regola della parità di trattamento nei c.d. appalti interni erano infatti espressione di un atteggiamento di forte diffidenza del legislatore nei confronti dei fenomeni di dissociazione imprenditoriale, che evidenziava anche tutta la eccezionalità di questi ultimi rispetto ad una regola che invece imponeva la coincidenza tra piano formale e sostanziale. Al fondo vi era la precostituzione di un modello di organizzazione del lavoro che il legislatore imponeva, fondato sulla relazione diretta tra chi svolge attività lavorativa e chi ne beneficia <sup>(3)</sup>.

Con la legge del 1960 il legislatore intendeva davvero perseguire l'obiettivo di vietare qualsiasi dissociazione tra la figura del datore di lavoro e quella di beneficiario delle utilità rivenienti dalla esecuzione di una prestazione di lavoro in forma subordinata, se non in casi assolutamente eccezionali e tipizzati. Si spiega in questa prospettiva la costruzione della fattispecie interpositoria in termini di fattispecie atipica, coerente con la configurazione della dissociazione come fenomeno in sé vietato, in quanto foriero di possibili elusioni delle tutele predisposte dall'ordinamento in favore del lavoratore, ma anche indipendente da una concreta volontà frodatoria delle parti, o dalla produzione di un danno a carico del lavoratore.

L'apparato sanzionatorio era coerente con le premesse — sia pur succintamente — appena riepilogate. Vietata era la mera fornitura di prestazioni di lavoro e la effettiva utilizzazione dei lavoratori da parte del soggetto interponente: al verificarsi della fattispecie vietata l'ordinamento ricollegava sanzioni civili, come la costituzione di un rapporto di lavoro con l'interponente (sia pur variamente spiegata) ed anche sanzioni penali. Il comportamento vietato era dunque, come poteva desumersi dal combinato disposto degli articoli 1 e 2 della legge, proprio la fornitura di mere prestazioni di lavoro.

---

*interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, e più di recente P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203 ss.

<sup>(3)</sup> Da ultimo L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro. *Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2005, Cap. I.

La legge del 1997 sul lavoro temporaneo ha apportato una prima breccia nel muro della legge del 1960, per utilizzare una espressione di Pietro Ichino, ma è con il decreto attuale che il disegno è stato portato a compimento.

Prescindendo dalla questione — teorica, ma poi non troppo — della perdurante esistenza o meno di un divieto di interposizione, è certo che la mancanza dei criteri che identificano la sussistenza di un contratto di appalto — ovvero, l'inosservanza dei presupposti che legittimano la somministrazione di lavoro — comporta la applicazione di una sanzione analoga, anche se non in tutto simile, a quella prevista dalla legge n. 1369/1960, e cioè la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto committente che ha utilizzato la prestazione di lavoro del dipendente dell'impresa appaltatrice <sup>(4)</sup>.

Ma più che sulle caratteristiche attuali del sistema sanzionatorio, oggetto di altro commento <sup>(5)</sup>, converrà invece soffermarsi sui requisiti che deve ora avere il contratto di appalto e sulla linea distintiva con il vecchio divieto di interposizione.

L'articolo 29 del decreto realizza un collegamento con la norma del codice civile che definisce il contratto di appalto, e cioè con l'articolo 1655 c.c., precisando che il contratto di appalto “si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa”.

Si tratta come è noto di una novità solo parziale, stante il fatto che già ai sensi dell'articolo 1655 c.c. l'appalto si configura come quel contratto mediante il quale un soggetto assume “con organizzazione

---

<sup>(4)</sup> Si vedano sull'apparato sanzionatorio i contributi di S. CAROTTI, *Il nuovo regime sanzionatorio in materia d'intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro*; P. PENNESI, *Interposizione nelle prestazioni di lavoro, abrogazione della legge n. 1369 del 1960 e contenzioso in atto*; A. TUFFANELLI, *La somministrazione di lavoro altrui: nuovo quadro legale e regime sanzionatorio*, tutti in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 451 ss.

<sup>(5)</sup> Cfr. P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, e C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, entrambi in questa Parte, Sez. (B).

dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio”, l’obbligo di compiere un’opera o un servizio verso un corrispettivo. La nuova disposizione si pone dunque come una precisazione degli elementi tipici del contratto di appalto già desumibili dalla definizione contenuta nel codice civile. Una precisazione il cui principale contenuto precettivo consiste nella specificazione, ai fini lavoristici, che l’organizzazione dei mezzi può risultare anche dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto.

Sotto questo aspetto, il decreto sembra essere tributario di quella elaborazione giurisprudenziale che già aveva distinto l’appalto dall’interposizione in base all’esercizio da parte dell’appaltatore dei poteri di effettiva direzione dei lavoratori utilizzati nell’esecuzione dell’opera o del servizio.

In sé e per sé, infatti, l’esistenza di un’autonoma organizzazione di impresa non costituiva a rigore un requisito tale da far presumere la legittimità di ogni appalto, stante il fatto che anche un’impresa che possa dirsi realmente tale poteva svolgere attività di interposizione illecita.




Anche l’esistenza di un rischio di impresa, come è stato osservato <sup>(6)</sup> aveva ed ha una rilevanza discriminante abbastanza circoscritta: almeno negli appalti dove prevalente è l’utilizzo di manodopera, l’esistenza del rischio è circoscritta ad eventi che coinvolgono i lavoratori (assenze o scarsa diligenza).

Del resto, sempre con riferimento agli appalti a forte intensità di lavoro, perdeva e perde di rilevanza anche il criterio della “organizzazione di impresa” <sup>(7)</sup>, dal momento che in questo tipo di appalti l’organizzazione si confonde con le energie lavorative dei dipendenti che vi sono addetti, eccezion fatta per quella attività di amministrazione del rapporto (gestione delle retribuzioni, delle assenze ecc.) che non è da ritenersi sufficiente ai fini dell’esistenza di un contratto di appalto, connotando anche la somministrazione di lavoro.

Diverso era il discorso per i c.d. appalti tecnologici, caratterizzati

---

<sup>(6)</sup> P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 265 ss.

<sup>(7)</sup> V. ad es. Cass. 30 ottobre 2002 n. 15337, in *RIDL*, 2003, II, 254, e in  *Appalto e subappalto*; Cass. 12 dicembre 2001 n. 15665, in  *Appalto e subappalto*; Cass. 25 giugno 2001 n. 8643, in  *Appalto e subappalto*; Trib. Monza 12 giugno 2002, in *GMil*, 2002, 375; Trib. Napoli 11 agosto 2001, in *NGL*, 2002, 167.



dal rilevante apporto della professionalità dei lavoratori coinvolti, il c.d. *know how* degli operatori che una famosa sentenza della Cassazione aveva elevato a requisito discriminante per la liceità dell'appalto<sup>(8)</sup>.

Proprio per tali ragioni la giurisprudenza più recente, discostandosi dalla tradizionale opinione dottrinale, aveva fatto perno sul criterio della direzione dei lavoratori da parte dell'appaltatore per ritenere legittimo un contratto di appalto.

Se questo è vero, è anche vero che nella precedente situazione, caratterizzata dalla persistenza del divieto di interposizione e dalla presunzione di illiceità contenuta nel comma 3 dell'articolo 1, la rilevanza del criterio dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore perdeva ogni valenza laddove vi fosse un effettivo uso da parte dei lavoratori di impianti e macchinari messi a disposizione dal committente, in particolare quando l'apporto dei macchinari fosse da considerarsi avere un ruolo preponderante rispetto al lavoro svolto<sup>(9)</sup>.


L'articolo 29 del decreto riferendosi alla organizzazione dei mezzi necessari allo svolgimento dell'opera o del servizio, pur riallacciandosi all'articolo 1655 c.c., precisa però che tali mezzi possono non consistere solo in mezzi materiali, ma anche in energie lavorative.


Ne deriva che l'uso da parte dell'appaltante, o meglio dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione dell'appalto, di mezzi o macchinari messi a disposizione da parte del committente non rappresenta più un elemento tale da far presumere la inesistenza di un contratto di appalto.

E ciò non solo ove la prestazione dedotta in contratto si caratterizzi per l'elevato livello di professionalità espletato dai lavoratori, come avviene nei c.d. appalti tecnologici. In tal caso, l'abrogazione del comma 3 dell'articolo 1 della legge n. 1369/1960 rende definitivamente legittime tali forme di appalto, ove esse si attuino attraverso l'utilizzazione di macchinari ad esempio elettronici di proprietà del soggetto committente.

Ma anche ove oggetto del contratto di appalto sia una mera attività di lavoro, come avviene nel caso delle pulizie, dell'attività di facchinaggio, di fattorinaggio, di smistamento della posta o di centralino.

---

<sup>(8)</sup> Cass. 19 ottobre 1990 n. 10183, in *FI*, 1992, I, 523, con nota di F. SCARPELLI, e in  *Appalto e subappalto*.

<sup>(9)</sup> Cass. 29 agosto 2003 n. 12664, in *RIDL*, 2004, II, 48, e in  *Appalto e subappalto*.

Ci si trova in tali casi in presenza di forme di appalto che presuppongono lo svolgimento di attività estremamente semplici, che non possono non essere svolte nei locali di pertinenza del committente e spesso comportano l'utilizzazione di strumenti messi a disposizione dal committente stesso, come avviene ed esempio per l'attività di centralino.

In tali ipotesi l'elemento cui dovrà darsi rilievo è l'esercizio da parte dell'impresa appaltante del potere di organizzazione e di direzione dei lavoratori, rimanendo per contro indifferente l'utilizzazione in sé e per sé considerata da parte di questi ultimi di materiali o mezzi di produzione messi a disposizione dal committente. Certamente le difficoltà maggiori possono insorgere ove l'appalto per la sua esecuzione comporti l'utilizzo di macchinari messi a disposizione da parte del committente. In queste ipotesi, infatti, l'elemento della direzione effettiva da parte dell'impresa appaltatrice potrebbe esser considerato non sufficiente. Ma occorre chiarire che l'utilizzazione dei mezzi di proprietà del committente non rileva, come si è detto, come circostanza in sé, ma un siffatto elemento potrebbe avere una valenza residuale, potendo rappresentare un indizio della assenza dei requisiti richiesti dalla legge affinché si abbia un contratto di appalto. E così ove l'impresa appaltatrice corrisponda un corrispettivo per l'utilizzazione di mezzi necessari al compimento dell'appalto occorrerà indagare sull'entità del corrispettivo su eventuali clausole di revisione dello stesso, onde accertare la sussistenza dell'elemento del rischio di impresa. Ovvero, in relazione al servizio dedotto in contratto, potrebbe dimostrare l'assenza di una attività di impresa alle spalle e cioè proprio la mancanza di quella organizzazione dei mezzi che l'articolo 1655 c.c. connota come elemento caratterizzante il contratto di appalto.

Per contro, in presenza di appalti che si sostanzino nell'espletamento prevalente di attività di lavoro, l'eventuale utilizzazione di mezzi messi a disposizione dall'appaltante — tanto più ove essa sia resa necessaria dalla natura dell'appalto (come è il caso dell'appalto di servizi di centralino o di portineria) — non rappresenta un elemento sufficiente al fine di far ritenere inesistente un contratto di appalto e presente invece una somministrazione di lavoro.

L'effetto è quello evidente di un allargamento dei confini dell'appalto all'interno del quale sono ora situati con apprezzabili margini di sicurezza, sia gli appalti caratterizzati dalla elevata professionalità dei lavoratori impiegati, anche se essi richiedono l'utilizzazione di macchinari dell'appaltante; sia anche degli appalti a bassa intensità di im-

piego di mezzi e capitali ovvero a prevalente impiego di manodopera, che vengono sottratti alle incertezze del passato.

Sotto questo aspetto è dato riscontrare una sottile linea di continuità con il passato, dal momento che se è vero che l'esercizio del potere direttivo è indice, alla luce della nuova formulazione, della esistenza di un contratto di appalto, tale requisito spiegherà la sua valenza soprattutto nei casi di appalti caratterizzati da un forte impiego della forza lavoro. Mentre, ove il servizio dedotto in appalto richieda una più complessa organizzazione di mezzi, il solo esercizio del poter di organizzazione potrebbe non essere sufficiente. Farebbe difetto in tali casi, infatti, l'organizzazione di impresa che, almeno in alcune ipotesi, non può sciogliersi nel mero esercizio del potere di organizzazione e di direzione dei lavoratori, proprio perché lo svolgimento del servizio dedotto in appalto richiede una organizzazione di impresa più complessa, non immediatamente riconducibile al solo fattore umano.

## **2. La distinzione tra contratto di appalto e contratto di somministrazione a tempo indeterminato.**

La norma in questione distingue nettamente l'appalto dalla somministrazione.

Il decreto impernia la distinzione tra le due figure sul concetto di organizzazione dei mezzi, ma sembra che tale dato, in uno con quello della assunzione del rischio di impresa, rappresenti più un connotato tipico del contratto che, in sé, un elemento distintivo con la somministrazione di lavoro.

La distinzione tra le due figure in astratto è chiarissima, infatti, mentre nell'appalto il datore di lavoro è colui che assume i lavoratori, li organizza, esercita nei loro confronti il potere direttivo, perché l'esercizio del potere direttivo è uno dei mezzi che il datore di lavoro appaltatore utilizza per eseguire l'opera o il servizio oggetto dell'appalto. Nella somministrazione invece, il datore di lavoro, e cioè la società di somministrazione, si limita ad assumere i lavoratori senza però esercitare nei loro confronti alcun potere organizzativo, che invece, per effetto del collegamento negoziale che intercorre con il contratto di somministrazione, è dislocato presso l'impresa utilizzatrice <sup>(10)</sup>.

---

<sup>(10)</sup> Sull'esercizio del potere direttivo e di controllo, cfr. E. CASSANETI, L.

Dovrebbe allora dirsi che l'elemento distintivo non è rappresentato dalla organizzazione dei mezzi, comune ad entrambi i contratti, ma dalla destinazione delle energie di lavoro, destinate nel primo caso a favore dell'appaltatore e nel secondo a favore di un soggetto terzo.

Ma è probabile che il legislatore abbia voluto significare qualcosa altro; ribadendo i connotati tipici del contratto di appalto, il legislatore ha marcato la distinzione tra quello che deve ritenersi contratto di appalto e ciò che, non presentando le caratteristiche tipiche, deve considerarsi altro, e cioè somministrazione illecita.

Ma la sovrapposizione tra due concetti ha un prezzo in termini di sistema.

Cade qui una considerazione di sostanza relativa cioè all'utilizzazione del criterio dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore come criterio identificativo dell'appalto.

Occorre allora chiarire cosa debba intendersi per "esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto".

È certo che non possa darsi una risposta univoca valida per tutte le ipotesi di appalto, ma che la soluzione debba di volta in volta tenere conto delle caratteristiche dell'opera o del servizio dedotti in contratto, come si esprime l'articolo 29.

Sembra anche certo che non possa essere considerata sufficiente una mera attività di gestione amministrativa dei rapporti di lavoro. Ma sembra altresì che in qualche caso, specie ove il servizio dedotto in appalto sia caratterizzato da contenuti professionali elementari, ovvero dal compimento di attività ripetitive magari già specificate in capitoli di appalto, l'eventuale attività di indirizzo dei lavoratori compiuta dal committente non possa essere ritenuta un indizio tale da far presumere la inesistenza di un contratto di appalto. In tali ipotesi, infatti, le indicazioni (ad es. su dove recapitare la posta) provenienti dal committente non possono all'evidenza confondersi con l'esercizio del potere direttivo da parte di quest'ultimo (e correlativamente) con l'assenza di uno dei requisiti tipici del contratto in questione, proprio perché in tali casi lo svolgimento dell'attività dedotta in contratto richiede un esercizio quasi inesistente del potere direttivo spesso assorbito dalla stessa analitica indicazione delle modalità di esecuzione del servizio dedotte nel contratto.

---

FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

Dunque, tale criterio, per quanto importante, può non essere decisivo. Il legislatore infatti utilizza il verbo “può” correlandolo alle caratteristiche che il singolo contratto di appalto può di volta in volta avere: una impostazione pragmatica, dunque.

Per contro e come era emerso anche da alcune opinioni espresse dalla dottrina, la valorizzazione esclusiva del requisito dell'esercizio del potere organizzativo da parte dell'appaltatore avrebbe certamente contribuito a dare maggiori certezze interpretative <sup>(11)</sup>. Ma l'aver utilizzato un connotato tipico del contratto di appalto, e cioè la titolarità dell'organizzazione, come elemento distintivo dalla somministrazione (alludendo invece ad un concetto diverso, come la titolarità del rapporto di lavoro), ha probabilmente impedito un tale esito.

Del resto, una attività di impresa non è detto che necessariamente si svolga attraverso la proprietà dei mezzi di produzione: già la teoria dell'azienda, e in tempi non sospetti, aveva messo in luce come l'articolo 2555 c.c. fosse imperniato non sul concetto di titolarità dei beni e non su quello di proprietà. Dimodoché può aversi azienda anche ove il suo titolare non sia proprietario dei mezzi per la produzione di beni o servizi; e correlativamente, non si vede perché non possa aversi appalto ove il soggetto non sia proprietario dei mezzi di produzione, ma questi siano messi a disposizione dal committente verso il pagamento di un canone <sup>(12)</sup>.

Del resto le moderne forme di attività imprenditoriale possono sussistere anche prescindendo dalla proprietà dei mezzi materiali.

### 3. Appalto e trasferimento di ramo di azienda.

Sotto altro aspetto va evidenziato il collegamento tra la norma in questione e il comma 2 dell'articolo 32 che prende in considerazione espressamente una tipica forma di esternalizzazione, quella cioè che si realizza attraverso la cessione di un ramo d'azienda cui si collega un contratto di appalto “la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo di azienda oggetto di cessione”. Tale disposizione, per un verso, deve

---

<sup>(11)</sup> R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, ESI, Napoli, 2002, 183 ss.

<sup>(12)</sup> In senso contrario P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004.

collegarsi con il comma 1 dell'articolo 29, che, come si è detto, considera leciti gli appalti che si sostanzino nel solo esercizio da parte dell'appaltatore del potere direttivo ed organizzativo nei confronti dei lavoratori. Infine il cerchio si chiude considerarono anche l'articolo 20 del decreto, che amplia i confini della somministrazione ed introduce la possibilità di avvalersi stabilmente di personale altrui nella propria organizzazione di lavoro attraverso la somministrazione a tempo indeterminato <sup>(13)</sup>.

Dall'esame congiunto dei due Titoli si precisa infatti con contorni più netti il disegno complessivo del legislatore, che è quello di dare, per la prima volta nel nostro ordinamento, rilevanza giuridica al fenomeno delle esternalizzazioni, intendendo tale espressione come riferita a qualsiasi operazione attraverso la quale un'impresa si procuri le utilità provenienti dallo svolgimento di una attività lavorativa attraverso dei meccanismi giuridici diversi dalla instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato <sup>(14)</sup>. Un tale meccanismo è evidente nel caso della somministrazione di lavoro, ma, a ben vedere, anche il contratto di appalto può essere inteso come un mezzo sostitutivo del contratto di lavoro subordinato (basti pensare al caso dei c.d. appalti *intra moenia*) <sup>(15)</sup>, sia esso collegato o meno con un negozio traslativo del ramo di azienda che ne rappresenta spesso l'antecedente.

La rilevanza conferita ai fenomeni di esternalizzazione, se consente di recuperare questi ultimi al terreno della piena legalità — in controtendenza rispetto ad una corrente di opinione che, viceversa, li circondava di un alone di sospetto <sup>(16)</sup> —, è al tempo stesso indice della presa d'atto da parte del legislatore del fatto che l'esternalizza-

---

<sup>(13)</sup> Comunemente detta anche *staff leasing*. Sulle diverse accezioni con cui però il termine può essere inteso si veda L. CORAZZA, *L'outsourcing negli Stati Uniti d'America. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, cit.; L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello "Staff leasing e la somministrazione di manodopera": qualche appunto in prospettiva di una riforma*, in *DRI*, 2002, 553 ss.

<sup>(14)</sup> Accoglie una accezione simile del termine anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro*, cit., 263 ss.

<sup>(15)</sup> Su cui da ultimo R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo di azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione*, cit., 9 ss.

<sup>(16)</sup> Ad es. G. DE SIMONE, *op. cit.*; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 2001; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000.

zione non rappresenta più un fattore di elusione della normativa lavoristica, ma una normale modalità organizzativa delle imprese, che preferiscono ormai concentrarsi sull'obiettivo centrale della loro produzione, affidando a terzi settori considerati non strategici<sup>(17)</sup>. L'attività di somministrazione di lavoro e l'inserzione, per il tramite del contratto di appalto, di un soggetto terzo entro il ciclo produttivo di un'impresa, per converso, vengono considerate attività non più socialmente pericolose, ma provviste di una loro funzione positiva<sup>(18)</sup>.

#### 4. Le nuove tecniche di tutela.

La rilevanza data all'appalto ed al trasferimento di azienda ha indotto il legislatore ad innovare anche sotto il profilo delle tecniche di tutela.

Come è noto, la legge n. 1369/1960 prevedeva in caso di appalti c.d. interni, e cioè da "da eseguirsi nell'interno delle aziende" — il diritto per i lavoratori impiegati nell'appalto ad un trattamento non inferiore a quello cui avevano diritto i dipendenti del committente.

A questa strumentazione si affiancava, poi, il meccanismo di protezione contenuto nell'articolo 1676 c.c. in virtù del quale i lavoratori impiegati dall'appaltatore per l'esecuzione del contratto di appalto avevano azione diretta nei confronti del committente per conseguire quanto loro dovuto fino però alla concorrenza del debito che il committente aveva nei confronti dell'appaltatore al tempo in cui la domanda veniva proposta.

Il decreto interviene su entrambi gli aspetti, ampliando il raggio della responsabilità solidale, ma al tempo stesso, abrogando il principio della parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltatore e dipendenti del committente.

La regola dell'obbligo di corrispondere un trattamento non inferiore a quello percepito dai dipendenti del committente viene dunque abbandonata, e quest'ultimo viene sempre onerato di un'obbligazione solidale con l'appaltatore per i crediti retributivi e previdenziali del la-

---

(17) Si veda anche L. CORAZZA, "Contractual Integration" e rapporti di lavoro, cit.

(18) Nello stesso senso, vedi anche M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, che introduce il presente volume.

voratore nel limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, ma entro il limite della prescrizione.

In linea generale va sottolineato come il decreto sembri dislocare l'incidenza dell'intervento del legislatore su un versante diverso da quello tradizionale, rappresentato dalla relazione diretta tra datore e prestatore di lavoro.

E così, nella somministrazione di lavoro, la tutela si appunta anche sul rapporto commerciale che intercorre tra l'imprenditore e l'impresa di somministrazione, conformando imperativamente il contenuto del contratto commerciale di somministrazione che altrimenti dovrebbe ritenersi completamente assoggettato alla volontà delle parti<sup>(19)</sup>. Si tratta di altrettanti vincoli alla libertà delle parti di dimensionare, secondo la reciproca convenienza economica, i loro interessi, e che l'ordinamento impone a fini di tutela dei lavoratori avviati con contratto di somministrazione onde smussare (non fino ad annullarle, però) le differenze di trattamento con i lavoratori assunti direttamente dal datore di lavoro.

Nell'appalto invece la tutela si concreta in un rafforzamento delle ipotesi in cui si prevede una responsabilità solidale a carico del datore di lavoro-imprenditore<sup>(20)</sup>. Il decreto come si è detto prevede una responsabilità solidale del committente — non a caso estesa dal recente decreto 6 ottobre 2004, n. 251, anche al caso dell'appalto di opere, oltre che di servizi — per tutti i trattamenti retributivi e contributivi dovuti ai dipendenti dell'appaltatore.

Si è in questo caso dinanzi ad una tecnica di tutela che spiega i propri effetti solo indirettamente, agendo sulla scelta della società appaltatrice da parte del committente. La possibilità, in altri termini, che quest'ultimo si trovi ad essere chiamato a rispondere per i crediti retributivi e contributivi dei lavoratori dell'impresa appaltatrice, responsabilità che può anche assumere contenuti fortemente gravosi, può indurre infatti il committente a scegliere partner contrattuali affidabili, non solo dal punto di vista dell'esecuzione del contratto di appalto, ma anche sotto il profilo del rispetto dei trattamenti minimi imposti dalla legge o dal contratto collettivo, dal momento che ciò può con-

---

<sup>(19)</sup> V. SPEZIALE, *Somministrazione di lavoro*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, 298 ss.

<sup>(20)</sup> Si veda anche L. CORAZZA, "Contractual Integration" e rapporti di lavoro, cit.



durre ad una sensibile diminuzione dei costi occulti connessi alla conclusione di un contratto di appalto.

Si tratta di tecniche di tutela non certo nuove nel nostro ordinamento, ma che, inserite in un contesto rinnovato, assumono una inusitata vitalità, potendo contribuire a controbilanciare quegli effetti del decreto che spingono invece indubbiamente nella direzione della progressiva flessibilizzazione nella utilizzazione della forza lavoro.

Con scelta opportuna il decreto n. 251/2004 ha riformulato l'articolo 29 del decreto del 2003, abrogando la distinzione tra appalto di opere ed appalto di servizi, ed unificando entrambi ai fini della responsabilità solidale del committente.

Il legislatore rimedia così ad una incomprensibile diversità di trattamento tra le due forme di appalto che non poteva non innescare qualche corposo dubbio sotto l'aspetto del rispetto del principio di parità di trattamento <sup>(21)</sup>.

L'unica eccezione è prevista per i committenti persone fisiche che non esercitino attività imprenditoriali o professionali <sup>(22)</sup>.

Il decreto del 2004 fa salva però, quanto alla sussistenza di una responsabilità solidale, la "diversa previsione dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative".

Si tratta dunque di una norma che ha valore solo suppletivo rispetto alle formulazioni della contrattazione collettiva, che, peraltro, è libera di modulare e dimensionare tale obbligo a sua completa discrezione. Non solo dunque la contrattazione potrebbe ridurre l'ambito di operatività della garanzia, reintroducendo ad esempio l'esonero per gli appalti di opere; ma potrebbe anche ampliarne la portata, prolungando ad esempio il termine di decadenza di un anno, o addirittura reintrodurre l'obbligo della parità di trattamento.

Il comma 3 dell'articolo 29 in esame stabilisce che in caso di subentro di un nuovo appaltatore nella gestione dell'appalto, l'acquisizione da parte di quest'ultimo del personale già impiegato nell'ambito dell'appalto non configura una fattispecie traslativa del complesso aziendale.

---

<sup>(21)</sup> V. per tutti P. ICHINO, *Commento all'art. 29*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, che pone, in particolare, l'accento sulle difficoltà di distinguere in concreto la nozione di appalto di opere da quella di appalto di servizi, v. 324-325.

<sup>(22)</sup> L'esonero è stato codificato nel comma 3-ter dell'art. 29 introdotto dal decreto correttivo più volte citato.

La disposizione interviene su di un terreno assai accidentato, e sul quale sono più volte intervenute sentenze della Corte di Giustizia, la quale, come è noto, sembra avere accolto un orientamento ben più aperto di quello accolto dal legislatore italiano.

Impregiudicati quindi gli aspetti relativi alla compatibilità del comma 3 dell'articolo 29 con gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia, sembra possa dirsi che la disposizione in parola trovi applicazione (forse solo) in quei casi nei quali tra i due soggetti, appaltatore originario e subentrante, non vi sia alcun rapporto diretto, dal momento che in tali ipotesi non potrebbe dirsi che esista un fenomeno successorio nell'azienda, così come definita dall'articolo 32 del decreto. Verificandosi infatti una soluzione di continuità tra i due contratti di appalto, si avrebbe solo una mera successione cronologica nell'esercizio di una determinata attività di impresa, non sufficiente di per sé a concretare trasferimento di azienda. Dimodoché l'assunzione di lavoratori già dipendenti dell'appaltatore originario dovrebbe considerarsi alla stregua di un effetto derivante non da un fenomeno successorio ma solo da un'espressa previsione di legge.

In tale ipotesi dunque si verificherebbe solo una successione tra due diversi titolari di una medesima attività di impresa, ed una successione in senso ovviamente solo cronologico; a condizione però che il soggetto subentrante sia già fornito di una sua organizzazione imprenditoriale composta di mezzi e di persone. Considerato infatti che un'organizzazione di impresa può anche consistere solo, o principalmente, in una organizzazione di persone, l'assunzione di tutti i dipendenti che facevano capo al precedente appaltatore potrebbe in certi casi ingenerare un qualche dubbio sulla effettiva portata della norma.

I profili di discontinuità con il passato però non si arrestano ad un uso della tecnica della solidarietà.

Il decreto infatti segna una cospicua differenziazione allorché non contiene più alcuna menzione del principio di parità di trattamento, regola per il vero poco applicata nella realtà, essa è stata fatta oggetto di valutazioni di segno negativo <sup>(23)</sup>.

Va però sottolineata la coerenza del legislatore il quale, dopo avere riconosciuto la legittimità delle operazioni di esternalizzazione, anche utilizzando lo strumento del contratto di appalto, ed

---

<sup>(23)</sup> Per tutti si veda F. SCARPELLI, *Commento all'art. 29*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*

anzi dopo avere riconosciuto a queste ultime piena cittadinanza all'interno dell'ordinamento giuridico, riconosce poi che, in caso di appalto, trovano applicazione le regole generali, secondo le quali ogni lavoratore è soggetto alla disciplina collettiva applicata dal proprio datore di lavoro.

È indubbio infatti che la regola della parità di trattamento costituisce, se non nei fatti, almeno nelle intenzioni del legislatore, una remora all'utilizzo di forme di appalto interno, dal momento che ne rendeva meno conveniente l'uso.

Ed è altrettanto indubbio che la scomparsa della regola della parità di trattamento determinerà una maggiore convenienza degli appalti, anche rispetto alla somministrazione, dove invece il principio di parità di trattamento continua a trovare applicazione.

Potrà consentirsi o meno con la scelta operata dal legislatore, ma non sembra dubbio che essa si ponga, come si è detto, in linea di continuità con le opzioni di fondo cui si ispira il decreto.

Piuttosto va segnalato l'effetto che una siffatta previsione ha sull'istituto, neonato, della somministrazione a tempo indeterminato, che non è certo di incentivazione alla sua diffusione, stante il fatto che il ricorso all'appalto appare indubbiamente, almeno dal punto di vista economico, maggiormente conveniente.

Si tratta di una diversità di trattamento non facile a giustificarsi se non sotto il profilo, già accennato, della separazione tra le due imprese, quella committente e quella appaltatrice. È infatti ben vero che nella somministrazione vi è una stretta contiguità tra i lavoratori dell'impresa di somministrazione ed i lavoratori dell'impresa utilizzatrice, e che nell'appalto tale contiguità potrebbe non esserci. Ma ciò non è più vero nei c.d. appalti *intra moenia*, caratterizzati appunto da una stretta contiguità tra i dipendenti delle due imprese.

## **5. La costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'appaltante.**

Il decreto legislativo n. 251/2004, ha aggiunto all'articolo 29 due commi, il primo dei quali, il 3-*bis*, stabilisce che, in caso di violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore può chiedere — mediante ricorso giudiziale *ex* articolo 414 c.p.c. — la costituzione di un

rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione <sup>(24)</sup>.

La previsione legislativa introduce una rilevante novità rispetto al sistema sanzionatorio delineato nell'ambito della legge n. 1369/1960 in quanto la sussunzione formale nell'ambito del contratto di appalto di fattispecie che non rispondono ai requisiti di genuinità indicati nel comma 1 comporta unicamente l'insorgere della facoltà del lavoratore dipendente dell'appaltatore di attivare un procedimento finalizzato al riconoscimento, *ope judicis*, di un rapporto di lavoro subordinato con l'effettivo utilizzatore della prestazione.

Potrebbe ritenersi che, in questo modo, l'ordinamento passi dalla sanzione della nullità del contratto di lavoro, per effetto del quale si determina una illecita interposizione, a quella dell'annullamento, il che sotto il profilo strettamente pratico comporterebbe che solo il lavoratore — e non anche invece altri soggetti astrattamente interessati — potrebbero determinare, con l'azione giudiziaria *ex* articolo 414 c.p.c., l'emersione dell'effettivo rapporto di lavoro costituitosi di fatto con l'appaltante.


La pronuncia di riconoscimento del rapporto di lavoro sussistente con l'utilizzatore può essere emessa senza che sia necessaria la partecipazione dell'appaltatore al giudizio, il ricorso, infatti, così come esplicitamente stabilisce la disposizione in commento, può essere notificato anche solo all'utilizzatore. Viene, quindi, esclusa, con un deciso ed opportuno recepimento dei più recenti approdi giurisprudenziali in argomento <sup>(25)</sup>, il litisconsorzio passivo necessario tra utilizzatore e appaltatore.

Infine, la disposizione in esame rinvia all'articolo 27, comma 2, estendendo la previsione ivi contenuta anche all'ipotesi di appalto condotto in violazione del comma 1 dell'articolo 29.

In sostanza, a seguito della costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, i pagamenti effettuati dal datore di lavoro formale (l'appaltatore non genuino), a titolo sia retributivo che previdenziale, valgono a liberare l'utilizzatore fino a concorrenza della somma pagata e tutti gli atti compiuti dall'appaltatore per la costituzione e gestione

---

<sup>(24)</sup> Vedi anche C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

<sup>(25)</sup> Si veda in proposito Cass., sez. un., 22 ottobre 2002 n. 14897, in *AC*, 2003, n. 2, 147, e in  *Somministrazione*.

del rapporto si intendono come compiuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione <sup>(26)</sup>.

## 6. Le procedure di certificazione.

Trova composizione in tal modo anche il possibile contrasto dell'articolo 29 del decreto con il successivo articolo 84, comma 2, inserito nella parte del decreto dedicata alle procedure di certificazione che fa invece riferimento al solo requisito dell'organizzazione dei mezzi necessari tacendo invece dell'esercizio del potere direttivo.

Il lieve difetto di coordinamento tra le due disposizioni sembra però privo di un qualsiasi valore precettivo, stante il fatto che tra i "mezzi" necessari all'esecuzione dell'appalto possono anche annoverarsi le energie di lavoro la cui organizzazione appunto rappresenta uno dei requisiti necessari all'espletamento dell'appalto.

Ma l'articolo 84 è rilevante non solo perché, letto in combinato disposto con l'articolo 29, conferma il contenuto precettivo di quest'ultimo, ma anche in sé e per sé considerato.

Il capoverso della disposizione infatti dà facoltà al Ministro del lavoro e delle politiche sociali ad adottare entro sei mesi, 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. Tali codici e indici presuntivi recepiscono, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

La disposizione si rivolge ovviamente ai soggetti che saranno incaricati delle procedure di certificazione utilizzabili anche per convalidare i contratti di appalto. Come si vedrà immediatamente anche se appare dubbio che la individuazione di indici presuntivi possa giovare delle indicazioni contenute nella contrattazione collettiva, dato che appare fortemente improbabile che le parti riescano a raggiungere dei punti di vista condivisi sulla controversa materia.

---

<sup>(26)</sup> V. per un approfondimento C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

Se così è, allora, una qualche perplessità desta la previsione del comma 2 dell'articolo 84 del decreto, collegata con il comma 6, dell'articolo 18, secondo il quale "entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali dispone, con proprio decreto, criteri interpretativi certi per la definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro".

Si tratta invero di disposizioni singolari, dal momento che, se per decreto possono forse adottarsi degli elenchi di indici presuntivi in materia di interposizione illecita, appare davvero difficile che possano adottarsi, sempre per decreto, dei criteri interpretativi "certi" in una materia in cui, per il vero, di certo non c'è molto; e ciò tanto più ove si consideri come non sia affatto chiaro quale sarebbe l'efficacia vincolante di tali indici certi nei confronti dell'interpretazione giudiziale: probabilmente poca o nulla.

Di maggiore interesse è invece il comma 1 della disposizione in commento, che estende le procedure di certificazione anche all'appalto, sulla base, come si è visto, di indici di comportamento elaborati in sede amministrativa che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio di impresa da parte del soggetto appaltante.

Si è osservato che la disposizione in parola incorrerebbe in un possibile vizio di costituzionalità, per la violazione dell'articolo 3 Cost. dal momento che, se il contratto da certificare è un contratto di appalto, sarebbe del tutto irrazionale che i dipendenti dell'appaltatore fossero estranei alla procedura, che pertanto non potrebbe essere efficace nei loro confronti (27).

È stato però replicato (28) che in tal caso nessun effetto si produrrebbe nei confronti dei lavoratori: "poiché gli artt. 79 e 80 presuppongono il volontario ricorso alla certificazione e quindi non sono pregiudicati i dipendenti che vi rimangono estranei".

Piuttosto potrebbe chiedersi se la certificazione prevista dall'articolo 84 sia efficace nei confronti degli istituti previdenziali. Già l'arti-

---

(27) M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in RGL, 2003, I, 381.

(28) E. GRAGNOLI, *Commento all'art. 84*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 874.

colo 27 del decreto per il vero solleva interrogativi analoghi, in ordine alla possibilità che gli enti previdenziali possano agire per fare valere in giudizio la inesistenza di un contratto di somministrazione: e ciò ad onta della formulazione letterale dell'articolo in questione che fa riferimento al solo lavoratore come legittimato attivamente.

Ma va osservato come ai sensi dell'articolo 80 del decreto, i terzi nei cui confronti "l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti, possono proporre ricorso presso l'autorità giudiziaria di cui all'art. 413... per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione".

Tra di essi potrebbero dunque rientrare anche gli enti previdenziali. Anche in questo caso si sono sollevate delle perplessità di ordine costituzionale, dal momento che in tal caso l'atto di certificazione avrebbe comunque effetti nei confronti di terzi estranei, costretta ad adire l'autorità giudiziaria.

Ma può osservarsi che i terzi — almeno sotto forma degli istituti previdenziali — non sono affatto estranei, dal momento che essi partecipano agli organi che procedono alla certificazione. Inoltre non sembra irrazionale che una volta che il legislatore riconosca l'esistenza di una procedura particolare come la certificazione che è destinata a produrre un qualche effetto in ordine alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero di un contratto di appalto, il provvedimento finale sia provvisto di una qualche efficacia anche nei confronti degli enti previdenziali: diversamente esso sarebbe del tutto privo di una sua utilità. E comunque il procedimento di certificazione non ha le caratteristiche di un procedimento giudiziale, non dovendosi necessariamente assicurare nei suoi confronti l'integrità del contraddittorio che connota invece il processo.

Come è stato osservato <sup>(29)</sup>, nel caso del contratto di appalto, vi è una rilevante novità rispetto alle ordinarie procedure di certificazione circa la natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro. La possibilità infatti che la certificazione del contratto di appalto possa avvenire non solo al momento della sua costituzione, ma anche nella fase di attuazione del relativo programma negoziale, e cioè durante la fase della sua esecuzione, rende molto più appetibile la pro-

---

<sup>(29)</sup> L. NOGLER, *Procedure di certificazione*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *op. cit.*, 920.

cedura di certificazione, oltre che aumentare la sua efficacia come strumento di diminuzione del contenzioso.

Come insegna infatti l'esperienza del contenzioso in materia di lavoro subordinato, la maggior parte delle controversie non si radica al momento della costituzione del rapporto, e cioè al momento della conclusione del contratto, ma in seguito dal momento che il lavoratore lamenta proprio uno scostamento della fase esecutiva del programma negoziale rispetto al momento in cui le parti hanno dato vita al relativo contratto.

L'inconveniente è ora risolto dal legislatore prevedendo espressamente che la certificazione possa cadere anche in un momento in cui è iniziata la fase di attuazione del negozio di appalto.

Le procedure però sono quelle contenute nel Titolo III del decreto, il che probabilmente non gioverà alla diffusione di questo strumento, considerato che la disciplina in esso contenuta sembra essere stata pensata per un'ipotesi di certificazione che avvenga al momento della conclusione del contratto di lavoro e non durante la fase della sua attuazione.

D'altro canto, il legislatore non chiarisce, in questo caso, quali siano i rapporti tra l'atto di certificazione ed altre procedure che, sia pure con una efficacia diversa, possono essere intervenute nella fase che separa la conclusione del contratto di appalto da quella del momento in cui cade la certificazione. Ad esempio, se pare certo che la certificazione non possa travolgere l'efficacia di un accertamento giudiziale, è dubbio quale sarebbe la sorte di un accertamento proveniente da una autorità amministrativa.



## 2.

# LA DISCIPLINA DEL DISTACCO NEL DECRETO LEGISLATIVO N. 276 DEL 2003

CHIARA BIZZARRO, 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. Premessa.

Oggetto di ampia elaborazione dottrinale <sup>(1)</sup> e giurisprudenziale <sup>(2)</sup>, l'istituto del distacco ha trovato una sua compiuta disciplina le-

---

(\*) 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, M. 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.; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza: interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, F. Angeli, Milano, 1995, spec. 281 ss.; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *DLRI*, 1995, 646; M. GRANDI, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *EGT*, 1990, XX, 5 ss.; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, F. Angeli, Milano, 1980, 53 ss.; P. MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1976, 205 ss.

<sup>(2)</sup> Cfr. Cass. 7 novembre 2000 n. 14458, in *OGL*, 2000, I, 968; Cass. 7 giugno 2000 n. 7743, in *NGL*, 2000, 769; Cass. 26 maggio 1993 n. 5907, in *GI*, 1996, I, 848, con nota di G. PACCHIANA PARRAVICINI; Cass. 3 dicembre 1986 n. 7161, in *MGL*, 1987, 344, con nota di A. SBROCCA; Cass. 10 giugno 1999 n. 5721, in *RIDL*, 2000, II, 36, con nota di M. CARO; Cass. 23 aprile 1992 n. 4851, in *RIDL*, 1993, II, 445, con nota di A. PIZZOFERRATO; Cass. 16 giugno 1992 n. 7328, in *DL*, 1993, II, 443, con nota

gale 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. 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 dei rapporti interpositori, 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 de-

---

di S. CANALI DE ROSSI; Cass., sez. un., 13 aprile 1989 n. 1751, in *DL*, 1989, II, 467, con nota di P. ASSORGIA, e in  *Distacco*; Cass. 8 febbraio 1988 n. 1325, in *NGL*, 1988, 648; Cass. 22 gennaio 1987 n. 614, in *MGC*, 1987, 194; Cass. 8 febbraio 1985 n. 1013, in *MGC*, 1985, 347; Cass. 3 agosto 2001 n. 10771, in *MGC*, 2001, 1550; Cass. 10 agosto 1999 n. 8567, in *DPL*, 2000, 264; Cass. 26 maggio 1996, n. 7762, in *MGC*, 1996, 1210; Cass. 4 giugno 1992 n. 6807, in *MGC*, 1992, 915; Cass. 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: P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. 1*, 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. n. 3/1957).

<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'art. 86, comma 8, del d.lgs. n. 276/2003. In dottrina cfr., per tutti, S. MAINARDI, R. 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. M. ESPOSITO, *L'incerta collocazione del "comando" e del "distacco" nelle fattispecie interpositorie*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, ES, Napoli, 2004, 147-148, in particolare *sub* nota 1, e P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, 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

creto 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 (7), che, nel precisare le finalità dell'intervento del legislatore delegato, fornisce un importante ausilio nella interpretazione del nuovo dato legale (8).

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

---

P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*. 1, cit., 496, cfr. S. MAGRINI, *op. cit.*, 53, e M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 178. *Contra*, coerentemente con quanto sostenuto ora (*supra*, nota 5), M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., 73 ss.

(7) In  *Distacco*.

(8) L'elaborazione sull'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 è invero già copiosa. Cfr., tra gli altri, i contributi di M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, 204 ss.; R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 176 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, 109 ss.; L. ANGIELLO, *Il distacco del lavoratore. Commento all'art. 30*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, 339 ss.; M. ESPOSITO, *L'incerta collocazione del "comando" e del "distacco" nelle fattispecie interpositorie*, cit., 147 ss.; P. 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*, Giuffrè, Milano, 2004, 227 ss.

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. Legittimità del distacco e certezza dei rapporti giuridici sottostanti.

Secondo una linea di politica legislativa che caratterizza l'intero decreto legislativo n. 276/2003 <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 confer-

---

<sup>(9)</sup> In questo senso cfr., per esempio, F. 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. M. TIRABOSCHI, *Il lavoro a progetto: profili teorico-ricostruttivi*, in N. BIANCHI, G. BONATI, L. CACCIAPAGLIA, E. DE FUSCO, P. DI NUNZIO, P. GREMIGNI, M. MAGNANI, A. MARESCA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove collaborazioni*, in *GLav*, gennaio 2004, spec. 14 ss., e M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., 205 ss.

<sup>(11)</sup> Cfr. diffusamente *infra*, nel testo, §§ 9 e 11.

<sup>(12)</sup> Cfr. Cass. 17 marzo 1981 n. 1560, in *NGL*, 1981, 246; Cass. 23 aprile 1981 n. 2437, in *MGI*, 1981, 661; Cass. 26 febbraio 1982 n. 1264, in *NGL*, 1982, 107; Cass. 6 luglio 1982 n. 4017, in *NGL*, 1982, 405; Cass. 14 febbraio 1983 n. 1131, in *MGI*,

mato in sede di 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

1983, 285; Cass. 18 aprile 1983 n. 2655, in *NGL*, 1983, 539, e da ultimo Cass. n. 5721/1999, cit., e Cass. n. 7743/2000, cit.

<sup>(13)</sup> S. MAGRINI, *op. cit.*, 56; G. DE SIMONE, *op. cit.*, 299. *Contra*, ma in posizione isolata, S. SPANO, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965, 139, e E. LORIGA, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Giuffrè, Milano, 1965, 110.

<sup>(14)</sup> Cfr., in particolare, M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in *GLav*, 1997, n. 3, 10, ora in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. 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. 7 settembre 1993 n. 9398, in *RIDL*, 1994, II, 92, con nota di M. MARTINELLI, *Interposizione illecita e lavoro in cooperativa: problema irrisolto?*; Cass. pen. 8 luglio 1992 n. 1427, in *MGL*, 1993, 341; Cass. pen. 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, *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. P. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, G. CASADIO, F. COCCIA, G. GHEZZI, L. MARIUCCI, G. NACCARI, M. ROCCELLA, *Lavoro: ritorno al passato*, Ediesse, Roma, 2002.

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 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

---

<sup>(20)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit.

<sup>(21)</sup> Cfr. P. PENNESI, *Interposizione nelle prestazioni di lavoro, abrogazione della l. n. 1369/1960 e contenzioso in atto*, e S. CAROTTI, *Il nuovo regime sanzionatorio in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro*, entrambi in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005; P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, e C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, entrambi in questa Parte, Sez. (B).

<sup>(22)</sup> Cfr., tra i tanti, P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it); A. 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 allo schema di decreto legislativo di attuazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in [\[1\]](#) *Riforma Biagi, sub par. Promuovere investimenti e maggiore occupazione agevolando la riorganizzazione delle imprese e governando i processi di outsourcing*. Vedi, inoltre, lo sviluppo di questa prospettiva di analisi in M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, che introduce il presente volume.

<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. M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi*, cit., 280.

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 vigenza 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 modificazione 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 recente-

---

<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 M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, Milano, 1997, 472. Analogamente critico verso 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, A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro, interesse del datore "distaccante" e consenso del lavoratore*, nota a Cass. 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 G. DE SIMONE, *op. cit.*, 327-329.

<sup>(27)</sup> Per questo profilo cfr. Cass. 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. S. MAGRINI, *op. cit.*, 55 ss., e M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, *cit.*, in particolare 79 ss. Per una ricognizione dei diversi orientamenti dottrinali cfr. G. DE SIMONE, *op. cit.*, 286 ss. E anche A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro*, *cit.*, 437-439.

<sup>(30)</sup> Cfr. Cass. n. 14458/2000, *cit.*, Cass. n. 7743/2000, *cit.*, Cass. 2 novembre 1999 n. 12224, in *NGL*, 2000, 39; Cass. n. 5721/1999, *cit.*; Cass. n. 5907/1993, *cit.*; Cass. n. 7328/1992, *cit.*; Cass. n. 1751/1989, *cit.*; Cass. n. 1325/1988, *cit.*; Cass. n. 4720/1986, *cit.*



mente 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. Somministrazione, appalto, distacco.

Per chiarire il nuovo quadro legale disciplinato dall'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è peraltro opportuno

---

<sup>(31)</sup> Cfr. A. 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 l. n. 1369/1960 — 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. n. 7743/2000, cit.

<sup>(33)</sup> Cfr. Cass. n. 14458/2000, cit.; Cass. n. 8567/1999, cit.

<sup>(34)</sup> Cfr. Cass. n. 10771/2001, cit.; Cass. n. 7762/1996, cit.

<sup>(35)</sup> Cfr. *infra* nel testo.



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 somministrazione 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.

---

<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. n. 1/1993, 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. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, 3, *sub* nota 3, e A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro*, cit., 456-457.

<sup>(37)</sup> In questo senso già S. 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.

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 <sup>(40)</sup>.

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>(41)</sup>.

Il comune dato dell'interposizione comporta, per altro verso, che la fattispecie del distacco e quella della somministrazione possano essere assimilate 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>(42)</sup>. Non solo. Ove il di-

---

<sup>(39)</sup> Ma *contra* sulla necessità del consenso del lavoratore S. MAGRINI, *op. cit.*, in particolare 90 ss.

<sup>(40)</sup> Cfr. E. CASSANETI, L. FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(41)</sup> In questo senso sembra esprimersi P. CHIECO, *op. cit.*, 110, che analizza la fattispecie qualificandola come « somministrazione non professionale ».

<sup>(42)</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

stacco intervenga in assenza dei requisiti di legittimità individuati dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003, il lavoratore può agire nei confronti del datore di lavoro per chiedere la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore <sup>(43)</sup>, così come accade in ogni altra ipotesi di somministrazione irregolare <sup>(44)</sup>.

Ulteriormente diversa è poi l'ipotesi dell'appalto. In questo caso viene infatti esternalizzata una fase della attività imprenditoriale e 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>(45)</sup> — dell'elemento produttivo dato dalla propria forza lavoro <sup>(46)</sup>. 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>(47)</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 ge-

---

dalla legge e dai contratti collettivi ». Sui profili di tutela della salute e sicurezza del lavoratore in somministrazione cfr. S. BIANCHI, *In particolare: la tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, nella Parte I, Sez. (C), di questo volume.

<sup>(43)</sup> Cfr. il comma 4-bis dell'art. 30, d.lgs. n. 276/2003, introdotto dall'art. 7 del d.lgs. n. 251/2004.

<sup>(44)</sup> *Amplius* sul punto, C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

<sup>(45)</sup> In particolare sugli appalti c.d. *labour intensive* cfr. M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit., 225.

<sup>(46)</sup> Sull'appalto e i criteri distintivi rispetto alla interposizione cfr. R. ROMEL, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, che precede.

<sup>(47)</sup> Tale distinzione è riconducibile alla elaborazione di S. 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, A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro*, cit., 435. Per il richiamo a tale distinzione cfr. Cass. 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. G. DE SIMONE, *op. cit.*, 294-295.

nuino e interposizione vietata, contempla espressamente, nel senso di escludere la genuinità dell'appalto, l'esercizio da parte del committente del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei dipendenti dall'appaltatore <sup>(48)</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>(49)</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>(50)</sup>.

#### 4. L'interesse del distaccante.

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 alla 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.

---

<sup>(48)</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, d.lgs. 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>(49)</sup> In relazione all'esercizio da parte del distaccatario del potere direttivo nei confronti del distaccante cfr., recentemente, Cass. 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>(50)</sup> Cfr. Cass. n. 10771/2001, cit.

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>(51)</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>(52)</sup>.

La sussistenza del requisito dell'interesse sarà, infatti, verificata caso per caso dalla giurisprudenza<sup>(53)</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>(54)</sup>, rilevante, concreto e persistente<sup>(55)</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>(56)</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>(57)</sup>, ed è stato qualificato avuto riguardo al contenuto

---

<sup>(51)</sup> In questo senso M. ESPOSITO, *L'incerta collocazione del "comando" e del "distacco" nelle fattispecie interpositorie*, cit., 150.

<sup>(52)</sup> *Ibidem*.

<sup>(53)</sup> Per l'accertamento di merito incensurabile per il giudice di legittimità, cfr. Cass. n. 6807/1992, cit., e Cass. n. 6911/1991, cit.

<sup>(54)</sup> Cass. n. 7743/2000, cit.

<sup>(55)</sup> Cfr. Cass. n. 5907/1993, cit.

<sup>(56)</sup> Cass. n. 12224/1999, cit.

<sup>(57)</sup> Cfr. A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro*, 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

della prestazione e all'impianto organizzativo e produttivo del datore di lavoro distaccante <sup>(58)</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>(59)</sup>.

## 5. Distacco e procedure di mobilità.

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 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>(60)</sup>.

## 6. In particolare l'interesse nell'ipotesi di distacco all'interno del gruppo di imprese.

L'interesse, come chiarito anche dalla circolare n. 3/2004, sussisterà verosimilmente nella più parte dei casi di distacco all'interno di

---

ovvero a perseguire un risultato economico comune a quello che persegue il distaccatario.

<sup>(58)</sup> *Ibidem*.

<sup>(59)</sup> Cfr. Cass. n. 5721/1999, cit.

<sup>(60)</sup> In dottrina cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, 1, cit., 498.

imprese che fanno parte dello stesso gruppo imprenditoriale<sup>(61)</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>(62)</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>(63)</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>(64)</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, equilibrare, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo ».

Analogamente in dottrina era stato sottolineato che l'esistenza del

---

(61) 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. A. VALLEBONA, *op. cit.*, 109.

(62) P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, 1, cit., 501.

(63) L'esistenza del gruppo societario di cui erano parte le due imprese, distaccante e distaccataria, 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. n. 5907/1993, cit., e anche Cass. 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.

(64) A. PIZZOFERRATO, *Prestito di lavoro*, cit., 435.

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 del concreto interesse del distaccante ad inviare il proprio lavoratore presso un terzo <sup>(65)</sup>.

Tutto ciò premesso, pertanto, l'interesse al distacco non è di per sé integrato dalla mera esistenza di un collegamento patrimoniale <sup>(66)</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>(67)</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>(68)</sup> esclude la possibilità di valicare lo schermo della personalità giuridica, potrebbe non


---

<sup>(65)</sup> G. 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>(66)</sup> P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*. 1, cit., 501.

<sup>(67)</sup> *Ibidem*.

<sup>(68)</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. 16 febbraio 2000 n. 1733, in *MGC*, 2000, 355; analogamente, Cass. n. 7743/2000, cit., Cass. 10 novembre 1999 n. 12492, in *MGC*, 1999, 2220, Cass. 29 novembre 1996 n. 10688, in *MGC*, 1996, 1640; risalente, ma con specifico riferimento al distacco, Cass. 2 dicembre 1985 n. 6023, in *MGC*, 1985, 1824.

L'elaborazione giurisprudenziale sul punto è stata di recente ribadita anche dalla circ. Min. lav. 24 giugno 2005, n. 28, in  *Distacco*. La circolare in esame contempla la specifica ipotesi di distacco intra-gruppo, ove l'impresa distaccante si trovi in una situazione di temporanea eccedenza di manodopera e intenda ricorrere al distacco in alternativa alla cassa integrazione, in funzione dell'interesse alla tutela del patrimonio professionale della impresa.

In questa specifica ipotesi la circolare in questione precisa infatti che « il distacco di manodopera intra-gruppo non dovrebbe, in ogni caso, incidere sulla autonomia di gestione delle singole imprese onde evitare che il gruppo appaia una frammentazione artificiosa (e quindi fraudolenta) di un unico soggetto giuridico ».



essere considerato sufficiente un interesse del gruppo che non sia perfettamente sovrapponibile a quello dell'impresa distaccante.

## 7. La temporaneità del distacco.

Al requisito dell'interesse si aggiunge quello della temporaneità del distacco che, individuato già dalla giurisprudenza <sup>(69)</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 non definitività <sup>(70)</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>(71)</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>(72)</sup>.

## 8. La prassi del rimborso.

A fronte della elaborazione che considera lecito il distacco, in quanto l'interesse del distaccante garantisce l'unicità del rapporto di

---

<sup>(69)</sup> Cfr. Cass. n. 14458/2000, cit.; Cass. n. 7743/2000, cit.; Cass. n. 7762/1996, cit.; Cass. n. 5907/1993, cit.; Cass. n. 7328/1992, cit.; Cass. n. 1751/1989, cit.; Cass. n. 1325/1988, cit.; Cass. n. 614/1987, cit.; Cass. n. 1013/1985, cit.

<sup>(70)</sup> Da ultimo Cass. 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. n. 12224/1999, cit.

<sup>(71)</sup> Cfr. Cass. n. 7328/1992, cit.


<sup>(72)</sup> *Ibidem.*

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>(73)</sup> e dell'assolvimento dei relativi obblighi contributivi e assicurativi <sup>(74)</sup>. 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>(75)</sup>.

La giurisprudenza ha tuttavia progressivamente chiarito — sino a giungere alla sentenza delle Sezioni Unite n. 1751/1989 <sup>(76)</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>(77)</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 appare volta, come precisa ora la circolare n. 3/2004, a rendere « più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi so-

---

<sup>(73)</sup> Cfr. Cass. n. 6911/1991, cit.

<sup>(74)</sup> Con specifico riferimento alla applicazione dei principi regolatori della assicurazione contro gli infortuni sul lavoro alla fattispecie del distacco è recentemente intervenuta la circ. Inail 2 agosto 2005, n. 39, in  *Distacco*. La circolare ha ribadito quanto già precisato dalla precedente prassi amministrativa con riferimento alla individuazione del soggetto responsabile del pagamento dei premi (il distaccante) e alla voce di tariffa applicabile, determinata in relazione alla lavorazione da eseguire presso la impresa distaccataria.

La medesima circolare ha altresì precisato che distaccante e distaccatario sono entrambi destinatari dell'azione di regresso *ex* art. 11, d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124.

<sup>(75)</sup> Cfr. Cass. n. 6911/1991, cit.

<sup>(76)</sup> Cass., sez. un., n. 1751/1989, cit.

<sup>(77)</sup> P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*. 1., cit., 496 e 499.

stenuti da ogni singola società » (78). 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 » (79).

## 9. Il consenso del lavoratore nel distacco. Il mutamento di mansioni.

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 (80). 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. (81).

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 un'altra organizzazione lavorativa comporta, infatti, un mutamento sostanziale delle modalità di esecuzione della prestazione di lavoro sia con riferimento alle mansioni esplicitate sia con riferimento al luogo di esecuzione della prestazione.

---

(78) Già S. 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 ».

(79) Così, testualmente, la circ. Min. lav. n. 3/2004.

(80) Cfr. Cass. n. 14458/2000, cit., e Cass. 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 M. BROLLO, *op. cit.*, 467-468, e anche, con riferimento al d.lgs. n. 276/2003, da A. VALLEBONA, *op. cit.*, 109.

(81) Da ultimo Cass. n. 14458/2000, cit.

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>(82)</sup> come un irrigidimento della fattispecie consente di eliminare un ulteriore elemento di incertezza nella regolamentazione del distacco, in applicazione dei principi che presidono 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 interpretativa del Ministero 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>(83)</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>(84)</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>(85)</sup>. L'equivalenza

---

<sup>(82)</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 178, e M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore*, cit., 217.

<sup>(83)</sup> Nella giurisprudenza di legittimità Cass. n. 5907/1993, cit. Per quella di merito Pret. Rieti 26 marzo 1997, in *NGL*, 1997, 359.

<sup>(84)</sup> In questo senso l'ampia argomentazione di M. BROLLO, *op. cit.*, 149-150, e ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

<sup>(85)</sup> Cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Mi-

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>(86)</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>(87)</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>(88)</sup>. Tale orientamento non è condiviso dalla dottrina che a fronte della ricostruzione del distacco entro i poteri di organizzazione del lavoratore ritiene applicabile anche sotto questo profilo l'articolo 2103 c.c. senza il limite dell'omogeneità delle mansioni<sup>(89)</sup>.

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

---

lano, 2004, 427, nonché da ultimo, Cass. 15 febbraio 2003 n. 2328, in *MGC*, 2003, 337.

<sup>(86)</sup> *Ibidem*.

<sup>(87)</sup> P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*. 2, Giuffrè, Milano, 2003, 288.

<sup>(88)</sup> Cfr. Cass. 20 giugno 1990 n. 6181, in *MGL*, 1990, 435.

<sup>(89)</sup> Cfr. M. BROLLO, *op. cit.*, 313 ss.

del terzo piuttosto che all'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro <sup>(90)</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, decreto n. 276/2003 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>(91)</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, anche se superiori. Come sopra

---

<sup>(90)</sup> Cfr. M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, cit., 118-119.

<sup>(91)</sup> Analogamente M. BROLLO, *op. cit.*, 314 ss.

precisato il consenso richiesto in caso di mutamento di mansioni concernere 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>(92)</sup>. Diversamente si avrebbe una eccessiva compressione dell'istituto <sup>(93)</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>(94)</sup>.

## 10. Distacco e trasferimento.

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 del lavoratore <sup>(95)</sup>. Invero il distacco, ove legittimo, è per definizione temporaneo; non solo, ma elemento alquanto valorizzato in dottrina <sup>(96)</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>(97)</sup>.

---

<sup>(92)</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>(93)</sup> Ma in questo senso cfr. P. ALLEVA, *La nuova disciplina dei distacchi*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 180-181.

<sup>(94)</sup> Cfr. *amplius* § 3.

<sup>(95)</sup> Cfr. in questo senso, per la giurisprudenza di merito, Trib. Milano 23 dicembre 2000, in *D&L*, 2001, 430, ma *contra* Cass. n. 1325/1988, cit.

<sup>(96)</sup> Cfr. M. BROLLO, *op. cit.*, 466 ss.

<sup>(97)</sup> Cfr. Cass. 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

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>(98)</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.

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>(99)</sup> il datore di lavoro avrà l'onere, secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidata relativa all'analogia 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>(100)</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 gra-

---

degli stessi), non è assumibile a governo del diverso istituto in questione che interessa soggetti giuridici con propria autonomia ».

<sup>(98)</sup> Cfr. M. BROLLO, *op. cit.*, 468.

<sup>(99)</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. P. 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 R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., 178, *sub* nota 18).

<sup>(100)</sup> La giurisprudenza sul punto è consolidata, cfr., da ultimo, Cass. 18 novembre 1999 n. 12812, in *OGL*, 1999, 985.



voso per il lavoratore è predisposta una tutela ulteriore che ne garantisce la posizione.

## 11. Conclusioni.

In un quadro giurisprudenziale oscillante, l'emanazione di una norma positiva che ha espressamente riconosciuto la legittimità del distacco <sup>(101)</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 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 spe-

---

<sup>(101)</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *Articolo 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 74, che parla di « emersione normativa » di un istituto di matrice giurisprudenziale.

ziale fattispecie del distacco <sup>(102)</sup> così come l'articolo 2103 c.c. disciplina l'ipotesi di mobilità del lavoratore all'interno dell'organizzazione datoriale.

---

<sup>(102)</sup> Non è pertanto condivisibile la tesi di P. 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. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*. 2, cit., 329 ss.

SEZIONE B  
IL NUOVO REGIME SANZIONATORIO

3.

**IL NUOVO REGIME SANZIONATORIO  
ALLA LUCE DEL DECRETO LEGISLATIVO N. 251 DEL 2004**

PIERLUIGI RAUSEI

SOMMARIO: 1. Introduzione: il sistema sanzionatorio ridisegnato. — 2. Somministrazione abusiva. — 2.1. La fattispecie base di somministrazione abusiva. — 2.2. Somministrazione abusiva aggravata. — 2.3. L'attenuante della mancanza dello "scopo di lucro". — 2.4. Confisca del mezzo. — 3. Utilizzazione illecita. — 3.1. L'utilizzatore pubblico. — 4. Somministrazione fraudolenta. — 5. Somministrazione "irregolare". — 6. La nuova interposizione illecita di manodopera: pseudo-appalto e distacco illecito. — 6.1. Lo pseudo-appalto. — 6.2. Il distacco illecito.

**1. Introduzione: il sistema sanzionatorio ridisegnato.**

Una delle novità più rilevanti, in senso assoluto, introdotte nel corpo del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dal testo del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, è data, senza ombra di dubbio, dalla rimodulazione del sistema sanzionatorio <sup>(1)</sup> operata attraverso la pressoché integrale riscrittura dell'articolo 18 del primo decreto attuativo della legge 14 febbraio 2003, n. 30, dedicato ad una

---

<sup>(1)</sup> Per un primo interessante contributo all'analisi del sistema sanzionatorio ridefinito dal decreto correttivo, cfr. C. BIZZARRO, G. BOCCHIERI, *Il nuovo regime sanzionatorio in materia di somministrazione, appalti, distacco*, in *La Riforma Biagi. Il decreto correttivo*, in *GLav*, 2004, n. 37, spec., II ss.; L. IERO, *Sanzioni nel mercato del lavoro dopo il correttivo*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il "correttivo" della legge di riforma del mercato del lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. V, 41 ss.

fondamentale tutela sanzionatoria, di tipo penale ed amministrativo, del lavoratore sul mercato del lavoro, con particolare riferimento all'attività delle agenzie per il lavoro di somministrazione (generaliste e specialiste) e al lavoro somministrato <sup>(2)</sup>.

L'articolo 4 del decreto legislativo n. 251/2004, in effetti, si apre con una prima non irrilevante disposizione (comma 1), dedicata alla modifica della stessa rubrica originaria dell'articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003 che muta dal precedente "Sanzioni penali" al nuovo "Sanzioni". La scelta del legislatore appare quanto mai opportuna e condivisibile, solo che si consideri il dato normativo secondo cui all'interno dello stesso articolo 18, e precisamente al comma 3, sono contenute numerose ipotesi di illecito amministrativo che mal si conciliavano con la precedente intitolazione dell'articolo.

Il comma 2 dell'articolo 4 in argomento, invece, entra nel vivo della ristrutturazione del sistema sanzionatorio previgente, andando a riscrivere il comma 1 dell'articolo 18.

Per effetto della modifica introdotta, pertanto, l'esercizio non autorizzato delle attività di somministrazione, a tempo indeterminato e a termine, è punito con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro.

Inoltre, se vi è sfruttamento dei minori la pena è aggravata: arresto fino a diciotto mesi e ammenda aumentata fino al sestuplo.

Da ultimo, il nuovo comma 1 dell'articolo 18 sancisce la piena operatività, in caso di condanna, della confisca del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio delle attività considerate (articolo 4, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003).

Il comma 3 dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 251/2004 va, invece, a modellare il nuovo testo dell'articolo 18, comma 2, del decreto corretto, con riferimento al *quantum* della pena addebitabile al-

---

(2) Ben è vero, peraltro, che una tutela, di natura sanzionatoria, più completa riguardo allo "statuto giuridico" del lavoratore si individua nella complessiva disamina del combinato disposto degli artt. 18 e 19 del d.lgs. n. 276/2003, d'altronde la seconda disposizione non risulta integrata né corretta dal d.lgs. n. 251/2004 ed esula dallo specifico campo della somministrazione di lavoro, v. P. RAUSEI, *Profili sanzionatori: penale, amministrativo e previdenziale*, in AA.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 99 ss.; S. VERGARI, *L'apparato sanzionatorio nella riforma del mercato del lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, 229 ss.

l'utilizzatore che ricorre alla somministrazione di lavoratori da parte di soggetti non autorizzati o, in ogni caso, "al di fuori dei limiti" previsti dall'articolo 4, comma 1, lettere *a)* e *b)*, del decreto legislativo n. 276/2003.

Anche all'utilizzatore, analogamente a quanto ora previsto per il somministratore abusivo, si applica la pena dell'ammenda di euro 50 per ciascun lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Parallelamente, in caso di sfruttamento dei minori, la pena diviene quella più grave dell'arresto fino a diciotto mesi congiuntamente all'ammenda aumentata fino al sestuplo.

All'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003 viene apportata una sola, ma non irrilevante modifica (articolo 4, comma 4, decreto legislativo n. 251/2004), consistente nella eliminazione, dal novero delle diverse ipotesi di illecito amministrativo sanzionate dalla norma, della violazione dell'obbligo di cui all'articolo 20, comma 1, vale a dire della stipula di un contratto di somministrazione di lavoro con un soggetto non autorizzato: si trattava, in effetti, come meglio si rileverà più oltre nel testo, di una disposizione che confliggeva, in ottica sistematica, con quella dell'articolo 18, comma 1, giacché la medesima condotta riceveva una duplice reazione sanzionatoria, una di tipo penale e l'altra di tipo amministrativo.

Da ultimo, il comma 5 dell'articolo 4 del decreto correttivo inserisce nell'articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003 un nuovo comma *5-bis*, che, nel sanzionare penalmente, alla stessa stregua della somministrazione abusiva e della utilizzazione illecita, lo pseudo-appalto e il distacco illecito, come si argomenterà compiutamente in seguito, mira a dirimere, con assoluta evidenza e chiarezza, la *vexata quaestio* della sopravvivenza del reato di interposizione illecita di manodopera<sup>(3)</sup>, dopo l'abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 (*abrogatio sine abolitione*).

Da quanto finora cennato, appare in tutta la sua forza ben ridisegnato il sistema sanzionatorio contenuto nel decreto legislativo n. 276/2003.

Il rigore sistematico dell'impianto sanzionatorio penalistico sem-

---

<sup>(3)</sup> Cfr. in argomento P. PENNESI, *Interposizione nelle prestazioni di lavoro, abrogazione della legge n. 1369 del 1960 e contenzioso in atto*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 479 ss.

bra ora corrispondere in modo pieno alle esigenze di tutela pure risolutamente indicate e segnalate dal testo originario del decreto, sebbene nella sola parte dispositiva e precettiva.

L'uniformità che contraddistingue, anche sotto il profilo sanzionatorio, la violazione del divieto generale di somministrare manodopera al di fuori delle ipotesi previste dalla legge risponde, nel nuovo testo, alle indicazioni complessivamente contenute nella delega legislativa.

Non solo, perché il quadro normativo novellato sembra anche coniugarsi per un verso con una chiara esigenza di trasparenza e di sistematicità di tutto l'impianto sanzionatorio, che si palesa ora in una raggiunta disciplina in omaggio ad un integrale rispetto del principio di tassatività che governa, nel nostro ordinamento, la costruzione normativa delle fattispecie penalmente sanzionate<sup>(4)</sup>; per altro verso, inoltre, il legislatore del decreto correttivo ha mantenuto la scelta originaria di conservare nell'alveo della rilevanza penale le condotte poste in essere *contra legem* dai soggetti che rivestono il ruolo di datori di lavoro ovvero che sviluppano attività aziendali volte a rendere possibile l'incontro fra domanda e offerta di lavoro, laddove la decisione di politica criminale muove dal naturale presupposto di una lesione al bene giuridico "persona che lavora", costituzionalmente tutelato<sup>(5)</sup>.

D'altra parte, il sistema sanzionatorio definitivamente normato nel decreto legislativo n. 276/2003 ha mantenuto perfettamente integra la scelta legislativa di graduare in modo differenziato, sia sotto il profilo qualitativo (pene proporzionali progressive e sanzioni amministrative con escursione fra minimo e massimo edittale) che sotto quello quantitativo, le reazioni punitive dell'ordinamento a seconda della diversa attività svolta e, conseguentemente, della differente gravità del comportamento tenuto dal soggetto agente.

## 2. Somministrazione abusiva.

Il decreto legislativo n. 251/2004 ha contribuito in maniera

---

(4) Sul punto v. le considerazioni di C. BIZZARRO, G. BOCCHIERI, *op. cit.*, V; M. PEDRAZZOLI, *Commento agli articoli 18-19*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI *et al.*, *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 233-245.

(5) Basti pensare che fin dal testo dell'art. 1 Cost., la Repubblica italiana viene incentrata fortemente sul lavoro e sulla persona del lavoratore, a quest'ultima in particolare si rivolge con non poca enfasi giuridica l'art. 3, comma 2, sotto il profilo di una attuazione piena della cosiddetta "uguaglianza sostanziale".

chiara a delineare i contorni normativi delle ipotesi di reato che vengono integrate dall'esercizio abusivo della somministrazione di lavoro, in qualsiasi forma e tipologia negoziale, e dall'utilizzazione illecita dei lavoratori abusivamente somministrati <sup>(6)</sup>.

All'evidenza, pertanto, dovrà ora necessariamente discutersi di due distinte figure di reato, entrambe di tipo contravvenzionale:

a) il reato di *somministrazione abusiva*, quello commesso dal somministratore che senza autorizzazione esercita le attività di somministrazione di lavoro a termine o a tempo indeterminato (articolo 18, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo n. 276/2003);

b) il reato di *utilizzazione illecita*, quello commesso dall'utilizzatore che ricorre alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetto non autorizzato e li occupa nella propria attività lavorativa (articolo 18, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003) <sup>(7)</sup>.

D'altra parte la differenziazione fra le due ipotesi di contravvenzione, ora evidenziate e appresso esaminate, appariva ancor più netta nello schema di decreto legislativo approvato il 3 giugno 2004 dal Consiglio dei Ministri.

Ben è vero, tuttavia, che la novella primariamente proposta si caratterizzava in negativo proprio per la intollerabile e ingiustificata disarticolazione normativa fra le due fattispecie <sup>(8)</sup>, che non solo lasciava in vita la pena dell'ammenda pari a 5 euro per l'utilizzazione illecita, elevando a 50 euro la pena pecuniaria per il solo somministratore abusivo, ma si spingeva addirittura a negare per il somministratore l'aggravante dello sfruttamento dei minori, che il testo iniziale del decreto correttivo vedeva concretarsi in capo al solo utilizzatore.

Secondo l'originario articolo 3, comma 1, dello schema di decreto correttivo, infatti, rimaneva estraneo alla fattispecie aggravata, paradossalmente, proprio il somministratore al quale è comunque addebitabile la scelta del minore avviato abusivamente al lavoro in somministrazione illecita.

D'altro canto, rispetto al primo testo proposto, che come detto

---

<sup>(6)</sup> Sia consentito fare rinvio per un approfondimento sull'impatto normativo complessivo del d.lgs. n. 251/2004 a P. RAUSEI, *Le novità del correttivo alla Riforma del lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 43, inserto.

<sup>(7)</sup> Così anche in P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 552 ss.

<sup>(8)</sup> Per questa critica cfr. P. RAUSEI, *Lo schema di decreto correttivo*, in *DPL*, 2004, n. 27, 1794-1796.

differenziava le due ipotesi contravvenzionali considerate in termini di *quantum* e di circostanza aggravante, il testo definitivo dell'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo n. 251/2004, ha scelto assai opportunamente di abbandonare la prima idea di differenziare la pena fra la condotta del somministratore abusivo e quella dell'utilizzatore, valutando in senso oggettivo i vantaggi che dai comportamenti illeciti e abusivi ricadono in capo ad entrambi i soggetti, sebbene, a più approfondito ragionamento, appaia ben chiaro come in termini di offensività la condotta dell'utilizzatore, che ha per oggetto l'avvalersi di lavoratori dipendenti, illecitamente e abusivamente somministrati, senza assumerli direttamente, giustifica l'esistenza di quella del somministratore: nessuno somministrerebbe abusivamente manodopera se non vi fosse qualcuno interessato ad utilizzarla.


Raccogliendo i suggerimenti della dottrina, allora, il legislatore del decreto correttivo ha inteso confermare la nuova pena pecuniaria dell'ammenda di 50 euro al giorno per ciascun lavoratore in capo ad entrambi i soggetti i quali, peraltro, rimangono attori di una fattispecie illecita di tipo unitario e complesso che si configura nella "somministrazione abusiva" in un primo momento, all'atto dell'individuazione e dell'invio dei lavoratori da somministrare illecitamente, e nella "utilizzazione illecita" in una fase successiva, allorquando i lavoratori abusivamente somministrati vengono concretamente occupati e adibiti ad attività lavorative alle dipendenze (di fatto) dell'utilizzatore.

Per quanto ora segnalato, quindi, e per come sono strutturati, i due reati in argomento non possono non configurarsi simultaneamente, divenendo per tale via riconducibili alle forme unitarie del "reato composto" ovvero di una fattispecie di reato plurisoggettivo eventuale proprio <sup>(9)</sup>.

D'altronde, il mantenimento di una identica reazione sanzionatoria dieci volte più pesante di quella originaria, per entrambe le condotte illecite rappresenta anche una soluzione seria e rigorosa a fronte degli effetti della introduzione generalizzata della prescrizione obbligatoria, ad opera dell'articolo 15 del decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 <sup>(10)</sup>, che ammette il contravventore al paga-

---

<sup>(9)</sup> Su questi aspetti vedi A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 2002, 383 ss.

<sup>(10)</sup> In  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*. Per un esame sintetico dell'istituto della "prescrizione obbligatoria" nel contesto della più ampia riforma dei



mento di un quarto dell'ammenda: si ha quanto meno l'apparenza di una riduzione di pena meno odiosa, in termini di tutela soggettiva della persona offesa e di efficacia della pena, preventiva ma anche mediante repressione.

Ciò premesso, nella prospettiva di una lettura sinottica e di una interpretazione sistematica del quadro normativo risultante dalla novella *in subiecta materia*, si può procedere ad una attenta e distinta disamina delle due ipotesi di reato qui considerate.

### 2.1. La fattispecie base di somministrazione abusiva.

Nel ridefinire il contesto normativo risultante dalla abrogazione della legge n. 1369/1960, il legislatore della riforma, anche con l'intervento correttivo in commento (articolo 4, decreto legislativo n. 251/2004), ha voluto precisamente introdurre nel sistema alcune nuove penalità che soltanto in parte finiscono per riprendere il previgente schema dispositivo, peraltro allontanandosene nettamente sotto un profilo strettamente sanzionatorio.

Il reato di somministrazione abusiva appare, dunque, solo parzialmente analogo alla vecchia "interposizione illecita di manodopera" <sup>(11)</sup>.

Anzitutto, va segnalato che la fattispecie illecita in esame costituisce, già nello schema delineato fin dall'inizio dal decreto legislativo n.

---

servizi ispettivi vedi: C. LUCREZIO MONTICELLI, *La riorganizzazione dei servizi ispettivi e delle attività di vigilanza: funzioni e finalità*, in C. LUCREZIO MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei servizi ispettivi in materia di lavoro e previdenza sociale. Commentario al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124*, Giuffrè, Milano, 2004; P. PENNESI, E. MASSI, P. RAUSEI, *La riforma dei servizi ispettivi*, in *DPL*, 2004, n. 30, inserto; D. PAPA, *La prescrizione obbligatoria*, in C. LUCREZIO MONTICELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 291 ss.; L. DEGAN, M. TIRABOSCHI, *La riforma dei servizi ispettivi e delle attività di vigilanza*, in *GLav*, 2004, n. 21, 15 ss.; P. RAUSEI, *La nuova ispezione in azienda*, in *DPL-Oro*, 2004, n. 4.

<sup>(11)</sup> L'analogia con la vecchia normativa era più evidente prima dell'intervento correttivo dell'art. 4 del d.lgs. n. 251/2004, basti pensare che esattamente come nell'originario art. 18, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, l'art. 2 della l. n. 1369/1960 prevedeva, per l'ipotesi di reato della interposizione illecita di manodopera, la pena dell'ammenda pari a lire 10.000 (euro 5) per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione (originariamente la sanzione pecuniaria era di lire 2.000, ma l'importo è stato quintuplicato per effetto dell'art. 113 della l. n. 689/1981).

276/2003, il grado medio nella somministrazione non a norma di legge e, quindi, l'ipotesi base di reato <sup>(12)</sup>.

Nella scala ideale di gravità crescente delle ipotesi di somministrazione posta in essere in violazione delle disposizioni vigenti, al grado più basso si colloca, infatti, la somministrazione irregolare, che viene sanzionata in capo al somministratore e all'utilizzatore, come si dirà più dettagliatamente in seguito, con una sanzione di tipo amministrativo e non penale, seppure affiancata da importanti riflessi civili <sup>(13)</sup>.

All'estremo opposto, al grado massimo della graduazione del disvalore sociale della condotta del somministratore e dell'utilizzatore si situa, invece, il reato contravvenzionale di tipo doloso della somministrazione fraudolenta <sup>(14)</sup>.

Come si nota, sia pure da questi brevissimi cenni, a differenza dei due estremi della somministrazione irregolare (violazione amministrativa) e di quella fraudolenta (illecito penale), che vedono o possono vedere coinvolti congiuntamente il somministratore e l'utilizzatore, la somministrazione abusiva rappresenta un reato proprio del somministratore al quale fa da naturale *pendant* il reato di utilizzazione illecita, ma le due fattispecie permangono, in ogni caso, distinte, sia pure in una ottica unitaria di ricomposizione fra le due violazioni.

La somministrazione abusiva, dunque, si configura, in primo luogo, quale reato di tipo contravvenzionale (esattamente come la vecchia interposizione illecita di manodopera), ai sensi e per gli effetti dell'articolo 18, comma 1, che, appunto, punisce il comportamento del somministratore con la pena pecuniaria dell'ammenda.

La contravvenzione *de qua*, d'altro canto, si presenta come reato *di azione* che necessita quindi di una condotta attiva, non essendo suf-

---

<sup>(12)</sup> Vedi per questa ricostruzione sistematica già P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, cit., 268-269. Ha seguito tale impostazione anche F. BASENGHI, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, 316, che parla di "*climax* fondato sul grado di anti giuridicità della fattispecie".

<sup>(13)</sup> Sugli effetti dell'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 e più in generale sulla somministrazione irregolare v. C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, che segue.

<sup>(14)</sup> Quanto agli effetti della somministrazione fraudolenta (art. 28, d.lgs. n. 276/2003), che non è stata toccata dal d.lgs. n. 251/2004, v. ancora C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

ficiente a realizzarlo una mera partecipazione omissiva da parte del soggetto agente.

Inoltre, si tratta di un reato *a struttura unitaria*, giacché non si commettono tanti reati distinti quanti sono i lavoratori coinvolti, ma piuttosto un unico illecito penale, nei confronti del quale il numero delle unità lavorative interessate dalla somministrazione abusiva giungono a determinare la sanzione proporzionalmente progressiva, come si evidenzierà nel prosieguo.

La somministrazione abusiva rappresenta, sotto altro profilo, una contravvenzione *di pericolo*, in quanto la realizzazione concreta del fatto di reato non abbisogna, in nessun modo, di una “prova di danno” per essere accertata sussistente.

Né lo Stato, che nell'ipotesi di reato in argomento è il soggetto tutelante, ma neppure i lavoratori, che nel caso di specie sono i soggetti tutelati (e, quindi, le persone offese dal reato), hanno la necessità di dare prova o dimostrazione di qualsivoglia danno subito, essendo sufficiente la somministrazione abusiva di lavoratori, presso un qualsiasi utilizzatore, per sé sola considerata, a determinare la reazione punitiva dell'ordinamento in ragione della anti giuridicità del comportamento attivo di chi senza rispettare i criteri legali (autorizzazione, iscrizione all'Albo nazionale, ecc.) ha fornito mere prestazioni di manodopera <sup>(15)</sup>.

La fattispecie di reato in esame risulta, dunque, perfetta e compiutamente realizzata per il solo fatto di essere stata posta in essere nei suoi elementi, oggettivi e soggettivi, tipici.

Anzitutto, deve sussistere un contratto di somministrazione di lavoro, sia pure non formalizzato in un documento scritto, proposto ad un qualsiasi utilizzatore, pubblico o privato, da un soggetto comunque non autorizzato: perché non costituito in forma di agenzia per il lavoro ovvero non autorizzato come tale, o anche perché pur essendo un'agenzia non risulta iscritto alla sezione dell'Albo nazionale che rende possibile e lecita la fornitura di manodopera (a termine o a tempo indeterminato).

Deve, quindi, rilevarsi una partecipazione psicologica del somministratore alla fattispecie illecita realizzata, sotto il profilo almeno della condotta colposa, perché ha proposto la stipula di un contratto di

---

<sup>(15)</sup> Vedi sul punto P. ICHINO, *Commento agli articoli 20-28*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI *et AL.*, *op. cit.*, 317 ss.

somministrazione di lavoro non usando della normale diligenza, prudenza e perizia richieste dall'ordinamento giuridico secondo *id quod plerumque accidit*.

Da ultimo, il reato di somministrazione abusiva potrà considerarsi integrato con la verifica della effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori oggetto del contratto di somministrazione, illecitamente occupati e impiegati nell'attività lavorativa interessata dall'operazione o in altra pure diversa a favore e nell'interesse dell'utilizzatore.

Con riguardo poi agli effetti, al contrario della interposizione illecita di manodopera di cui agli articoli 1 e 2 della abrogata legge n. 1369/1960, che secondo la dottrina prevalente doveva ritenersi qualificabile come reato permanente, l'attuale somministrazione abusiva costituisce, invece, un'ipotesi di *reato istantaneo con effetti permanenti* <sup>(16)</sup>.

Ciò che il legislatore viene a vietare non è soltanto lo sfruttamento della manodopera abusivamente somministrata per essere illecitamente utilizzata, ma già, in un momento antecedente, in senso logico e cronologico, la mera sottoscrizione del contratto di somministrazione o, in ogni caso, il raggiungimento di un accordo negoziale in tal senso fra il somministratore non autorizzato e l'utilizzatore, vale a dire semplicemente l'aver concretato una fattispecie lavoristica, resa lecita condizionatamente dal sistema normativo del lavoro, fuori dagli schemi legalmente previsti e obbligati <sup>(17)</sup>.

Tornando al soggetto attivo del reato, la somministrazione abusiva di cui al primo periodo dell'articolo 18, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003, così come sostituito dall'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo n. 251/2004, è in primo luogo posta in essere dall'agenzia di somministrazione che esercita l'attività di fornitura di manodopera a tempo determinato o indeterminato e, a tal fine, stipula contratti, con o senza forma scritta, priva della necessaria autorizza-

---

<sup>(16)</sup> Nello stesso senso anche S. VERGARI, *L'apparato sanzionatorio nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 235-236.

<sup>(17)</sup> Per una sintesi sulla disciplina previgente, con riguardo al punto specifico, sia consentito rinviare a P. RAUSEI, *Appalto di manodopera*, in *DPL*, 2002, n. 30, inserto.

zione ministeriale e della conseguente iscrizione all'Albo delle agenzie per il lavoro, nella sezione deputata <sup>(18)</sup>.

L'elemento oggettivo del reato è, dunque, integrato dalla attivazione di un contratto di somministrazione di lavoro a termine o a tempo indeterminato da parte di soggetti non iscritti regolarmente all'Albo delle agenzie per il lavoro.

Tuttavia, per come la fattispecie legale appare costruita, si configura una sorta di *condizione (implicita o intrinseca) di punibilità* <sup>(19)</sup> nel valutare attentamente la pena parametrata sulle giornate (effettive) di lavoro: in effetti, non la mera negoziazione fra somministratore e utilizzatore, ma l'effettivo utilizzo dei lavoratori somministrati, dà luogo alla concreta punibilità del reato in oggetto <sup>(20)</sup>.

Da qui scaturisce anche una letterale conferma di quanto sopra si diceva con riferimento alla unitarietà o contiguità delle due fattispecie di reato della somministrazione abusiva e della utilizzazione illecita, considerato che l'una rappresenta il presupposto dell'altra e, reciprocamente, questa la condizione di punibilità della prima <sup>(21)</sup>.

---

<sup>(18)</sup> Prima sezione, per le agenzie generaliste che possono porre in essere qualsivoglia tipologia contrattuale; seconda sezione, per le agenzie specialiste che possono esercitare lecitamente soltanto l'attività di *staff leasing* a tempo indeterminato nei settori previsti. Sul regime autorizzatorio vigente per le agenzie di somministrazione, cfr. S. SPATTINI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro: profili giuridici*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(19)</sup> Per una migliore disamina del più generale problema delle "condizioni obiettive di punibilità", cui si fa indiretto richiamo nel testo cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 1995, 725-731.

<sup>(20)</sup> Analogamente argomenta anche S. VERGARI, *L'apparato sanzionatorio nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 234-235.

<sup>(21)</sup> D'altro canto, per onestà intellettuale, alla luce del d.lgs. n. 251/2004, potrebbe non apparire troppo peregrina neppure l'ipotesi di una punibilità legata esclusivamente al numero dei lavoratori coinvolti nell'operazione di somministrazione abusiva di manodopera che non sia poi concretamente sfociata in una utilizzazione illecita: si tratterebbe, tuttavia, anzitutto di superare il dato letterale che parla di lavoratori "occupati" e, in secondo luogo, di recuperare una diversa valutazione della lesività/offensività della condotta che, nello schema del d.lgs. n. 276/2003 e così pure, ben è vero, in quello previgente della l. n. 1369/1960, risulta fortemente incentrata su una tutela, diremmo quasi "proattiva" e diretta, del lavoratore coinvolto nella fornitura abusiva e illecita di mere prestazioni di lavoro. Peraltro, non può sottacersi il fatto che l'individuazione di taluni lavoratori per un'ipotetica somministrazione di lavoro poi non realizzatasi concreta per sé sola l'attività di intermediazione fra eventuale utilizzatore e lavoratori interessati, ragione per la quale tale condotta risulterà agevol-

In buona sostanza, secondo il dato normativo, “l’esercizio non autorizzato” dell’attività di somministrazione si concretizza, sempre e solo, se e quando i prestatori di lavoro oggetto di somministrazione vengono ad essere effettivamente impiegati dall’utilizzatore<sup>(22)</sup>.

D’altra parte, in questo senso, l’articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003 sembra allontanarsi dalla più generale impostazione penalistica riguardante la tipologia di reato dell’abusivo esercizio di specifiche “professionalità”, autorizzate da una pubblica amministrazione o istituzione, non essendo sufficiente il compimento di un qualsiasi atto a rilevanza esterna (la mera stipula del contratto o il raggiungimento dell’accordo) a concretare l’abusivo esercizio dell’attività di somministrazione, ma piuttosto la conseguente effettiva utilizzazione<sup>(23)</sup>.

Quanto poi all’elemento soggettivo, il grado di partecipazione psicologica del soggetto agente nel reato, come sopra anticipato, può essere dato anche dalla sola colpa, senza che il legislatore giunga a richiedere necessariamente la presenza di una appropriazione psicologica soggettiva di tipo doloso, sebbene, concretamente, apparirà alquanto difficile, per il somministratore, limitare il giudizio di responsabilità penale alla sola colpa.

Il somministratore, in effetti, “non può non sapere” dello stato sociale e giuridico della propria soggettività imprenditoriale, nonché dell’iter dell’eventuale pratica avviata per ottenere il riconoscimento dei titoli legali utili e necessari per l’esercizio dell’attività somministratoria<sup>(24)</sup>.

---

mente punibile, sempre in sede penale, in virtù del disposto dell’art. 18, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 276/2003, che punisce, appunto, l’intermediazione abusiva. Cfr. su questi aspetti, con conclusioni parzialmente differenti, M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 237-242.

<sup>(22)</sup> Sembra aprire ad una interpretazione contraria, sia pure con riferimento al testo originario del d.lgs. n. 276/2003, L. IERO, *Sanzioni penali nel mercato del lavoro*, in M. MISCIONE, M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, vol. I, 355.

<sup>(23)</sup> Sul punto cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Zanichelli, Bologna, 1988, vol. I, 242-243; S. SEMINARA, *Commento sub art. 348*, in A. CRESPÌ, F. STELLA, G. ZUCALÀ, *Commentario breve al Codice Penale*, Cedam, Padova, 1992, 777-779.

<sup>(24)</sup> Può immaginarsi soltanto qualche ipotesi residuale e marginale di mera colpa in capo al somministratore che, ad esempio, abbia ricevuto comunicazione della propria iscrizione all’Albo nazionale con efficacia da una certa data e venga successivamente a conoscenza documentalmente della iscrizione in data successiva.

La pena ora prevista dall'articolo 18, comma 1, novellato per la somministrazione abusiva è quella pecuniaria dell'ammenda, pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro.

Si tratta, dunque, di una pena *proporzionale impropria*, ovvero di una pena *a proporzionalità progressiva* <sup>(25)</sup>, dove rilevano due elementi distinti: la base sanzionatoria stabilita in misura fissa predeterminata dal legislatore e il coefficiente moltiplicatore che varia secondo le concrete circostanze di fatto verificatesi nella fattispecie sottoposta ad accertamento <sup>(26)</sup>.

Qui rileva, inoltre, il profilo attinente alla opzione ermeneutica per l'esatto criterio da adottarsi ai fini del calcolo corretto della pena effettivamente applicabile. Sussistono, in effetti, due diverse teoriche in proposito: una secondo la quale si dovrebbe procedere ad una somma dei prodotti ricavati moltiplicando la base pecuniaria per ciascun coefficiente proporzionale (giornate e lavoratori); la seconda per cui la quantificazione dell'ammenda dovrebbe, invece, derivare da una duplice moltiplicazione dapprima moltiplicando la base monetaria per un coefficiente e in seguito moltiplicando il prodotto derivante da tale operazione per l'altro coefficiente. Pressoché unanime è l'opinione degli interpreti a favore dell'adozione del secondo dei due sistemi di calcolo richiamati, quello della doppia moltiplicazione <sup>(27)</sup>.

---

<sup>(25)</sup> Si tratta di una tecnica sanzionatoria di largo impiego nell'ambito del diritto penale del lavoro, cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, Milano, 1995, 226; T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, Giuffrè, Milano, 1990, 217 ss.; M. MANTOVANI, *Commento agli articoli 18 e 19*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, 256-257.

<sup>(26)</sup> La presenza di una pluralità di soggetti passivi e il riferimento al singolo rapporto di lavoro depongono come meri dati di individuazione della concreta fattispecie illecita che, peraltro, nasce da un'identica e unitaria fonte negoziale illecita, così come unica è la sanzione criminale, commisurata, solo quanto a gravità, al numero di unità di personale sfruttato e al tempo di impiego. Cfr., sia pure con riferimento alla medesima struttura della pena di cui all'art. 2 della l. n. 1369/1960: T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, cit., 258 ss.; Id., *Reati contro l'attività lavorativa*, in *Enc dir*, 1987, vol. XXXVIII, 1221 ss.; L. GRILLI, *Diritto penale del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, 243; C. SMURAGLIA, *Diritto penale del lavoro*, Cedam, Padova, 1980, 110.

<sup>(27)</sup> Si pensi ad una somministrazione abusiva che coinvolge sei lavoratori per cinque giornate, in cui l'ammenda applicabile di 1.500 euro è data da una doppia moltiplicazione: 50 per 6 (numero di lavoratori), moltiplicato per 5 (numero di gior-



Infine, sotto un profilo più strettamente processuale o *rectius* procedimentale, data la natura di contravvenzione punita con la sola pena dell'ammenda, il somministratore abusivo è ammesso alla prescrizione obbligatoria di cui all'articolo 15 del decreto legislativo n. 124/2004, che ammette il contravventore al pagamento di un quarto dell'ammenda, pur sempre calcolata col sistema proporzionale progressivo (per lavoratore e per giornata di lavoro).

Con riferimento all'operatività di tale istituto <sup>(28)</sup>, ferma restando la perplessità di fondo circa l'opportunità dell'estendersi dello stesso alle ipotesi di reato in esame, v'è da chiedersi con quali modalità concrete il personale ispettivo possa procedere ad impartire una prescrizione al somministratore abusivo e in particolare quale possa essere l'oggetto della prescrizione.

Nessun dubbio, infatti, può sussistere circa il fatto che la lesività e l'antigiuridicità della somministrazione abusiva posta in essere e accertata non è in alcun modo rimuovibile dall'ordinamento per tutto quanto concerne il periodo lavorativo già sviluppato presso l'utilizzatore illecito, residua, quindi, soltanto la possibilità di prescrivere l'immediata cessazione dell'operazione di fornitura di manodopera.


Conclusivamente, poi, il somministratore abusivo potrà essere comunque ammesso all'oblazione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 162 c.p., anche questa misura di estinzione agevolata del reato, tuttavia, potrebbe, di fatto, far venire meno qualsiasi effetto preventivo e repressivo nei riguardi della somministrazione abusiva, stante l'esiguo importo sanzionatorio che verrà ad essere in ogni caso irrogato, a seguito della procedura oblativa, al soggetto attivo del reato.

## 2.2. Somministrazione abusiva aggravata.

La lettera dell'articolo 18, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003, dopo l'intervento del decreto legislativo n. 251/2004, prevede con assoluta chiarezza che, nel caso in cui la somministrazione abusiva avvenga con sfruttamento di minori, la pena risulti notevolmente aggravata: l'ammenda viene aumentata fino al sestuplo (300

---

nate di occupazione). Così anche M. MANTOVANI, *Commento agli articoli 18 e 19*, cit., 259-260; M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 234.

<sup>(28)</sup> Per cui valga quanto chiarito ed esplicitato nella circ. Min. lav. n. 24/2004, in  *Servizi ispettivi e attività di vigilanza*.



euro per ciascun lavoratore e per ciascuna giornata) e si applica congiuntamente alla pena detentiva dell'arresto fino a 18 mesi.

Va evidenziato che si tratta di una vera e propria *circostanza aggravante* <sup>(29)</sup>, rispetto all'ipotesi base di reato contravvenzionale sopra esaminata, e pertanto sarà soggetta al trattamento previsto per le fattispecie circostanziali, essendo la previsione normativa in parola riconducibile all'alveo delle circostanze speciali ad effetto speciale, poiché comporta da un lato l'aumento dell'importo della sanzione in misura di gran lunga superiore a un terzo, inoltre muta la specie stessa della pena, aggiungendosi a quella pecuniaria una pena detentiva (articolo 63, comma 3, c.p.).

Quanto poi a che cosa debba intendersi con la locuzione "sfruttamento dei minori" pare potersi sviluppare una chiara interpretazione del concetto utilizzato dal decreto legislativo n. 276/2003 soltanto con riferimento al disposto normativo della legge 17 ottobre 1967, n. 977, così come modificata dal decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 345 <sup>(30)</sup>.

Alla luce dunque degli articoli 3 e 4 della legge n. 977/1967, l'aggravante di cui all'articolo 18, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 colpirà il somministratore che invii al lavoro presso l'utilizzatore i bambini, ovvero i minori che non hanno compiuto i quindici anni di età e comunque che non hanno concluso il periodo di istruzione obbligatoria, al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge.

Analogamente pare di poter affermare che di "sfruttamento" di minori, con riguardo all'ipotesi aggravata in esame, debba parlarsi anche per quanto concerne l'adibizione al lavoro degli adolescenti (il minore tra i 15 e i 18 anni di età che ha concluso l'obbligo scolastico)

---

<sup>(29)</sup> Parla di "reato complesso in senso stretto" in virtù dell'introduzione dell'aggravante di cui nel testo M. MANTOVANI, *Commento agli articoli 18 e 19*, cit., 266. Ricostruisce come circostanza aggravante lo "sfruttamento minorile" anche M. ACCONCI, *Sfruttamento minorile e sanzioni penali previste dalla legge Biagi*, in *GLav*, 2004, n. 45, 38, la quale correttamente evidenzia il riflesso processualistico circa la determinazione della pena per cui l'aggravamento della pena non potrà essere bilanciato neppure dal riconoscimento e dalla concessione delle attenuanti generiche al reo.

<sup>(30)</sup> Ad analoga conclusione perviene M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 236. Analogamente M. ACCONCI, *op. cit.*, 39-40, che afferma testualmente: "lo sfruttamento dei minori deve essere inteso come utilizzo di manodopera minorile, in condizioni, circostanze e modalità difformi da quelle disciplinate dalla normativa nazionale ed internazionale a tutela dei fanciulli".

nelle mansioni, nei processi e nei lavori espressamente valutati e considerati dall'articolo 6 della legge n. 977/1967 <sup>(31)</sup>.

D'altra parte, ci si deve legittimamente interrogare circa la rilevanza penale della condotta di abusivo svolgimento di attività lavorativa da parte dei minori anche con specifico riguardo alle previsioni sanzionatorie, sempre di natura penale, stabilite dall'articolo 26 della stessa legge n. 977/1967, come sostituito dall'articolo 14 del decreto legislativo n. 345/1999 (arresto fino a sei mesi, articolo 4; arresto non superiore a sei mesi o ammenda fino a 5.164 euro, articolo 3).

La questione deve risolversi, d'altronde, in ragione del dettato normativo dell'articolo 81 c.p., non potendosi ascrivere la fattispecie criminosa aggravata in oggetto al novero del concorso apparente di norme (articolo 15 c.p.): si tratta, in effetti, di due distinte ipotesi di reato, entrambe di tipo contravvenzionale, che risultano perfettamente e compiutamente integrate con una unica azione realizzata dal somministratore e dall'utilizzatore.

Pare, allora, di non doversi fare ricorso a nessuno dei criteri utilizzati per discernere la fonte normativa sanzionatoria prevalente (assorbimento, specialità, consunzione), ben potendosi e forse dovendosi, al contrario, dare seguito alla disciplina stabilita dal citato articolo 81, comma 1, c.p., per le situazioni di concorso formale di reati, in questo caso eterogeneo, vale a dire riferito a diverse fattispecie di reato.

Infine, quanto al concetto di "sfruttamento" che il decreto legislativo n. 276/2003 utilizza, non sembra utilmente rintracciabile nel corpo del vigente sistema penalistico un riferimento giuridico testualmente idoneo a chiarirne la portata specifica, l'aggravante in argomento, pertanto, opererà nei confronti del somministratore abusivo per aver avviato al lavoro illegalmente dei minori <sup>(32)</sup>.

Da ultimo, con riferimento alle vicende di redazione del decreto correttivo, va segnalato che l'aggravante in argomento, risultava in un primo momento, come sopra anticipato, inopinatamente riservata al solo comportamento illecito dell'utilizzatore, mentre il testo definitivo del nuovo articolo 18, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 ha riconfermato la piena compatibilità dell'aggravamento della pena per

---

<sup>(31)</sup> Sul punto cfr. P. RAUSEI, *Lavoro e previdenza: sistema sanzionatorio*, in *DPL-Oro*, 2003, n. 4, 111-117.

<sup>(32)</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *op. loc. ult. cit.*; M. MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

il somministratore abusivo che somministra illecitamente lavoratori minori.

Sul punto, conclusivamente, valga il rilievo circa l'opportunità sostanziale, non colta dal legislatore della riforma, in un'ottica di proporzionalità della pena costituzionalmente orientata (articolo 27 Cost.), di prevedere una pena diversificata per il reato aggravato di somministrazione abusiva e per quello di utilizzazione illecita rispetto alla intermediazione abusiva aggravata, dovendosi considerare la maggiore gravità del comportamento del soggetto che somministra e utilizza un minore sfruttandone l'attività lavorativa al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, rispetto a chi, pur da analogamente censurare, effettua attività abusiva di intermediazione nei confronti di minori o avvalendosi degli stessi *contra legem*.

### 2.3. L'attenuante della mancanza dello "scopo di lucro".

Ancora in tema di somministrazione abusiva, occorre a questo punto evidenziare che l'articolo 4 del decreto legislativo n. 251/2004 ha provveduto ad eliminare, come suggerito dai primi commentatori<sup>(33)</sup>, un ulteriore profilo di criticità o, comunque, di problematicità, con la cancellazione dalla stesura originaria del comma 1 dell'articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003, della estensione, testualmente pure possibile, della ipotesi sanzionatoria attenuata "senza fini di lucro"<sup>(34)</sup>.

Invero, la somministrazione abusiva senza lucro scompare da qualsiasi ipotetica applicazione, sulla scorta della constatazione che la mancanza di una finalità lucrativa nella condotta somministratoria priva di autorizzazione è assolutamente eccezionale e, nella più parte dei casi, del tutto inverosimile: chi somministra *contra legem* un lavoratore ad un altro soggetto (utilizzatore) si avvantaggia dell'omesso rispetto degli obblighi (normativi, organizzativi e finanziari) imposti dagli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 276/2003 a carico delle agenzie per il lavoro di somministrazione regolari (autorizzate e iscritte), per l'effetto, il somministratore abusivo consegue, inevitabil-

---

<sup>(33)</sup> In questo senso chi scrive si è espresso in P. RAUSEI, *Profili sanzionatori: penale, amministrativo, previdenziale*, cit., 119-120.

<sup>(34)</sup> Questa sembra essere la posizione di M. MANTOVANI, *Commento agli articoli 18 e 19*, cit., 262-266.

mente, un “lucro” diretto o indiretto, immediato o mediato, patrimoniale o di altra natura.

Per la verità il testo della norma risultava *ab initio* articolato in modo da renderne difficile la leggibilità esaustiva.

Dopo aver considerato le ipotesi di esercizio non autorizzato delle attività delle agenzie per il lavoro (e fra queste quella di somministrazione di manodopera, con integrazione del reato di somministrazione abusiva), l'originario testo dell'articolo 18 dedicava una specifica attenzione alle ipotesi di intermediazione abusiva, per poi precisare che “se non vi è scopo di lucro la pena è della ammenda da euro 500 a euro 2.500”.

Tra i primi commentatori vi è stato chi ha concluso per il sicuro riferimento all'esercizio dell'attività senza scopo di lucro relativamente alla sola intermediazione, sulla scorta del tenore letterale della norma; parallelamente alcuni hanno inteso riferire l'ipotesi attenuata anche alla somministrazione abusiva <sup>(35)</sup>.

In realtà a tale estensione della portata letterale della norma ostavano non poche osservazioni logico-giuridiche.

In primo luogo, l'articolazione consequenziale del testo normativo che sembrava operare un vero e proprio “inciso” a favore di una valutazione separata, differenziata e specifica della intermediazione non autorizzata.

In seconda battuta andava sottolineato come l'evento della mancanza di una finalità lucrativa nella condotta somministratoria fosse assolutamente impraticabile, per quanto cennato in precedenza.

Da ultimo, in conclusione, non può non evidenziarsi l'originaria incongruità della previsione sanzionatoria, giacché la differenziazione della tipologia della pena fra l'ipotesi base e quella attenuata comportava l'assurdo risultato di una somministrazione abusiva con scopo di lucro sanzionata meno gravemente di quella (ipotetica) senza alcuna finalità lucrativa <sup>(36)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Vedi per questa interpretazione, sia pure criticamente, L. CAIAZZA, *Quando scattano le manette*, in *La riforma del lavoro*, in *GN*, 2003, 108-109.

<sup>(36)</sup> Basti pensare ad una somministrazione non autorizzata che coinvolgesse sei lavoratori per cinque giornate: nella ipotesi base avremmo avuto una ammenda pari a 150 euro ( $6 \times 5 \times 5$ ), mentre nella ipotesi attenuata, senza lucro, avremmo applicato una ammenda da un minimo di 500 euro fino a un massimo di 2.500 euro.

## 2.4. Confisca del mezzo.

L'inciso finale del novellato articolo 18, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 impone di riferire la sanzione penale accessoria della confisca del mezzo di trasporto eventualmente utilizzato a tutte le attività richiamate dalla norma sanzionatoria, compresa quindi la somministrazione abusiva<sup>(37)</sup>.

Si noti che nella norma in esame la confisca, prevista in via generale dall'articolo 240 c.p. come strumento sanzionatorio di tipo facoltativo, diviene, al contrario, obbligatoria, sebbene l'obbligo potrà di fatto sorgere esclusivamente nelle ipotesi di somministrazione abusiva di carattere doloso, in considerazione della evidenziata strumentalità dell'utilizzo del mezzo confiscando alla voluta e programmata realizzazione del reato<sup>(38)</sup>.

Va segnalato che la confisca del mezzo di trasporto rappresenta la reazione immediata e visibile propria dell'ordinamento giuslavoristico, contro l'attività del cosiddetto "caporalato", ovvero di quella mediazione illegale fra domanda e offerta di lavoro che oggi ben può rientrare nella nuova definizione dell'attività di intermediazione abusivamente esercitata.

Peraltro, nell'intento del legislatore della riforma, sul punto particolarmente aderente ad una reazione penalistica omnicomprensiva<sup>(39)</sup>, qualsiasi attività inerente al regolare andamento del nuovo mercato del lavoro, laddove venga ad essere svolta con comportamenti riconducibili al "caporalato" e, quindi, comporti l'attività illecita di individuazione, "raccolta" e trasporto dei lavoratori, ivi compresa ov-

---

<sup>(37)</sup> Il precedente storico immediato di tale disposizione, seppure con riferimento al "sequestro" e non alla confisca, si rinviene nel corpo dell'abrogato art. 27, comma 1, della l. n. 264/1949, nonché nell'art. 20, comma 1, del d.l. n. 7/1970, convertito in l. n. 83/1970. Nel primo caso il legislatore colpiva l'esercizio abusivo della mediazione nell'avviamento al lavoro, nel secondo caso si sanzionava la medesima attività nello specifico settore dell'agricoltura: in entrambe le ipotesi in aggiunta alla pena dell'ammenda, come oggi è nel d.lgs. n. 276/2003, si prevedeva il sequestro del mezzo di trasporto se adoperato al fine illecito.

<sup>(38)</sup> Si veda per queste condivise riflessioni M. MANTOVANI, *Commento agli articoli 18 e 19*, cit., 267.

<sup>(39)</sup> Peraltro, data la natura di "pena" della confisca, la stessa, allo stato attuale della normativa, non sarà applicabile al somministratore che abbia individuato quale titolare giuridico dei diritti sull'automezzo la società-persona giuridica, penalmente non responsabile e, quindi, non punibile. Sul punto specifico cfr. L. IERO, *Sanzioni nel mercato del lavoro dopo il correttivo*, cit., 46.

viamente quella operata nell'ambito di una somministrazione abusiva, deve essere sanzionata penalmente, con la pena accessoria della confisca dell'automezzo.

### 3. Utilizzazione illecita.

Allo stesso modo del somministratore, secondo l'intenzione espressa del legislatore delegante, si rende "correo", quale concorrente diretto necessario dell'unitaria figura del reato composto di "interposizione illecita di manodopera", nelle nuove forme della somministrazione abusiva di lavoratori illecitamente utilizzati, l'utilizzatore che ricorre, appunto, alla somministrazione di mere prestazioni di lavoro da parte di un soggetto (pseudo-agenzia) non autorizzato all'esercizio di siffatta attività.

Leggendo, dunque, in forma unitaria le due fattispecie contravvenzionali in argomento, sotto un profilo soggettivo ci si trova ancora oggi, come già durante la vigenza della legge n. 1369/1960, davanti ad una sorta di *reato plurisoggettivo proprio*, in cui due soggetti rispondono penalmente di un comportamento, sia pure differenziato nelle due forme della somministrazione abusiva cui fa seguito l'utilizzazione illecita, che viola le disposizioni normative dettate dal titolo II e dal titolo III del decreto legislativo n. 276/2003 a tutela di una corretta e legalmente disciplinata fornitura di lavoro.

Peraltro, occorre riconoscere che, con riguardo ad una lettura strettamente formale del dato normativo, sembrano doversi distinguere le due posizioni soggettive dell'utilizzatore e del somministratore.

Anzitutto, come anticipato, per la differente considerazione e connotazione delle due condotte, già sotto un profilo meramente letterale.

In effetti, le due distinte ipotesi di reato, che giungono comunque a comporre, in ultima istanza, il reato unitario di cui si è detto <sup>(40)</sup>, non solo sono previste e normate su due differenti commi (primo e secondo) dell'articolo 18, ma le identiche sanzioni penali prescritte per

---

<sup>(40)</sup> Si noti che l'interposizione illecita di manodopera torna concretamente a rivestire i panni del reato unitario, plurisoggettivo proprio, nella nuova contravvenzione di cui all'art. 18, comma 5-*bis*, introdotto dall'art. 4, comma 5, del d.lgs. n. 251/2004, su cui v. *infra*, nel testo.

entrambi i soggetti non pongono rimedio alla differenziazione delle condotte illecite sanzionate, sia pure a fronte di una (ancora attuale) sostanziale reciprocità fra le stesse <sup>(41)</sup>.

Se il somministratore opera senza essere preventivamente munito della prescritta apposita autorizzazione rilasciata dal Ministero del *welfare*, dal canto suo il datore di lavoro che utilizza i lavoratori in base alla somministrazione abusiva risponde, quanto meno della negligenza, imperizia o imprudenza, caratterizzate dalla mancata valutazione degli elementi contenuti nel contratto, che, secondo l'impostazione garantista del decreto legislativo n. 276/2003, deve essere obbligatoriamente in forma scritta (articolo 21).

Proprio la forma scritta del negozio di somministrazione, infatti, consente all'utilizzatore di verificare primariamente la sussistenza in capo al somministratore dei requisiti autorizzatori di legge, e quindi la sussistenza dell'autorizzazione ministeriale in corso di validità — articolo 21, comma 1, lettera *a*).

Di talché il soggetto che utilizza illecitamente i lavoratori somministrati abusivamente, avendo omesso di esercitare correttamente il potere di verifica e di controllo che il legislatore ha inteso attribuirgli, si rende soggettivamente e personalmente responsabile del reato in esame.

Anche l'utilizzazione illecita si configura come contravvenzione, stante la previsione da parte dell'articolo 18, comma 2, della identica pena dell'ammenda.

La struttura della fattispecie legale segue, inoltre, parallelamente, quella della somministrazione abusiva, si tratta, infatti, di un reato:

— *di azione*, alla cui realizzazione concorre la condotta attiva dell'utilizzatore che occupa concretamente i lavoratori abusivamente somministrati;

— *a struttura unitaria*, il numero dei lavoratori coinvolti nell'illecita utilizzazione non determina la realizzazione di plurime ipotesi di reato, ma viene assunto a parametro per la sola determinazione della pena;

---

<sup>(41)</sup> La disposizione sanzionatoria del comma 2 si differenzia da quella del comma 1, soltanto per il riferimento alla giornata "di occupazione", anziché "di lavoro": in realtà non pare doversi attribuire a tale distinzione alcun significato particolare, dovendosi comunque avere riguardo, nell'una e nell'altra accezione concettuale, al lavoro effettivamente prestato dai lavoratori coinvolti nella somministrazione abusiva e nella utilizzazione illecita.

— *di pericolo*, si realizza con la mera esecuzione delle prestazioni lavorative da parte dei lavoratori già coinvolti nel reato di somministrazione abusiva.

Anche sotto il profilo degli elementi costitutivi del reato, l'utilizzazione illecita ricalca quelli della somministrazione abusiva, salvo che per quanto concerne gli effetti.

Per quel che riguarda l'elemento oggettivo, la contravvenzione in argomento si configura per la concreta ed effettiva utilizzazione da parte del soggetto agente dei lavoratori che sono stati forniti dalla "pseudo-agenzia" per lo svolgimento di mere prestazioni di lavoro, nell'ambito della attività aziendale interessata dall'operazione o in un'altra, che può anche risultare diversa, pur sempre nell'esclusivo interesse dell'utilizzatore. Peraltro, il dato testuale dell'articolo 18, comma 2, sembra considerare penalmente rilevante anche l'utilizzazione illecita che si concretizza nell'occupazione di prestatori di lavoro somministrati al di fuori dei limiti legalmente previsti e stabiliti per la somministrazione a termine e per quella a tempo indeterminato.

Conseguentemente, la condotta illecita e punibile dell'utilizzatore non sarebbe solo quella legata allo sfruttamento di lavoratori somministrati dalla agenzia non autorizzata o autorizzata alle sole attività diverse dalla somministrazione, ma anche quella dell'aver fatto svolgere attività lavorativa a lavoratori somministrati da una agenzia specialista o generalista, regolarmente autorizzata, senza il rispetto dei limiti di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(42)</sup>.

L'elemento soggettivo, d'altro canto, non potrà non richiedere un grado di partecipazione psicologica anche minima da parte dell'utilizzatore, nelle forme della condotta colposa, per aver fatto svolgere attività lavorativa a lavoratori forniti per effetto di un contratto di somministrazione di lavoro stipulato con un soggetto non autorizzato ovvero in assenza di qualsiasi momento negoziale.

---

<sup>(42)</sup> Cfr. M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 244; L. IERO, *Sanzioni nel mercato del lavoro dopo il correttivo*, cit., 52-53. Si tenga peraltro presente che nel caso di specie l'agenzia generalista o specialista che abbia somministrato i lavoratori in violazione dei limiti stabiliti dall'art. 20 (per ipotesi non contemplate nell'elencazione del comma 3 ovvero per carenza di almeno una delle motivazioni di cui al comma 4) non sarà colpevole di alcun reato, giacché alla stessa andrà applicata la sola sanzione amministrativa di cui all'art. 18, comma 3, su cui vedi *infra*, nel testo. In ogni caso, proprio la previsione della sanzionabilità amministrativa in capo anche all'utilizzatore pone più di un dubbio circa il corretto intendimento della punibilità complessiva della condotta, al fine di evitare qualsiasi duplicazione sanzionatoria.



Quanto agli effetti del reato, l'utilizzazione illecita, diversamente dalla somministrazione abusiva, costituisce un'ipotesi di *reato permanente*, la violazione consiste, a ben guardare, nell'effettivo sfruttamento (illecita utilizzazione) della manodopera abusivamente somministrata <sup>(43)</sup>.

Nel presupposto di aver partecipato al reato del somministratore abusivo, l'utilizzatore realizza il reato (suo proprio) di utilizzazione illecita fin dal primo momento in cui si avvale dei lavoratori al di fuori degli schemi legali previsti, ma lo perpetua costantemente nel susseguirsi dei giorni di lavoro effettivo in cui utilizza gli stessi.

Si ripropone, dunque, per l'ipotesi di reato della utilizzazione illecita, figlia della somministrazione abusiva, la ricostruzione teorico-dogmatica già avanzata dalla dottrina maggioritaria nei confronti della vecchia interposizione illecita di manodopera (articoli 1 e 2 della legge n. 1369/1960), essendo il comportamento vietato non tanto la mera negoziazione-stipulazione del contratto illecito di somministrazione con la "pseudo-agenzia" (abusiva), ma piuttosto il perpetuarsi della situazione di sfruttamento della manodopera <sup>(44)</sup>.

Anche per l'utilizzatore, alla luce delle argomentazioni già svolte, la pena (prevista dall'articolo 18, comma 2, novellato per effetto del decreto legislativo n. 251/2004) è proporzionalmente progressiva ed è stabilita nell'ammenda pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione (pena proporzionale impropria) <sup>(45)</sup>.

---

<sup>(43)</sup> In questo senso recentemente anche la S.C., cfr. Cass. pen. 9 giugno 2004 n. 25726, in *GLav*, 2004, n. 28, 10, che testualmente afferma, sia pure con riferimento al testo originario del d.lgs. n. 276/2003: "Il reato di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro deve essere considerato — anche ai fini della decorrenza del termine di prescrizione — come un *reato permanente*, e non istantaneo: poiché, infatti, il bene tutelato dal Legislatore deve essere individuato nello stesso rapporto di lavoro, e non soltanto nel contratto che vi ha dato origine, deve ritenersi che il reato non si consumi al momento della stipulazione del contratto, ma piuttosto si protragga per l'intera durata del rapporto o dei rapporti di lavoro che il Legislatore intende proteggere".

<sup>(44)</sup> V., per tutti, L. GRILLI, *op. cit.*, 245; F. MORANDI, *Commento all'art. 2 L. 1369/1960*, in M. GRANDI, G. PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2001, 880-881. In giurisprudenza, *ex multis*, con riguardo all'analoga fattispecie penale previgente, cfr. Cass. pen. 13 giugno 2001 n. 23769, in *DPL*, 2001, n. 29, 1997 ss.

<sup>(45)</sup> Non si tratta, infatti, di una pena pecuniaria fissa, stabilita per ogni spe-

Con riguardo alla prescrizione obbligatoria di cui all'articolo 15 del decreto legislativo n. 124/2004, l'istituto può trovare applicazione anche in questa ipotesi di reato, per cui l'utilizzatore potrebbe essere ammesso al pagamento di un quarto dell'ammenda, per lavoratore e per giornata di lavoro, qualora provveda ad adempiere ai contenuti dell'azione correttiva di regolarizzazione postuma.

Anzi, nei confronti del soggetto che illecitamente utilizza i lavoratori somministrati abusivamente la prescrizione potrebbe corrispondere efficacemente, almeno in un caso, all'esatta e complementare previsione normativa dell'apparato sanzionatorio di natura civilistica posto a tutela del lavoratore nel corpo del decreto legislativo n. 276/2003<sup>(46)</sup>.


Si fa riferimento all'ipotesi di una utilizzazione illecita su somministrazione abusiva in assenza di qualsiasi contratto scritto: in tale fattispecie, infatti, l'articolo 21, comma 4, nel nuovo testo derivante dall'intervento correttivo del decreto legislativo n. 251/2004, stabilisce che "in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore"<sup>(47)</sup>.

In tale situazione, dunque, il personale ispettivo appare legitti-

---

cifica violazione, ma piuttosto di una pena appositamente rapportata e commisurata caso per caso al numero dei lavoratori interessati e alla durata della condotta penalmente rilevante. Altri parlano di "pena progressiva" o anche di "pena a proporzionalità progressiva", rimane la distinzione dei due elementi della base sanzionatoria stabilita in misura fissa predeterminata dal legislatore e del coefficiente moltiplicatore che varia secondo le concrete circostanze di fatto verificatesi nella fattispecie sottoposta a giudizio. Sulla questione, sebbene con riferimento alla l. n. 1369/1960, v. T. PADOVANI, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, cit., 227-237; F. MORANDI, *op. cit.*, 885.

<sup>(46)</sup> Su tali profili si rinvia a C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

<sup>(47)</sup> Insiste su questi aspetti anche il Ministero del lavoro con circ. 22 febbraio 2005, n. 7 (in  *Somministrazione*), nel punto in cui afferma: "Se il contratto di somministrazione di lavoro è concluso in assenza di forma scritta è nullo ai sensi dell'articolo 21, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore. Independentemente dal fatto che il soggetto sia o meno autorizzato se il contratto di somministrazione di lavoro è posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, il contratto, concluso in frode alla legge, è nullo e, per analogia rispetto all'ipotesi precedente, i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore". Cfr. in tema C. BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro: chiarimenti ministeriali*, in *GLav*, 2005, n. 10, 13-14.

mato, nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria, ad impartire una apposita prescrizione con la quale l'utilizzatore illecito non venga meramente invitato a cessare l'utilizzazione *contra legem*, come invece nella generalità dei casi <sup>(48)</sup>, ma piuttosto provveda ad assumere regolarmente i lavoratori illecitamente occupati alle proprie dipendenze <sup>(49)</sup>.

Anche l'utilizzatore, in ogni caso, potrà essere altresì ammesso all'oblazione di cui all'articolo 162 c.p., esattamente come il somministratore.

Da ultimo, trova parimenti applicazione nel reato di utilizzazione illecita l'aggravante dello sfruttamento dei minori, negli stessi ambiti di operatività già sopra esaminati con riferimento alla somministrazione abusiva.

Non opera, invece, nel reato di utilizzazione illecita la pena accessoria della confisca del mezzo di trasporto, dovendosi rilevare l'opzione legislativa di sanzionare il trasporto posto in essere dal somministratore abusivo, quale ipotetica riedizione post-moderna delle vicende antiche del "caporalato".

### 3.1. L'utilizzatore pubblico.

In deroga a quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, l'articolo 86, comma 9, estende espressamente

---

<sup>(48)</sup> Sul punto vale senza dubbio la pena di segnalare che in tutte le ipotesi in cui all'utilizzatore venga impartita una prescrizione interruttiva della utilizzazione in essere (a seguito dell'accertamento dei reati di utilizzazione illecita, da somministrazione abusiva, e di interposizione illecita, da pseudo-appalto o da pseudo-distacco), il personale ispettivo, ripristinando la legalità generale nel caso di specie, di fatto pone anche fine ad un rapporto di lavoro che i lavoratori interessati hanno invece diritto a vedersi riconosciuto in capo allo stesso utilizzatore a norma delle disposizioni contenute negli artt. 27, comma 1, 29, comma 3-*bis*, e 30, comma 4-*bis*.

<sup>(49)</sup> Peraltro, parrebbe di poter sostenere, in tale ipotesi, anche l'applicazione, all'utilizzatore che adempia a siffatta prescrizione, per *analogia iuris*, della condizione favorevole di cui all'art. 27, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, per cui "i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata", inoltre "gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione".

alle pubbliche amministrazioni la disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato.

Merita, dunque, qualche cenno l'ipotesi di una utilizzazione illecita di manodopera posta in essere da un utilizzatore pubblico, giacché la norma da ultimo richiamata esplicitamente estende alla pubblica amministrazione le sanzioni amministrative dell'articolo 19 del decreto legislativo n. 276/2003, ma nulla dice con riguardo alle sanzioni penali e amministrative del precedente articolo 18 in materia di somministrazione illecita o irregolare.

D'altro canto, pur in assenza di una menzione esplicita, occorre necessariamente concludere che il riferimento normativo contenuto nell'articolo 86, comma 9, a tutta la "disciplina della somministrazione", con eccezione dell'articolo 27, comma 1, relativo alla costituzione *ope iudicis* del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore<sup>(50)</sup>, comprende l'applicabilità di tutte le restanti reazioni sanzionatorie, di tipo penale, ma anche amministrativo, previste dall'ordinamento sia pure con specifico riguardo alla sola somministrazione a termine<sup>(51)</sup>.

In questo senso il decreto legislativo n. 276/2003 spazza via tutte le questioni interpretative insorte durante la vigenza della legge n. 1369/1960 circa l'estensione del (e l'assoggettamento al) divieto interpositorio nei confronti della generalità delle pubbliche amministrazioni<sup>(52)</sup>, che avevano portato alla conclusione, abbastanza condivisa in dottrina e in giurisprudenza, della applicazione delle sanzioni penali soltanto ed esclusivamente con riferimento ad eventuali attività che avessero un contenuto sostanzialmente imprenditoriale<sup>(53)</sup>.

---

<sup>(50)</sup> Quanto ai profili civilistici della utilizzazione abusiva ad opera delle pubbliche amministrazioni cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit., e C. ZOLI, *Commento all'art. 1*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI *et AL.*, *op. cit.*, 13-18.

<sup>(51)</sup> Così anche C. ZOLI, *op. cit.*, 19, che parla di applicabilità e richiamo delle norme sanzionatorie *per relationem* in uno con il riferimento esplicito all'intera disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato.

<sup>(52)</sup> Per una sintesi argomentata sulle diverse posizioni in campo sia consentito fare rinvio a P. RAUSEI, *Interposizione di manodopera nella P.A.*, in *DPL*, 2002, n. 37. Cfr. anche G. MARTINUCCI, *Inapplicabilità delle sanzioni ex l. n. 1369/1960 agli enti pubblici che non svolgono attività di impresa*, in *LPA*, 1998, 903 ss.; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Ipsoa, Milano, 2000, 104 ss.

<sup>(53)</sup> A tale conclusione giunse, da ultimo, il Ministero del lavoro con la circ. n. 44/2002, dove esplicitamente si afferma che "il divieto di intermediazione ed interposizione illecita di manodopera, pur vigente nei confronti degli enti pubblici non eco-

Ora qualsiasi pubblica amministrazione, ovvero uno qualunque dei soggetti di natura pubblicistica (amministrazioni, enti e aziende) cui fa riferimento l'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, senza eccezione alcuna, sarà assoggettato alle pene stabilite dall'articolo 18, comma 2, e, in caso di somministrazione fraudolenta, di cui subito si dirà, dall'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003, a prescindere da qualsivoglia valutazione nel merito dell'attività lavorativa concretamente svolta dai lavoratori abusivamente o fraudolentemente somministrati.

Ovviamente, dato l'odierno sistema penalistico che attribuisce la responsabilità penale diretta al soggetto (persona fisica) che personalmente agisce e compie il reato (*societas delinquere non potest*)<sup>(54)</sup>, le pene andranno a colpire il dirigente pubblico o il responsabile del servizio o dell'unità operativa che abbia concretamente posto in essere la contravvenzione accertata<sup>(55)</sup>.

#### 4. Somministrazione fraudolenta.

Come anticipato, il grado massimo di illiceità della condotta illecita e/o abusiva di somministrazione di manodopera viene ad integrare una distinta e diversa fattispecie penalmente rilevante, pur sempre di natura contravvenzionale, quale è quella denominata "somministrazione fraudolenta" di cui all'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003<sup>(56)</sup>.

---

nomici, non si applichi in relazione a tutte le attività di quegli enti, bensì solo a quelle che abbiano carattere contenutisticamente imprenditoriale, in quanto la legge richiamata, pur non ponendo limitazioni in ordine all'eventuale natura pubblicistica del datore di lavoro, si riferisce tuttavia esclusivamente ad attività che, sotto il profilo operativo-sostanziale, siano espressione dell'esercizio dell'impresa".

<sup>(54)</sup> Sull'analisi del principio *societas delinquere non potest* sia consentito fare rinvio a P. RAUSEL, *Persone giuridiche e responsabilità penale*, in *Il Mondo Giudiziario*, 1997. Si noti, in effetti, che i reati in materia di lavoro non sono ricompresi nell'alveo del d.lgs. n. 231/2001, il quale ha introdotto nel sistema penale italiano una responsabilità diretta della persona giuridica per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato (art. 1, comma 1), vedi A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, 179-180.

<sup>(55)</sup> In questo senso anche C. ZOLI, *op. loc. cit.*, che allude anche all'eventuale responsabilità per danno erariale del funzionario o dirigente. Analogamente accadrà per quanto attiene alle sanzioni amministrative stabilite per la somministrazione irregolare dall'art. 18, comma 3, di cui si dirà più oltre nel testo.

<sup>(56)</sup> Per un primo esame della norma sia consentito fare rinvio a P. RAUSEL, *Profili sanzionatori: penale, amministrativo, previdenziale*, cit., 99 ss.

Con tale ipotesi di reato il legislatore stabilisce, in effetti, una specifica normativa di tutela e di sanzione con riferimento alle condotte di somministrazione *contra legem* a completamento del più generale quadro sanzionatorio delineato nell'articolo 18 del medesimo decreto.

In buona sostanza si tratta, come nell'interposizione illecita da pseudo-appalto e da pseudo-distacco di cui appresso, di una contravvenzione unitaria che vede nel somministratore e nell'utilizzatore due soggetti attivi dell'unica fattispecie di reato, la somministrazione fraudolenta rappresenta, dunque, quanto all'analisi del profilo soggettivo attoreo, un vero e proprio *reato plurisoggettivo proprio*, in cui le due parti del contratto commerciale di somministrazione di lavoro rispondono penalmente di una specifica condotta posta al di fuori degli schemi tipici di liceità.

Andando a ben guardare le caratteristiche soggettive dell'autore del reato, peraltro, se nulla muta per quanto concerne l'utilizzatore, rispetto al medesimo soggetto autore della contravvenzione di cui all'articolo 18, comma 2 (utilizzazione illecita), al contrario per quanto concerne la figura del somministratore qui deve opportunamente evidenziarsi che mentre il reato di somministrazione abusiva è compiuto esclusivamente dal soggetto che esercita la somministrazione senza essere preventivamente autorizzato dal Ministero del *welfare* nelle forme previste e senza la necessaria iscrizione alla relativa sezione dell'Albo nazionale delle agenzie per il lavoro, nel reato di somministrazione fraudolenta soggetto attivo può essere anche l'agenzia di somministrazione perfettamente regolare, autorizzata e iscritta all'Albo <sup>(57)</sup>.

Quanto poi all'elemento della colpevolezza, vale a dire della partecipazione psicologica dei due soggetti agenti al reato in argomento, deve rilevarsi che il grado di rimproverabilità della condotta qui non

---

<sup>(57)</sup> Parla invece di applicazione "meno probabile" della sanzione aggiuntiva F. SCARPELLI, *op. cit.*, 433-434, sulla scorta di una scriminante della finalità elusiva nel rispetto della disciplina dettata dal d.lgs. n. 276/2003. Perplexità e dubbi muove anche M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 237, con riferimento alla salvezza delle sanzioni dell'art. 18 che lascerebbe intendere la repressione della frode limitata a quella proveniente da agenzie non autorizzate. Infine, per C. PERINI, *La somministrazione fraudolenta, commento all'articolo 28*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, vol. II, 172 ss., il somministratore deve essere identificato esclusivamente in un soggetto autorizzato ai sensi degli artt. 4 e ss. del d.lgs. n. 276/2003. Cfr. anche S. VERGARI, *L'apparato sanzionatorio nella riforma del mercato del lavoro*, *cit.*, 239-241.

è più semplicemente quello della colpa (come invece nel reato “composto” di somministrazione abusiva/utilizzazione illecita), in quanto il legislatore prevede una consapevolezza dolosa psicologicamente orientata da parte dei due responsabili, utilizzatore e somministratore <sup>(58)</sup>.

L'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003, in effetti, definisce “somministrazione fraudolenta” quella che “è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore”.

Rileva, quindi, una fattispecie penale di dolo specifico <sup>(59)</sup>, dove non soltanto viene in considerazione l'intenzionalità del reato, ma la specifica finalità dello stesso, chiedendo che vi sia un'intesa fra utilizzatore e somministratore o, quanto meno, la effettiva consapevolezza riguardo all'utilizzo illecito della manodopera (c.d. *consilium fraudis*) <sup>(60)</sup>, vale a dire nei confronti di un uso illecito del contratto di somministrazione che viene specificamente finalizzato alla elusione del sistema normativo di protezione configurato in dettagliate tutele legali o contrattuali <sup>(61)</sup>.

D'altra parte, si tenga presente che anche la somministrazione fraudolenta, come già quella abusiva, si connota quale *reato di pericolo*: in effetti, l'illecito penale potrà considerarsi realizzato ogniqualvolta la finalità elusiva dell'azione risulterà provata, a prescindere da qualsiasi indagine circa gli eventuali esiti concreti dell'elusione agita e voluta, che potranno anche mancare <sup>(62)</sup>.

Quanto poi al profilo sanzionatorio qui la pena non si sostituisce a quella prevista per la somministrazione abusiva/utilizzazione illecita *tout court*, ma piuttosto si aggiunge ad essa <sup>(63)</sup>, aggravandone l'esito

---

<sup>(58)</sup> Si tratta dunque di una ipotesi di contravvenzione eccezionalmente dolosa, ai sensi dell'art. 43, comma 2, c.p.

<sup>(59)</sup> Di “reato a dolo specifico a tutti gli effetti” parla anche C. PERINI, *op. cit.*, 188-189, pur rilevando l'eccentricità della “espressione inconsueta” utilizzata dal legislatore per introdurre la fattispecie penalistica (“con la specifica finalità di”).

<sup>(60)</sup> *Contra* F. BASENGHI, *op. cit.*, 316, per il quale “la finalità elusiva potrebbe essere anche riferibile al solo utilizzatore”. Dubita della riconducibilità del dolo specifico ad entrambi i soggetti del reato di somministrazione fraudolenta anche M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 237.

<sup>(61)</sup> Così anche F. BASENGHI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>(62)</sup> Nel senso indicato nel testo F. SCARPELLI, *op. cit.*, 435. Di “reato di pericolo concreto” parla anche C. PERINI, *op. cit.*, 185-186.

<sup>(63)</sup> Contrario alla cumulabilità delle due ipotesi criminose richiamate nel testo è P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di*



sanzionatorio, con specifica sottolineatura della gravità del comportamento criminoso censurato dal legislatore.

Con una tecnica legislativa non del tutto tipica della legislazione penale, viene, in realtà, confermato l'intero apparato sanzionatorio contenuto nell'articolo 18<sup>(64)</sup>, senza alcuna distinzione fra quello di natura penale (commi 1, 2 e 5-*bis*) e quello di tipo amministrativo (comma 3), a questo viene poi aggiunta la sanzione pecuniaria dell'ammenda pari a 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto dall'operazione fraudolenta e per ogni giorno di somministrazione (pena a proporzionalità progressiva).

Anche qui il reato sarà, di fatto, obblazionabile (articolo 162 c.p.).

Parimenti, come già si è visto in materia di somministrazione abusiva/utilizzazione illecita, anche il reato di somministrazione fraudolenta verrà ad essere assoggettato al nuovo potere di prescrizione degli ispettori del lavoro che opera in tutte le ipotesi di contravvenzione, per cui la pena dell'ammenda verrà ulteriormente ridotta a seguito di prescrizione e il procedimento penale potrebbe neppure avviarsi concretamente (articolo 15 del decreto legislativo n. 124/2004).

D'altro canto, si segnala a questo proposito la concreta possibilità per il personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro di procedere ad impartire una prescrizione con la quale l'utilizzatore fraudolento non è chiamato solo a cessare l'utilizzazione dei lavoratori somministrati, ma a provvedere all'immediata regolarizzazione dei lavoratori fraudolentemente occupati, assumendoli a tutti gli effetti di legge alle proprie dipendenze.

Fondamento normativo per tale atteggiamento degli organi ispettivi in materia di lavoro è da individuarsi nella valutazione giuridica del contratto di somministrazione nel caso di specie, giacché l'accordo negoziale fra somministratore e utilizzatore che abbiano operato in frode alla legge è, per i principi generali dell'ordinamento, radical-

---

*lavoro a favore del terzo*, in *Working paper*, C.S.D.L.E. "M. D'Antona", 2004, n. 26, ([www.lex.unict.it](http://www.lex.unict.it)), e in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, 141. Nello stesso senso anche P. TULLINI, *Commento all'art. 5*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI *et AL.*, *op. cit.*, 105.

<sup>(64)</sup> Legge in modo radicalmente diverso l'*incipit* della disposizione in argomento, in termini di "clausola di riserva espressa e determinata", C. PERINI, *op. cit.*, 182-183, la quale conclude per la sussistenza di un concorso apparente di norme che si risolverebbe in favore della somministrazione abusiva (art. 18) atteso il ritenuto "carattere vicario" dell'art. 28 determinato dal principio di sussidiarietà.



mente nullo per illiceità della *causa negotii* (articoli 1344 e 1418, comma 2, c.c.), con la naturale estensione della previsione contenuta nel richiamato articolo 21, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003, secondo cui quando il contratto di somministrazione è nullo “i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore” (65).

Entrando maggiormente nel dettaglio dei singoli profili, anzitutto, con riferimento all'ipotesi in cui la somministrazione fraudolenta sia posta in essere da un soggetto non autorizzato e non iscritto all'Albo, valga la pena riflettere su una circostanza non di poco momento: non si comprende, in verità, come possa giustificarsi una somministrazione di manodopera abusiva senza una finalità elusiva di norme contrattuali o legali in materia di lavoro.

Come già si argomentava più sopra, occorre chiarire che utilizzatore e somministratore per il solo fatto di aver posto in essere il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro al di fuori delle condizioni di liceità espressamente e tassativamente sancite dal decreto legislativo n. 276/2003 mostrano l'intento di voler “by-passare” gli obblighi normativi generali in materia di assunzione e di collocamento della manodopera oltre che di trattamento retributivo e previdenziale dei lavoratori occupati.

Allora, bisogna inquadrare meglio l'ambito di operatività della somministrazione fraudolenta che potrà trovare presupposto sostanziale in ogni e qualsivoglia ipotesi di somministrazione di manodopera illecita, abusiva o irregolare, ma che di fatto opererà concretamente soltanto nei casi in cui la magistratura inquirente o gli ufficiali di polizia giudiziaria incaricati delle indagini riescano a raccogliere elementi atti a dimostrare la partecipazione dolosa specifica della fraudolenza del comportamento tenuto, comunque penalmente rilevante (66).

Tuttavia, come sopra si accennava le ipotesi in cui l'articolo 28

---

(65) Nel senso manifestato nel testo, sia pure con riferimento ai soli profili di tutela civilistica, si esprimono: C. BIZZARRO, G. BOCCHIERI, *op. cit.*, VIII; P. ICHINO, *op. cit.*, 317-321. *Contra* invece P. CHIECO, *op. cit.*, 144, secondo il quale “è da ritenere che all'effetto sanzionatorio della nullità di diritto comune seguano quegli altri previsti dall'articolo 27 del Decreto per la somministrazione irregolare”.

(66) In questo senso, precisamente, insistendo sulla necessità della prova del dolo specifico F. SCARPELLI, *op. cit.*, 435. Mentre a questo proposito M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, 237, sostiene che il riferimento letterale alla “specificità finalità elusiva”, se preso seriamente, conduce a porre “una pietra tombale sulla possibilità di sanzionare la somministrazione fraudolenta”.

del decreto legislativo n. 276/2003 sembra avere più peso specifico sono quelle in cui il soggetto attivo del reato è un'agenzia di somministrazione perfettamente regolare.

Si ha somministrazione fraudolenta, allora, anche in presenza di una somministrazione in sé e per sé perfettamente lecita e regolare, perché attuata con soggetto legalmente autorizzato e iscritto all'Albo delle agenzie per il lavoro (sezione I o II), ma eseguita e realizzata in piena elusione di legge o di norme contrattuali <sup>(67)</sup>, come, a titolo di esempio, nei casi di:

a) una "presa in carico" ai sensi e per gli effetti dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 276/2003, laddove il somministratore, potendo venire meno in tali ipotesi all'obbligo di parità di trattamento (articolo 23, commi 1 e 2), si avvalga di tale operazione contrattuale più volte in tempi ravvicinati;

b) un lavoratore svantaggiato che viene fatto dimettere per essere poi assegnato all'ex datore di lavoro in seguito a somministrazione di lavoro, con trattamento normativo ed economico inferiore ai sensi del menzionato articolo 13;

c) una somministrazione a tempo indeterminato che viene più volte riproposta presso lo stesso utilizzatore da una o più agenzie di somministrazione iscritte alla seconda sezione dell'Albo, con l'effetto di dare vita a singoli periodi di somministrazione, di fatto a tempo determinato, in ipotesi in cui la ditta utilizzatrice applica un contratto collettivo di lavoro che stabilisce un limite quantitativo alla somministrazione a tempo determinato di fatto superato con l'artificio fraudolento.

In effetti, una lettura siffatta della norma trova una conferma testuale nel riferimento letterale al "somministratore", senza specifiche, quindi all'agenzia effettivamente autorizzata e forse, in tale contesto,

---

<sup>(67)</sup> Un'ipotesi di somministrazione fraudolenta viene evidenziata, in linea generale, dallo stesso Ministero del lavoro nella richiamata circ. n. 7/2005 con riferimento alla somministrazione a tempo determinato: "Si potrà, pertanto, fare ricorso alla somministrazione a tempo determinato in tutte le circostanze, individuate dall'utilizzatore sulla base di criteri di normalità tecnico-organizzativa ovvero per ipotesi sostitutive, nelle quali non si potrà esigere, necessariamente, l'assunzione diretta dei lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore e nelle quali, quindi, il ricorso alla somministrazione di lavoro non assume la finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo. Diversamente, infatti, la somministrazione potrebbe integrare una ipotesi di somministrazione fraudolenta ai sensi dell'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003".

l'articolo 28 pare acquisire una sfera di applicabilità efficace ed efficiente.

L'evidenza dell'importanza di tale lettura della norma si comprende soltanto riflettendo sull'estensione reale delle finalità elusive, che integrano il reato, a tutte le tutele inderogabili (di legge o di contratto) relative ai lavoratori somministrati.

La frode della somministrazione regolare o abusiva che il legislatore intende punire, infatti, seppure legata alla tutela del lavoratore somministrato <sup>(68)</sup>, si estende a tutti i profili di protezione che le disposizioni legali e contrattuali gli riconoscono: retributivo, assicurativo, previdenziale e normativo.

La formulazione della norma, in termini significativamente ampi, peraltro pare affidare alla somministrazione fraudolenta un ruolo nuovo e di assoluto rispetto nel panorama sanzionatorio delle diverse fenomenologie esternalizzanti, giacché di somministrazione fraudolenta, ai sensi dell'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003, potrà pure parlarsi quando al fine di eludere tutti o alcuni dei diritti inderogabili dei lavoratori si realizzano ipotesi di appalto (articolo 29) o di distacco (articolo 30) che configurano, in realtà, una interposizione illecita di manodopera <sup>(69)</sup>.

In questa prospettiva, fatte salve le sanzioni penali introdotte dal decreto legislativo n. 251/2004, all'articolo 18, comma 5-*bis*, pseudo-committente e pseudo-distaccatario potrebbero vedersi puniti con l'ulteriore ammenda di 20 euro per giornata di occupazione e per lavoratore occupato, con l'eventuale applicazione della prescrizione (articolo 15, decreto legislativo n. 124/2004) alla immediata regolarizzazione per effetto della nullità del contratto in frode alla legge <sup>(70)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> Per uno specifico approfondimento sul punto si rinvia a F. SCARPELLI, *op. cit.*, 433-434.

<sup>(69)</sup> In questo senso anche F. SCARPELLI, *op. cit.*, 434; P. CHIECO, *op. cit.*, 143-144.

<sup>(70)</sup> Permangono, peraltro, profili di incertezza e di assoluta criticità, in tale ipotesi, per quanto concerne la necessaria lettura in combinato disposto degli artt. 21, comma 4, 28, 29, comma 3-*bis*, e 30, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 276/2003, seppure si possa ragionevolmente ricondurre l'analisi come indicato nel testo, in ragione della diversa gravità della condotta fraudolenta, rispetto a quella illecita, analogamente a quanto accade, secondo la lettura proposta, in merito alla somministrazione abusiva che si connota in termini di frode. In questo senso sembrerebbe deporre anche l'orientamento del Ministero del lavoro, così come manifestato nella circ. n. 7/2005.

## 5. Somministrazione “irregolare”.

Per quel che attiene ai profili di sanzionabilità in sede amministrativa, ai sensi dell'articolo 18, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, le ipotesi di illecito amministrativo che vengono prese in considerazione dalla norma interessano contestualmente, quali corresponsabili personali e diretti, sia il somministratore che l'utilizzatore.

La sanzione pecuniaria amministrativa, infatti, colpisce entrambi i soggetti per le violazioni di carattere formale <sup>(71)</sup> che attengono alla stipula di un contratto di somministrazione irregolare.

Fa eccezione soltanto l'ipotesi della omessa effettuazione della comunicazione scritta al lavoratore somministrato, all'inizio dell'incarico di somministrazione e del conseguente invio presso l'utilizzatore, in quanto tale obbligo è posto in capo dal legislatore al solo somministratore, che pertanto risponde dell'eventuale omissione.

La irregolare stipula dei contratti di somministrazione di lavoro, a termine o a tempo indeterminato, posti in essere dalle aziende utilizzatrici e dalle agenzie di somministrazione, senza rispettare i limiti e i criteri legali dettati dagli articoli 20 e 21 del decreto legislativo n. 276/2003, viene, dunque, ad esporre i due contraenti ad una sanzione pecuniaria amministrativa da 250 a 1.250 euro (sanzione pari a 416,66 euro nella misura ridotta determinata ai sensi dell'articolo 16 della legge 24 novembre 1981, n. 689, vale a dire un terzo del massimo edittale), che si applica al somministratore e all'utilizzatore, congiuntamente, in caso di violazione delle disposizioni di cui ai commi 3, 4 e 5 dell'articolo 20, nonché dei commi 1 e 2 dell'articolo 21, mentre si applica al solo somministratore nell'ipotesi di violazione di cui all'articolo 21, comma 3 <sup>(72)</sup>.

Ciò per effetto dell'intervento di modifica ad opera dell'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo n. 251/2004, che ha eliminato l'er-

---

<sup>(71)</sup> Parlano di “violazioni di carattere formale” anche C. BIZZARRO, G. BOCCHIERI, *op. cit.*, VII.

<sup>(72)</sup> Si noti che la sanzione amministrativa, contrariamente a quella penale più sopra esaminata nel testo, non riceve dal legislatore una parametrizzazione legata al numero dei lavoratori coinvolti, pertanto è da ritenersi che tale elemento valga comunque quale riferimento ai fini del calcolo della sanzione secondo i criteri più generali contenuti nell'art. 11 della l. n. 689/1981. Salvo a voler intendere concretata la violazione amministrativa con riferimento al singolo contratto per il singolo lavoratore somministrato, giacché in tal caso avremmo più violazioni contestuali della medesima norma, con relativo aggravamento del regime sanzionatorio.

rona sanzionabilità delle ipotesi in cui il contratto di somministrazione viene ad essere stipulato con un somministratore a ciò non preventivamente autorizzato.

Dall'originaria elencazione contenuta nella prima versione dell'articolo 18, comma 3, che comprendeva anche un riferimento all'articolo 20, comma 1, si palesava un sicuro problema di coordinamento con la previsione dell'articolo 18, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 276/2003 in materia di somministrazione non autorizzata (abusiva) e di utilizzazione illecita.

In effetti, dall'illecito amministrativo relativo alla stipula di un contratto di somministrazione con un somministratore non autorizzato non poteva non scaturire anche la contravvenzione richiamata: il contratto concluso con soggetto non autorizzato è l'atto formale mediante il quale viene conclamata la somministrazione abusiva, penalmente sanzionata in uno con l'utilizzazione illecita dei lavoratori abusivamente somministrati.

Vi era da chiedersi, allora, se il sistema sanzionatorio in materia di somministrazione potesse legittimamente prevedere l'incorrere del somministratore non autorizzato, e dell'utilizzatore che a questi si rivolga, in due reazioni sanzionatorie differenti da parte dell'ordinamento giuridico (una di natura penale e una amministrativa) ovvero in una tipologia soltanto di sanzioni e, se del caso, quale.

Sul punto avrebbe potuto sovvenire l'articolo 9, comma 1, della legge n. 689/1981, laddove stabilisce che quando un medesimo fatto è punito contestualmente da una disposizione penale e da una norma che prevede una sanzione amministrativa "si applica la disposizione speciale" <sup>(73)</sup>, tuttavia non appariva univocamente individuabile il criterio di specialità in grado di attagliarsi al caso di specie.

Né sembrava invocabile un generico principio di maggiore favorevolezza prevalente per il reo/trasgressore <sup>(74)</sup>.

Più attinente al nuovo schema sanzionatorio introdotto dal decreto legislativo n. 276/2003 poteva apparire, allora, *in extremis*, la soluzione della duplicità di intervento sanzionatorio a carico dei due soggetti datoriali (utilizzatore e somministratore) che da un lato vio-

---

<sup>(73)</sup> Cfr. sulla questione E. BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, La Tribuna, Piacenza, 2000, 169 ss.

<sup>(74)</sup> Così invece L. CAIAZZA, *Sanzioni a tutto campo*, in *La riforma del lavoro*, cit., 104.

lano la norma penale che tutela i lavoratori e il mercato del lavoro dall'esercizio abusivo della attività di somministrazione, dall'altro trasgrediscono la norma penale-amministrativa che sanziona il comportamento elusivo rispetto agli obblighi legali, nella consapevolezza che la punibilità della fattispecie penalmente rilevante risulta legata all'effettiva utilizzazione dei lavoratori interessati, mentre la violazione amministrativa scaturiva dal mero accordo negoziale fra i due soggetti agenti (75).

Ma anche questa ricostruzione non convinceva appieno (76), ragione per cui, raccogliendo gli inviti della dottrina, il decreto correttivo ha operato un utile riassetto normativo sul punto specifico, eliminando dall'alveo della sanzionabilità amministrativa questa ipotesi che rientra così, assai opportunamente, nel solo ambito di illegalità penalmente rilevante, ponendo rimedio al *bis in idem* derivante dalla previsione di due tipologie di sanzioni, differenti per natura, scopo e contenuto, per una identica condotta anti-giuridica.

Individuiamo, dunque, le singole fattispecie di illecito amministrativo previste dalla riforma in carico ad entrambi i soggetti, dopo l'intervento del decreto legislativo n. 251/2004.

Anzitutto, rileva l'ipotesi del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato concluso al di fuori dei casi in cui lo stesso è espressamente e tassativamente ammesso (articolo 20, comma 3).

Si tratta non già di una "deroga" (77) all'ambito di applicazione della tutela penalistica sopra esaminata, ma piuttosto della costruzione della illiceità della somministrazione di lavoro su due livelli ben distinti.

Da un lato si colloca l'esercizio abusivo, perché non autorizzato, della attività di somministrazione e, parallelamente, il ricorso ad una utilizzazione illecita dei lavoratori somministrati abusivamente (sanzione penale, articolo 18, commi 1 e 2). Dall'altro lato si pone, invece, la somministrazione posta in essere da un soggetto comunque regolarmente autorizzato, ma in un caso diverso da quelli previsti astratta-

---

(75) In questo senso le riflessioni di L. IERO, *Sanzioni penali nel mercato del lavoro*, cit., 354-355.

(76) Sia consentito rinviare a P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro: sistema sanzionatorio*, in *DPL*, 2004, n. 16, 1061 ss.

(77) Così invece L. IERO, *op. ult. cit.*, 355.

mente dalla norma e comunque non riconducibile ad essi (sanzione amministrativa, articolo 18, comma 3).

Analogamente, risulta sanzionata la stipula di un contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato senza indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che lo legittimano (articolo 20, comma 4).

Ripercorrendo lo schema dualistico poc'anzi riassunto, anche in questo caso l'illecito amministrativo si affianca a quello penale, ma non ne determina in alcun modo i confini.

Ben è vero, tuttavia, che questa seconda ipotesi di violazione amministrativa deve legittimamente qualificarsi come una "depenalizzazione" rispetto al previgente articolo 10, comma 1, della legge 24 giugno 1997, n. 196, a norma del quale la fornitura di lavoro temporaneo al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge ricadeva, anche se posta in essere da soggetto autorizzato, nell'alveo della interposizione illecita di manodopera e, quindi, nella sfera di applicazione della reazione punitiva di natura penale (78).

Peraltro, va opportunamente segnalato che la violazione ora esaminata ben difficilmente, sotto un profilo strettamente pratico ed operativo, potrà trovare uno spazio applicativo evidente. In effetti, salva l'ipotesi, piuttosto inusuale, di assoluta mancanza di indicazione delle ragioni giustificatrici, è inverosimile che il personale ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali possa concretamente individuare l'infondatezza delle ragioni comunque addotte, se non nelle rare occasioni in cui accertino l'insussistenza, oggettiva e conclamata, dei parametri assunti a riferimento (ad es. somministrazione a termine per ragioni organizzative legate ad un nuovo ciclo organizzativo-produttivo che risulta, di fatto, mai avviato nell'azienda ispezionata).

Altra ipotesi di illecito amministrativo è quella relativa alla conclusione di un contratto di somministrazione nei casi in cui esso è tassativamente vietato dalla legge, vale a dire nelle situazioni di sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; di somministrazione presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi o in cui sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, riguardo a lavoratori adibiti alle

---

(78) Così esattamente L. IERO, *op. ult. cit.*, 355-356.

stesse mansioni; di somministrazione senza previa effettuazione della valutazione dei rischi (articolo 20, comma 5).

Anche qui, se si vuole, può parlarsi di una sorta di ottica depenalizzante posta in essere dal legislatore, almeno con riferimento al regime previgente secondo cui la società fornitrice di lavoro temporaneo in costanza di divieto legale veniva automaticamente ad essere penalmente sanzionata alla stregua di un qualsiasi interpositore illecito ai sensi della abrogata legge n. 1369/1960.

Ancora una sanzione amministrativa che sostituisce una precedente ipotesi di reato è quella relativa alla stipula di un contratto di somministrazione di lavoro senza forma scritta ovvero senza la precisa indicazione degli elementi prescritti dal comma 1 dell'articolo 21 del decreto legislativo n. 276/2003.

Invero, volendo fare il punto sulle ipotesi di illecito amministrativo “depenalizzanti” ora cennate, va significato che il più generale orientamento “sostanzialistico” e non “formalistico” del complessivo impianto normativo riformatore ha inteso privilegiare una tutela “reale” per i lavoratori coinvolti (articoli 21, comma 4, e 27, comma 1) <sup>(79)</sup>, graduata a seconda delle “irregolarità” manifestate dai due datori di lavoro (quello di diritto, somministratore, e quello di fatto, utilizzatore), a fronte di una opzione sanzionatoria volta a punire con la reazione di tipo penale soltanto i comportamenti legati all’abusivismo e concretatisi in una somministrazione illecita, residuando una responsabilità solo amministrativa (accanto alla persistente responsabilità civile e lavoristica) per le violazioni comunque estranee all’esercizio non autorizzato della attività in questione.

D’altro canto, mentre con riguardo alle fattispecie ora argomentate nel previgente regime operava ben è vero una sanzione penale, ma soltanto in capo alla società fornitrice, nel nuovo sistema sanzionatorio la violazione amministrativa trova, come detto, in entrambi gli autori dell’operazione commerciale-lavoristica <sup>(80)</sup> i soggetti responsabili da assoggettare a specifica sanzione (somministratore e utilizzatore).

---

<sup>(79)</sup> Per quanto attiene specificamente ai profili sanzionatori civilistici si rinvia ancora una volta a C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

<sup>(80)</sup> Per una corretta indagine sulla natura giuridica della fattispecie negoziale complessa che ruota intorno al contratto di somministrazione di lavoro, si rinvia a M. TRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 205 ss.



Un ulteriore caso di illecito amministrativo imputabile ad entrambi i soggetti datoriali viene preso in considerazione dall'articolo 18, comma 3, quello della conclusione di un contratto di somministrazione di lavoro senza il necessario adeguamento ed il contestuale recepimento relativo alle indicazioni contenute nei contratti collettivi (articolo 21, comma 2).

Si tratta di una violazione ben individuabile anche in sede di verifica ispettiva, a seguito del raffronto fra le discipline specifiche previste dalla contrattazione collettiva di riferimento e il contratto di somministrazione sottoposto ad indagine ispettiva.

L'ultima fattispecie di illecito amministrativo riguarda, invece, il solo somministratore e consiste nella omessa comunicazione scritta al lavoratore di tutte le informazioni relative al contratto, compresa la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, all'atto della stipula del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'azienda utilizzatrice, prima dell'effettivo inizio della prestazione lavorativa.

Peraltro, si pone una questione di coordinamento sistematico fra la disposizione *de qua*, dettata dall'articolo 21, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, e quella contenuta nell'articolo 4-*bis*, comma 2, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, come modificato dall'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, relativa all'obbligo di consegna della dichiarazione di assunzione.

Entrambe le norme considerate, in effetti, prevedono un obbligo di informazione nei confronti del lavoratore ed entrambe si rivolgono al datore di lavoro che, nel contratto di somministrazione, è rappresentato dalla sola agenzia di somministrazione, richiedendo identici contenuti informativi.

Stante la diversa previsione sanzionatoria di cui all'articolo 19, comma 2, prevista per la dichiarazione di assunzione (da 250 a 1.500 euro, pari a 500 euro nella misura ridotta *ex* articolo 16 della legge n. 689/1981), l'interprete e l'operatore devono chiedersi se tale ipotesi di illecito risulti doppiamente sanzionata oppure se il somministratore che ometta di fornire tempestivamente al lavoratore le informazioni sul concreto svolgimento del rapporto di lavoro presso un utilizzatore sia sanzionabile soltanto con la sanzione amministrativa prevista per l'omessa consegna della dichiarazione di assunzione.

Invero, se così fosse non si comprenderebbe per quale ragione il legislatore abbia voluto specificatamente sanzionare con ammontare differente tale inadempimento ove commesso dal somministratore e,

soprattutto, apparirebbe anomala la discrasia normativa del decreto legislativo n. 276/2003 sul punto in esame.

Soluzione maggiormente sensata, in chiave sistematica, pertanto, pare essere quella di intendere differenziati i due adempimenti e conseguentemente singolarmente sanzionati, per il fatto di dover contenere la comunicazione *ex* articolo 21, comma 3, dati aggiuntivi rispetto alla dichiarazione di cui all'articolo 4-*bis*, comma 2, del decreto legislativo n. 181/2000, quali, ad esempio, gli estremi dell'autorizzazione del somministratore e le ragioni oggettive del contratto.

D'altra parte a sostegno di tale interpretazione soccorre il dato di fatto che mentre la dichiarazione di assunzione sarà una ed una soltanto per tutta la durata del rapporto di lavoro, la comunicazione in argomento potrà essere dovuta al lavoratore somministrato in molteplici occasioni, se durante il proprio rapporto alle dipendenze della medesima agenzia di somministrazione sarà chiamato a prestare attività lavorativa presso più utilizzatori.

Quanto alla applicabilità dell'istituto della diffida, di cui all'articolo 13 del decreto legislativo n. 124/2004, occorre segnalare anzitutto che lo stesso risulta operativo, secondo le indicazioni fornite dal Ministero del lavoro con la circolare 24 giugno 2004, n. 24, con riferimento ai soli illeciti amministrativi accertati le cui inadempienze risultino "comunque sanabili" <sup>(81)</sup>.

Nelle ipotesi trattate dall'articolo 18, comma 3, pertanto, la diffida potrà operare con riferimento alla violazione dell'obbligo di inserire nel contratto scritto di somministrazione il contenuto di cui all'articolo 21, comma 1, lettere *f-k*), del decreto legislativo n. 276/2003, in quanto in tali casi la tutela sostanziale dei lavoratori è senza dubbio recuperabile.

Analogamente nelle ipotesi in cui il contratto di somministrazione debba essere integrato con le indicazioni contenute nella contrattazione collettiva (articolo 21, comma 2) ovvero nei casi di omessa consegna della comunicazione di somministrazione al lavoratore (articolo 21, comma 3).

Il datore di lavoro "diffidato" che provveda ad integrare il contenuto contrattuale ovvero a consegnare la prescritta comunicazione, nel termine assegnato dal personale ispettivo delle Direzioni provin-

---

<sup>(81)</sup> Sul concetto "comunque sanabili" v. P. RAUSEI, *Dalla diffida accertativa ai ricorsi regionali*, in P. PENNESI, E. MASSI, P. RAUSEI, *op. cit.*, XXVIII ss.

ciali del lavoro, si vedrà ammesso al pagamento di una sanzione “ridottissima”, ai sensi dell’articolo 13, comma 2, del decreto legislativo n. 124/2004, pari al minimo edittale, vale a dire ad euro 250, con contestuale estinzione del procedimento sanzionatorio.

Per la verità, in astratto, la diffida potrebbe trovare applicazione anche nella violazione amministrativa riguardante l’omessa indicazione dei contenuti di cui all’articolo 21, comma 1, lettere *a)*-*e)*, sennonché, il legislatore ha previsto in tale ipotesi la facoltà dei lavoratori interessati di domandare all’Autorità giudiziaria la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dirette dell’utilizzatore (articolo 27, comma 1), per cui l’eventuale diffida rivolta al datore di lavoro potrebbe, di fatto, incidere negativamente sull’esercizio della *facultas agendi* da parte dei prestatori di lavoro, minandone il fondamento<sup>(82)</sup>, quindi, in ragione dei principi generali dell’ordinamento, è da ritenersi che in tal caso l’illecito amministrativo non possa essere assoggettabile a diffida obbligatoria.

## 6. La nuova interposizione illecita di manodopera: pseudo-appalto e distacco illecito.

Altro momento essenziale di opportuna modifica all’impianto sanzionatorio di tipo penale introdotto originariamente dall’articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003 è dato dall’inserimento all’interno dello stesso articolo del nuovo comma *5-bis* (articolo 4, comma 5, decreto legislativo n. 251/2004), secondo cui: “nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all’articolo 29, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all’articolo 30, comma 1, l’utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell’arresto fino a diciotto mesi e l’ammenda è aumentata fino al sestuplo”.

---

<sup>(82)</sup> I lavoratori, in effetti, potrebbero non vedersi più riconosciuto intatto il diritto ad agire *ex art. 27*, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, a fronte di un contratto già compiutamente regolarizzato, dietro apposita diffida del personale ispettivo del Ministero del *welfare*, che in tal caso dovrebbe, invece, limitarsi a dare atto della circostanza con specifica verbalizzazione dalla quale discenderà l’irrogazione della relativa sanzione amministrativa e l’eventuale procedimento giudiziario attivato dai lavoratori interessati.

Il decreto correttivo ha posto dunque fine alla diatriba, da alcuni alimentata ad arte, secondo cui l'interposizione illecita di manodopera, scaturente da uno pseudo-appalto o da un distacco illecito non sarebbe stata più da ritenersi sanzionabile, alla luce delle previsioni dell'articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003.

In verità, come pure rilevato dalla dottrina e confermato dalla giurisprudenza di legittimità, sebbene con opinioni contrarie espresse dalla dottrina minoritaria ed essenzialmente dalla giurisprudenza di merito<sup>(83)</sup>, alla rilevanza penale e alla meritevolezza di tutela costituzionalmente orientata per l'ipotesi di interposizione illecita nelle ipotesi di un appalto di opere o di servizi privo dei requisiti di legge o anche di distacco senza i caratteri di liceità predeterminati, si poteva giungere già nella prima versione del decreto attuativo della legge n. 30/2003<sup>(84)</sup>.

In via generale, non può non riconoscersi che il comportamento che integra la fattispecie contravvenzionale della interposizione illecita di manodopera risulta sanzionabile in forza dell'articolo 18, commi 1 e 2, risolvendosi (di fatto) la condotta penalmente rilevante nella con-

---

<sup>(83)</sup> Per l'opinione favorevole ad una vera e propria *abolitio criminis* vedi: A. MISCIONE, *Appalto di manodopera dopo il D.Lgs. n. 276/2003: non punibilità del divieto*, in *DPL*, 2004, 8; C. PIAZZA, *Riforma Biagi e abrogazione del divieto di interposizione di manodopera*, in *GLav*, 2004, 5. In giurisprudenza cfr.: Trib. Ferrara 4 novembre 2003 n. 483 (in *DPL*, 2004, n. 8, 519-520); Trib. Arezzo, sez. dist. Monteverchi, 14 novembre 2003 n. 215 (in *DPL*, 2004, n. 10, 665). Nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. pen. 24 febbraio 2004 n. 7762, in *DPL*, 2004, n. 19, 1308.

<sup>(84)</sup> Per un mantenimento nell'alveo della punibilità del reato di interposizione illecita anche dopo l'abrogazione della l. n. 1369/1960 vedi: R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, cit.; G. ROSIN, *La somministrazione di lavoro*, in *GLav*, 2004, n. 17; L. TARTAGLIONE, *Il lavoro esterno (la rinnovata disciplina in materia di somministrazione di lavoro, appalto e distacco, contenuta nel d.lgs. n. 276/03)*, in *MGL*, 2004, n. 5; anche S. VERGARI, *L'apparato sanzionatorio nella riforma del mercato del lavoro*, cit., 233-234; P. RAUSEI, *Dall'interposizione di manodopera alla somministrazione di lavoro*, in *DPL*, 2004, n. 10. In giurisprudenza vedi: Cass. pen. 26 gennaio 2004 n. 2583, in *DPL*, 2004, n. 10, 713, con nota di R. GUARINIELLO, *Somministrazione di lavoro tra D. Lgs. n. 276/2003 e leggi precedenti*, e in *GLav*, 2004, n. 13, 46, con nota di I.V. ROMANO, *Somministrazione e intermediazione di manodopera: prima pronuncia della Cassazione*; Cass. pen. 9 giugno 2004 n. 25726, in *GLav*, 2004, n. 28, 10, con nota di C. FOSSATI, *Rilevanza penale dell'appalto di manodopera dopo la Riforma Biagi*; Cass. pen. 25 agosto 2004 n. 34922, in *GLav*, 2004, n. 48, 20, con nota di G. FALASCA, *Il divieto di interposizione di manodopera tra vecchia e nuova disciplina*.

cretizzazione di una somministrazione di manodopera al di fuori degli schemi legali oggi previsti dal legislatore <sup>(85)</sup>.

D'altra parte la liceità odierna della somministrazione di manodopera, anche a tempo indeterminato, rimane comunque condizionata al rispetto pieno ed integrale delle previsioni normative dettate dal legislatore della riforma e, per l'effetto, alla ricorrenza di tutti e soli i requisiti stabiliti dal decreto legislativo n. 276/2003, mancando i quali scattano le disposizioni sanzionatorie introdotte dal medesimo decreto.

Ben è vero, infatti, che il sistema penale in materia di somministrazione abusiva di lavoro di cui all'originario testo dell'articolo 18, commi 1 e 2, andava comunque a colpire fattispecie di reato in cui: esiste un contratto di fornitura di mere prestazioni di manodopera (anche non in forma scritta) fra un datore di lavoro che utilizza le prestazioni e un soggetto che fornisce le stesse, senza possedere l'autorizzazione prevista (articolo 4); il soggetto che fornisce prestazioni di lavoro è il formale datore di lavoro dei lavoratori somministrati; l'utilizzatore si avvale concretamente dei lavoratori somministrati per la propria attività lavorativa aziendale.

Invero, ove si intendessero le ipotesi di reato di cui all'articolo 18, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 276/2003 quale esclusiva reazione punitiva ad una somministrazione di lavoro da parte di datore di lavoro non autorizzato, e non anche la reazione più generale dell'ordinamento a tutte le ipotesi di interposizione illecita, proprio perché si risolvono in fornitura abusiva (da parte di soggetto non autorizzato) di mere prestazioni di lavoro (quindi anche conseguentemente ad un appalto illecito o "non genuino"), i criteri di delega di cui alla legge n. 30/2003 non risulterebbero integralmente rispettati <sup>(86)</sup>.

---

<sup>(85)</sup> Cfr. in tal senso anche: M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, commento sub art. 20, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 15 ss.

<sup>(86)</sup> Se, invece, si volesse concentrare la diversa tipicità del nuovo reato di somministrazione abusiva sulla previsione normativa che la contravvenzione è posta in essere soltanto dal soggetto che è privo di autorizzazione, e proprio perché e in quanto privo di autorizzazione, vi sarebbe da chiedersi se per effetto di tale precisazione il legislatore delegato non abbia tradito lo spirito della l. n. 30/2003. L'art. 1, comma 2, lett. m), della l. n. 30/2003, in effetti, stabiliva che, nell'esercitare la delega legislativa, il Governo avrebbe dovuto abrogare la l. n. 1369/1960 e sostituirla con una nuova disciplina basata sulla ammissibilità della somministrazione di lavoro, anche a

Lo stesso testo del decreto legislativo n. 276/2003, d'altra parte, fa richiamo esplicito alla nozione di interposizione illecita o di appalto illecito in almeno tre punti:

— all'articolo 12, comma 2, lettera *b*), viene espressamente evidenziato che una quota del contributo versato dalle agenzie di somministrazione viene destinata alle azioni di lotta e di contrasto “agli appalti illeciti”;

— all'articolo 18, comma 6, si evidenzia la necessità di risolvere le diverse forme di contenzioso insorte alla luce del “pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro”, affidando al Ministro del *welfare* l'analisi e lo studio della risposta normativa più coerente, da esprimersi mediante decreto ministeriale <sup>(87)</sup>;

— all'articolo 84, comma 2, dove la locuzione “interposizione illecita” figura perfino nella rubrica, si affida al Ministro del lavoro e delle politiche sociali il compito di dettare “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”.

Tenendo presente allora la continuità nel richiamo alla illiceità della interposizione di manodopera al di fuori dei limiti legalmente previsti, non può non segnalarsi quanto segue:

*a*) l'attività alla quale fa riferimento il testo dell'articolo 18, comma 1, è quella di cui all'articolo 4, comma 1, lettere *a*) e *b*), ovvero la somministrazione di lavoro a tempo determinato o a tempo indeterminato;

*b*) la somministrazione di lavoro, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera *a*), è “la fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'art. 20”;

*c*) l'aver fornito mere prestazioni di lavoro ad un soggetto dato-

---

tempo determinato, esclusivamente da parte dei soggetti a ciò autorizzati (n. 1 e n. 2), confermando, parallelamente, la sanzionabilità dell'interposizione illecita, intesa quale appalto non genuino o somministrazione abusiva (n. 3), ribadendo l'identico previgente regime sanzionatorio, civilistico e penalistico (n. 6).

<sup>(87)</sup> D'altro canto non avrebbe sicuramente senso la previsione di un testo normativo ulteriore (per quanto identificato in modo inadeguato sotto il profilo del sistema delle fonti del diritto) se si fosse in presenza di una abrogazione della l. n. 1369/1960 senza continuità in termini di disvalore sociale e penale.

riale da parte di altro soggetto non autorizzato e quindi al di fuori delle previsioni di cui agli articoli 20 e seguenti del decreto legislativo n. 276/2003 integra il reato *de quo*.

Or bene, non v'è chi non veda che l'appalto di mere prestazioni di lavoro è, di fatto, sotto un profilo giuridico, una fornitura abusiva di manodopera <sup>(88)</sup>.

Lo pseudo-appaltatore che attua il fenomeno interpositorio illecito viola precise norme inderogabili di legge, quali sono quelle che regolamentano il contratto di appalto: si osservi, specificamente, che lo stesso articolo 29, nel disciplinare l'appalto, si rivolge, in *incipit*, all'intero titolo III del decreto, distinguendo, appositamente, l'appalto dalla somministrazione di lavoro, ai fini della applicazione delle sanzioni previste per le ipotesi di somministrazione illecita.

Si segnala, quindi, la necessità di assumere un atteggiamento interpretativo conforme al sistema penalistico attuale, dopo l'abrogazione della legge n. 1369/1960, con riguardo alla scelta logico-giuridica fra una vera e propria *abolitio criminis* (articolo 2, comma 2, c.p.: nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali) ovvero una *successione di leggi penali nel tempo* (articolo 2, comma 3, c.p.: si applica la legge penale le cui disposizioni sono più favorevoli al reo) <sup>(89)</sup>.

Procedendo con ordine occorre preliminarmente chiarire la natura del fenomeno legislativo in atto, se trattasi cioè di abolizione o di successione di norme, con riferimento alla rilevanza penale delle fattispecie interpositorie illecite e alla meritevolezza di tutela penale della somministrazione di lavoro illecitamente perpetrata.

La dottrina e la giurisprudenza che si sono occupate di una lettura operativa dei commi 2 e 3 dell'articolo 2 c.p. hanno da tempo affermato, pressoché con unanimità di vedute, che si ha abolizione e non mera successione di leggi incriminatrici quando la nuova configurazione della fattispecie considerata esclude la rilevanza penale di fatti che in precedenza costituivano reato, occorre cioè che la legge succes-

---

<sup>(88)</sup> In questo senso, parlando sia di distacco che di appalto illecito, anche il Ministero del lavoro nella circ. n. 7/2005.

<sup>(89)</sup> Sulla questione vedi in dottrina, con esposizione delle diverse espressioni manifestate: M. ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Giuffrè, Milano, 1996; E. MUSCO, *La riformulazione dei reati. Profili di diritto intertemporale*, Giuffrè, Milano, 2000.



siva ponga nel nulla il disvalore penale, astrattamente considerato, della fattispecie originariamente posta in essere <sup>(90)</sup>.

Or bene, nel caso che ci occupa, è di tutta evidenza, anche sulla scorta delle argomentazioni precedentemente svolte, come il decreto legislativo n. 276/2003 abbia inteso, a chiare lettere, seguendo le indicazioni e i parametri dettati dalla legge n. 30/2003, mantenere intatta la portata penalmente illecita delle condotte di interposizione di manodopera realizzate al di fuori degli schemi legalmente previsti e autorizzabili.

In effetti, la somministrazione abusiva (in uno con l'utilizzazione illecita) altro non è se non la vecchia interposizione illecita di manodopera, vale a dire l'affitto di mere prestazioni di lavoro da parte di un soggetto non autorizzato <sup>(91)</sup>.

Ciò posto bisogna allora concludere che non di *abolitio criminis* occorre parlare, neppure in senso parziale, giacché tutte le fattispecie, rilevanti sotto un profilo di illiceità alla luce della legge n. 1369/1960, mantengono la loro natura illecita anche sotto la vigenza del decreto legislativo n. 276/2003.

Si tratta, piuttosto, di una successione tra due normative entrambe di incriminazione, con una modificazione della disciplina penale sostanziale: all'abrogazione della legge n. 1369/1960, infatti, fa seguito una diversa e contestuale nuova disciplina, sempre di natura penale, volta a confermare la piena continuità dell'illecito <sup>(92)</sup> o, comunque, il permanere del quadro normativo delineato dal decreto legislativo n. 276/2003 in un alveo di illiceità sostanzialmente coincidente e corrispondente con quello della previgente normativa, sia per lesione del bene giuridico tutelato, sia per la violazione di un divieto, che viene rimosso, ben è vero, dalle nuove disposizioni legislative, ma

---

<sup>(90)</sup> Sulla questione cfr.: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, Padova, 2001, 89 ss.; D. PULITANO, *Abolitio criminis*, in A. CRESPI, F. STELLA, G. ZUCCALÀ, *op. cit.*, sub art. 2.

<sup>(91)</sup> Tanto deve ritenersi valida tale ricostruzione che lo stesso testo del decreto attuativo fa espresso richiamo, come ricordato sopra nel testo, alla nozione di interposizione illecita con riferimento alle nuove ipotesi di somministrazione e di appalto, già nell'art. 18, comma 6, e assai ben più chiaramente nell'art. 84, dove figura perfino in rubrica, con ciò confermando la piena permanenza della illiceità della condotta interpositoria non autorizzata e fittiziamente celata in un appalto irregolare.

<sup>(92)</sup> Qui l'interpretazione non muta neppure utilizzando il diverso criterio basato sul "rapporto di continenza" su cui cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 77 ss.



soltanto a condizione che vengano rispettate talune procedure attentamente e specificatamente normate <sup>(93)</sup>.

In questo senso si sono espressi precisamente i giudici della Suprema Corte, affermando che “se si tiene presente la chiara opzione non formalistica del legislatore nella soggetta materia, per cui i contratti valgono per il loro contenuto effettivo e non per il *nomen iuris* loro assegnato, e si considera la distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi ribadita dall’articolo 29 decreto legislativo n. 276/2003, per cui sussiste l’appalto solo nel caso in cui l’organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori e il rischio d’impresa sono intestati all’appaltatore e non al committente o utilizzatore delle prestazioni, se ne deve concludere che ogni volta che un imprenditore utilizzi prestazioni di lavoratori forniti da altri, assumendosi però l’organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavoratori e il rischio d’impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera, che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi e oggettivi prescritti dalla nuova legge” <sup>(94)</sup>.

Muovendo da questa prospettiva, dunque, che potrebbe definirsi di tipo “sostanziale”, occorre riandare all’opinione già accennata; le fattispecie penalmente rilevanti di cui all’articolo 18, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 276/2003 rappresentano un’area di illiceità più ristretta rispetto a quella determinata dall’articolo 1 della abrogata legge n. 1369/1960, ma fondata sulle identiche prerogative: ora come allora rimane penalmente illecita la condotta di chi effettua una interposizione di manodopera, appaltando mere prestazioni di lavoro, al di fuori delle ipotesi tassativamente elencate dalla legge.

Il criterio ordinario per la determinazione della scelta fra *abolitio criminis* e successione di leggi, è rappresentato dalla ricerca di una area di “coincidenza” tra le diverse fattispecie previste e normate dalle disposizioni di cui si discute. Ricerca quest’ultima che, peraltro, deve

---

<sup>(93)</sup> Su questo vedi: A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, 105-112; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 2; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie penale incriminatrice o della sua sfera di applicazione nell’ambito dell’art. 2, comma 3, c.p.*, in *RIDPP*, 1982, 1354 ss. In giurisprudenza vedi Cass. pen. 26 giugno 2003 n. 25887, in *GLav*, 2003, n. 26, 60, che afferma, sul punto: “il criterio normale deve essere quello che porta a ricercare un’area di coincidenza tra le fattispecie previste dalle leggi succedutesi nel tempo”.

<sup>(94)</sup> Il testo riportato è tratto da Cass. pen. n. 2583/2004, cit.

essere condotta valutando se vi sono quegli indici sicuri della volontà del legislatore per una vera *abolitio* in mancanza dei quali occorre comunque propendere per una successione di leggi penali nel tempo.

Nel caso che ci occupa, d'altronde, anche alla luce delle indicazioni testuali fornite dall'articolo 1, comma 2, lettera *m*), della legge n. 30/2003, non può assolutamente parlarsi di volontà legislativa "abolitrice", ma piuttosto, al contrario, di una netta conferma dell'area di illiceità delle condotte interpositorie abusive, sia pure nelle nuove vesti giuridiche e con limiti più estesi.

D'altro canto, appare opinione non efficacemente fondata (e forse anche azzardata) quella secondo la quale non esisterebbero più "appalti illeciti" nell'ordinamento giuslavoristico italiano ad eccezione degli appalti simulati o "pseudo-appalti" <sup>(95)</sup>, giacché l'appalto di mere prestazioni di manodopera permane non soltanto illecito, ma penalmente sanzionato.

Ed anzi in questa prospettiva si è mosso precisamente il decreto legislativo n. 251/2004 nell'introdurre lo specifico reato di "interposizione illecita" contenuto nel nuovo comma 5-*bis* dell'articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003, che va, dunque, letto come esplicitazione diretta dei contenuti impliciti del combinato disposto dell'articolo 18, commi 1 e 2, con gli articoli 29 e 30.

Sebbene, peraltro, l'intervento correttivo del legislatore delegato si offra allo sguardo dell'interprete quale importante momento di chiarezza, permane almeno un profilo di criticità.

In effetti, con riferimento al periodo interstiziale, vale a dire alle ipotesi di pseudo-appalto o di distacco illecito poste in essere dal 24 ottobre 2003 fino al 25 ottobre 2004, vale a dire immediatamente prima della definitiva entrata in vigore del decreto legislativo n. 251/2004, occorre segnalare che la mancata specificazione, nel testo normativo, che trattasi di una norma di interpretazione autentica resasi, per l'appunto, necessaria da una non corretta interpretazione ed applicazione della versione primigenia, determina la lettura della disposizione quale norma sanzionatoria penale *ex novo* introdotta.

Da qui, seppure il significato dell'articolo 18, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 276/2003, alla luce di quanto sopra argomentato, possa apparire univoco nel suo contenuto precettivo e sanzionatorio

---

<sup>(95)</sup> Così, invece, criticamente, M. MISCIONE, *L'abrogazione del divieto di interposizione (ricadute sul piano sistematico e sanzionatorio)*, in DPL, 2004, n. 37, 2402.

*ab initio*, l'evidenza del principio di legalità (*nullum crimen, nulla poena sine praevia et clara lege poenali*), di cui all'articolo 25, comma 2, Cost. e agli articoli 1 e 2 c.p. <sup>(96)</sup>, fa sì che la norma introdotta dal decreto correttivo possa venire ad essere letta quale "nuova ipotesi di reato" e per l'effetto atta a rendere non sanzionabile qualsiasi ipotesi di interposizione illecita di manodopera commessa nell'arco temporale compreso fra l'abrogazione della legge n. 1369/1960 e la successiva correzione del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(97)</sup>, vale a dire si consacrerebbe, paradossalmente, proprio l'effetto perverso determinato dalla stortura normativa che con la modifica si è inteso correggere.

In realtà siffatta conclusione potrebbe non essere obbligata. Anzi.

Alla luce delle determinazioni della Suprema Corte <sup>(98)</sup>, si può legittimamente sostenere, come sopra argomentato, che, a prescindere dalla odierna previsione normativa esplicita, entrambe le condotte illecite di cui in appresso, ora espressamente sanzionate con apposita, più grave, pena, risultavano nel periodo considerato perfettamente ricadenti nell'alveo punitivo dell'articolo 18, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 276/2003 (prima versione).

D'altronde, in tal senso sembra deporre la stessa lettera della norma in argomento, che utilizza i termini "somministratore" e "utilizzatore" per individuare e definire le figure datoriali dello pseudo-appalto e del distacco illecito, in ciò richiamando espressamente la più generale disciplina sanzionatoria della somministrazione abusiva/utilizzazione illecita.

Non solo, ma sempre dal dato letterale dell'articolo 18, comma 5-*bis* occorre rilevare che la stessa determinazione della pena ricalca identicamente quella novellata della somministrazione abusiva/utilizzazione illecita, con ciò insistendo sull'assimilazione dispositiva con l'ipotesi di reato unitario composto, di cui al combinato disposto dei commi 1 e 2 del medesimo articolo 18.

---

<sup>(96)</sup> Sui problemi qui segnalati nel testo, soprattutto nell'ottica dei corollari della legalità, vale a dire: irretroattività, divieto di analogia, tassatività e determinatezza, vedi P. GRASSI, *Il principio di legalità nullum crimen, nulla poena sine lege nella Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1972; cfr. anche A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *op. cit.*, 59-78.

<sup>(97)</sup> In questo senso precisamente le conclusioni di M. MISCIONE, *L'abrogazione del divieto di interposizione (ricadute sul piano sistematico e sanzionatorio)*, cit., 2407-2408. Così anche L. IERO, *Sanzioni nel mercato del lavoro dopo il correttivo*, cit., 50-51.

<sup>(98)</sup> Si vedano Cass. pen. n. 2583/2004, cit.; Cass. pen. n. 25726/2004, cit.

Peraltro, sebbene sulla questione debba tornare necessariamente ad esprimersi la giurisprudenza, non sembrano sussistere dubbi significativi o perplessità rilevanti sul fatto che quanto oggi forma oggetto della specifica ipotesi di reato di cui all'articolo 18, comma 5-*bis*, formasse già parte integrante del più generale illecito penale di cui ai primi due commi della stessa norma.

In verità, dunque, non si è qui dinanzi ad un'ipotesi di cosiddetta "nuova incriminazione", ma piuttosto ad una fattispecie che "riformula" e chiarisce i contenuti della norma penale cui precedentemente veniva assegnata una valenza *omnibus* con riguardo a tutte le ipotesi di illecita interposizione (somministrazione) di mere prestazioni di lavoro <sup>(99)</sup>.

In buona sostanza qui non è stata introdotta una nuova figura di reato prima inesistente, ma piuttosto è stata meglio delineata, nel rispetto del principio di tassatività e determinatezza della norma penale, la previsione normativa già sussistente all'interno dell'ordinamento lavoristico <sup>(100)</sup>.

Si tratterà, allora, nelle ipotesi interpositorie in esame, ancora una volta di una successione di leggi penali nel tempo, con applicazione delle disposizioni maggiormente favorevoli al reo (articolo 2, comma 3, c.p.), che sembrano da individuarsi nel previgente articolo 18, commi 1 e 2, del decreto legislativo n. 276/2003.

### 6.1. Lo pseudo-appalto.

D'altro canto, posta la sopravvivenza, anche dopo la riforma, del generale divieto di somministrazione di manodopera al di fuori dei limiti legali previsti, se l'appalto viene ritenuto e giudicato illegittimo e quindi illecito perché privo dei requisiti legali di cui all'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 e all'articolo 1655 c.c., si configurerà, inevitabilmente, un'ipotesi di somministrazione illecita di manodopera, ovvero di "interposizione illecita", utilizzando la dizione letterale contenuta nell'articolo 84, comma 2, del decreto, trattandosi,

---

<sup>(99)</sup> Su questi profili cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 75-80.

<sup>(100)</sup> Per un approfondimento sui fondamenti dell'assunto esposto nel testo, vedi nella dottrina penalistica: T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., 1354 ss.

di fatto, di una somministrazione di lavoro posta in essere da soggetto non autorizzato e del tutto al di fuori degli schemi legali riconosciuti leciti dalla norma <sup>(101)</sup>.

Da qui la scelta del decreto legislativo n. 251/2004 di confermare anche per lo pseudo-committente e lo pseudo-appaltatore la pena dell'ammenda già determinata dall'articolo 18, commi 1 e 2, in capo al somministratore (abusivo) e all'utilizzatore (illecito).

Ai sensi dell'articolo 18, comma 5-*bis*, del decreto legislativo n. 276/2003, pertanto, l'appaltatore e il committente che abbiano posto in essere, in esecuzione di un fittizio contratto di appalto di opere o di servizi, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori da parte del secondo al primo, sono entrambi soggetti alla pena, proporzionale e progressiva, dell'ammenda pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione <sup>(102)</sup>.

Qui, a differenza che nelle due contravvenzioni distinte della somministrazione abusiva e della utilizzazione illecita, il reato contravvenzionale è unico e rappresenta, dunque, sotto un profilo soggettivo, un vero e proprio *reato plurisoggettivo proprio*, in cui entrambi i soggetti datoriali rispondono di una condotta attiva, che consiste nella realizzazione di un appalto al di fuori degli schemi legali precostituiti, nel quale, di fatto, si è fittiziamente celata una vera e propria somministrazione abusiva di mere prestazioni di lavoro (interposizione illecita).

Il reato di interposizione illecita da pseudo-appalto si perfeziona, quindi, per la sussistenza dei seguenti elementi tipici:

a) *contratto di appalto non genuino*: il contratto di appalto, di opere o di servizi, corrisponde in realtà all'esecuzione di mere prestazioni di lavoro da parte dei lavoratori impiegati dallo pseudo-appaltatore e realmente eterodiretti dallo pseudo-committente <sup>(103)</sup>, mancano

---

<sup>(101)</sup> In generale sulla distinzione tra appalto e interposizione, cfr. R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(102)</sup> Invero, a ben guardare, la disposizione sanzionatoria del comma 5-*bis* differisce da quella del comma 1, esclusivamente per il riferimento alla giornata "di occupazione", anziché "di lavoro", ricalcando pedissequamente la dizione del comma 2, ma senza effetti peculiari nella ricostruzione giuridica della fattispecie illecita.

<sup>(103)</sup> Peraltro, sotto un profilo oggettivo, infine, le condotte, risultanti dall'accordo negoziale in cui si concreta la pattuizione relativa al contratto di appalto non genuino e quindi illecito (art. 84, comma 2), finiscono per coincidere nell'aver il

cioè i requisiti legali che rendono perfettamente lecito ed operativo l'appalto (articolo 29, comma 1) <sup>(104)</sup>;

*b) partecipazione psicologica dello pseudo-committente e dello pseudo-appaltatore alla fattispecie illecita realizzata:* entrambi sono corresponsabili, almeno sotto il profilo di una condotta colposa, perché hanno stipulato un contratto di appalto fittizio, illecito o comunque non genuino, non usando della normale diligenza, prudenza e perizia richieste dall'ordinamento giuridico;

*c) effettiva e concreta utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori:* il personale fittiziamente impegnato in un appalto è stato concretamente, illecitamente, impiegato in un'attività lavorativa di tipo subordinato alle dirette e immediate dipendenze dello pseudo-committente.

Trova applicazione anche in questa ipotesi di reato l'aggravante dello sfruttamento dei minori, nel senso già indicato.

Quanto agli effetti del reato, l'interposizione illecita da pseudo-appalto costituisce un'ipotesi di *reato permanente*, giacché committente e appaltatore partecipano con le rispettive condotte alla realizzazione del fatto illecito fin dal primo momento in cui i lavoratori vengono di fatto utilizzati al di fuori degli schemi legali dell'appalto quali veri e propri dipendenti dell'appaltante, ma poi il reato si perpetua in forma permanente nel susseguirsi dei giorni di occupazione, ma invero di lavoro effettivo, in cui gli stessi prestano attività lavorativa sotto le direttive dello pseudo-committente <sup>(105)</sup>.

Per quel che concerne poi l'istituto della prescrizione obbligatoria (articolo 15 del decreto legislativo n. 124/2004), l'applicazione di tale modalità di estinzione agevolata, o *rectius* di definizione in via amministrativa del reato, è fortemente condizionata dalla previsione dell'articolo 29, comma 3-*bis*, del decreto legislativo n. 276/2003, in-

---

committente fittizio utilizzato illecitamente una somministrazione di lavoro e nell'aver lo pseudo-appaltatore fornito manodopera senza munirsi della autorizzazione ministeriale richiesta dalla normativa.

<sup>(104)</sup> Su un piano pratico, l'assenza dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1, andrà accertata dal personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro, a partire dalla verifica della esistenza in capo all'appaltatore delle caratteristiche tipiche di impresa, per poi constatare la congruenza dell'eventuale mero esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati, a fronte della natura e delle esigenze dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto medesimo.

<sup>(105)</sup> Cfr. Cass. pen. n. 25726/2004, cit., sia pure resa con riferimento al testo originario dell'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003.

trodotta dall'articolo 6, comma 2, del decreto legislativo n. 251/2004.

Utilizzatore e somministratore sono, dunque, ammessi al pagamento di un quarto dell'ammenda, per lavoratore e per giornata di occupazione, se provvedono a regolarizzare, *ex post*, la fattispecie realizzata illecitamente, ma tale regolarizzazione non potrà che consistere nella cessazione immediata dell'appalto, in quanto l'articolo 29, comma 3-*bis*, ripetendo la formula già stabilita dall'articolo 27, comma 1, per le ipotesi di somministrazione irregolare, pone in capo ai lavoratori interessati dallo pseudo-appalto la facoltà di adire il giudice per la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dello pseudo-committente, datore di lavoro effettivo <sup>(106)</sup>.

D'altra parte, anche in questa contravvenzione troverà applicazione l'oblazione di cui all'articolo 162 c.p., sia per il somministratore che per l'utilizzatore.

## 6.2. Il distacco illecito.

Da ultimo, la scelta del legislatore di intervenire con il decreto correttivo anche con riguardo alle ipotesi di distacco illecito, al fine di evidenziarne la rilevanza penale (articolo 18, comma 5-*bis*), mostra ora il lato forte della ritrovata sistematicità del decreto di riforma intorno alla figura (una e trina) della interposizione illecita di manodopera.

In effetti, la configurazione del reato interpositorio viene a caratterizzarsi, correttamente, nelle tre forme della somministrazione abusiva/utilizzazione illecita, dello pseudo-appalto e del distacco illecito.

Le tre ipotesi sono senza dubbio riconducibili, per l'appunto, alla unitaria antidoverosità e antigiridicità della condotta interpositoria

---

<sup>(106)</sup> Cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit. Peraltro, come chiarito dal Ministero del lavoro con la circ. n. 7/2005, "in caso di appalto non genuino", poiché si tratta "di somministrazione senza autorizzazione e quindi irregolare, il legislatore ha espressamente previsto che il lavoratore possa chiedere la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione. L'azione può essere proposta davanti al Tribunale in funzione di giudice del lavoro, anche solo nei confronti dell'utilizzatore. È evidente, peraltro, che nell'ipotesi in cui la somministrazione senza autorizzazione si concretizzi in assenza di un contratto scritto, il contratto di somministrazione deve comunque ritenersi nullo e i lavoratori sono considerati alle dirette dipendenze dell'utilizzatore e questo indipendentemente dalla supposta qualificazione del contratto come appalto". Cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro: chiarimenti ministeriali*, cit., 14.



delle mere prestazioni di manodopera, al di fuori degli schemi legali tipizzati della somministrazione di lavoro <sup>(107)</sup>.

Nessuno può dubitare che il distacco di manodopera risulta tecnicamente costruito come una somministrazione non professionale di lavoro e che come tale viene ad essere fortemente limitato, dal testo di legge e dalla circolare del Ministero del lavoro del 15 gennaio 2004, n. 3, alle ipotesi in cui sussistono i requisiti espressamente e rigidamente stabiliti (articolo 30, comma 1).

Or bene, senza violare il principio di legalità e senza alcuna impossibile ricostruzione analogica, occorre considerare che la somministrazione di lavoro non professionale, *alias* il distacco, laddove risultasse priva dei requisiti della temporaneità e dell'interesse del distaccante, doveva comunque qualificarsi, giuridicamente, come somministrazione abusiva/utilizzazione illecita, ancor prima dell'intervento correttivo del decreto legislativo n. 251/2004 <sup>(108)</sup>.

D'altro canto, va apprezzato lo sforzo del legislatore che non ha perduto l'occasione per ricomporre in unità lo schema della tutela penalistica nei riguardi delle fattispecie in esame.

Pertanto, nei casi in cui il distacco viene posto in essere senza i caratteri di liceità e di legalità di cui all'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003, viene materialmente a configurarsi una chiara ipotesi di somministrazione illecita di manodopera, nelle forme di una più generale "interposizione illecita di manodopera", alla luce dell'articolo 18, comma 5-*bis* <sup>(109)</sup>.

Lo pseudo-distaccante e lo pseudo-distaccatario che hanno posto in essere, in esecuzione di un distacco fittizio, una mera fornitura o somministrazione di lavoratori, senza interesse e/o in maniera defini-

---

<sup>(107)</sup> Per un raffronto fra le tre fattispecie considerate v. C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in questa Parte, Sez. (A); P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, cit.

<sup>(108)</sup> In questo senso, precisamente, M.P. MONACO, *Il distacco del lavoratore, commento all'articolo 30*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *op. cit.*, 221-223, che parla di quadro sanzionatorio "praticamente immutato". *Contra* G. VIDIRI, *L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003: una norma di difficile lettura*, in *MGL*, 2004, n. 8-9, 566-567.

<sup>(109)</sup> Si tenga presente, peraltro, che qualora il distacco sia posto in essere in violazione delle disposizioni di cui all'art. 30, comma 3 (consenso del lavoratore per mutamento di mansioni o comprovate ragioni al distacco oltre 50 km), non si ha un'ipotesi di distacco illecito, ma soltanto di distacco nullo per carenza di requisiti formali, con conseguente diritto per il lavoratore di seguitare a svolgere la prestazione lavorativa presso il datore di lavoro distaccante, nell'originaria sede di lavoro.



tiva, sono entrambi soggetti alla pena dell'ammenda pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione.

Peraltro le differenze fra distacco e interposizione illecita si possono agevolmente individuare alla luce della valutazione strutturale della fattispecie che sebbene, in entrambi i casi, si basi su un rapporto trilaterale (imprenditore distaccante, lavoratore distaccato, imprenditore distaccatario), finisce per presentare non poche peculiarità che ne determinano, a seconda dei casi, la liceità o meno:

— il distacco è temporaneo e si fonda sull'interesse del distaccante, mentre l'interposizione ha carattere di definitività e si basa sull'interesse (prevalente o esclusivo) dello pseudo-distaccatario;

— il rapporto di lavoro rimane regolarmente sussistente fra l'impresa distaccante e il proprio dipendente, mentre nell'interposizione di manodopera il prestatore è soggetto al potere direttivo, disciplinare, organizzativo e gerarchico del distaccatario-interponente;

— l'impresa distaccante resta il datore di lavoro effettivo, su cui grava l'obbligo di farsi carico di qualsiasi modificazione intervenga nel rapporto durante il distacco in tema retributivo, previdenziale, assicurativo, di sicurezza, contrariamente a quanto accade in occasione di una interposizione, sia pure celata nelle forme di un distacco;

— non vi è alcun vincolo lavorativo espresso di natura subordinata fra impresa distaccataria e lavoratore, sebbene quest'ultimo venga collocato e inserito nell'organizzazione aziendale con uno specifico profilo; nell'organizzazione del distaccatario il lavoratore distaccato mantiene una posizione esterna, sia pure sotto l'aspetto della provenienza e della atipicità, di contro in caso di interposizione egli risulta perfettamente e stabilmente inserito nella realtà aziendale <sup>(110)</sup>.

Il reato di interposizione illecita da distacco illecito ripete identicamente lo schema dello pseudo-appalto, quale reato di azione e di pericolo, a struttura unitaria, posto in essere da entrambi i soggetti datoriali.

La contravvenzione si connota inoltre secondo i noti elementi tipici:

a) *distacco illecito*: il comando o distacco del lavoratore si risolve nella esecuzione di mere prestazioni di lavoro da parte dei lavoratori

---

<sup>(110)</sup> Cfr. per una dettagliata disamina sugli aspetti evidenziati nel testo F. SCARPELLI, *Commento all'articolo 30*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 441-445.

interessati, che vengono occupati di fatto alle immediate direttive dello pseudo-distaccatario e da questi realmente etero-diretti, mancano quindi i requisiti legali che rendono lecito il distacco (articolo 30, comma 1);

*b) partecipazione psicologica dello pseudo-distaccante e dello pseudo-distaccatario alla fattispecie illecita:* entrambi i soggetti datoriali si rendono corresponsabili, almeno per colpa, del reato avendo posto in essere un distacco fittizio (ovvero simulato) o in sé illecito, senza usare della normale diligenza, prudenza e perizia;

*c) effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori distaccati:* i lavoratori oggetto dello pseudo-distacco devono essere stati concretamente impiegati in attività lavorative alle immediate dipendenze dello pseudo-distaccatario, non bastando a realizzare il reato il mero incontro di volontà fra distaccante e distaccatario circa l'utilizzo delle energie lavorative di singoli lavoratori preventivamente individuati ma di fatto non impegnati in alcuna prestazione di lavoro <sup>(111)</sup>.

Come per le altre ipotesi di "interposizione illecita di manodopera" (da somministrazione abusiva/utilizzazione illecita e da pseudo-appalto) anche in caso di distacco illecito opera l'aggravante dello sfruttamento dei minori di cui si è detto.

Nell'analisi *quo ad effectum* va rilevato, come già per l'appalto illecito, che anche qui si realizza un'ipotesi di *reato permanente*, per effetto del quale la condotta illecita permane nel protrarsi dello svolgimento dell'attività lavorativa da parte dei lavoratori fittiziamente distaccati e illecitamente utilizzati dallo pseudo-distaccatario.

Infine, ferma restando l'applicabilità dell'oblazione (articolo 162 c.p.), analogamente allo pseudo-appalto qui la prescrizione obbligatoria (articolo 15 del decreto legislativo n. 124/2004) opera esclusivamente nelle forme della cessazione immediata del distacco illecito <sup>(112)</sup>, stante la disposizione contenuta nell'articolo 30, comma 4-*bis*,

---

<sup>(111)</sup> Insiste sul dato dell'effettivo conferimento al distaccatario della possibilità in concreto di disporre della prestazione lavorativa C. ZOLI, *Commento all'articolo 30*, in L. MONTUSCHI, F. LISO, M. PEDRAZZOLI *et AL.*, *op. cit.*, 330-331.

<sup>(112)</sup> Salva l'ipotesi del distacco che si concretizza in una somministrazione nulla perché senza contratto scritto, come chiarito dal Ministero del lavoro nella circ. n. 7/2005 citata: in tal caso, infatti, la prescrizione sarà nel senso dell'immediata regolarizzazione dei lavoratori interessati ("nell'ipotesi in cui la somministrazione senza autorizzazione si concretizzi in assenza di un contratto scritto, il contratto di sommi-

del decreto legislativo n. 276/2003, introdotto dall'articolo 7 del decreto legislativo n. 251/2004, secondo cui il lavoratore distaccato illecitamente può rivolgersi al giudice per domandare la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore (pseudo-distaccatario).

---

nistrazione deve comunque ritenersi nullo e i lavoratori sono considerati alle dirette dipendenze dell'utilizzatore e questo indipendentemente dalla convinzione che l'invio del lavoratore presso il terzo integra la diversa ipotesi del distacco"). Cfr. sul punto C. BIZZARRO, *op. ult. cit.*, 14.



#### 4.

### SOMMINISTRAZIONE IRREGOLARE E SOMMINISTRAZIONE FRAUDOLENTA

CHIARA BIZZARRO

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo di riferimento. — 2. Ambito di applicazione della somministrazione irregolare. — 3. Tutela del lavoratore in caso di somministrazione irregolare e di somministrazione fraudolenta. — 4. Limiti al sindacato giurisdizionale. — 5. Effetti della somministrazione irregolare sugli atti compiuti dal somministratore. — 6. Conclusioni.

#### 1. Il quadro normativo di riferimento.

Nell'impianto complessivo della legislazione sul divieto di interposizione, la disciplina sanzionatoria ha sempre svolto un ruolo di notevole importanza sia sotto il profilo teorico-ricostruttivo che sotto il profilo delle conseguenze pratiche derivanti dall'applicazione della disciplina. L'imputazione soggettiva del rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione, conseguenza automatica derivante dalla violazione del divieto, costituiva infatti l'elemento di maggiore rischio per gli imprenditori che decidevano di fare ricorso a pratiche di esternalizzazione <sup>(1)</sup>. Questo soprattutto in ragione della man-

---

<sup>(1)</sup> Cfr. M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in *GLav*, 1997, n. 3, 10, ora in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 271, in cui l'A. rileva come nell'ordinamento italiano « possono darsi situazioni di obsolescenza del quadro normativo (tali) da trasformare l'opportunità in un rischio e quindi in un vincolo. Tante sono le difficoltà, così molteplici appaiono i rischi di ordine legale, che la valenza strategica dell'*outsourcing* può in alcuni casi vacillare ... le pratiche di esternalizzazione del lavoro si scontrano nel caso italiano con normative non pensate per favorirle, o anche solo governarle, al fine di assicurare correttezza di competizione fra le imprese ».

canza di elementi univoci di distinzione fra interposizione e appalto (2).

Non a caso una parte della dottrina aveva ricostruito la stessa disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 1 della legge n. 1369/1960 non in termini di sanzione per la violazione di un precetto quanto piuttosto come la coerente applicazione dei principi generali in materia di qualificazione del rapporto di lavoro (3). Questa tesi era stata successivamente valorizzata da altra dottrina e alla norma in esame era stato attribuito il ruolo di indice della sussistenza nell'ordinamento di un principio generale, volto a garantire la trasparente imputazione dei rapporti di lavoro, in base al quale è datore di lavoro colui che utilizza effettivamente la prestazione (4).

A fronte di tali premesse, occorre anche rilevare come la disciplina sanzionatoria in materia di rapporti interpositori si caratterizza oggi per l'assenza, rispetto alla regolamentazione previgente, di una norma espressa che sanziona, in quanto tale, l'interposizione nei rapporti di lavoro. L'analisi del sistema sanzionatorio di cui al decreto legislativo n. 276/2003 pone dunque alla attenzione dell'interprete il problema, centrale e preliminare a ogni ulteriore riflessione, circa la perdurante vigenza nel nostro ordinamento del divieto di interposizione.

Come noto, infatti, il decreto legislativo n. 276/2003 introduce e sanziona le due fattispecie della somministrazione irregolare e della somministrazione fraudolenta. La prima, disciplinata dall'articolo 27, è relativa alle conseguenze derivanti dal ricorso alla somministrazione fuori dai limiti consentiti. La seconda, ai sensi del successivo articolo 28, riguarda, invece, l'ipotesi in cui la somministrazione di lavoro sia posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore.

---

(2) Per una ricognizione sullo stato della elaborazione giurisprudenziale quanto all'applicazione della l. n. 1369/1960 e segnatamente dei profili di distinzione fra interposizione e appalto, cfr. l'analisi di L. CALCATERRA, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in *MGL*, 2003, n. 8-9, 602-622. Con riferimento alla difficoltà pratica di applicazione del divieto di interposizione cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. 1*, Giuffrè, Milano, 2000, 438 ss., e in particolare 445-446.

(3) Per tutti la ricostruzione di O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.

(4) Cfr. G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, F. Angeli, Milano, 1995.

Delle due disposizioni solo la prima disciplina la fattispecie dal punto di vista delle conseguenze sui rapporti giuridici fra somministratore, utilizzatore e lavoratore. La seconda, invece, integra un'ipotesi di reato, peraltro, considerata, nel presente contributo, esclusivamente dalla prospettiva di valutare le conseguenze che, dal verificarsi della fattispecie penale, derivano sui rapporti fra le parti <sup>(5)</sup>.

L'articolo 21, comma 4, del decreto inoltre dispone che « in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore » <sup>(6)</sup>.

Infine, occorre tener conto di altre due norme, rispettivamente collocate in materia di appalto e distacco, il comma 3-*bis* dell'articolo 29 e il 4-*bis* dell'articolo 30 <sup>(7)</sup>. Le due disposizioni richiamate riprendono, infatti, la formulazione dell'articolo 27 <sup>(8)</sup> con riferimento alle ipotesi in cui, rispettivamente, l'appalto intervenga in assenza degli elementi che lo identificano e lo distinguono dalla somministrazione <sup>(9)</sup> e il distacco sia disposto dal datore di lavoro fuori dalle necessarie condizioni di ricorso all'istituto (interesse e temporaneità) <sup>(10)</sup>.


## 2. Ambito di applicazione della somministrazione irregolare.

L'articolo 27 del decreto legislativo n. 276/2003 dispone che « quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e

---

<sup>(5)</sup> Per una analisi della fattispecie penale, cfr. P. RAUSEL, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, che precede, qui § 4.

<sup>(6)</sup> In generale sui requisiti di forma e di contenuto del contratto di somministrazione cfr. M. SOLDERA, *Il contratto di somministrazione: requisiti di forma e di contenuto*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(7)</sup> Le due disposizioni in questione sono state introdotte negli artt. 29 e 30 del d.lgs. n. 276/2003 dal d.lgs. n. 251/2004 e precisamente dagli artt. 6 e 7. Vedi il testo del decreto correttivo e la versione consolidata del d.lgs. n. 276/2003, in  *Riforma Biagi*.

<sup>(8)</sup> La formulazione testuale è identica salvo per l'assenza nel comma 3-*bis* e nel comma 4-*bis* citati dell'inciso presente invece nel comma 1 dell'art. 27 « con effetto dall'inizio della somministrazione ».

<sup>(9)</sup> Sugli elementi di distinzione fra appalto e somministrazione cfr. R. ROMEL, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(10)</sup> Sui requisiti di legittimità del distacco cfr. C. BIZZARRO, M. TRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, in questa Parte, Sez. (A).

delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)* ed *e)*, il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 c.p.c., notificato anche soltanto 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 ».

Vengono qui in rilievo le violazioni relative alle norme che regolano il mercato della somministrazione di lavoro: tanto quelle che riguardano l'accesso a quel mercato, quanto quelle che ne determinano i confini.

Le violazioni in esame vengono in questa sede considerate con riferimento alla disciplina dei rapporti fra le parti là dove, invece, nel precedente titolo del decreto legislativo n. 276/2003, il secondo, relativo alla regolamentazione complessiva del mercato del lavoro, sono disciplinati i profili penali e amministrativi <sup>(11)</sup> delle medesime violazioni <sup>(12)</sup>.

I limiti e le condizioni di ricorso sono identificati dal legislatore non direttamente ma mediante rinvio ad altre due norme del decreto che dettano la disciplina sostanziale dell'istituto. La prima, l'articolo 20, relativa alle condizioni di accesso alla somministrazione; la seconda, l'articolo 21, relativa ai vincoli di forma e di contenuto del contratto di somministrazione.

È stato rilevato come il rinvio ad entrambe le norme comporti talora il riferimento ad un unico requisito di modo che vi sarebbero duplicazioni difficili da districare <sup>(13)</sup>.

---

<sup>(11)</sup> Cfr. l'art. 18, d.lgs. n. 276/2003, e a commento P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, cit.

<sup>(12)</sup> La separazione sembra coerente con il modello ricostruttivo della fattispecie lavoro tramite agenzia che distingue fra norme deputate alla regolamentazione della struttura del mercato del lavoro in generale, e della somministrazione, in particolare (comprendente quindi dei riferimenti alla individuazione dei soggetti abilitati all'esercizio dell'attività) e norme relative alla disciplina, direzionale, relativa ai rapporti giuridici fra le parti della fattispecie trilaterale. Su questo modello di analisi dell'esperienza nazionale e comparata cfr. M. TRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, 213-215, e la relativa applicazione nelle pagine successive. Critico con riferimento alla collazione sistematica delle norme in materia di somministrazione all'interno del decreto, P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto, le nuove forme di prestazione a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, Cacucci, Bari, 2003, qui 91.

<sup>(13)</sup> In questo senso in particolare M.T. CARINCI, *La somministrazione irrego-*



Al di là del rilievo relativo alla tecnica di definizione della fattispecie sanzionatoria, si può tuttavia rilevare come i due ordini di limiti operino ad un livello fra loro differente. L'articolo 20, infatti, definisce in generale le condizioni di ricorso all'istituto, là dove l'articolo 21 colloca invece tali limiti, per il tramite dei vincoli posti all'autonomia delle parti in sede di definizione del regolamento contrattuale, nel contesto specifico della singola somministrazione. In altri termini il contratto di somministrazione diventa, così, il momento in cui le parti fissano — nel rispetto dei requisiti di legge — i limiti entro cui sarà utilizzato l'istituto <sup>(14)</sup>.

Si vede quindi come la necessaria autorizzazione in capo al somministratore trova riscontro nell'obbligo di indicare nel contratto di somministrazione gli estremi del provvedimento autorizzatorio mentre la necessaria sussistenza delle condizioni di ricorso alla somministrazione (a termine e a tempo indeterminato) risponde all'obbligo di indicare nel contratto di somministrazione la singola esigenza/attività che consente all'utilizzatore di ricorrere alla somministrazione e, infine, il vincolo concernente il rispetto dei limiti quantitativi si concretizza nell'obbligo di indicare nel contratto di somministrazione il numero di lavoratori addetti alla somministrazione. Analogamente nel contratto di somministrazione deve essere specificatamente indicato se sussistono rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e le misure di prevenzione adottate. Da ciò si deve dedurre che anche il mancato ri-

---

*lare, anzi illecita*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, qui 162-163, e P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto, le nuove forme di prestazione a favore del terzo*, cit., 137-138, e, seppur con diversi esiti interpretativi, R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, § 3.7., e P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 317.

<sup>(14)</sup> In questo senso si evidenzia come la regolamentazione legale della somministrazione di lavoro trovi riscontro nei limiti posti all'autonomia negoziale nella disciplina del singolo rapporto di somministrazione, con l'ulteriore considerazione che tali limiti si impongono ad un rapporto di natura commerciale per lo stretto collegamento fra questo e l'esecuzione di una prestazione lavorativa. Cfr. V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, n. 2, 314, secondo cui « 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 ».

spetto delle misure di prevenzione configura una ipotesi di somministrazione irregolare.

In conclusione, poi, nel contratto di somministrazione devono essere indicate la data di inizio della somministrazione e la durata prevista del contratto: due requisiti che consentono una pronta identificazione della singola somministrazione. In questo caso, peraltro, non sembra potersi desumere che la data di inizio e la durata prevista costituiscano limiti invalicabili. Piuttosto, in questo caso, il limite consiste nella obbligatorietà di far risultare per iscritto e comunicare al lavoratore (*infra*, nel testo), affinché siano a lui opponibili, uno spostamento rispetto all'inizio di esecuzione del contratto ovvero una proroga del medesimo.

La precisazione ha riflessi di rilievo e non solo sulla tecnica di tutela adottata<sup>(15)</sup>.

Originariamente, infatti, l'ambito di applicazione dell'articolo 27 risultava condizionato dalla pervasività di un'altra disposizione contenuta nello stesso decreto: l'articolo 21, comma 4, relativo alle conseguenze derivanti dalla mancata indicazione, in forma scritta, di alcuni fra gli elementi che la legge prescrive siano obbligatoriamente inseriti nel contratto di somministrazione<sup>(16)</sup>.

L'articolo 21 dispone, tuttora, che il contratto di somministrazione debba essere stipulato in forma scritta a pena di nullità. In caso di assenza di forma scritta e di nullità del contratto, si determina la imputazione del rapporto di lavoro *ope legis* in capo all'utilizzatore. La formulazione originaria della norma disponeva, tuttavia, che dovessero essere indicati, in forma scritta e a pena di nullità, i singoli elementi richiamati pure dall'articolo 27 in esame come limiti di ricorso alla somministrazione. La omissione, anche di uno solo di questi elementi nel contratto scritto di somministrazione, incideva, pertanto, direttamente sulla validità del contratto e determinava *ex se* l'imputazione del rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore<sup>(17)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Per questo profilo cfr. *infra*, § 3.

<sup>(16)</sup> Cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 317, ma *contra* F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, qui 428.

<sup>(17)</sup> Il mero errore materiale derivante dalla omessa indicazione degli estremi della autorizzazione nel contratto di somministrazione concluso con una agenzia regolarmente iscritta all'albo era pertanto per sé idoneo a travolgere sia il contratto com-

Non solo. Proprio la sovrapposizione fra l'ambito di applicazione della disposizione di cui all'articolo 27 e quello della norma di cui all'articolo 21 costituiva un elemento a sostegno della tesi secondo cui non vi era alcuna differenza fra quanto previsto per la somministrazione irregolare e quanto, invece, stabilito in caso di contratto di somministrazione nullo per mancanza di forma: a fronte della violazione della medesima norma sostanziale non era possibile ipotizzare diverse conseguenze sul piano sanzionatorio. Ne derivava la conclusione secondo cui anche in caso di somministrazione irregolare la costituzione del rapporto di lavoro era conseguenza automatica della violazione e la tutela giurisdizionale una tutela di natura dichiarativa e non costitutiva <sup>(18)</sup>.

In questo contesto, il rapporto fra le due norme risultava effettivamente ambiguo anche se una differenza era stata tuttavia evidenziata, con riferimento alla diversa natura della violazione, formale per l'articolo 21, sostanziale per l'articolo 27 <sup>(19)</sup>.

L'esempio più vistoso (e sicuramente il più rilevante quanto meno per le implicazioni di valore) della duplicazione cui ci si riferisce è dato da tutte le ipotesi di appalto (o di distacco) non genuino: il contratto fra committente e pseudo-appaltatore ben avrebbe potuto essere stato stipulato in forma scritta, ma sarebbe stato in ogni caso privo della indicazione degli estremi della autorizzazione. In altri termini, in tutte le ipotesi di somministrazione abusiva avrebbe quindi trovato applicazione non l'articolo 27 ma l'articolo 21 <sup>(20)</sup>.

---

merciale che quello di lavoro come esito legalmente necessario e senza alcuna possibile considerazione/rilevanza della volontà di nessuna delle parti, incluso il lavoratore (*infra*, § 3).

<sup>(18)</sup> Cfr. la tesi sostenuta da M.T. CARINCI, *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, cit., 162-163. Occorre peraltro precisare che l'imputazione del rapporto di lavoro *ope legis* in capo all'utilizzatore anche in caso di somministrazione irregolare è sostenuta dall'A. anche a fronte del mutamento della formulazione dell'art. 21 in esame a seguito del correttivo con specifico riguardo all'interpretazione dell'art. 29, comma 3-*bis*, cfr. M.T. CARINCI, L. IMBERTI, *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il d.lgs. n. 251/2004*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2005, vol. 5, 90-93.

<sup>(19)</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, cit., qui § 3.7.

<sup>(20)</sup> Questa tesi sembra contrastare con la scelta operata dal legislatore nel momento in cui la previsione contenuta nell'art. 27 del decreto è confermata, rispet-

Analogamente anche la mancata indicazione (*rectius* la mancata e puntuale indicazione, *infra*, § 3) della singola condizione di ricorso all'istituto, avrebbe determinato per sé sola la nullità del contratto e l'automatica imputazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, così come la mancata indicazione della data di inizio della somministrazione ovvero anche del numero di lavoratori addetti alla somministrazione.

Come anticipato, il decreto correttivo <sup>(21)</sup> ha eliminato la duplicazione: gli elementi previsti dall'articolo 21, comma 1, lettere dalla *a*) alla *e*), non devono più essere previsti in forma scritta ai fini della validità del contratto.

Il vincolo formale, per contro, rimane anche se, come anticipato, non rileva ulteriormente ai fini della validità del contratto.

Se infatti il contratto rappresenta il momento in cui le parti attualizzano, con riferimento alla singola somministrazione, i requisiti sostanziali previsti dalla legge, allora il contratto di somministrazione, e il suo contenuto, restano il riferimento obbligatorio per valutare, nei singoli casi, la conformità alla disciplina legale.

Questa tesi trova riscontro nell'obbligo a carico della agenzia di comunicare al lavoratore il contenuto del contratto di somministrazione al momento dell'assunzione ovvero prima dell'invio in missione, al punto che sembra anche potersi sostenere che saranno opponibili al lavoratore solo quegli elementi del contratto di somministrazione che gli siano stati effettivamente comunicati.

Proprio la previsione di questo obbligo costituisce, infatti, il nesso di collegamento che consente l'operatività della complessiva disciplina sanzionatoria della somministrazione di lavoro e garantisce la tutela del lavoratore in caso di ricorso alla somministrazione fuori dai limiti consentiti <sup>(22)</sup>. Attraverso la comunicazione, infatti, il lavoratore

---

tivamente in materia di appalto e di distacco, nei commi 3-*bis* dell'art. 29 e 4-*bis* dell'art. 30.

<sup>(21)</sup> Cfr. art. 5 del d.lgs. n. 251/2004.

<sup>(22)</sup> La disposizione in esame è assistita sul piano sanzionatorio dalla previsione dell'illecito amministrativo in capo al somministratore che non adempie all'onere di comunicazione nei confronti del lavoratore. Si può peraltro obiettare, quanto all'efficacia del sistema così delineato che, tanto più in un contesto afflitto da rilevanti problemi di rappresentatività delle OO.SS., il lavoratore in somministrazione potrebbe non attivarsi per ottenere effettivamente la comunicazione. Rispetto a questa obiezione si può considerare che, ove si aderisse alla tesi esposta nel testo diven-

è posto in grado di valutare se sussistono le violazioni di ricorso all'istituto che gli consentono di agire per ottenere la costituzione del rapporto con l'utilizzatore.

### 3. Tutela del lavoratore in caso di somministrazione irregolare e di somministrazione fraudolenta.

L'effettività del divieto di interposizione, nell'ordinamento italiano, era garantita da un rigoroso sistema caratterizzato dalla combinazione di una sanzione penale, una ammenda di natura proporzionale al numero di lavoratori impiegati e alle giornate di lavoro effettuate, e di una sanzione civile, relativa alla implicita nullità del negozio avente ad oggetto la somministrazione e all'espressa previsione della imputazione dei rapporti di lavoro, conclusi in violazione del divieto, direttamente in capo all'utilizzatore <sup>(23)</sup>.

Nel decreto legislativo n. 276/2003 la sanzione di natura penale trova conferma <sup>(24)</sup> nella previsione dei reati di somministrazione abu-

---

terebbe interesse delle agenzie di effettuare la comunicazione onde evitare che il lavoratore agisca per far valere l'irregolarità della somministrazione per il solo fatto della carenza della comunicazione. Là dove, invece, questa tesi non fosse condivisa si potrebbe ritenere preferibile un sistema quale quello spagnolo (cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La regolamentazione della somministrazione di lavoro: un confronto comparato*, nella Parte I, Sez. (A), di questo volume), in cui la comunicazione avente ad oggetto il contenuto del contratto di somministrazione (certamente più specifica rispetto a quella prevista ai sensi dell'art. 24, comma 4, d.lgs. n. 276/2003 relativamente al numero dei lavoratori in somministrazione e ai motivi di ricorso all'istituto) è diretta alle OO.SS. presso l'utilizzatore. Non solo. Anche il sistema francese, che pure condiziona l'imputazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore all'esercizio della azione da parte del lavoratore (cfr. sull'influenza del modello regolatorio francese P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 317-318), dispone che la azione possa essere esercitata anche dalle OO.SS., pur in assenza di mandato da parte del lavoratore, previa comunicazione al lavoratore interessato, il quale rimane comunque titolare della facoltà di intervenire, in qualsiasi momento, nel giudizio e di interrompere la causa (cfr. S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La regolamentazione della somministrazione di lavoro: un confronto comparato*, cit.).

<sup>(23)</sup> Cfr. art. 1, comma 5, l. n. 1369/1960. Per una ricostruzione del sistema sanzionatorio predisposto dalla l. n. 1369/1960 e l'analisi delle diverse tesi proposte in dottrina cfr., per tutti, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, 125-162.

<sup>(24)</sup> Con riferimento ai profili di rilievo costituzionale relativi al rispetto della delega, *supra*, § 2.

siva e utilizzazione illecita<sup>(25)</sup>. Con riferimento invece alle conseguenze civilistiche derivanti dalla violazione delle prescrizioni in materia di somministrazione, la sanzione della nullità del contratto di somministrazione permane (ed è ora prevista espressamente) per l'ipotesi di mancanza di forma scritta e, così come disposto dalla legge n. 1369/1960, i lavoratori sono considerati alle dirette dipendenze dell'utilizzatore<sup>(26)</sup>.

Diversamente, il legislatore del 2003 dispone per l'ipotesi in cui siano violate le condizioni di ricorso alla somministrazione.

In questo caso, infatti, non solo non è qualificata la sanzione di natura civile che segue alla violazione dei requisiti di legge ma non è neppure prevista l'automatica imputazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore. Di contro la formulazione letterale della norma sembra limitarsi ad attribuire al lavoratore la mera facoltà di agire in giudizio, anche solo nei confronti dell'utilizzatore<sup>(27)</sup>, e ottenere, per questa via, la costituzione del rapporto di lavoro a partire dall'inizio della somministrazione.


Con riferimento alle sanzioni civili, quindi, l'impianto previgente troverebbe conferma solo con riferimento alla ipotesi di nullità del contratto di somministrazione per assenza di forma scritta, mentre dalla introduzione della ipotesi della somministrazione irregolare deriverebbe in capo al lavoratore una diversa tutela di natura costitutiva.

Dal punto di vista delle conseguenze pratiche, con riferimento alla diversa articolazione della tutela nell'uno e nell'altro caso, si rileva che l'esclusione di una tutela di mero accertamento e l'attribuzione della legittimazione ad agire in capo al solo lavoratore, pregiudica la possibilità dei terzi — e segnatamente degli organi ispettivi e di vigilanza nonché degli enti previdenziali — di incidere sulla imputazione

---

<sup>(25)</sup> Cfr. art. 18, commi 1-2, d.lgs. n. 276/2003, e con riferimento ad appalto e distacco l'ipotesi di reato di cui al medesimo art. 18, comma 5-*bis*. Per una analisi del sistema complessivo, cfr. P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, cit.

<sup>(26)</sup> Cfr. art. 21, comma 4, d.lgs. n. 276/2003.

<sup>(27)</sup> La sussistenza di un litisconsorzio necessario fra somministratore e utilizzatore rispetto all'azione del lavoratore per far accertare la violazione del divieto di interposizione era stata esclusa, nel vigore della l. n. 1369/1960, da Cass., sez. un., 22 ottobre 2002 n. 14897, in *OGL*, 2003, I, 854, e in  *Somministrazione*.

sogettiva del rapporto di lavoro la cui sorte è vincolata ad un onere di proporre azione da parte del lavoratore <sup>(28)</sup>.

Questo esito appare particolarmente controverso (e problematico) ove si consideri che fra le violazioni cui si applica l'articolo 27 rientra anche la mancanza di autorizzazione in capo all'agenzia (*supra*, § 3).

L'opzione, poi, tanto più può apparire controversa nel momento in cui, a sanare ogni dubbio derivante dalla omissione di una sanzione espressa, il decreto legislativo n. 251/2004 ha ribadito la formulazione dell'articolo 27 anche con riferimento all'ipotesi di appalto non genuino e di distacco illegittimo <sup>(29)</sup>.

Una valutazione della tecnica di tutela adottata peraltro deve necessariamente considerare la situazione complessiva in cui si trovi il lavoratore nel momento in cui venga accertata l'irregolarità della somministrazione.

In primo luogo, infatti, rileva che la qualificazione della fattispecie come somministrazione comporta la piena applicazione al lavoratore della tutela complessiva prevista per i lavoratori in somministrazione.

Il passaggio da un sistema che vieta, almeno in linea teorica <sup>(30)</sup>, il ricorso alla somministrazione di lavoro, chiudendo quindi il relativo

<sup>(28)</sup> Sull'interesse degli enti previdenziali affinché l'imputazione del rapporto di lavoro intervenga in capo all'utilizzatore, cfr. F. BASENGHI, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit., 308-310, cui *adde* F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, cit., qui 428-429. Si rileva peraltro come questa tesi sia coerente con la ricostruzione complessiva della materia operata da entrambi gli Autori i quali sostengono tanto il permanere nell'ordinamento di un divieto generale di interposizione quanto la natura eccezionale della somministrazione di lavoro.

<sup>(29)</sup> A commento della modifica cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro - Insero sulla correzione d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, Zanichelli, Bologna, 2004, 15-19, e *ivi*, con riferimento al distacco anche il contributo, che segue, relativo all'art. 30 come modificato dal d.lgs. n. 251/2004, di C. Zoli. Entrambi gli Autori, peraltro, confermano la natura costitutiva dell'azione attribuita al lavoratore e l'esclusione della legittimazione ad agire in capo agli enti previdenziali ma vedi *contra*, come anticipato alla nota 18, M.T. CARINCI, L. IMBERTI, *op. cit.*

<sup>(30)</sup> Ci si riferisce qui alla lettura che aveva evidenziato — con particolare riferimento gli orientamenti prevalenti in giurisprudenza, ma anche alla prassi ricorrente nell'attività ispettiva, nonché in considerazione della incerta applicazione del divieto al datore di lavoro pubblico — come a fronte della apparente assoluta del divieto di interposizione di fatto questo non era applicato ove il rapporto di lavoro fosse



mercato ad operatori pubblici e privati, ad un sistema di regolamentazione di quel mercato (non un sistema completamente liberalizzato) comporta la necessità non solo di regolare la struttura del mercato della somministrazione ma anche di disciplinare il rapporto fra le parti coinvolte nella fattispecie trilaterale <sup>(31)</sup> e, segnatamente, costituisce il presupposto della identificazione di un preciso statuto giuridico del lavoratore in somministrazione <sup>(32)</sup>.

Ne deriva, quindi, che per il periodo in cui la somministrazione irregolare ha trovato esecuzione, il lavoratore illegittimamente distaccato, ovvero il lavoratore che esegua la prestazione in un appalto non genuino, ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello spettante ai lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, e può chiedere l'adempimento dell'obbligazione retributiva tanto al somministratore quanto all'utilizzatore, fra loro solidalmente responsabili. Più in generale, poi, troverà applicazione l'intero schema di ripartizione della posizione datoriale fra somministratore e utilizzatore: la responsabilità per la violazione della disciplina protettiva in materia di salute e sicurezza <sup>(33)</sup>, la disciplina della responsabilità civile verso i terzi <sup>(34)</sup>, la responsabilità di somministratore e utilizzatore in caso di mutamento di mansioni, ecc. <sup>(35)</sup>.

In altri termini, poiché « il rapporto interpositario irregolare rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro » <sup>(36)</sup>, il

---

stato costituito in modo regolare, gli standard retributivi collettivi rispettati, gli oneri amministrativi adempiuti, così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, 1, cit., 438 ss.

<sup>(31)</sup> Al riguardo vedi anche O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, nella Parte I, Sez. (A), di questo volume, qui § 1.

<sup>(32)</sup> Per l'impostazione del problema con riferimento allo statuto giuridico del lavoratore in somministrazione vedi M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 347-404, e, con riferimento alla attuale disciplina della somministrazione di lavoro, B. SANNINO, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile*, nella Parte I, Sez. (C), di questo volume.

<sup>(33)</sup> Cfr. il contributo di S. BIANCHI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, nella Parte I, Sez. (C), di questo volume.

<sup>(34)</sup> Cfr. il contributo di M. TIRABOSCHI, *La responsabilità civile per i danni a terzi*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(35)</sup> Cfr. il contributo di E. CASSANETI, L. FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(36)</sup> M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in



lavoratore vede riconosciuta nei confronti dell'utilizzatore una relazione giuridicamente rilevante pur avendo stipulato il contratto di lavoro solo con il soggetto interposto e senza che sia necessario costituire *ope legis* il rapporto di lavoro direttamente con l'utilizzatore.



Così argomentando, rispetto alla legge n. 1369/1960, si ha in entrambi i casi la violazione di un divieto: là del divieto di interposizione, qui — ma è lo stesso se non con un ambito di applicazione più circoscritto <sup>(37)</sup> — del divieto di esercitare (e utilizzare) l'attività di somministrazione senza aver ottenuto la prescritta autorizzazione. Dal punto di vista, però, dei rapporti fra le parti la qualificazione della fattispecie come somministrazione determina comunque una tutela del lavoratore anche nei confronti dell'utilizzatore, senza dover necessariamente transitare per la costituzione *ex lege* di un rapporto di lavoro alle sue dirette dipendenze.

Ove invece la somministrazione sia del tutto preclusa, in assenza di una specifica regolamentazione del rapporto fra le parti della fattispecie trilaterale, l'imputazione soggettiva del rapporto di lavoro con l'utilizzatore costituisce l'unico strumento per attribuire al lavoratore una tutela diretta nei confronti di quest'ultimo.

Né, a ben vedere, poteva essere diversa la soluzione tecnica adottata nella regolamentazione della fornitura di lavoro temporaneo nel momento in cui l'ipotesi era costruita come eccezionale. In questo caso, infatti, il venir meno delle singole condizioni che consentivano la deroga al divieto assoluto di interposizione non poteva che determinare l'applicazione di tutta la relativa disciplina e quindi, anche, il ricorso alla tradizionale tecnica di tutela data dalla imputazione del rapporto di lavoro con il solo utilizzatore <sup>(38)</sup>.

---

M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, qui 224.

<sup>(37)</sup> Cfr. sul punto l'orientamento, oramai consolidato, espresso dalla giurisprudenza di legittimità relativa alla qualificazione della successione fra art. 2 della l. n. 1369/1960 e art. 18, d.lgs. n. 276/2003, come *abrogatio sine abolitione*. Vedi, in particolare, Cass. pen. 3 febbraio 2005 (ud. 20 dicembre 2004) n. 3714; Cass. pen. 26 gennaio 2004 (ud. 11 novembre 2003) n. 2583; Cass. pen. 24 febbraio 2004 (ud. 29 gennaio 2004) n. 7762; Cass. pen. 25 agosto 2004 (ud. 16 giugno 2004) n. 34922, tutte in  *Boll. Adapt*, 2005, n. 21, e in  *Somministrazione*, e per un primo commento il contributo di A. TUFFANELLI, *La somministrazione di lavoro altrui: nuovo quadro legale e regime sanzionatorio*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>(38)</sup> Sulla natura di eccezione della fornitura di lavoro temporaneo rispetto alla l. n. 1369/1960 cfr., per tutti, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 35-37, e

Prima di interrogarsi sulla portata effettiva della norma, peraltro, occorre valutare come si colloca la fattispecie della somministrazione irregolare rispetto alle altre sanzioni previste in materia di rapporti interpositori e, segnatamente, rispetto alle ipotesi di contratto di somministrazione nullo per mancanza di forma scritta e di somministrazione fraudolenta <sup>(39)</sup>.

Particolare rilievo acquista, infatti, la constatazione che in caso di mancanza di forma scritta, verosimilmente il caso più frequente di sfruttamento parassitario del lavoro altrui <sup>(40)</sup>, il contratto di somministrazione, senza alcun rilievo di ogni pretesa qualificazione operata dalle parti, è nullo e trova, quindi, applicazione il regime di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 276/2003, inclusa la riconduzione dei rapporti di lavoro direttamente in capo all'utilizzatore.

Dal confronto fra le due ipotesi è stato rilevato come il legislatore della riforma abbia inteso procedere ad una graduazione delle sanzioni con riferimento alle gravità delle infrazioni <sup>(41)</sup>, riservando la applicazione della tecnica di tutela tradizionale — in virtù della quale la protezione del lavoratore si realizza con la imputazione del rapporto di

---

ivi ampi riferimenti bibliografici. Si può osservare poi come sul piano della gestione del rapporto di lavoro l'eccezionalità della fattispecie prevista a livello di regolamentazione (non solo a ben vedere con riferimento al divieto ma anche e soprattutto con riferimento alla eccezionalità e straordinarietà delle condizioni di ricorso all'istituto) si tramutava nella conferma di un modello « centro-periferia » con riferimento, rispettivamente, ai rapporti di lavoro bilaterali e a tempo indeterminato e ai rapporti di lavoro in somministrazione. Per questa prospettiva di indagine vedi l'analisi di M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli conciliabili?*, che introduce il presente volume, § 5.

<sup>(39)</sup> Per analoga impostazione interpretativa, cfr. P. FERGOLA, *Somministrazione di lavoro e divieto di interposizione: pretesi orientamenti comunitari e presunti principi fondativi del diritto del lavoro. Seconda Parte*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2004, 1191-1196.

<sup>(40)</sup> Per un analogo rilievo vedi di nuovo P. FERGOLA, *Somministrazione di lavoro e divieto di interposizione*, cit., 1189.

<sup>(41)</sup> In questo senso vedi P. ICHINO, *Somministrazione, appalto e distacco*, cit., 317, il quale ravvisa nell'intendimento di differenziare nettamente le sanzioni applicabili rispettivamente alle violazioni delle condizioni di ricorso alla somministrazione e alla somministrazione fraudolenta, la *ratio* della previsione dell'art. 27 e dell'art. 28 (nonché dell'art. 21 con riferimento all'obbligo di stipulare il contratto di somministrazione in forma scritta). Con espresso riferimento alla prospettiva di graduare le sanzioni civili (anche in linea con la graduazione delle sanzioni per gli illeciti penali e amministrativi), vedi P. FERGOLA, *Somministrazione di lavoro e divieto di interposizione*, cit., 1182-1185.

lavoro alla sfera giuridica dell'utilizzatore *ope legis* — alle ipotesi in cui è lo schema stesso della somministrazione a venir meno <sup>(42)</sup>. Si può anche rilevare come in queste ipotesi la *ratio* stessa dell'applicazione della tutela del lavoratore in somministrazione viene meno, là dove l'interposto sia così inconsistente da non avere ragionevolmente senso una tutela modulata sulla ripartizione della responsabilità del rapporto di lavoro fra i due soggetti che assolvono alla funzione di datore di lavoro <sup>(43)</sup>.

Si può poi aggiungere come in queste ipotesi venga meno la ragionevolezza stessa del riconoscimento giuridico della somministrazione come istituto che presiede ad una organizzazione di impresa secondo una logica di esternalizzazione/internalizzazione delle attività produttive e di integrazione contrattuale fra imprese <sup>(44)</sup>. Lo schema della somministrazione diventa, infatti, in queste ipotesi un mero espediente di abbattimento del costo del lavoro che nella maggior parte dei casi si associa anche al tentativo di eludere le tutele inderogabili del lavoratore subordinato.

Questa tesi trova effettivamente riscontro nella espressa previsione della ipotesi fraudolenta.

La fattispecie della somministrazione fraudolenta è stata diversamente valutata: in particolare è stata analizzata come ipotesi di esclusivo rilievo penale <sup>(45)</sup> ovvero anche come ipotesi che ha autonomi riflessi di natura civile <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> Di contro nelle ipotesi di somministrazione irregolare, come è stato rilevato all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, il rapporto interpositorio irregolare rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro, cfr. *supra*, nota 36.

<sup>(43)</sup> Per l'impostazione della teoria del compiego con riferimento alla posizione di somministratore e utilizzatore nella somministrazione di lavoro cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., in particolare 340-345.

<sup>(44)</sup> Per la valorizzazione di questa prospettiva di analisi della attuale disciplina in materia di somministrazione vedi M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, cit.

<sup>(45)</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *Somministrazione fraudolenta*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 433 ss., e R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione*, cit., 171.

<sup>(46)</sup> In particolare come sopra anticipato contesta la mancanza di una previsione espressa delle conseguenze civili derivanti dal verificarsi della somministrazione fraudolenta P. ICHINO, *Somministrazione, appalto e distacco*, cit., 317. Lo stesso A. peraltro conclude per la rilevanza della fattispecie in termini di nullità del contratto di

In questa sede, peraltro, sembra doversi aderire alla tesi secondo cui la somministrazione fraudolenta determina, anche in assenza di una espressa previsione di legge, un caso di nullità del contratto di somministrazione concluso per eludere l'applicazione di norme inderogabili di legge o contratto collettivo applicato al lavoratore <sup>(47)</sup>.

Proseguendo poi la proposta interpretativa sopra argomentata con riferimento alla distinzione fra somministrazione irregolare e contratto di somministrazione nullo per mancanza di forma scritta si può rilevare che anche in questa ipotesi viene meno lo schema stesso della somministrazione.

Sembra pertanto condivisibile la tesi secondo cui dalla nullità del contratto di somministrazione poiché concluso in frode alla legge deriva anche, per via di interpretazione analogica, l'imputazione soggettiva del rapporto di lavoro con l'utilizzatore. In altri termini il principio sotteso sembra essere quello di carattere generale per cui là dove venga meno lo schema stesso della somministrazione <sup>(48)</sup> — e quindi si escluda la possibilità di applicare il relativo apparato di garanzie per il lavoratore — torni a trovare applicazione il principio in base al quale la tutela del lavoratore è perseguita attraverso l'imputazione soggettiva del rapporto di lavoro con il soggetto utilizzatore, con la conseguente applicazione della ordinaria modulazione delle tutele del rapporto di lavoro subordinato alle dirette dipendenze dell'effettivo datore di lavoro.

---

somministrazione in base ai principi generali del diritto dei contratti e quindi in base al combinato disposto degli artt. 1344 (o 1345, comma 2), e 1418 c.c. Diversamente ritiene P. FERGOLA, *Somministrazione di lavoro e divieto di interposizione*, cit., 1189-1191, il quale ritiene che la somministrazione fraudolenta rilevi in quanto tale nel momento in cui l'art. 28 integra, come norma penalmente sanzionata, una norma imperativa.

<sup>(47)</sup> Con riferimento alle due tesi prospettate alla nota che precede, entrambe nel senso della nullità del contratto di somministrazione ove la somministrazione abbia carattere fraudolento, si rileva come, in virtù della prima ricostruzione non acquisita rilevanza l'ipotesi in cui il motivo illecito ricada su una sola delle parti del contratto (P. ICHINO, *Somministrazione, appalto e distacco*, cit., qui 318, nota 66), diversamente nella seconda, ove la fattispecie è integrata per la sola violazione della norma imperativa (cfr. P. FERGOLA, *Somministrazione di lavoro e divieto di interposizione*, cit., qui 1190-1991, in particolare nota 52). Questa seconda interpretazione garantisce quindi un più ampio ambito di applicazione della fattispecie.

<sup>(48)</sup> In questo senso anche P. FERGOLA, *Somministrazione di lavoro e divieto di interposizione*, cit., qui 1189-1190.

#### 4. Limiti al sindacato giurisdizionale.

L'articolo 27, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003 dispone che « ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore ».

Questa disposizione è stata criticata come inutile perché meramente ripetitiva di principi generali dell'ordinamento oppure come del tutto inopportuna quale indice di indebita intromissione del legislatore (delegato) nel merito dei limiti di esercizio del potere giurisdizionale <sup>(49)</sup>.

Si può anche rilevare come, rispetto alla disciplina del contratto a termine <sup>(50)</sup>, che pure si caratterizza per la introduzione della clausola generale come strumento di regolamentazione dell'accesso alla tipologia contrattuale, questa disposizione rappresenti una novità.

Per altro verso, da una considerazione complessiva degli strumenti che garantiscono l'effettività della disciplina della somministrazione, la norma sembra trovare riscontro nella necessità che il contratto di somministrazione integri puntualmente gli elementi che costituiscono la rappresentazione delle ragioni per cui l'utilizzatore decide di ricorrere alla somministrazione.

Rispetto a quanto previsto per il contratto di fornitura, infatti, la disciplina del contratto di somministrazione obbliga le parti a esplicitare nel contratto le ragioni di ricorso all'istituto <sup>(51)</sup>.

Se con riferimento alla somministrazione a tempo indeterminato sembra sufficiente l'indicazione della attività oggetto della somministrazione (così da poter verificare se tale attività rientra nell'elenco di cui all'articolo 20, comma 3, se l'attività è stata effettivamente eseguita

---

<sup>(49)</sup> Vedi, a proposito, i rilievi mossi da F. SCARPELLI, *La somministrazione irregolare*, cit., 420, e P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto, le nuove forme di prestazione a favore del terzo*, cit., 139.

<sup>(50)</sup> In generale sulla disciplina del contratto a termine introdotta dal d.lgs. n. 368/2001, cfr. M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>(51)</sup> Sul punto vedi il contributo di M. SOLDERA, *Il contratto di somministrazione: requisiti di forma e di contenuto*, cit., qui § 2.

e se il lavoratore in somministrazione è stato effettivamente addetto a quella attività), relativamente alla somministrazione a termine al fine di rispettare la clausola generale e di identificare, così, l'elemento che nel singolo caso completa la fattispecie, è necessario esplicitare la esigenza (tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva) che legittima l'utilizzatore a ricorrere alla somministrazione. Così da un lato, perché l'obbligo si possa ritenere integrato, non sarà sufficiente un generico rinvio alla formulazione legale ma sarà necessaria una circostanziata ricostruzione delle motivazioni adottate dall'utilizzatore, dall'altro tali esigenze saranno « cristallizzate » nel contratto di somministrazione e costituiranno quindi il parametro per il giudizio circa la sussistenza della singola condizione di ricorso alla somministrazione <sup>(52)</sup>.

In questo senso trova giustificazione la norma in esame: il giudice per poter valutare la sussistenza del requisito non entrerà nel merito della scelta organizzativa dell'imprenditore ma potrà verificare la rispondenza della situazione reale rispetto a quanto previsto nel contratto, sul presupposto, quindi, dell'onere imposto all'imprenditore, che voglia avvalersi dello strumento della somministrazione, di esternare gli elementi fondativi della propria decisione.

L'obbligo di esplicitare e rendere conoscibili i criteri organizzativi dell'impresa non riguarda, poi, il solo controllo giurisdizionale. Questo, anzi, nella logica del meccanismo che si sta delineando resta successivo e eventuale a fronte dell'azione del lavoratore: piuttosto pare rispondere, a livello generale, ad un onere di trasparenza delle scelte organizzative e gestionali relative al lavoro nell'impresa che appare diretto al lavoratore coinvolto, per il tramite della comunicazione imposta all'agenzia, e alle organizzazioni sindacali a fronte dell'obbligo di informazione previsto dall'articolo 24, decreto legislativo n. 276/2003.

Si prospetta quindi una interpretazione delle fattispecie considerate in cui l'ampliamento delle ipotesi di ricorso alla somministrazione — e le conseguenti maggiori possibilità di utilizzo flessibile della fattispecie — è disposto a fronte di un aumento dei vincoli di carattere

---

<sup>(52)</sup> In questo senso si è recentemente espressa la giurisprudenza di merito — le prime sentenze, invero, intervenute con riferimento alla disciplina del contratto a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 — secondo la quale « La specificazione scritta ha infatti la funzione di consentire il controllo sulla genuinità delle motivazioni del termine, cristallizzandone a priori e definitivamente l'indicazione », cfr. Trib. Milano 4 maggio 2004, in *RIDL*, 2005, II, 198, con nota di M. VINCIGUERRA.

formale e procedurale rispetto all'esercizio dell'autonomia organizzativa dell'imprenditore <sup>(53)</sup>.

## 5. Effetti della somministrazione irregolare sugli atti compiuti dal somministratore.

La disciplina di cui alla legge n. 1369/1960, una volta attribuito il rapporto di lavoro alla sfera giuridica dell'utilizzatore, non regolava la vicenda successiva fra somministratore, che aveva stipulato il contratto di lavoro, e utilizzatore. In particolare, quindi, non erano né disciplinate le sorti degli eventuali pagamenti — segnatamente di quelli a titolo contributivo <sup>(54)</sup> — effettuati dal somministratore con riferimento al rapporto di lavoro né erano disciplinate le conseguenze de-

---

<sup>(53)</sup> Una tecnica analoga sembra quella che ha presieduto alla modifica dell'art. 2112 c.c. attraverso l'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003. Come è stato, infatti evidenziato (vedi M. DEL CONTE, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, nella Parte III, Sez. (A), di questo volume, qui § 2) la possibilità riservata a cedente e cessionario di identificare il ramo d'azienda oggetto della cessione presuppone un onere in capo ad entrambe le parti di identificare, esplicitandola in ogni suo preciso dettaglio, in cosa consista l'articolazione funzionalmente autonoma della attività economica organizzata che si intende trasferire.

<sup>(54)</sup> Sul punto cfr. da ultimo Cass. 7 luglio 2004 n. 12509, in *MGC*, 2004, fasc. 7-8, che ritiene applicabile l'art. 1180, comma 1, c.c., al pagamento effettuato dal datore di lavoro fittizio. Accoglie la medesima interpretazione, con riferimento alla attuale disposizione di cui all'art. 27, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, M.T. CARINCI, *La somministrazione irregolare, anzi illecita*, cit., 166-167, e rileva pertanto l'inutilità di una norma espressa. Tale tesi, peraltro, è del tutto coerente con la complessiva di ricostruzione dell'istituto elaborata dall'A. la quale ravvisa una sostanziale conferma della disciplina di cui alla l. n. 1369/1960 anche con riferimento alla ipotesi della somministrazione irregolare. Nell'impianto normativo di cui alla l. n. 1369/1960 la mancanza di una disciplina espressa circa le conseguenze derivanti dalla violazione del divieto sui rapporti fra le parti era coerente con la qualificazione come nullo, e quindi inidoneo a produrre effetti giuridici, del contratto concluso fra utilizzatore e somministratore e più in generale, in considerazione della assoluta preclusione del ricorso alla fattispecie, con l'assenza di ogni regolamentazione giuridica del rapporto trilaterale. Vigente la disciplina di cui alla l. n. 1369/1960 il problema era stato risolto ritenendo che a fronte della nullità del contratto fra interposto e interponente non si verificava anche la nullità del contratto di lavoro fra somministratore e lavoratore, di modo che era il medesimo contratto di lavoro originariamente stipulato che proseguiva con l'utilizzatore. Ma per una completa ricostruzione del dibattito occorso in dottrina e per i principali riferimenti giurisprudenziali, cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, cit., 464-469.



gli atti compiuti dal somministratore con riferimento al rapporto di lavoro. Il tema di contro trova ora espressa disciplina nelle sole ipotesi di somministrazione irregolare, di cui agli articoli 27, 29, comma 3-*bis*, e 30, comma 4-*bis* <sup>(55)</sup>.

La disposizione in esame prevede l'imputazione all'utilizzatore di tutti i pagamenti (a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale) effettuati dal somministratore e di tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto di lavoro durante il periodo di esecuzione della somministrazione.

Permane, per altro verso, la lacuna con riferimento all'ipotesi in cui l'imputazione del rapporto di lavoro alla sfera giuridica dell'utilizzatore derivi non dalla sentenza costitutiva in caso di somministrazione irregolare ma sia conseguenza della nullità del contratto di somministrazione concluso in assenza di forma scritta ovvero per l'ipotesi di somministrazione fraudolenta.

È stato sostenuto che la lacuna potrebbe risolversi <sup>(56)</sup> attraverso l'applicazione analogica <sup>(57)</sup> dello stesso articolo 27, comma 2.

Dalla differente operatività della tutela nell'uno e nell'altro caso, a fronte di un fenomeno successorio analogo seppur intervenuto a diverso titolo, non sembrano sussistere differenze tali fra le due fattispecie da giustificare una diversa conclusione, che peraltro porterebbe all'esito davvero illogico per cui gli enti previdenziali dovrebbero ripetere al somministratore quanto precedentemente versato <sup>(58)</sup>.

---

<sup>(55)</sup> Tanto il comma 3-*bis* dell'art. 29, quanto il comma 4-*bis* dell'art. 30 rinviano, infatti, espressamente all'art. 27, comma 2.

<sup>(56)</sup> Così P. ICHINO, *Somministrazione, appalto, distacco*, cit., 322, la medesima tesi è stata poi accolta anche nella circ. Min. lav. n. 7/2005, in [\[link\]](#) *Somministrazione*.

<sup>(57)</sup> Occorre segnalare che la lacuna non si pone ove si aderisca alla tesi secondo cui l'art. 27 in esame costituisce una diversa modalità di formulazione dell'art. 21, comma 4, che viene nell'art. 27, sostanzialmente ribadito.

Non solo. Si può anche rilevare che in questa ipotesi è coerente la riconduzione della disposizione di cui all'art. 27, comma 2, all'art. 1180 c.c., relativamente all'adempimento del terzo. In quel contesto interpretativo, difatti, il somministratore irregolare è solo un terzo che non adempie un debito proprio. Diversamente, invece, là dove di aderisce alla prospettazione accolta nel testo in base alla quale la somministrazione irregolare è pur sempre somministrazione: in questo caso, infatti, il somministratore nell'adempiere l'obbligazione contributiva adempie un debito proprio.

<sup>(58)</sup> Così P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, cit., qui 321.



A questa tesi, pur rispondente a logica ed equità<sup>(59)</sup>, si potrebbe tuttavia obiettare che la lacuna sia solo apparente.

In questo senso, infatti potrebbe deporre la costruzione sopra prospettata in cui è evidenziata la diversa graduazione delle sanzioni e delle tutele e la distinzione fra le ipotesi in cui viene completamente meno lo schema della somministrazione (mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione e somministrazione fraudolenta) e quelle in cui, a fronte di un vizio relativo ad un elemento estrinseco della fattispecie, la somministrazione permane fino all'eventuale azione del lavoratore.

Il mancato rinvio all'articolo 27, comma 2, infatti, potrebbe significare non solo e non tanto che il versamento dei contributi ad opera del somministratore non è direttamente imputabile all'utilizzatore<sup>(60)</sup>, quanto, soprattutto, che non sono imputabili all'utilizzatore gli atti relativi alla costituzione e alla gestione del rapporto di lavoro.

In altri termini, in queste ipotesi, la disposizione prevista dall'articolo 1, comma 5, legge n. 1369/1960 troverebbe conferma anche con riferimento alla elaborazione giurisprudenziale che aveva chiarito come la costituzione del rapporto di lavoro con l'effettivo utilizzatore della prestazione interviene a tempo indeterminato<sup>(61)</sup> e che il recesso del somministratore è inefficace in quanto posto in essere da un soggetto non titolare del rapporto di lavoro<sup>(62)</sup>.

Con riferimento in ogni caso al momento applicativo dell'articolo 27, comma 2, permangono peraltro alcuni dubbi sui limiti della imputazione degli atti compiuti dal somministratore nei confronti dell'uti-

---

<sup>(59)</sup> *Ibidem.*

<sup>(60)</sup> Ferma la possibilità di ritenere applicabile all'art. 21, comma 4, la elaborazione formatasi nel vigore della l. n. 1369/1960 in virtù della quale il rapporto di lavoro costituito con l'utilizzatore è l'originario rapporto di lavoro e l'adempimento dell'obbligo contributivo eventualmente operata dal somministratore si intende come adempimento del terzo ai sensi dell'art. 1180 c.c.

<sup>(61)</sup> Sul punto cfr. M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 372-373.

<sup>(62)</sup> La giurisprudenza in esame è richiamata da F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, cit., qui 430, come argomento che potrebbe escludere l'applicazione dell'art. 27, comma 2, al recesso operato dal somministratore. Peraltro a fronte della tesi prospettata nel testo, questa giurisprudenza potrebbe essere richiamata solo con riferimento alle ipotesi di contratto di somministrazione privo della forma scritta e di somministrazione fraudolenta, mentre non sembra applicabile alla diversa regolamentazione prevista per la somministrazione irregolare.

lizzatore. In particolare si pone il dubbio circa l'efficacia del licenziamento intimato dal somministratore, giacché come è stato rilevato <sup>(63)</sup>, la norma parla di atti compiuti per la *costituzione* e la *gestione* del rapporto, anche se sembra plausibile ritenere che negli atti di gestione del rapporto rientri anche l'atto di recesso dal medesimo. Là dove si risponda affermativamente <sup>(64)</sup> sembra, in ogni caso, doversi condividere la tesi secondo la quale sarà possibile far valere i vizi del licenziamento intimato dal somministratore anche nei confronti dell'utilizzatore <sup>(65)</sup>.

Il problema si pone anche con riferimento all'accertamento del rispetto dei vincoli che regolamentano il ricorso alle diverse tipologie contrattuali, e segnatamente la verifica delle condizioni di ricorso al contratto di lavoro a termine.

In questo caso ove il ricorso al lavoro a termine non fosse legittimo al momento della stipulazione del contratto di lavoro con l'agenzia, il lavoratore avrà diritto alla costituzione del rapporto a tempo indeterminato anche nei confronti dell'utilizzatore, viceversa ove sussistessero le condizioni di ricorso al contratto a termine si dovranno ritenere le stesse opponibili al lavoratore anche ove si verifichi l'imputazione soggettiva del rapporto di lavoro con l'utilizzatore a seguito della pronuncia in sede giurisdizionale.

## 6. Conclusioni.

Dalla analisi sin qui condotta si possono muovere alcune considerazioni di carattere generale.

La ricostruzione dell'apparato sanzionatorio della somministrazione di lavoro — e, attraverso questa, del complessivo regime di effettività che presidia la regolamentazione attuale dei rapporti interpositori <sup>(66)</sup> — ha evidenziato le modalità di tutela dei lavoratori rispetto alla regolamentazione sostanziale dell'istituto.

---

<sup>(63)</sup> Sempre F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, cit., qui 430.

<sup>(64)</sup> Così P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto, le nuove forme di prestazione a favore del terzo*, cit., qui 139.

<sup>(65)</sup> Così espressamente F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, cit., qui 431.

<sup>(66)</sup> Sulla rilevanza della funzione promozionale della disciplina sanzionatoria in materia di lavoro cfr. E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, Relazione al Convegno Aidlass, Alba, 1-3 giugno 1978, raccolto in *Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1979, qui 13-14.

In particolare è emerso un sistema di differenziazione delle tutele per cui la automatica imputazione soggettiva del rapporto di lavoro è prevista solo nell'ipotesi di assoluto venir meno dello schema stesso della somministrazione (mancanza della forma scritta del contratto di somministrazione e somministrazione fraudolenta). Nelle altre ipotesi la posizione del lavoratore è garantita nei confronti dell'utilizzatore attraverso l'integrale e piena applicazione dello statuto giuridico del lavoro in somministrazione per tutto il periodo in cui questa ha avuto esecuzione: solo eventualmente — per esclusiva iniziativa del lavoratore — si verifica l'attribuzione del rapporto di lavoro in capo all'effettivo utilizzatore.

Il confronto fra la tutela *ex* articolo 21, comma 4, decreto n. 276/2003 — che richiama la formulazione dell'articolo 1, comma 5, della legge n. 1369/1960 — e la tutela individuata dal successivo articolo 27 consente di adottare una prospettiva di indagine volta a superare i termini stessi della questione circa il perdurare o no nell'ordinamento del divieto di interposizione.

Invero il divieto di interposizione permane, anche se con un ristretto ambito di applicazione a fronte del venir meno della temporaneità/straordinarietà delle esigenze che consentono il ricorso alla somministrazione a tempo determinato e della legittimazione anche della somministrazione a tempo indeterminato <sup>(67)</sup>.

Neppure sembra potersi concludere che la modulazione del sistema sanzionatorio sopra illustrata, nella parte in cui sembra discostarsi dal modello previgente, abbia pretermesso la considerazione dei tradizionali criteri di qualificazione e imputazione del rapporto di lavoro <sup>(68)</sup>.

---

<sup>(67)</sup> Con riferimento all'ambito di applicazione della norma penale vedi la giurisprudenza citata alla nota 37.

<sup>(68)</sup> Questo era un timore che si era manifestato fra i commentatori alla l. n. 30/2003 per la materia che qui interessa, cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, 2003, I, qui 181-185. Analogamente, ma con specifico riferimento all'apparato sanzionatorio, era stato osservato « per le situazioni di interposizione non autorizzata, che non siano rapportabili anche alla fattispecie legale della subordinazione *ex* art. 2094 c.c., si può in teoria pensare a sanzioni diverse da quelle oggi in vigore, per le situazioni nelle quali non vi sia la copertura di una autorizzazione (o per eccesso dei limiti della stessa o per carenza *tout court* o irregolarità della autorizzazione) e che vedano ricorrere, ad un tempo, gli estremi dell'art. 2094 c.c., mi riesce impossibile pensare ad una sanzione che non contempra il riconoscimento della subordinazione, a prescindere dal fatto che vi sia stata o no lesione dei diritti sostanziali sottostanti », R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e pro-*

Quello che si evidenzia, piuttosto, è la tendenza al definitivo superamento della tradizionale diffidenza rispetto ai rapporti interpositori in quanto tali che si era concretizzata, nella previgente regolamentazione della fornitura di lavoro temporaneo, nella configurazione della fattispecie come fattispecie di natura eccezionale<sup>(69)</sup>.

Significativa in questo senso è proprio la articolazione delle sanzioni previste in materia di somministrazione nel momento in cui l'imputazione soggettiva *ope legis* del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore è prevista solo nelle ipotesi in cui lo schema stesso che regola il lavoro in somministrazione viene meno. In questo caso opera il medesimo meccanismo previsto dalla disciplina previgente in materia di interposizione di manodopera.

Nelle ipotesi in cui viene violata esclusivamente una condizione di ricorso alla fattispecie, un profilo in altri termini estrinseco rispetto ad essa, permane lo schema della somministrazione, il rapporto di lavoro prosegue con il somministratore e, per il periodo in cui la somministrazione ha avuto luogo, la tutela del lavoratore nei confronti dell'utilizzatore è assicurata dalla piena applicazione dello statuto giuridico previsto per i lavoratori tramite agenzia. Resta, in questa ipotesi,

---

*spettive in tema di interposizione di manodopera*, in ADL, 2002, qui 299, cui *adde*, da una diversa prospettiva di ordine ricostruttivo, O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in RIDL, 2003, I, n. 3, 265 ss. Come di seguito argomentato nella ipotesi di somministrazione, il venir meno delle condizioni di ricorso all'istituto rileva sui profili esterni della fattispecie di modo che permane la qualificazione in termini di somministrazione. La mancata automatica imputazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore non costituisce quindi una deroga al principio di corrispondenza fra datore di lavoro e effettivo utilizzatore della prestazione, nel momento in cui, come argomentato nel testo, non sembra condivisibile la tesi secondo cui è la somministrazione stessa ad essere una fattispecie eccezionale rispetto all'art. 2094 c.c.

<sup>(69)</sup> Da una prospettiva di considerazione complessiva degli esiti della Riforma è stato effettivamente rilevato come « può ben dirsi, in definitiva, che oggi l'integrazione del lavoro nel processo produttivo non passa necessariamente per la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato (...) offrendosi all'imprenditore, pur ai fini dello svolgimento della medesima attività, una serie di alternative e di forme giuridiche: accanto al lavoro subordinato (nelle sue pluralizzate varianti: a tempo indeterminato o determinato, a chiamata, ripartito, ecc.) il lavoro somministrato, distaccato o, per altri versi e con diverse modalità, il ricorso all'appalto o al lavoro a progetto ». (cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco nella riforma del diritto del lavoro*, in ADL, 2005, 1, qui 64-65).

eventuale — come opzione rimessa esclusivamente al lavoratore e preclusa quindi agli enti previdenziali e ai servizi ispettivi <sup>(70)</sup> — l'ulteriore tutela derivante dalla imputazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore.

In conclusione, sul piano ricostruttivo, l'analisi sopra condotta con riferimento alla disciplina sanzionatoria sembra offrire un importante argomento nel senso dell'attualità della tesi, in vero già sostenuta nel vigore della legge n. 196/1997 sulla base di argomentazioni generali relativamente alla struttura tipica della fattispecie, secondo cui il lavoro in somministrazione costituisce una « nuova forma giuridica di lavoro dotata di logiche sue proprie rispetto a quelle del tipo legale lavoro subordinato di cui all'articolo 2094 c.c. » <sup>(71)</sup>.

Non solo. Sembra così trovare conciliazione da un lato il dato della piena legittimazione della fattispecie e dall'altro il permanere di una area di illiceità rigorosamente sanzionata, sul piano anche penale e amministrativo.

Coerentemente, infatti, con l'elaborazione emergente a livello co-

---

<sup>(70)</sup> Si verifica in questo caso una piena valorizzazione della capacità di autodeterminazione individuale, che lascia al lavoratore di determinare con chi proseguire il proprio rapporto di lavoro, senza però precludergli la possibilità di ottenere una *status* più vantaggioso alle dirette dipendenze dell'utilizzatore. Sollecitazioni in questo senso erano state formulate da P. ICHINO, *Il diritto del lavoro ai confini della impresa*, cit., qui 271-272, come obiettivi di un mercato del lavoro in cui fosse assicurato al lavoratore insieme ad una rete di sicurezza essenziale di carattere generale e assolutamente inderogabile (in questo caso si potrebbe dire lo statuto giuridico del lavoratore in somministrazione), una possibilità effettiva di scegliere in ciascuna prospettiva concreta il tipo di rapporto che meglio corrisponde alle caratteristiche personali e professionali di versatilità o di specializzazione.

<sup>(71)</sup> La tesi qui richiamata è argomentata da M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., qui 288 ss. In questa sede, peraltro, si può solo accennare al fatto che non sembra, per contro, alla luce della sistematica complessiva dei rapporti interpositori scaturita dal d.lgs. n. 276/2003, trovare riscontro la tesi che nega l'eccezionalità del lavoro in somministrazione ritenendolo, *tout court*, riconducibile al modello di cui all'art. 2094 c.c. (vedi in particolare P. ICHINO, *Il contratto di lavoro. 1*, cit., 471 ss.). Depone infatti in senso contrario la tipizzazione legale dell'istituto del distacco. L'art. 30, infatti, legittima il « normale datore di lavoro » a disporre il distacco (e quindi a delegare ad un terzo l'esercizio del potere organizzativo e direttivo all'interno di una organizzazione diversa da quella del datore di lavoro con il quale il contratto è stato stipulato) solo entro precisi limiti oltre i quali è integrata una ipotesi di somministrazione abusiva. Per la analisi del rapporto fra somministrazione, appalto e distacco cfr., se vuoi, C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, cit.

munitario <sup>(72)</sup>, vincoli e restrizioni di ricorso all'istituto non trovano la propria giustificazione in un disfavore nei confronti del lavoro tramite agenzia come strumento di acquisizione della forza lavoro alternativo al modello ordinario di lavoro bilaterale a tempo indeterminato, ma si spiegano alla luce delle specifiche condizioni del mercato del lavoro in cui si inseriscono, di modo che possono essere progressivamente eliminati o riconsiderati allorquando le condizioni del mercato del lavoro in un dato ordinamento consentono di ampliare gli spazi, comunque controllati, di ricorso all'istituto.

---

<sup>(72)</sup> Cfr. O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, cit., qui §§ 3.1 e 5.

Parte III

PROBLEMI E PROSPETTIVE  
DELLE ESTERNALIZZAZIONI  
DOPO LA RIFORMA BIAGI





SEZIONE A  
STRATEGIE ORGANIZZATIVE,  
PROBLEMATICHE OPERATIVE  
E RUOLO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

1.

**RIMODULAZIONE DEGLI ASSETTI PRODUTTIVI  
TRA LIBERTÀ DI ORGANIZZAZIONE DELL'IMPRESA  
E TUTELE DEI LAVORATORI**

MAURIZIO DEL CONTE

SOMMARIO: 1. La pluralità dei modelli organizzativi e il problema delle tutele. — 2. Il trasferimento d'azienda nell'articolo 2112 c.c. — 3. La riacquisizione delle funzioni mediante contratto di appalto. — 4. Esternalizzazione del lavoro e conservazione dell'integrità aziendale: la somministrazione di manodopera. — 5. *Segue*: la metamorfosi dell'impresa: somministrazione, appalto, distacco. — 6. Conclusioni.

**1. La pluralità dei modelli organizzativi e il problema delle tutele.**

I modelli di organizzazione dell'impresa sono ormai così complessi ed indefiniti da mettere in crisi il concetto stesso di impresa come entità economica riconducibile ad un significato univoco <sup>(1)</sup>.

Se non v'è dubbio che sia impresa quella che adotta il modello del fare in proprio, è certamente impresa anche quella che adotta il modello del far fare da altri, indipendentemente dalle proporzioni fra produzione interna e produzione esterna, la cui quota può anche essere di gran lunga prevalente.

---

<sup>(1)</sup> Per una ricostruzione in chiave storica dell'impresa come modello di organizzazione cfr. F. AMATORI, *Forme di impresa in prospettiva storica*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Imprese e mercati*, Utet, Torino, 1991, 123 ss.

L'impresa può limitarsi ad organizzare, così come può preferire far organizzare da altri; l'impresa può operare nel mercato ed avere una propria identità anche avendo al di fuori di se stessa il centro di imputazione delle sue scelte strategiche; può essere controllata senza che chi controlla abbia rapporti contrattuali diretti con essa; può esistere in un luogo fisico ovvero in ogni luogo virtuale.

La stessa valutazione economica di un'impresa è sempre più una operazione numericamente incerta, perché l'essenza dell'impresa è più nell'invisibile che nel visibile, più nel suo spirito — verrebbe da dire — che nel suo corpo.

È inevitabile, dunque, che il diritto del lavoro, tradizionalmente costruito sulla concretezza monolitica delle fabbriche e delle linee di montaggio, faccia oggi i conti con la metamorfosi dell'impresa (2), nel tentativo di razionalizzare le tutele da esso predisposte in favore dei lavoratori (3).

Ma nel paradigma della razionalizzazione delle tutele v'è insita l'idea, o quantomeno il sospetto, di uno scambio necessario tra efficienza dell'impresa nel mercato e protezione dei lavoratori (4) e, conseguentemente, di un sostanziale arretramento del diritto del lavoro, in favore delle ragioni dell'economia nel mercato globale.

Questa sensazione di svolta epocale nella funzione storica del diritto del lavoro ha fortemente segnato il dibattito che ha accompagnato il percorso riformatore del mercato del lavoro realizzato con la Legge Biagi ed i successivi decreti di attuazione (5).

(2) Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, 2003, I, 167.

(3) Di razionalizzazione delle tutele, con particolare riferimento ai processi di riorganizzazione produttiva dell'impresa, parla specificamente R. DEL PUNTA, *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni*, in *DRI*, 2004, 219.

(4) La letteratura straniera che tratta le relazioni tra sistemi di protezione per l'impiego e *performance* economica è ormai vastissima. Per una recente ricognizione della materia si veda P. CAUCH, A. ZYLBERBERG, *Labor Economics*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts-London, England, 2004. Anche in Italia il tema è oggetto di crescente attenzione. Cfr. la raccolta di saggi nel volume di P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro, un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004. Interessante è anche l'approccio metodologico da ultimo suggerito da L. CORAZZA, *Contractual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova, 2005.

(5) Sul concentrarsi dell'attenzione dei primi commentatori sul progetto politico immanente alla riforma, col rischio, talvolta, di una confusione di piani fra vo-

In questo panorama, appare evidente come uno dei temi più delicati sia quello delle cosiddette “esternalizzazioni” produttive, con le relative operazioni di riacquisizione delle funzioni esternalizzate mediante contratti di tipo commerciale, normalmente nelle forme dell'appalto di servizi.

A tale proposito è stato osservato che “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” <sup>(6)</sup>.

Interessante è, dunque, tentare una verifica di come la riforma Biagi abbia inciso sull'equilibrio fra le tutele e le esigenze di riorganizzazione produttiva delle imprese, nel difficile equilibrio fra segmentazione dei processi produttivi ed esigenze di conservazione dell'unità aziendale.

Il decreto legislativo n. 276/2003 ha affrontato con decisione il problema della rimodulazione degli assetti produttivi, provando ad offrire soluzioni sistemiche alle emergenze organizzative delle imprese, tradizionalmente gestite al di fuori di un quadro legale unitario e, dunque, per lo più attraverso la forzatura, quando non la vera e propria elusione, della legge.

Riassuntivamente, si può dire che gli istituti toccati dalla riforma e coinvolti nelle operazioni di ristrutturazione aziendale consistano principalmente nel trasferimento d'azienda e nell'appalto di servizi, anche se, per aspetti diversi, possono essere presi in considerazione la somministrazione di manodopera e il distacco di lavoratori presso altre imprese.

Tutti gli istituti qui richiamati sono stati oggetto di specifica revi-

---

lontà del legislatore, utile ai fini interpretativi *ex art. 12* delle disposizioni preliminari al codice civile, e programma di governo, mi permetto di rinviare a M. DEL CONTE, *Il ruolo della contrattazione collettiva e l'impatto sul sistema di relazioni industriali*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 636. Rileva R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2005, 59, come l'analisi critica della riforma sia particolarmente difficoltosa anche in ragione della “cortina di valutazioni ideologiche che subito — come è costume del dibattito giuslavoristico — si è addensata intorno ad essa, sino a delineare una alternativa senza residui tra esaltazione e criminalizzazione delle opzioni legislative”.

<sup>(6)</sup> R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 219.

sione o di nuova regolazione da parte della Legge Biagi; il che impone una lettura congiunta delle pur diverse fattispecie normative, al fine di procedere ad una ricostruzione che possa offrire una prospettiva unitaria e coerente del nuovo assetto legale.

## 2. Il trasferimento d'azienda nell'articolo 2112 c.c.

La via maestra delle esternalizzazioni è il trasferimento di una porzione dell'azienda. Ciò comporta l'applicazione dell'articolo 2112 c.c., che ha l'effetto principale di rendere insensibili alla vicenda traslativa i rapporti di lavoro in essere con il cedente, continuando essi con il cessionario, a termini invariati.

La dottrina non ha mancato di rilevare come alla tutela della stabilità del lavoro questa norma abbia finito con l'associare una possibilità per l'impresa di espellere quote di personale senza i costi di un licenziamento collettivo e senza la necessità di acquisire il consenso dei lavoratori (7); a tale riguardo è stata evocata una sorta di "eterogenesi dei fini" dell'articolo 2112 c.c., che da norma posta a presidio della stabilità del lavoro a fronte dei trasferimenti totali o parziali dell'azienda, avrebbe via via assunto la fondamentale finalità di favorire proprio quei trasferimenti, in virtù della cessione *ex lege* dei contratti di lavoro in capo al cessionario (8).

È indubbiamente difficile stabilire quali possano essere i fini reali

---

(7) Tanto da provocare, in dottrina, l'ipotesi interpretativa in base alla quale dovrebbe essere richiesto ai lavoratori il consenso al trasferimento dei contratti di lavoro in capo al cessionario: cfr. F. SCARPELLI, *Trasferimento di azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di Mariella Magnani e di Franco Scarpelli*, in *DLRI*, 1999, 491 ss.; ID., *Nozione di trasferimento di rami di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, 2003, II, 150 ss.

(8) Cfr. C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, relazione alle giornate di studio Aidlass, Padova, 21 e 22 maggio 2004. Ha espressamente evocato l'eterogenesi dei fini dell'art. 2112 c.c. R. ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *GDLRI*, 1999, 349. Cfr. anche C. CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *QDLRI*, n. 28, testo e nota 2; R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, in *DML*, 1999, 49 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, Collana "Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di Diritto del lavoro", 2004, vol. 2, 16.

di una norma che ha subito, a più riprese e su sollecitazioni di fonte comunitaria <sup>(9)</sup> prima ancora che interna, profonde modificazioni rispetto al testo originario del 1942. Tanto difficile che, a giudizio di chi scrive, pare sostanzialmente infruttuosa la via teleologica alla sua interpretazione.

L'ultimo intervento del legislatore sull'articolo 2112 ha riguardato, in particolar modo, l'aspetto relativo al trasferimento di parte dell'azienda, che è oggi definita come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento.

Questa peculiare attenzione del legislatore, già manifestata nella novella del decreto legislativo n. 18/2001, ad un concetto di "parte dell'azienda" enucleato dal complesso dell'impianto codicistico agli specifici effetti di cui all'articolo 2112, ha fatto parlare di una nozione "giuslavoristica" di azienda e di ramo di azienda, predisposta dal legislatore in funzione dei particolari interessi tutelati dallo stesso articolo 2112 e, dunque, distinta dalle nozioni civilistiche o giuscommercialsitiche dell'azienda <sup>(10)</sup>. Senonché, come si è detto, appare quanto mai difficile ed incerta una ricostruzione unitaria delle finalità perseguite dalla citata disposizione codicistica; ragione per cui, quand'anche si volesse ammettere una sorta di eterogenesi della nozione di impresa nella evoluzione del codice civile, difficilmente se ne potrebbero trarre indicazioni interpretative di segno definito.

Muovendo da queste premesse è possibile spiegare la ragione per la quale il legislatore del 2003 non abbia posto al centro della fattispecie una precisa definizione di ramo di azienda. In questa chiave di lettura, si svaluta anche il supposto valore di acclaramento dello *status quo*, che il legislatore del decreto legislativo n. 18/2001 aveva — forse peccando di qualche ingenuità — attribuito al requisito della preesistenza, rispetto al momento del trasferimento, dell'autonomia funzionale del ramo di azienda.

---

<sup>(9)</sup> Vedi le direttive n. 2001/23/CE, n. 98/50/CE e n. 77/187/CE, in  *Trasferimento di azienda e di ramo d'azienda*.

<sup>(10)</sup> Cfr. A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 89, che sottolinea come "l'esigenza di modellare i concetti e le categorie proprie del diritto commerciale o del diritto civile a misura degli interessi tipici del lavoro subordinato — e, segnatamente, quello all'occupazione nel mercato del lavoro — costituisce una tendenza che sembra destinata ad estendersi".

La nuova formulazione del comma 5, ultima parte, dell'articolo 2112 c.c., si limita a rinviare alle parti la individuazione del bene trasferito. Questa riformulazione della norma ha, evidentemente, significative ricadute sul piano del concreto operare nelle procedure di esternalizzazione produttiva.

La novità più rilevante sembra essere, a giudizio di chi scrive, quella legata al venir meno di una sorta di presunzione di illegittimità — implicitamente contenuta nel testo del 2001 — del trasferimento di una parte d'azienda costituita bensì precedentemente, ma a ridosso della sua cessione. Secondo la disciplina legale precedente, infatti, l'ipotetica relazione tra costituzione del ramo d'azienda ed il suo conseguente trasferimento avrebbe fatto scattare l'ipotesi vietata di contestualità delle due operazioni.

Il nuovo testo dell'articolo 2112 c.c., al contrario, consente e, quindi, favorisce la separazione, da parte del cedente, di un segmento funzionalmente autonomo dell'attività di impresa, proprio in vista della sua commercializzazione.

Tuttavia, è da sottolineare che la norma novellata impone ciò che, a nostro avviso, costituisce un preciso onere in capo al cedente ed al cessionario: l'onere di identificare, esplicitandola in ogni suo preciso dettaglio, in cosa consista l'articolazione funzionalmente autonoma della attività economica organizzata che si intende trasferire <sup>(11)</sup>.

Nulla dicendo il nuovo testo dell'articolo 2112 c.c. circa i destinatari di questa informazione, è da ritenersi che essa vada ad aggiungersi alle altre comunicazioni già previste dall'articolo 47 della legge n. 248/1990 in favore delle rappresentanze sindacali, secondo le indicazioni ivi contenute. Quanto ai tempi, la lettera della legge non lascia dubbi sul fatto che questa informazione dovrà essere resa al momento del trasferimento, potendo, quindi, costituire un valido elemento di verifica della correttezza dei comportamenti di cedente e cessionario, misurata sulla coerenza fra questa e tutte le altre informazioni che, ai sensi del citato articolo 47, devono essere rese alle OO.SS. almeno venticinque giorni prima del trasferimento <sup>(12)</sup>.

Sotto il profilo della certezza, la nuova formulazione dell'articolo

---

<sup>(11)</sup> Cfr. S. LIEBMAN, *La disciplina collettiva applicabile ai lavoratori trasferiti*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 215 ss.

<sup>(12)</sup> A giudizio di L. DE ANGELIS, *La tutela del lavoratore ceduto*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 144, devono essere coordinate le disposizioni relative alla comunicazione *ex art. 47*, l. n. 428/2000, e quella con-

2112 c.c., mantiene un livello di indeterminatezza non superiore alla precedente formulazione e, conseguentemente, non dovrebbe comportare problemi qualificatori maggiori di quelli sperimentati in passato. Anzi, a ben vedere, il nuovo onere di esplicitazione del bene trasferito posto in capo a cedente e cessionario dovrebbe consentirne un più approfondito controllo, sia in sede di confronto sindacale sia, eventualmente, in sede giudiziale.

Più complessa risulta l'analisi dell'incidenza provocata dalle modifiche in materia di trasferimento di ramo d'azienda sull'equilibrio fra le tutele dei lavoratori e la flessibilità nella riorganizzazione produttiva. Infatti, se si assume che le tutele dipendano necessariamente dall'inalterato mantenimento dello *status quo* dell'organizzazione produttiva del datore di lavoro, non può che trarsi la conclusione che la nuova normativa abbia eroso quelle tutele, allargando le possibilità di procedere ad esternalizzazioni di parte dell'azienda. Se, invece, si prende in considerazione il livello di tutele all'interno della operazione di esternalizzazione, l'allargarsi dello spettro di informazioni sulle caratteristiche del bene ceduto e la possibilità di verifica incrociata fra le comunicazioni di avvio e l'informazione al momento del trasferimento, costituiscono elementi di maggior garanzia per i lavoratori sulla trasparenza e la correttezza dell'operazione.

Ma, in effetti, per valutare correttamente e compiutamente il rapporto fra tutele e libertà di riorganizzazione, occorre allargare lo sguardo agli altri istituti che la riforma ha ricondotto alle operazioni di esternalizzazione.

### **3. La riacquisizione delle funzioni mediante contratto di appalto.**

Nel decreto legislativo n. 276/2003 viene tipizzato un collegamento negoziale tra il contratto di trasferimento di parte dell'azienda

---

tenuta nel comma 5 dell'art. 2112 c.c., "e ritenere che a larghe linee l'informazione debba comprendere l'identificazione della parte di azienda, i cui dettagli possono essere rimessi al momento del trasferimento". Osserva A. MARESCA, *op. cit.*, 106, che non è possibile sostenere "la sussistenza di un obbligo legale (che, naturalmente, può essere invece previsto dall'accordo sindacale che conclude la procedura prevista dall'art. 47) del cedente e del cessionario di riaprire il confronto con il sindacato per integrare le informazioni già rese in relazione alle (eventuali) novità contenute nell'intesa vincolante di trasferimento d'azienda".

ed il conseguente contratto di appalto che garantisce la riacquisizione della funzione svolta dal ramo di azienda trasferito, al fine di costituire un particolare regime di responsabilità solidale<sup>(13)</sup>. Ci si riferisce a quanto disposto dall'articolo 32, ultimo comma, in cui, aggiungendosi un ultimo comma all'articolo 2112 c.c., si prevede che "nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del presente decreto". Tale regime di solidarietà obbliga in solido committente ed appaltatore di un'opera o di un servizio, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti<sup>(14)</sup>, salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.

Si tratta, all'evidenza, di una profonda novità rispetto al passato.

Per la prima volta, infatti, viene riconosciuta a livello normativo la fattispecie complessa di cessione di un segmento dell'azienda al fine di riacquisirne, mediante appalto, l'utilità di impresa. Riconoscimento che, sotto il profilo dei rapporti contrattuali fra imprese, non rappre-

---

(13) È noto che il collegamento contrattuale può risultare legislativamente fissato ed è quindi tipico, come accade nella disciplina della sublocazione contenuta nell'art. 1595 c.c., ma può essere anche atipico, in quanto espressione dell'autonomia contrattuale indicata dall'art. 1322 c.c. I distinti contratti, pur caratterizzandosi ciascuno in funzione della propria causa e quindi conservando la rispettiva individualità giuridica, possono essere variamente collegati tra loro in un rapporto di dipendenza o di interdipendenza teleologica, in vista della realizzazione di interessi. Il collegamento negoziale, tuttavia, non comporta necessariamente un condizionamento reciproco, ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa. Cfr., in questi termini, Cass. 28 giugno 2001 n. 8844, in *GI*, 2002, 1618. Nello stesso senso, Cass. 9 settembre 1998 n. 8910, *GI*, 1999, I, 1, 946. In dottrina il collegamento negoziale è per lo più riguardato con riferimento al modello atipico, realizzato dall'autonomia delle parti. Cfr., fra gli altri, M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1937, 235 ss.; U. NATOLI, *In tema di collegamento funzionale fra contratti*, in *GCCC*, 1946, II, 328; A. VENDITTI, *Appunti in tema di negozi collegati*, in *GC*, 1954, I, 264 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc dir*, 1960, VII, 375 ss.

(14) Dovendosi ritenere che la responsabilità solidale riguardi i soli crediti insorti nel periodo successivo alla cessione: così R. ROMEI, *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *AA.VV.*, *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 326, e ivi altri richiami di dottrina in senso conforme.



sentata una significativa novità, ma che assume uno specifico rilievo in termini di tutela per i lavoratori.

Viene, così, sperimentata una tecnica di tutela innovativa che, pur non influendo sulla libertà organizzativa dell'impresa, ne stimola una condotta virtuosa sia sotto il profilo dell'efficienza di sistema che sotto il profilo della salvaguardia delle garanzie per i lavoratori.

L'effetto che ne deriva è potenzialmente virtuoso sotto almeno due diversi profili: in primo luogo, la garanzia patrimoniale per i crediti dei lavoratori trasferiti insieme al ramo d'azienda si estende al committente, che è, nella più parte dei casi, il soggetto economicamente più dotato.

In secondo luogo — e, forse, con maggiore rilievo generale — vengono scoraggiate le operazioni di esternalizzazione “a perdere”, realizzate cioè al dissimulato fine di liberarsi di un segmento improduttivo dell'impresa, senza dover sostenere i costi materiali e “sindacali” di una procedura di mobilità. Se, infatti, l'appalto venisse affidato ad una inconsistente impresa costituita *ad hoc* dallo stesso cedente ovvero ad altra impresa autonoma e già operante, ma comunque incapace di resistere sul mercato per mancanza di risorse finanziarie o professionali, il committente finirebbe con il sopportare il pesante onere dei crediti dei lavoratori e, in tal caso, a nulla varrebbe una eventuale garanzia in manleva offerta dall'appaltatore insolvente.

Anche sotto questo profilo, dunque, non sembra esservi un significativo *trade off* fra tutele dei lavoratori e riorganizzazione produttiva, potendosi riscontrare un equilibrato temperamento dei diversi interessi coinvolti.

#### **4. Esternalizzazione del lavoro e conservazione dell'integrità aziendale: la somministrazione di manodopera.**

Il decreto legislativo n. 276/2003 ha profondamente inciso sul lavoro tramite agenzia, oggi individuato con il nome di somministrazione di manodopera <sup>(15)</sup>.

Pur proseguendo idealmente il percorso riformatore della legge

---

<sup>(15)</sup> Per una introduzione alle novità del d.lgs. n. 276/2003 in materia di somministrazione di manodopera si veda M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 2004, 205 ss., e ora i contributi raccolti nella Parte I, di questo volume.

n. 196/1997, che aveva per la prima volta regolato la dissociazione fra datore di lavoro ed utilizzatore della prestazione lavorativa, gli articoli 20 e seguenti del decreto legislativo n. 276/2003 hanno dettato una disciplina del contratto di somministrazione che ne segna una profonda svolta, soprattutto sul piano concettuale, nel sistema dei contratti di lavoro subordinato.

Le novità principali sono l'eliminazione della tassatività delle fattispecie autorizzatorie per il contratto di somministrazione a tempo determinato, l'introduzione del contratto di somministrazione a tempo indeterminato e il venir meno del divieto generale di interposizione di manodopera già previsto dalla legge n. 1369/1960 <sup>(16)</sup>.

Solo attraverso una lettura congiunta di questi tre diversi profili è possibile ricostruire il significato complessivo dell'intervento riformatore.

A tale proposito, la prima evidenza di carattere generale che si trae dal nuovo assetto normativo è il venir meno della sostanziale diffidenza verso l'istituto della somministrazione di lavoro, con il preciso obbiettivo di una sua più larga diffusione. Ciò sul presupposto che una maggiore capacità operativa delle agenzie per il lavoro ed un allargamento della loro offerta possa costituire un fattore di impulso ad un più efficiente mercato del lavoro <sup>(17)</sup>.

Non va, infatti, dimenticato che il legislatore del 1997 aveva circondato il lavoro tramite agenzia di una serie di cautele volte ad assicurarne il carattere eccezionale ed effimero rispetto al tipo paradigmatico del lavoro subordinato, rigidamente bilaterale, a tempo pieno ed indeterminato. All'opposto, il legislatore del 2003, prevedendo, da un lato, la causale aperta per la somministrazione a tempo determinato <sup>(18)</sup> e, dall'altro lato, la possibilità di radicamento a tempo indeterminato nell'impresa di intere porzioni di manodopera fornite dal-

---

<sup>(16)</sup> Sui profili relativi all'abrogazione della l. n. 1369/1960 e sulla questione relativa alla valutazione circa il permanere del divieto di interposizione nell'ordinamento vedi anche il contributo di C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(17)</sup> Cfr. la chiave di lettura che propone M. TIRABOSCHI, *op. ult. cit.*; ID., *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 205 ss.

<sup>(18)</sup> Rappresentata, come noto, dalle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore.

l'agenzia, ha di fatto riconosciuto la piena cittadinanza di questa tipologia contrattuale.

Il che, peraltro, non significa il venir meno della centralità del modello contrattuale rappresentato dal lavoro bilaterale a tempo pieno ed indeterminato; significa, tuttavia, l'abbandono di un pregiudizio negativo verso la dissociazione fra utilizzatore della prestazione e datore di lavoro, purché realizzata all'interno di un preciso reticolo di regole e garanzie.

In particolare, la somministrazione a tempo indeterminato segna la fine dell'interinalità quale requisito caratterizzante il lavoro in affitto, consentendo che interi blocchi di manodopera passino in via stabile alle dipendenze delle agenzie. Ciò conduce ad un mutamento degli assetti organizzativi del lavoro che, tuttavia, procede in senso inverso rispetto alla tendenza centrifuga tipica dei processi di frammentazione dell'impresa. Si può, dunque, ritenere che il lavoro stabile somministrato rappresenti l'alternativa di segno centripeto alle operazioni di esternalizzazione.

Non v'è dubbio, infatti, che in talune situazioni e nell'ambito delle tipologie contrattuali di lavoro per le quali l'articolo 20, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003 prevede la possibilità di avvalersi della somministrazione a tempo indeterminato, l'impresa possa avere uno specifico interesse ad esternalizzare quote di lavoro, pur mantenendo all'interno del proprio dominio le attività svolte da quegli stessi lavoratori.

Dunque, la somministrazione di manodopera a tempo indeterminato può — a certe condizioni — costituire una valida alternativa alla più radicale scelta della cessione di ramo d'azienda con la successiva riacquisizione della funzione ceduta mediante contratto di appalto. Né questa alternativa è da ritenersi pragmaticamente impercorribile in considerazione dei maggiori costi della manodopera somministrata. Diverse e diversamente valutabili sul piano organizzativo possono essere le ragioni che spingono l'impresa alla scelta di esternalizzazione dei soli rapporti di lavoro mediante l'intervento delle agenzie per il lavoro, piuttosto che procedere ad affidarsi ad appalti esterni. In tal senso non possono essere trascurati gli oneri connessi alla gestione del contratto di appalto e le incertezze che da esso possono derivare, anche in considerazione della già richiamata responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore introdotta dal nuovo ultimo comma dell'articolo 2112 c.c. per il caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un

contratto di appalto la cui esecuzione avvenga utilizzando il ramo d'azienda esternalizzato.

Quanto alla somministrazione a tempo determinato, la causale delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, contribuisce ad allineare l'istituto alla ordinaria disciplina del contratto di lavoro subordinato a termine. Analogo obiettivo di "normalizzazione" del lavoro tramite agenzia è chiaramente riscontrabile nell'articolo 22, comma 1, laddove dispone che in caso di somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali.

Sotto il profilo della tutela del lavoro, il contratto di somministrazione comporta, sia nella forma a tempo determinato che, maggiormente, in quella a tempo indeterminato, un aumento complessivo delle garanzie di solvibilità del creditore-datore di lavoro e della stabilità dell'occupazione, rispetto alle corrispondenti forme di lavoro subordinato "paradigmatico", rispettivamente a termine e a tempo indeterminato.

Infatti, i requisiti finanziari minimi imposti per legge alle agenzie di somministrazione e le procedure di accreditamento e controllo a cui esse sono sottoposte, rappresentano un fattore di solidità dell'impresa e, quindi, di garanzia per la conservazione del substrato materiale del rapporto di lavoro. Questa realtà è particolarmente significativa se confrontata con l'universo imprenditoriale del mercato degli appalti e delle subforniture, ove spesso gli operatori operano in regime di monocommittenza e di sostanziale dipendenza economica rispetto al committente, con un elevato tasso di mortalità delle imprese appaltatrici, specie quelle di medio-piccole dimensioni.

Tuttavia, con specifico riferimento alla somministrazione a tempo indeterminato, l'effetto di una maggiore stabilità dei rapporti di lavoro si produce esclusivamente solo laddove anche i contratti di lavoro con le agenzie siano stipulati a tempo indeterminato. Al contrario, se al contratto di fornitura a tempo indeterminato si accompagnano contratti di lavoro temporaneo, con il conseguente ricorso ad un continuo ricambio di lavoratori, l'effetto non può che essere la cronicizzazione della precarietà del lavoro. Cosa che finirebbe per contraddire il significato stesso della somministrazione in via stabile, come strumento alternativo alla segmentazione dell'impresa. Per questo motivo sarebbe auspicabile un intervento del legislatore volto ad imporre la corrispon-

denza fra tempi del contratto di lavoro e tempi del contratto di somministrazione.

## 5. *Segue: la metamorfosi dell'impresa: somministrazione, appalto, distacco.*

La dettagliata regolamentazione della somministrazione di lavoro è stata accompagnata dall'abrogazione del generale divieto di interposizione di manodopera, introdotto dalla legge n. 1369/1960. A questa abrogazione non corrisponde, tuttavia, una generale legittimazione delle pratiche interpositorie. Al contrario, dal nuovo assetto normativo scaturisce il divieto di ogni forma di interposizione che non sia attuata dai soggetti e nei limiti previsti per la somministrazione di manodopera.

Cruciale sembra, dunque, essere il problema della individuazione dei caratteri distintivi dell'appalto, tipo contrattuale che si presta a realizzare surrettiziamente le finalità proprie dell'interposizione di lavoro <sup>(19)</sup>.

L'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003 ha precisato che il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.

Questa formula, che racchiude in un unico nucleo il rinvio alla definizione codicistica dell'appalto e una sorta di sintesi dell'orienta-

---

<sup>(19)</sup> In generale, sul problema della individuazione della fattispecie illecita di appalto di manodopera cfr. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000; ID., *La distinzione tra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedono una rilevante strumentazione materiale*, in RIDL, 1999, II, 252; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 2001; S. BELLAVISTA, *Le sabbie mobili del divieto di interposizione*, in GC, 1998, I, 3228 ss.; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in DLRI, 1995, 625 ss., e il contributo di R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, nella Parte II, Sez (A), di questo volume.

mento giurisprudenziale consolidato in tema di distinzione fra appalto lecito e appalto di manodopera, ha fatto molto discutere sulla sua concreta portata precettiva-innovativa <sup>(20)</sup>. Infatti, se il richiamo all'articolo 1655 c.c. può apparire pleonastico, ciò che sembra rappresentare il maggiore elemento di rottura rispetto al passato è la formale legittimazione dell'appalto — al di fuori dello schema della somministrazione di lavoro — avente ad oggetto la mera organizzazione del lavoro.

Ma, al di là dell'immediato rilievo che a queste stesse conclusioni era già arrivata la giurisprudenza della Corte di Cassazione <sup>(21)</sup>, il senso della nuova disposizione di legge sembra potersi cogliere appieno solo riconsiderando, ancora una volta, il processo di “metamorfosi dell'impresa” e la sua conseguente tendenza al polimorfismo, che ne rende incerta la collocazione entro ambiti definiti. In questa luce, affermare — come fa l'articolo 29 del decreto legislativo n. 276/2003 — che è legittima l'attività di mera organizzazione del lavoro significa, in realtà, spostare l'attenzione dalle caratteristiche del contratto di appalto alle caratteristiche dell'impresa, per proiettare sul primo le incertezze definitorie di quest'ultima. Si tratta, dunque, di una risposta pragmatica e non dogmatica alla incalzante evoluzione del tessuto strutturale.

Analoghe considerazioni di ordine metodologico possono proporsi con riguardo all'istituto del distacco di manodopera, figura di creazione giurisprudenziale che l'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003 ha ricondotto all'ipotesi in cui un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, ponga temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(20)</sup> Una ricostruzione delle origini di questo dibattito si legge in L. CALCATERRA, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in *MGL*, 2003, n. 8-9.

<sup>(21)</sup> Cfr. Cass. 29 agosto 2003 n. 12664, in *RIDL*, 2004, II, 48, con nota di L. CALCATERRA, secondo cui è da assumere quale criterio di liceità dell'appalto “l'autonomia gestionale dell'appaltatore che si esplica non nella determinazione delle caratteristiche del prodotto, riservate al committente, ma nella conduzione aziendale, nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro”.

<sup>(22)</sup> Sul nuovo istituto del distacco si veda C. BIZZARRO, M. TIRABOSCHI, *La disciplina del distacco nel decreto legislativo n. 276 del 2003*, nella Parte II, Sez. (A), di questo volume. Fra i molti contributi in tema di distacco antecedenti alla riforma, cfr.

Qui, a differenza di quanto accaduto per l'appalto, la legge è intervenuta in mancanza di un quadro di riferimento normativo già definito. Sicché il chiaro richiamo operato dal legislatore alla elaborazione giurisprudenziale formatasi in materia, conferma il carattere pragmatico dell'approccio regolativo, nell'intento di trarre dall'esperienza concreta le linee guida dell'istituto di nuova creazione.

Che il distacco si possa inserire nel quadro generale delle esternalizzazioni è affermazione vera e inverosimile allo stesso tempo. Vera, perché è indubbio che, tecnicamente, portare fuori dall'azienda un lavoratore affinché soddisfi un interesse del suo datore di lavoro significa esternalizzare una frazione produttiva dell'impresa; inverosimile perché, nei fatti, la rimodulazione dell'organizzazione produttiva non può passare attraverso lo strumento del distacco, così come è oggi precisamente definito dalla legge. Ed in effetti, dalla lettura dell'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003 emerge un istituto di applicazione tendenzialmente residuale, utile a soddisfare esigenze contingenti e temporanee e relativo ad attività particolari.

Prima della sua regolamentazione per legge, il distacco presentava profili di incerta legittimità, posto il suo carattere di confine con la fattispecie della interposizione vietata di manodopera. A seguito della legittimazione controllata della somministrazione di lavoro, la regolamentazione per legge del distacco era inevitabile; e ciò non tanto per creare un istituto già ben radicato nel diritto vivente, bensì per chiarirne la differenza di sostanza rispetto alla somministrazione. Differenza che risiede, fondamentalmente, nel divieto per il distaccante di lucrare sul differenziale retributivo del lavoratore distaccato <sup>(23)</sup>.

---

M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 178 ss.; M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002; R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, cit., 646; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza: interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, F. Angeli, Milano, 1995, spec. 281 ss.; M. GRANDI, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *EGT*, 1990, XX, 5 ss.; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1980, 53 ss.; P. MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 1976, 205 ss.

<sup>(23)</sup> La circ. Min. lav. n. 3/2004 ha, a tale proposito, osservato che "ciò che differenzia il distacco dalla somministrazione, infatti, è solo l'interesse del distaccante. Mentre il somministratore realizza il solo interesse produttivo della somministrazione a fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo diversamente qualificato, come l'interesse al buon andamento della società controllata o partecipata".



## 6. Conclusioni.

La riforma del mercato del lavoro del 2003 incide in modo significativo sulle operazioni di rimodulazione degli assetti produttivi delle imprese, sotto il profilo degli effetti che esse hanno o possono avere sui rapporti di lavoro. Ciò produce un evidente riflesso sull'equilibrio tra efficienza dell'impresa nel mercato e protezione dei lavoratori<sup>(24)</sup>. Ma il risultato non è necessariamente quello di uno sbilanciamento dell'equilibrio in favore dell'efficienza economica.

In via di principio, le regole giuridiche del mercato non dovrebbero avere una funzione ancillare rispetto all'incerto paradigma efficientistico secondo cui il miglioramento della *performance* dell'impresa condurrebbe, per definizione, ad un maggiore benessere per tutti i soggetti che con quell'impresa hanno rapporti economici<sup>(25)</sup>. Il diritto è modulazione e redistribuzione di tutele e risorse, secondo linee di politica che sono rimesse alla volontà del legislatore sovrano.

Come si è cercato di evidenziare, gli interventi operati dal decreto legislativo n. 276 in materia di trasferimento di ramo d'azienda, appalto, somministrazione di lavoro e distacco, pur concedendo all'impresa una maggior libertà di manovra nei processi di riorganizzazione produttiva, vengono a formare un sistema di regole che, nella loro complessiva articolazione, offre maggiori garanzie di stabilità del lavoro.

Per spiegare questo risultato non è necessario scomodare il paradigma dell'ottimo paretiano. Più semplicemente, la razionalizzazione di istituti sedimentati alluvionalmente nel corso di decenni senza una prospettiva di sistema ha consentito di ridurre alcune evidenti criticità del nostro mercato del lavoro.

---

<sup>(24)</sup> Spunti per una riflessione sul rapporto fra regimi di protezione dell'impiego e *performance* economica si possono trarre in M. DEL CONTE, C. DE VILLANOVA, S. MORELLI, *L'indice OECD di rigidità del mercato del lavoro: una nota*, in *Politica Economica*, 2004, 335 ss.

<sup>(25)</sup> Sulla relatività dei risultati delle elaborazioni econometriche in materia di regole del mercato del lavoro mi permetto ancora di rinviare a M. DEL CONTE, S. LIEBMAN, *I regimi di protezione dell'impiego nelle sintesi econometriche: tre domande per avviare un dibattito*, in *Politica Economica*, 2004, 389 ss.



## 2.

# RAPPORTI INTERPOSITORI: PROBLEMATICHE OPERATIVE AZIENDALI E POSSIBILI SOLUZIONI DERIVANTI DALLA PIÙ RECENTE EVOLUZIONE LEGISLATIVA

STEFANO MALANDRINI

SOMMARIO: 1. Personale “esterno”, divieto di interposizione nelle prestazioni di manodopera, gestione aziendale. — 2. Contratti di fornitura di lavoro temporaneo, contratti di somministrazione, contratti di appalto e problematiche operative. — 3. Criticità risolte/irrisolte. In particolare la somministrazione di lavoro per qualifiche elevate e la questione della retribuzione incentivante nella somministrazione di lavoro.

### 1. Personale “esterno”, divieto di interposizione nelle prestazioni di manodopera, gestione aziendale.

L'evoluzione normativa che ha generato l'attuale disciplina dei rapporti interpositori, culminando nelle disposizioni del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è contraddistinta da una genesi complessa, risalente al codice civile, nonché da uno sviluppo articolato, che ha individuato fattispecie non sempre di facile qualificazione. L'ambito di applicazione dei primi interventi appare peraltro piuttosto ristretto. L'articolo 2127 c.c., che costituisce — come è noto — la disposizione introduttiva, nell'ordinamento giuslavoristico, del primo divieto di interposizione nelle prestazioni di manodopera, si riferisce solo alle mansioni svolte in regime di c.d. “cottimo collettivo autonomo”: un sistema di regolamentazione dei rapporti di lavoro — in passato diffuso — impostato sulla corresponsione di un trattamento retributivo unico ad una intera squadra di lavoratori a cottimo, in ragione delle prestazioni rese collettivamente dai medesimi. L'assenza di una previsione sanzionatoria specifica, aggiuntiva rispetto ai consueti rimedi civilistici, nonché il facile aggiramento del divieto realizzabile

attraverso la collaborazione di personale non dipendente dal capo cottimista <sup>(1)</sup>, avevano tuttavia evidenziato presto i limiti della norma, nel frenare la diffusione di comportamenti lesivi delle condizioni di tutela dei lavoratori non direttamente dipendenti dal soggetto che fruiva delle loro prestazioni. In mancanza di previsioni legali sufficientemente efficaci, che qualificassero con precisione le fattispecie illecite, trovarono per anni diffusione varie formule interpositorie, genericamente definite “caporalato”, accomunate dalla circostanza di costituire un esercizio di fatto privato dell’attività di collocamento. Il successivo sviluppo di una produzione legislativa di maggiore ampiezza, basata sulla legge 23 ottobre 1960, n. 1369, poi integrata dalla prassi amministrativa e da una prima elaborazione giurisprudenziale, piuttosto estensiva nell’applicazione del divieto, aveva prodotto il graduale accrescimento dell’ambito del possibile intervento sanzionatorio. La rigidità dell’impostazione rinvenibile nella legge 23 ottobre 1960, n. 1369, era però destinata a produrre forti contrasti con le esigenze di riorganizzazione aziendale, evidenziatesi soprattutto al termine delle crisi industriali degli anni Ottanta e correlate ad una crescente tendenza alla terziarizzazione delle attività d’impresa non rientranti nel vero e proprio *core business* aziendale <sup>(2)</sup>. L’espressione diffusa di tali necessità aveva pertanto contribuito a determinare, in un secondo momento, un’elaborazione giurisprudenziale più elastica, che nell’identificare i reali limiti di applicazione del divieto di interposizione aveva recuperato alcuni margini di operatività aziendale nella gestione del personale esterno, rispetto ai forti vincoli rinvenibili in una interpretazione puramente letterale del testo normativo <sup>(3)</sup>.

In particolare, la giurisprudenza di legittimità aveva gradatamente riconosciuto la sussistenza di alcune ipotesi in cui, di fatto, non trovava applicazione la presunzione di illiceità del rapporto (interpretata per orientamento giurisprudenziale consolidato come presunzione

---

<sup>(1)</sup> L’art. 2127 c.c., che trova applicazione limitatamente all’ipotesi di lavoro a cottimo, si riferisce infatti ai soli casi in cui l’interposto sia dipendente del committente nonché datore di lavoro del personale incaricato.

<sup>(2)</sup> Cfr. M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, che introduce il presente volume, e M. DEL CONTE, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell’impresa e tutele dei lavoratori*, che precede.

<sup>(3)</sup> Cfr. la ricostruzione operata da R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, nella Parte II, Sez. (A), di questo volume.

*iuris et de iure*) prevista dall'articolo 1, comma 3, della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, e riferita all'impiego di « capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante » che, a motivo della sua genericità, aveva comportato un accrescimento esponenziale del rischio d'impresa a seguito dell'adozione di contratti di appalto-subappalto o di altre tipologie contrattuali riconducibili a formule interpositorie. Erano quindi state gradualmente escluse dall'ambito di applicazione del divieto fattispecie in cui l'applicazione eccessivamente rigida della presunzione non sarebbe risultata idonea, se esaminata in una prospettiva teleologica, a garantire la tutela effettiva dei prestatori di lavoro al cui soddisfacimento era, di contro, indubbiamente orientata la normativa in esame. In particolare erano state individuate, dalla giurisprudenza e dalla dottrina, specifiche ipotesi in cui era apparso sostanzialmente irragionevole applicare la presunzione relativa alla titolarità di capitali, macchine e attrezzature, ipotesi in cui:

— il valore economico del bene utilizzato dall'appaltatore, di proprietà del committente, fosse particolarmente contenuto (si pensi alla strumentazione da banco nelle officine, al materiale di cancelleria negli uffici, ad alcuni prodotti di consumo eventualmente forniti dal committente, ecc.) o comunque i mezzi di proprietà dell'appaltatore-interposto fossero preponderanti <sup>(4)</sup>;

— i beni di proprietà del committente utilizzati dall'appaltatore fossero di per sé estranei all'oggetto del contratto di appalto/altro contratto introduttivo dell'interposizione (si pensi anche solo ai locali/armadi di spogliatoio, ovvero alle attrezzature dei locali mensa-refettorio nell'ipotesi di accesso consentito anche al personale esterno) <sup>(5)</sup>;

— i beni medesimi fossero difficilmente trasportabili o non trasportabili (si pensi a banconi ovvero a carri-ponte ovvero a piattaforme sopraelevate semoventi particolarmente pesanti, ecc.) <sup>(6)</sup>;

— l'oggetto della prestazione resa fosse di natura puramente in-

---

<sup>(4)</sup> Cfr. Cass. 1° febbraio 1993 n. 1191, in *MGC*, 1993, 183; Cass. 31 dicembre 1993 n. 13015, in *MGC*, 1994, 640.

<sup>(5)</sup> Cfr. Cass. 21 agosto 2004 n. 16551, in *MGC*, 2004, fasc. 7-8; Cass. 19 novembre 2003 n. 17574, in *MGC*, 2003, fasc. 11, e Cass. 26 febbraio 1994 n. 1979, in *DL*, 1994, II, 170, con nota di M.L. BETTINI, P. PIZZUTI.

<sup>(6)</sup> Cfr. Trib. Milano 15 maggio 2000, in *RIDL*, 2001, II, 26, con nota di M. LUZZANA; Trib. Modena 27 dicembre 2000, in *MGL*, 2001, 479, con nota di G. ZAMPINI.

tellettuale e l'impiego della strumentazione servisse esclusivamente per consentirne l'estrinsecazione operativa (si pensi all'attività di programmazione degli elaboratori elettronici) (7).

Si tratta di spazi di elasticità, nell'applicazione del divieto di interposizione nelle prestazioni di manodopera, che peraltro il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sembra ribadire, conferendo agli stessi forza legale e disponendo altresì una procedura di certificazione — preventiva o successiva — destinata a limitare, intervenendo *ab origine* sulla corretta qualificazione dei contratti, l'incertezza dovuta a eventuali situazioni di particolare ambiguità (8).

Con la nuova formulazione legale, prevista dall'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e sanzionata dagli articoli 27 e 28 del medesimo provvedimento (9), resta, infatti, confermata la nozione generale della fattispecie vietata, ovvero il rapporto trilatero in cui, attraverso una convenzione di interposizione (contratto di appalto, sub-appalto, altra forma contrattuale), un soggetto (appaltatore-interposto) dispone che propri dipendenti prestino (come lavoratori non legati da vincolo formale di subordinazione al committente) una attività consistente in esclusive prestazioni di manodopera. Viene tuttavia meno il rinvio alla presunzione automatica di illiceità del contratto nell'ipotesi di impiego di capitali, macchine, attrezzature del committente, sostituito dal richiamo al criterio della « organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore » e dalla valorizzazione, a tal fine, dell'elemento consistente nell'esercizio di un effettivo « potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto » (10). Si tratta della riproposizione, in un testo avente forza di legge, del principale fattore di subordinazione identificato dalla più

---

(7) Cfr. Cass., sez. un., 19 ottobre 1990 n. 10183, in *FI*, 1992, I, 523, con nota di F. SCARPELLI, e Cass. 11 maggio 1994 n. 4585, in *MGC*, 1994, 640.

(8) Con riferimento alla procedura di certificazione in materia di distinzione fra interposizione e appalto, cfr. in questo volume R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, cit.

(9) Con particolare riferimento alle fattispecie della somministrazione irregolare e fraudolenta, cfr. il contributo di C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume. Per una ricognizione generale del sistema sanzionatorio predisposto dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di rapporti interpositori, cfr., altresì, il contributo di P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

(10) Cfr. art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276/2003.

recente e consolidata giurisprudenza di legittimità<sup>(11)</sup>, il cui accresciuto rilievo ha comportato la minor incidenza di altri indici in precedenza considerati più significativi, quali il rispetto dell'orario di lavoro<sup>(12)</sup>, il luogo fisico di svolgimento delle prestazioni, le modalità di retribuzione<sup>(13)</sup>, la continuità delle prestazioni rese<sup>(14)</sup>, il *nomen juris* attribuito<sup>(15)</sup>, la reale volontà delle parti all'atto della stipulazione del contratto<sup>(16)</sup>. Del resto si consideri che l'articolo 84, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nell'identificare l'assoggettamento del contratto di appalto alla procedura di certificazione di cui al titolo VIII capo I dello stesso provvedimento, ha previsto l'emanazione di codici di buone pratiche ed *indici presuntivi*, « che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio tipico d'impresa da parte dell'appaltatore ». Tale rinvio, unitamente alla previsione di cui all'articolo 78, comma 5, riferita all'emanazione anche di « moduli e formulari » che « tengano conto degli *orientamenti giurisprudenziali prevalenti* in materia di qualificazione del contratto di lavoro », confermerà ulteriormente la particolare incidenza del criterio costituito dalla verifica dell'effettivo esercizio del potere direttivo, nella qualificazione di una situazione interpositoria vietata<sup>(17)</sup>.

Tuttavia una analisi approfondita e completa del processo di riforma del mercato del lavoro, attivato dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30, e dal relativo decreto attuativo, il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, non può prescindere da una visione d'insieme del nuovo *corpus* normativo. Tale differente e più ampio approccio comporta che

---

(11) L'orientamento si impone a partire dagli anni Novanta. Cfr. Cass. 14 luglio 1993 n. 7796, in *RIDL*, 1994, II, 317, con nota di L. NOGLER.

(12) Cfr. Cass. 5 dicembre 1988 n. 6616, in *MGC*, 1988, fasc. 12.

(13) Cfr. Trib. Milano 18 gennaio 1984, in *OGL*, 1984, 486. La giurisprudenza di legittimità peraltro — a differenza di quella di merito — ha considerato, anche in passato, poco rilevante tale fattore: cfr. Cass. 21 maggio 2003 n. 8028, in *FI*, 2003, I, 3321, e più risalenti, Cass. 10 gennaio 1989 n. 41, in *MFI*, 1989, e Cass. 29 aprile 1983 n. 2979, in *MFI*, 1983.

(14) Cfr. Cass. 28 agosto 1986 n. 5301, in *NGL*, 1987, 138, e Cass. 5 novembre 1987 n. 8134, in *MGC*, 1987, fasc. 11, che identificano tale requisito nell'inserimento stabile e sistematico del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa.

(15) Cfr. Cass. 29 maggio 1996 n. 4948, in *MGC*, 1996, 789.

(16) Cfr. Cass. 15 dicembre 1990 n. 11925, in *MGC*, 1990, fasc. 12.

(17) Cfr. R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, cit.

l'intervento riformatore in tema di contratti di appalto, operato dall'articolo 29, sia valutato in correlazione alle implicazioni della normativa modificatrice dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo, sostituiti dal nuovo istituto della somministrazione di lavoro. Il tentativo di conferire maggiore certezza legale ai contratti di appalto riferiti a prestazioni di lavoro, attraverso una normativa più chiara nel delinearne gli spazi di legittima applicazione e tramite il richiamo degli orientamenti di giurisprudenza consolidati, è accompagnato infatti dall'incremento delle ipotesi di ricorso lecito al lavoro somministrato, rispetto al regime restrittivo dei precedenti rapporti di fornitura. In tal senso è da intendersi, in particolare, la nuova ed ampia previsione dell'articolo 20, comma 4, che consente la somministrazione a tempo determinato « a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo », consentendo, di fatto, il ricorso a questo istituto ove sia giustificato da una reale esigenza aziendale, rispetto all'elencazione tassativa dei casi di stipulazione lecita dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo, riportata dall'articolo 1 della legge 24 giugno 1997, n. 196.

La regolamentazione della somministrazione è di fatto finalizzata in parte a confermare i contenuti generali della citata legge 24 giugno 1997, n. 196, in parte a disporre un differente assetto sistematico delle ipotesi di ricorso lecito a mere prestazioni di manodopera. Sono state adottate alcune semplificazioni, che peraltro sembrano soddisfare anche specifiche esigenze d'impresa nella ricerca di maggiore certezza nel ricorso al lavoro esterno: si pensi ad esempio all'eliminazione del divieto di fornitura per le mansioni, individuate dalla contrattazione collettiva nazionale, il cui svolgimento possa rappresentare maggiore pericolo per la sicurezza del lavoratore o di soggetti terzi<sup>(18)</sup>. Tale previsione, che intendeva soddisfare ovvie esigenze di tutela, di fatto poteva anche originare abusi, nel senso di negoziazioni finalizzate più che altro alla riduzione dell'ambito di applicazione dell'istituto, nell'ipotesi ad esempio di rappresentanze sindacali aprioristicamente contrarie alla diffusione, in azienda, di nuove forme di flessibilità. Tuttavia complessivamente la regolamentazione della somministrazione appare piuttosto simile a quella del lavoro temporaneo. Sono state infatti

---

<sup>(18)</sup> In generale per un confronto con l'assetto attuale dei divieti in materia di somministrazione cfr. M. SOLDERA, *Somministrazione di lavoro: i divieti*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

confermate molteplici prescrizioni riguardanti la gestione operativa del rapporto tra utilizzatori e lavoratori somministrati ovvero società somministratrici, tra cui:

— modalità e criteri per la determinazione dei trattamenti economici derivanti dalla contrattazione di primo e secondo livello o da politiche aziendali adottate unilateralmente (articolo 23, commi 1 e 4);

— obbligo, a carico del somministratore, di informare i lavoratori sui rischi che le attività produttive in generale possono comportare per la sicurezza e la salute, di formarli ed addestrarli all'uso delle attrezzature di lavoro, con possibilità di trasferire tali oneri sull'utilizzatore (articolo 23, comma 5) <sup>(19)</sup>;

— obbligo a carico dell'utilizzatore di informare il lavoratore qualora le mansioni cui questo è adibito richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, nonché di rispettare tutti gli obblighi di protezione previsti a tutela dei propri dipendenti (articolo 23, comma 5) <sup>(20)</sup>;

— immediata comunicazione scritta da parte dell'utilizzatore al somministratore dell'assegnazione a mansioni superiori (articolo 23, comma 6) <sup>(21)</sup>;

— immediata comunicazione da parte dell'utilizzatore al somministratore di eventuali mancanze disciplinari ed esercizio da parte del somministratore del potere sanzionatorio (articolo 23, comma 7) <sup>(22)</sup>;

— per quanto attiene il regime di responsabilità, l'utilizzatore è responsabile per violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi <sup>(23)</sup> nonché per i danni arrecati a terzi dai lavoratori somministrati nell'esercizio delle mansioni assegnate <sup>(24)</sup> (rispettivamente articolo 23, comma 5, e articolo 26) <sup>(25)</sup>.

---

<sup>(19)</sup> Cfr. in generale, il contributo di S. BIANCHI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, nella Parte I, Sez. (C), di questo volume.

<sup>(20)</sup> Cfr. in generale, il contributo di S. BIANCHI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, cit.

<sup>(21)</sup> Cfr. in generale, il contributo di E. CASSANETI, L. FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(22)</sup> Cfr. in generale, il contributo di E. CASSANETI, L. FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, cit.

<sup>(23)</sup> Cfr. in generale, il contributo di S. BIANCHI, *La tutela della salute e sicurezza del lavoratore*, cit.

<sup>(24)</sup> Cfr., in generale, il contributo di M. TIRABOSCHI, *La responsabilità civile per i danni a terzi*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(25)</sup> Vengono pertanto confermati, nell'ordine seguito dall'elencazione ripor-



Analogamente l'impianto normativo sopravvenuto ha confermato integralmente (articolo 24) gli obblighi di informativa sindacale, preventiva ed a consuntivo, a carico dell'utilizzatore, nonché il godimento da parte dei lavoratori somministrati di specifici diritti di riunione, di libertà ed attività sindacali, di partecipazione alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici <sup>(26)</sup>.

## 2. Contratti di fornitura di lavoro temporaneo, contratti di somministrazione, contratti di appalto e problematiche operative.


La riproposizione, nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, di numerose disposizioni risalenti alla normativa del 1997, in tema di fornitura di lavoro temporaneo, riguardanti soprattutto gli aspetti gestionali, e conseguentemente ricche di implicazioni pratico-operative, induce a formulare qualche riflessione in merito alle principali problematiche riscontrate dagli operatori d'impresa, nel dare corso all'introduzione di lavoro intermittente tramite agenzia consentita dalle prime disposizioni sul lavoro interinale, nonché in merito agli effetti derivanti dalle norme di legge sopravvenute.

La disciplina in tema di rapporti di lavoro temporaneo di cui agli articoli 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196, è stata oggetto di ripetuti interventi correttivi ed integrativi, tra cui la legge 23 dicembre 1999, n. 488, articolo 64, e la legge 23 dicembre 2000, n. 388, articolo 117. Il Ministero del lavoro è inoltre intervenuto ripetutamente con specifiche decretazioni <sup>(27)</sup> e le parti sociali hanno provveduto alla stipulazione in data 28 maggio 1998 ed al successivo rinnovo, in data 23 settembre 2002, del contratto collettivo nazionale di lavoro per i dipendenti delle imprese di fornitura di lavoro temporaneo. Si consideri che l'evoluzione normativa complessa, che ha gradualmente regolamentato il ricorso al lavoro temporaneo, ha inizialmente costituito — di per sé sola — un forte ostacolo alla declinazione operativa del nuovo istituto. Inoltre era diffusa la percezione che in generale il lavoro intermittente tramite agenzia costituisse una modalità di esterna-

---

tata nel testo, i contenuti degli artt. 4, comma 2, 3, comma 5, 6, commi 1, 2, 6, 7, della l. n. 196/1997.

<sup>(26)</sup> Cfr. l'art. 7 della l. n. 196/1997.

<sup>(27)</sup> Cfr. dm 3 settembre 1997, dm 31 maggio 1999, dm 29 novembre 1999, tutti in  *Lavoro interinale*.



lizzazione delle prestazioni di lavoro difficilmente gestibile, in quanto complessa, poco chiara e oltretutto, nell'ipotesi di comportamenti illeciti, sanzionata penalmente. Le prassi operative aziendali, necessariamente dinamiche nell'approccio alla gestione delle problematiche connesse alla terziarizzazione, inducevano gli operatori giuridici d'impresa ad evitare — per ragioni di economia gestionale, di razionalizzazione e praticità nell'impostazione degli interventi — la difficile disamina delle ipotesi lecite/illecite di ricorso al lavoro esterno, optando per altre procedure ritenute più sicure, quali l'attivazione di rapporti a tempo determinato ovvero la cessione di ramo d'azienda. Nell'ipotesi in cui comunque si fosse optato per l'introduzione in azienda di lavoratori esterni, era particolarmente diffusa — in alternativa all'acquisizione di lavoro temporaneo — la ricerca delle maggiori agevolazioni derivanti dal coinvolgimento di soci lavoratori in forza presso cooperative di servizi, in considerazione degli sgravi economico-normativi sino ad anni recenti ancora in larga misura fruiti da tali società<sup>(28)</sup>, da cui derivava una concorrenza nelle offerte che rendeva improponibile il confronto con i costi delle prime prestazioni acquisibili dalle società di fornitura, atteso che i differenziali raggiungevano l'ordine del 30%-40%. Peraltro la percezione delle differenze esistenti tra i contratti di appalto aventi ad oggetto prestazioni di lavoro ed i nuovi contratti di fornitura era poco avvertita, sebbene la sussistenza della fattispecie di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196, fosse facilmente identificabile attraverso il controllo di alcuni indicatori, tra cui:

— la nozione di “società di fornitura di lavoro temporaneo” nella ragione sociale dell'impresa fornitrice;

— la stipulazione di un contratto di fornitura contenente gli elementi previsti dall'articolo 1, comma 5, della legge 24 giugno 1997, n. 196<sup>(29)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Tra le disposizioni più recenti che hanno ridotto tali agevolazioni si consideri, in particolare, la l. n. 142/2001 (da ultimo modificata dalla l. n. 30/2003).

<sup>(29)</sup> Ovvero: *a*) numero dei lavoratori richiesti, *b*) mansioni alle quali saranno adibiti e relativo inquadramento, *c*) luogo, orario e trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative, *d*) assunzione da parte dell'impresa fornitrice dell'obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, *e*) assunzione dell'obbligo dell'impresa utilizzatrice di comunicare all'impresa fornitrice i trattamenti retributivi e previdenziali applicabili, nonché le eventuali differenze maturate nel corso di ciascuna mensilità o del minore periodo di durata del rapporto, *f*) assunzione dell'obbligo dell'impresa utiliz-

Evidentemente le difficoltà di aggiornamento relativamente alle innovazioni in materia di diritto del lavoro, che contraddistinguevano in particolare le direzioni delle PMI — spesso prive di funzioni specificamente dedicate alla gestione del personale — impedivano inizialmente anche la semplice verifica dei requisiti minimi di cui sopra, per l'identificazione di situazioni di illiceità nelle offerte di prestazioni di lavoro esterno, eventualmente ricevute dall'impresa. Il problema si è tuttavia gradualmente risolto, con la diffusione della conoscenza della nuova tipologia di rapporto di lavoro, che oramai sembra acquisita anche nelle prassi operative delle società di minori dimensioni.

Tra le ulteriori criticità nel ricorso al lavoro temporaneo, affrontate dall'evoluzione normativa successiva alla legge 24 giugno 1997, n. 196, emergono in particolare:

1) L'identificazione delle mansioni di esiguo contenuto professionale, per le quali era inizialmente vietato il ricorso a prestazioni di lavoratori temporanei.

I contratti collettivi nazionali avevano gradualmente provveduto a specificare l'ambito di applicazione di tale divieto in riferimento ai mansionari contrattuali, fino a quando la Legge Finanziaria per il 2000 risolse il problema abrogando integralmente la disposizione, che era inserita nella lettera *a*) del comma 4 dell'articolo 1 della legge 24 giugno 1997, n. 196. Compito residuo della contrattazione collettiva nazionale divenne l'individuazione delle mansioni il cui svolgimento può presentare maggiore pericolo per la sicurezza del prestatore di lavoro o di soggetti terzi, per le quali la fornitura era vietata da un'integrazione disposta dalla legge 23 dicembre 1999, n. 488. L'avvenuta abrogazione anche di questo rinvio alla contrattazione collettiva, dovuta alla sopravvenienza del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, pone ora qualche problema di diritto transitorio <sup>(30)</sup>, a motivo delle

---

zatrice di rimborsare all'impresa fornitrice gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore del prestatore di lavoro temporaneo, *g*) assunzione da parte dell'impresa utilizzatrice, in caso di inadempimento dell'impresa fornitrice, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali in favore del prestatore di lavoro temporaneo, fatto salvo il diritto di rivalsa verso l'impresa fornitrice, *b*) la data di inizio ed il termine del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo, *i*) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata all'impresa fornitrice.

<sup>(30)</sup> Cfr. il contributo di L. DEGAN, *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva*, che segue.

restrizioni, concordate in attuazione della previsione di legge, ancora presenti nei Ccnl<sup>(31)</sup> e che probabilmente verranno formalmente abrogate solo in fase di rinnovo. Ne è in ogni caso conseguita — da subito ovvero in prospettiva, a seconda della linea interpretativa seguita in merito all'ultrattività delle previsioni contrattuali — una maggiore libertà operativa nell'adozione del contratto di somministrazione.

2) La definizione dei limiti di ricorso a prestazioni di lavoro temporaneo e dei relativi criteri di conteggio, ad opera della contrattazione collettiva nazionale, ai sensi dell'articolo 1, comma 8, della legge 24 giugno 1997, n. 196. L'articolo 86, comma 3, primo periodo, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, prevede che le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *a*), della legge 24 giugno 1997, n. 196, mantengono, fatte salve eventuali diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza, « con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine ». Conseguentemente sono da considerarsi non più efficaci le clausole prefigurate da accordi raggiunti in attuazione del rinvio di cui all'articolo 1, comma 8, della legge 24 giugno 1997, n. 196, che in genere fissavano le limitazioni consistenti in rapporti in percentuale tra prestatori di lavoro temporaneo e lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto a tempo indeterminato, unitamente a soglie minime di utilizzo comunque consentito<sup>(32)</sup>. Superato il problema di diritto transitorio, derivante dalla portata generale della disposizione di cui all'articolo 86, comma 6 — che prevede il mantenimento in vigore delle norme di legge e regolamento in tema di lavoro temporaneo fino alla decorrenza di una specifica disciplina di raccordo, da definire con decreto mini-

---

<sup>(31)</sup> Cfr. ad esempio il Ccnl per l'Industria Chimica del 12 febbraio 2002, art. 3, lett. *d*), dichiarazione in calce, che rinviava ad una specifica procedura gestita a livello aziendale.


<sup>(32)</sup> Ad esempio l'art. 1-*bis*, lett. *b*), Disciplina generale, Sezione terza del Ccnl 7 maggio 2003 per l'Industria Metalmeccanica prevede che « i prestatori di lavoro temporaneo che possono essere utilizzati per le ipotesi contrattuali sopra individuate non potranno superare la media dell'8 per cento, calcolata su quattro mesi (...). In alternativa, è consentita la stipulazione di contratti di fornitura di lavoro temporaneo sino a cinque prestatori di lavoro temporaneo, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro temporaneo a tempo indeterminato in atto nell'impresa ».

steriale <sup>(33)</sup>, e che per alcuni interpreti (secondo una lettura peraltro contestabile del testo normativo) <sup>(34)</sup> aveva comportato anche l'ultratattività temporanea delle discipline contrattuali sui limiti quantitativi di ricorso a questa fattispecie contrattuale <sup>(35)</sup> —, la decadenza delle disposizioni interconfederali e di Ccnl è da ritenersi senz'altro verificata, in riferimento ai rapporti di somministrazione. Tuttavia si consideri che i contratti collettivi che daranno attuazione alla somministrazione a tempo determinato (la più diffusa, sostitutiva del lavoro temporaneo) potranno comunque determinare nuovi limiti quantitativi, in conseguenza del nuovo rinvio disposto dall'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 <sup>(36)</sup>. I maggiori spazi di autonomia, concessi alla gestione d'impresa dall'entrata in vigore del decreto, sono pertanto destinati a ridursi o per lo meno ad essere rinegoziati.

3) Le modalità di applicazione ai lavoratori temporanei degli automatismi di inquadramento definiti dalla contrattazione nazionale.

La legge 23 dicembre 1999, n. 488, integrando l'articolo 4, comma 2, della legge 24 giugno 1997, n. 196, aveva introdotto il « divieto di corrispondere il trattamento previsto per la categoria di inquadramento di livello più basso, quando tale inquadramento sia considerato dal contratto collettivo come avente carattere esclusivamente transitorio ». In assenza di analoghe indicazioni nel successivo decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, tale principio sembra permanere ultrattivo — a seguito dell'introduzione della nuova normativa sulla somministrazione — solo ad opera della contrattazione collettiva, nei settori in cui sia stata introdotta una specifica clausola di recepimento <sup>(37)</sup>. I problemi di coordinamento tra tale disposizione e le norme contrattuali in materia di mobilità professionale, pur se oggetto di approfondimento da parte delle associazioni di categoria, nonché di ade-


---

<sup>(33)</sup> Cfr. il dm 23 dicembre 2003 e la circ. Min. lav. n. 25/2004, entrambe in  *Agenzia per il lavoro*.

<sup>(34)</sup> Si tratta, in particolare, della posizione prudenziale inizialmente assunta dagli uffici legali delle principali società di fornitura/somministrazione attive nel Paese.

<sup>(35)</sup> Ma *contra* la circ. Min. lav. n. 25/2004, cit.

<sup>(36)</sup> Sull'esperienza della contrattazione collettiva successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, cfr. L. DEGAN, *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva*, cit.

<sup>(37)</sup> Cfr. in questo senso anche la circ. Min. lav. n. 7/2005, in  *Somministrazione*.

guamenti del testo di vari Ccnl, avevano generato spesso fraintendimenti in fase applicativa. Si consideri per esempio il complesso sistema definito dall'articolo 4, lettera c), disciplina generale, sezione terza, del vigente Ccnl per l'Industria Metalmeccanica, che a seconda delle mansioni e delle categorie di inquadramento attribuite genera percorsi di crescita professionale differenti. In riferimento a tale obbligo contrattuale, per evitare violazioni della norma di legge era necessaria una particolare dimestichezza, nella lettura ed interpretazione del testo contrattuale, non sempre posseduta dalle funzioni aziendali preposte alla verifica e sottoscrizione dei contratti di fornitura, anche in considerazione del fatto che spesso le mansioni effettivamente svolte dai lavoratori non sono chiaramente riferibili ad un profilo descritto nel mansionario inserito nel Ccnl ovvero gli inquadramenti attribuiti non sono sempre corretti od omogenei nei reparti/uffici interessati. Questo tipo di problemi, di carattere pratico-operativo, è evidentemente destinato a riproporsi — in assenza di nuovi interventi contrattuali — anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa in tema di somministrazione.

4) La comunicazione del superamento della 48<sup>a</sup> ora di prestazione lavorativa settimanale e le comunicazioni in caso di assunzione, proroga e cessazione dei lavoratori somministrati.

È da ritenersi estensibile al nuovo limite orario disciplinato dall'articolo 4 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, in via interpretativa, l'onere a carico della società utilizzatrice — in precedenza riferito al superamento della 45<sup>a</sup> ora dalla lettera circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 6 novembre 2001 <sup>(38)</sup> — di informare la Direzione provinciale del lavoro-Servizio ispezione del lavoro, con specifica comunicazione scritta, ai sensi dell'abrogato articolo 1 della legge 27 novembre 1998, n. 409 <sup>(39)</sup>. Peraltro alcune società di somministrazione disciplinano tale obbligo direttamente nel testo del contratto di somministrazione, prevedendolo a carico del soggetto utilizzatore. Si consideri che la periodicità quadrimestrale delle nuove modalità di comunicazione introdotte dal citato decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 (ovvero la maggiore durata eventualmente disposta dalla contrattazione collettiva), in sostituzione dell'obbligo settimanale in precedenza in vigore, comporta di per sé sola un

---

<sup>(38)</sup> In  *Lavoro interinale*.

<sup>(39)</sup> Così anche la circ. Min. lav. n. 7/2005, cit.

minore aggravio gestionale. Inoltre il comma 4 dell'articolo 4-*bis* del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, introdotto dall'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, ha precisato che le imprese fornitrici di lavoro temporaneo (ora le società somministratrici, come confermato dall'articolo 86, comma 7, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276) comunichino al servizio territorialmente competente, entro il giorno 20 del mese successivo, l'assunzione, la proroga e la cessazione del rapporto dei lavoratori temporanei assunti nel corso del mese precedente, esentando pertanto le società utilizzatrici da analoghe od ulteriori incombenze.

Infine, per quanto riguarda i contratti di appalto e le principali problematiche operative riscontrate dalle imprese, si consideri che gli elementi distintivi rispetto alla somministrazione di lavoro, ravvisabili nella nuova formulazione introdotta dall'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono espressamente identificati « nell'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore » nonché nella « assunzione del rischio d'impresa »<sup>(40)</sup>. La definizione, piuttosto ampia ed elastica, è da valutare in correlazione all'avvenuta abrogazione, già citata, della previgente presunzione assoluta di illiceità dell'appalto nell'ipotesi di utilizzo di mezzi — capitali, macchine, attrezzature — forniti dal committente, prevista dall'articolo 1, comma 3, della legge 10 ottobre 1960, n. 1369, e peraltro già oggetto degli orientamenti giurisprudenziali illustrati nel paragrafo 1. Le problematiche operative riscontrate in passato dalle imprese, legate alla rigidità della precedente impostazione normativa, dovrebbero pertanto tendere a diminuire a seguito di tale abrogazione. Inoltre il rinvio, inserito nel comma 1 del citato articolo 29, al « potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto », come criterio non esclusivo ma di particolare rilievo, a cui fare riferimento nella verifica della sussistenza di una situazione interpositoria legittima o illegittima, rappresenta la riproposizione, in un atto avente forza di legge, dell'indice giurisprudenziale di identificazione della subordinazione considerato più importante — durante la vigenza della legge 10 ottobre 1960, n. 1369 — dalla prevalente giurisprudenza di legittimità. Ne consegue che imprese già dedite ai contratti di appalto con ap-

---

<sup>(40)</sup> Con riferimento alla nozione di appalto di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, cfr. il contributo di R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, cit.

procci rispettosi delle più diffuse e ricorrenti indicazioni operative a conoscenza degli operatori aziendali, basate sulle principali interpretazioni seguite dalla giurisprudenza, non incontreranno probabilmente particolari difficoltà gestionali, a seguito dell'introduzione della nuova normativa, se manterranno le prassi in atto in passato.

### **3. Criticità risolte/irrisolte. In particolare la somministrazione di lavoro per qualifiche elevate e la questione della retribuzione incentivante nella somministrazione di lavoro.**

Il rilevante ampliamento delle ipotesi di ricorso al lavoro intermittente tramite agenzia, attraverso l'adozione di contratti di somministrazione a tempo determinato, l'introduzione del nuovo istituto della somministrazione a tempo indeterminato, l'eliminazione di alcune rigidità riguardanti la gestione operativa che contraddistinguevano i rapporti di fornitura (per quanto nel complesso la normativa previgente sia stata confermata) costituiscono elementi sicuramente in grado di agevolare la diffusione dei rapporti di somministrazione, nella misura in cui questi sono stati resi in grado di soddisfare maggiormente le esigenze delle società utilizzatrici. Si consideri tuttavia, a conclusione delle riflessioni proposte, che l'intervento normativo — ovviamente finalizzato anche a garantire la tutela dei lavoratori somministrati — lascia inalterate alcune problematiche gestionali inevitabilmente sottratte al suo campo di intervento, in quanto connesse non alle limitazioni normative poste all'operatività aziendale, ma alle caratteristiche generali del mercato del lavoro, nonché alle dinamiche commerciali che inevitabilmente contraddistinguono le situazioni interpositorie lecitamente formate, trattandosi di rapporti trilateri in cui intervengono soggetti portatori di diritti ed aspettative proprie e differenti. In particolare non è lecito attendersi dagli ultimi interventi normativi la risoluzione di problematiche connesse direttamente all'autonoma evoluzione dei rapporti tra utilizzatori e somministratori, come ad esempio:

*a)* eventuali carenze nella reperibilità, presso le società somministratrici, di profili professionali idonei a soddisfare le esigenze aziendali, a motivo della loro mancanza sul territorio di competenza dell'agenzia;

*b)* corrispondenza non sempre precisa tra i profili professionali dichiarati dal somministratore in riferimento al personale sommini-



strato e le effettive competenze e capacità professionali verificate durante lo svolgimento della missione <sup>(41)</sup>;

c) prestazioni caratterizzate da rendimenti inferiori a quelli del personale stabile di reparto;

d) condizioni generali di contratto piuttosto rigide e difficoltà nel trattare con le società fornitrici eventuali modifiche-integrazioni.

Le problematiche di cui alla lettera a) riguardano infatti le caratteristiche del mercato del lavoro in cui operano le imprese utilizzatrici, che peraltro da tempo cercano di ovviare a tale criticità attraverso l'attivazione — non agevole — di procedure di mobilità sul territorio nazionale. Le difficoltà di cui alle lettere b) e d) sono risolvibili solo attraverso una attenta strategia nell'impostazione dei rapporti commerciali con il somministratore. Le situazioni di cui alla lettera c) sono probabilmente inevitabili, in quanto attengono alle caratteristiche intrinseche di ogni procedura di inserimento al lavoro. Solo una particolare attenzione posta alle fasi di affiancamento iniziale e di addestramento *on the job*, quest'ultimo eventualmente svolto con il supporto del somministratore <sup>(42)</sup>, possono verosimilmente ridurne l'incidenza.

In parte, le criticità in esame possono essere affrontate attraverso la contrattazione territoriale di contenuto normativo. L'opportunità di promuovere l'estensione del ruolo ricoperto dal livello provinciale di confronto sindacale, per adeguare — attraverso specifiche intese — alle tipicità del mercato del lavoro locale le indicazioni inevitabilmente generali offerte dalla normativa di carattere nazionale, è ravvisabile già nell'impostazione complessiva della recente produzione legislativa di riforma del mercato del lavoro, che rinvia con particolare frequenza alla contrattazione decentrata. Tra le prime ipotesi di intervento, attuative dei richiami inseriti nelle disposizioni di legge dedicate alla somministrazione, si consideri — a titolo esemplificativo — l'intesa raggiunta a marzo 2004 in Provincia di Bergamo tra Unione Industriali e

---


<sup>(41)</sup> Il problema è diffusamente percepito dagli operatori d'impresa, come confermato, ad esempio, da una indagine condotta in Provincia di Bergamo a ottobre 2002, *Lavoro temporaneo, il parere delle aziende*, UIB, Bergamo, 2002. La medesima rilevazione ha inoltre evidenziato, in oltre il 90% delle imprese campionate, la presenza di giudizi fortemente critici sulle effettive capacità professionali possedute dai lavoratori temporanei, indipendentemente dalle mansioni assegnate.

<sup>(42)</sup> Si tratta della più recente tendenza seguita da alcune delle principali società di somministrazione, che offrono alle imprese utilizzatrici percorsi formativi, per il personale inviato in missione, svolti direttamente presso l'azienda.



Federmanager<sup>(43)</sup>, che consente il ricorso alla nuova tipologia di somministrazione a tempo indeterminato per qualifiche professionali elevate, soddisfacendo specifiche esigenze rilevate presso il sistema industriale locale: l'inserimento temporaneo nell'organico aziendale di lavoratori a cui attribuire funzioni particolarmente critiche, garantendo all'impresa, anche successivamente alla conclusione della missione svolta, la loro reperibilità, a fronte dell'eventuale insorgenza di nuove improvvise esigenze. Inoltre, indipendentemente dai rinvii contenuti nelle disposizioni di legge, un ampio confronto a livello territoriale tra società somministratrici ed utilizzatrici, eventualmente mediato dalle rispettive strutture di rappresentanza, può produrre soluzioni innovative in grado di contenere alcune delle problematiche operative citate. Ad esempio un'intesa territoriale potrebbe definire, in riferimento alla criticità evidenziata alla lettera *d*), le modalità di risoluzione delle difficoltà riscontrate nella definizione dei rapporti contrattuali tra agenzie di somministrazione e società utilizzatrici, attivando un confronto negoziale di livello superiore, gestito attraverso un apposito tavolo di discussione tra soggetti delegati dotati di idonee competenze giuslavoristiche, incaricato di trovare opportune e rapide soluzioni operative, eventualmente anche attraverso formule arbitrali. A tale fine, anche gli "Osservatori" sul lavoro temporaneo/somministrato, già costituiti presso le commissioni per l'impiego di alcune Province, potrebbero forse svolgere un ruolo attivo importante, promuovendo questo od altri approcci risolutivi, che verrebbero certamente facilitati da una mediazione svolta in sede pubblica. Anche le organizzazioni sindacali dei lavoratori potrebbero poi assumere un ruolo rilevante, nell'agevolare l'adeguamento alle tipicità territoriali delle impostazioni normative generali di fonte contrattuale nazionale, eventualmente intervenendo direttamente a livello di singola azienda. Ad esempio potrebbero promuovere — d'intesa con le direzioni aziendali — la realizzazione di percorsi formativi specifici, destinati al personale somministrato in fase di primo inserimento nelle unità produttive, eventualmente correlati a valutazioni congiunte sulla tempistica da seguire nell'estensione a tali lavoratori dei contenuti della contrattazione di secondo livello di tipo economico. Si potrebbe trattare di formule c.d. "d'ingresso", che

---

<sup>(43)</sup> Il testo dell'accordo è reperibile in  *Somministrazione*. Per un commento, cfr. S. MALANDRINI, *Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e qualifiche professionali elevate*, in *DRI*, 2004, n. 2.

consentano — almeno inizialmente — il parziale contenimento dei costi aziendali, dilazionando ad esempio gli effetti dei Premi Aziendali di Risultato sul trattamento retributivo dei lavoratori somministrati, a compensazione delle spese e delle diseconomie comunque in varia misura prodotte a carico delle aziende dallo svolgimento di una consistente attività di formazione.

A tale proposito, tra le esperienze già maturate a livello territoriale, in tema di applicazione ai lavoratori somministrati degli effetti economici della contrattazione aziendale di secondo livello, si consideri un'iniziativa recentemente attivata in Provincia di Bergamo, con decorrenza dal mese di settembre 2004. Un'intesa raggiunta tra la locale Unione degli Industriali e le principali società di somministrazione presenti sul territorio — rappresentative di oltre il 70% del mercato — ha agevolato la riduzione dei rischi, a carico di utilizzatori e somministratori (solidalmente responsabili ai sensi dell'articolo 6, comma 3, della legge 24 giugno 1996, n. 197, con formulazione poi ripresa dall'articolo 23, comma 3, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276), derivanti da vertenze attivabili dai lavoratori somministrati per l'eventuale mancato riconoscimento nei loro confronti del diritto a percepire i Premi Aziendali di Risultato. Il progetto è nato dalla constatazione di una problematica operativa particolarmente diffusa: in molte discussioni ed intese aziendali realizzate nei primi anni successivi all'emanazione della legge 24 giugno 1996, n. 197, introduttiva della nuova "figura" del lavoratore temporaneo, le parti sottoscrittrici non avevano infatti contemplato tra i destinatari dei Premi Aziendali di Risultato concordati questa tipologia di rapporto di lavoro (spesso non ancora presente in azienda all'atto della ratifica dell'accordo), senza tuttavia nemmeno escludere espressamente la spettanza delle erogazioni. Non si era di fatto provveduto a dare corso, in alcun modo, alla disposizione di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 24 giugno 1996, n. 197, la cui formulazione è stata poi ripresa dall'articolo 23, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, che prevede che « i contratti collettivi applicati dall'utilizzatore stabiliscono modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati ». Si consideri che inizialmente, per:

*a)* ragioni di carattere commerciale, dovute alla necessità delle società fornitrici di promuovere il loro servizio presso le imprese attive sul territorio;

b) la scarsa diffusione iniziale dell'istituto della fornitura di lavoro temporaneo;

c) la novità della regolamentazione in esame, che aveva prodotto rilevanti problematiche interpretative in merito all'esatto contenuto delle disposizioni di legge, peraltro ancora adesso irrisolte, stante l'assenza di orientamenti di giurisprudenza consolidati o di prassi amministrativa significativa;

il problema della quantificazione degli importi retributivi spettanti ai lavoratori somministrati, che gli utilizzatori dovevano comunicare ai somministratori all'atto dell'instaurazione del rapporto di fornitura, ai sensi dell'articolo 1, comma 5, lettera e), della legge 24 giugno 1996, n. 197, non era emerso con particolare frequenza. Le eventuali omissioni non erano infatti rilevate dalle società fornitrici, per carenza di interesse, e gli stessi lavoratori temporanei, interessati ad una conferma in servizio successiva alla scadenza del rapporto di fornitura, tendevano a non presentare rivendicazioni retributive. Tuttavia la successiva insorgenza di una forte opposizione, da parte di alcune componenti sindacali, alla diffusione della fornitura di lavoro temporaneo, prima, e alla somministrazione di lavoro, poi, (considerati istituti troppo "flessibili"), aveva prodotto un incremento generale del contenzioso, che si era esteso anche al tema del trattamento retributivo del personale inviato in missione. Conseguentemente la contrattazione aziendale più recente ha iniziato a promuovere, con maggiore frequenza, intese che regolamentano espressamente le modalità di erogazione degli importi, definiti dalla contrattazione economica di secondo livello, ai lavoratori temporanei/somministrati, oppure chiariscono inequivocabilmente l'esclusione dal diritto alla percezione. È restato comunque transitoriamente aperto il problema dei contratti aziendali (in genere di durata quadriennale) già sottoscritti e privi di una regolamentazione specifica. Considerata la difficoltà operativa nel promuovere confronti sindacali aziendali — per regolamentare il trattamento economico dei lavoratori somministrati — integrativi di intese già entrate in vigore, si è ritenuta quindi opportuna una differente soluzione: la condivisione, a livello provinciale, di un criterio interpretativo consistente nell'applicazione per analogia, ai lavoratori somministrati, delle disposizioni contenute negli accordi sui Premi Aziendali di Risultato che riguardano i lavoratori a tempo determinato, sino a quando non interverrà una normativa di fonte contrattuale di maggiore dettaglio.

L'analisi condotta con riferimento alla somministrazione di la-

voro, può essere ulteriormente ampliata avuto riguardo alle innovazioni (*supra*, paragrafo 2) introdotte in materia di appalto dal decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

Per quanto attiene infatti ai contratti di appalto, la risoluzione delle principali problematiche operative ancora riscontrabili nei rapporti tra committenti ed appaltatori potrà essere probabilmente agevolata soprattutto dalla progressiva implementazione dei moduli, formulari e codici di buone pratiche che consentiranno — all'interno delle procedure di certificazione <sup>(44)</sup> in corso di attivazione ai sensi degli articoli 75-84 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 — una valutazione più certa dei limiti di liceità dei comportamenti adottabili dalle parti, integrando con criteri operativi pratici la nozione, di carattere essenziale, riportata nell'articolo 29, di per sé sola non sufficiente a chiarire tutti i dubbi interpretativi precedentemente evidenziati (*supra*, paragrafo 1). Gli spazi entro cui l'autonomia negoziale può trovare utile svolgimento risiedono pertanto soprattutto nella facoltà, concessa dall'articolo 75, comma 1, lettera *a*), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, di costituire enti bilaterali e commissioni di certificazione in sede sindacale, con funzione integrativa dell'attività svolta dagli organismi istituiti in sede pubblica, rispetto ai quali i medesimi possono operare probabilmente con maggiore sensibilità, in relazione alle problematiche settoriali o di comparto, a motivo della specifica esperienza acquisita.

---

<sup>(44)</sup> Sulla certificazione del contratto di appalto, cfr. R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, cit.

### 3.

## LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO NELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

LUGI DEGAN

SOMMARIO: 1. Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione della somministrazione di lavoro. — 2. La somministrazione a tempo determinato. — 3. *Segue*: le specificità di edilizia ed artigianato. — 4. La somministrazione a tempo indeterminato. — 5. Conclusioni.

### 1. Il ruolo della contrattazione collettiva nella regolamentazione della somministrazione di lavoro.

Sconfessando ampiamente radicali dissensi e i dubbi di parte della dottrina circa un presunto ruolo marginale della contrattazione collettiva <sup>(1)</sup>, i primi mesi di attuazione della riforma Biagi del mercato del lavoro dimostrano come la messa a regime del nuovo quadro regolatorio dipenda largamente dall'intervento delle parti sociali <sup>(2)</sup>. Così è sicuramente stato per la somministrazione di lavoro, la cui piena operatività è stata sin qui condizionata dall'intervento cauto — se non anche reticente e, in taluni casi, persino paralizzante — della contrattazione collettiva. Alcuni contratti hanno infatti tralasciato di regolare l'istituto; altri, al fine di superare una evidente situazione di *impasse*, hanno preferito rinviare ad un successivo accordo, confer-

---

<sup>(1)</sup> Cfr., per tutti, P. ALLEVA, *La ricerca e la analisi dei punti critici del decreto legislativo n. 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in *www.cgil.it*.

<sup>(2)</sup> Sul ruolo della contrattazione collettiva nell'impianto del d.lgs. n. 276/2003, cfr. M. DEL CONTE, *Il ruolo della contrattazione collettiva e l'impatto sul sistema di relazioni industriali*, e C. SERRA, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella attuazione della Legge Biagi*, cui *adde*, con specifico riguardo alla messa a regime della nuova disciplina e del regime transitorio, M. MOBIGLIA, *Regime transitorio ed efficacia dei contratti collettivi in vigore*, tutti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.

mando, però, in via transitoria, le previsioni attuative della disciplina previgente; altri ancora, infine, hanno solo parzialmente coltivato lo spazio normativo loro attribuito dal legislatore nazionale. Non si registra invece allo stato alcun contratto collettivo che abbia colto e pienamente valorizzato i diversi rinvii contenuti nel decreto legislativo n. 276/2003 alla contrattazione collettiva.

L'ambito di intervento della contrattazione collettiva è stato in ogni caso molteplice. A volte, infatti, i rinvii hanno riguardato il contratto collettivo applicato dal somministratore; altre volte invece, soprattutto per quanto riguarda le condizioni e i limiti di ricorso all'istituto, il contratto collettivo applicato all'utilizzatore.


In via preliminare va ricordato che il contratto collettivo delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo — siglato in vigenza della legge n. 196/1997 — è stato esteso, dapprima, ai lavoratori in somministrazione con contratto a tempo determinato e, successivamente, con accordo del 2 febbraio 2005, contestualmente all'attuazione dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 276/2003, anche ai lavoratori in somministrazione con contratto a tempo indeterminato <sup>(3)</sup>.

Per quanto riguarda il contratto collettivo del somministratore è, in primo luogo, prevista la facoltà di precisare le modalità con le quali le parti del contratto di somministrazione devono dare attuazione alla previsione dei contenuti obbligatori nella redazione del documento contrattuale.

In generale spetta poi al contratto collettivo applicato dal somministratore l'individuazione dei casi in cui il contratto di lavoro a tempo determinato può essere prorogato, la previsione della indennità di disponibilità per la somministrazione a tempo indeterminato, le clausole che limitino la possibilità per l'utilizzatore di assumere il lavoratore cui sia corrisposta un'adeguata indennità, le modalità per l'esercizio del diritto di riunione nell'ambito dei diritti sindacali riconosciuti ai lavoratori in somministrazione nei confronti delle agenzie.

Il rinvio contenuto nella legge n. 196/1997, con riferimento alla individuazione delle condizioni di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo, è stato confermato solo per la somministrazione a tempo in-

---

<sup>(3)</sup> L'accordo è reperibile in  *Somministrazione*. Per un'analisi del processo di attuazione, ad opera delle parti sociali, dell'art. 12, d.lgs. n. 276/2003 vedi G. BOCCHIERI, M. TIRABOSCHI, *I fondi per la formazione e la tutela del reddito*, nella Parte I, Sez. (C), di questo volume.

determinato: in questo caso, infatti, la contrattazione collettiva di livello nazionale o territoriale può individuare condizioni ulteriori rispetto a quelle legali.

Il ruolo centrale della contrattazione collettiva di livello nazionale nel governo dell'istituto appare, tuttavia, confermato, in relazione alla somministrazione a termine, nella previsione che attribuisce ai contratti collettivi di questo livello l'individuazione dei limiti quantitativi di ricorso all'istituto.


Resta poi del tutto confermata la disposizione che accorda alle parti sociali la facoltà di determinare le modalità e i criteri relativi alla parte variabile della retribuzione. Inoltre, in relazione alla fase di transizione al nuovo regime legale, è previsto che le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro mantengono, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro, con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine.

## 2. La somministrazione a tempo determinato.

Per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, un primo gruppo di contratti collettivi si è caratterizzato per la mancata considerazione dell'istituto nell'ambito della nuova regolamentazione contrattuale. Così è stato per il Ccnl Fotolaboratori conto terzi, 3 dicembre 2004 <sup>(4)</sup>; il Ccnl Assicurazioni - Società di assistenza, 22 gennaio 2004; il Ccnl Turismo - Industria (Federturismo), 2 febbraio 2004; il Ccnl Farmacie municipalizzate, 12 marzo 2004; Ccnl Anpas, 16 marzo 2004; il Ccnl Consorzi agrari, 5 aprile 2004; il Ccnl Cooperative e Consorzi agricoli (Legacoop e Confcooperative), 5 maggio 2004; il Ccnl Lapidari-Pmi, 26 maggio 2004; il Ccnl Chimici - Industria (mercato del lavoro e orario), 28 maggio 2004; il Ccnl Consorzi di bonifica, 2 luglio 2004; il Ccnl Bancari, 12 febbraio 2005, e il Ccnl Lavoro nei porti, 4 marzo 2004.

Tale orientamento, a dire il vero, si è manifestato più frequentemente all'indomani dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/

---

<sup>(4)</sup> In  Banca dati dei rinnovi contrattuali. Tutti i contratti collettivi menzionati in questo contributo sono reperibili alla stessa voce.

2003 ed è quindi, per lo più, da ricondurre ad un atteggiamento prudente delle parti sociali legato anche alla scarsa familiarità con la nuova regolamentazione legale dell'istituto e ad una certa difficoltà quanto all'identificazione delle ricadute operative della stessa.

Sono però da segnalare quei contratti che espressamente non hanno regolato gli istituti previsti dalla riforma o che, come nel contratto dei bancari, hanno escluso anche l'intervento ad opera della contrattazione di livello inferiore. Al di là di quest'ultimo atteggiamento, sicuramente carico di significati "politici", non è da escludere che le parti collettive necessitassero di un periodo di tempo ulteriore, rispetto a quello — breve — legato all'iter di approvazione della riforma, per ponderare la propria posizione, nonché per valutare il migliore assetto dei propri interessi in riguardo ai vincoli e alle opportunità prospettati dalla nuova disciplina.

Un secondo gruppo di contratti collettivi hanno invece preferito rinviare espressamente la regolamentazione dell'istituto ad un accordo successivo. Così è stato per il Ccnl Nettezza urbana (Aziende private), 13 gennaio 2004; il Ccnl Metalmeccanici - Industria, 22 gennaio 2004; il Ccnl Grafica - Industria, 24 febbraio 2004; il Ccnl Chimica-Pmi (Unionchimica), 2 marzo 2004; il Ccnl Agricoltura - Contoterzismo, 9 marzo 2004; il Ccnl Latterizi e Manufatti - Industria (Confindustria), 22 aprile 2004; il Ccnl Studi professionali, 28 luglio 2004, e il Ccnl Gomma e Plastica (Assogomma), 2 gennaio 2004. Ciò è talora avvenuto anche nel successivo accordo contrattuale come nel caso del Ccnl Cooperative del settore Socio-sanitario-assistenziale - Cooperative, 26 maggio 2004.

Paradigmatico è il Ccnl Gomma e Plastica (Industria), in cui le parti stipulanti hanno dichiarato che in relazione all'attuazione delle deleghe previste dal decreto legislativo n. 368/2001 e dal decreto legislativo n. 276/2003 in materia di tipologie contrattuali diverse da apprendistato, contratto di inserimento e lavoro a tempo parziale, avrebbero istituito una Commissione paritetica che, con riferimento al contratto a termine, al contratto di somministrazione ed in materia di appalti, avrebbe dovuto ultimare i lavori entro il 31 dicembre 2004. Peraltro, con l'intento di non paralizzare l'utilizzo della somministrazione di lavoro che risponde, secondo quanto dichiarato dalle parti stesse, alla necessità di soddisfare le esigenze aziendali, le parti stipulanti hanno aggiunto che, in attesa dell'entrata in vigore dei provvedimenti attuativi della disciplina dei contratti di somministrazione di cui al decreto legislativo n. 276/2003, continuano ad avere vigore le dispo-



sizioni di cui all'articolo 2, paragrafo c, del Ccnl 15 aprile 2000 in tema di contratto di fornitura di lavoro temporaneo.

Anche il Ccnl Cooperative sociali assume un atteggiamento attendista integrando, innanzitutto, il contratto con i contenuti dell'accordo interconfederale del 23 luglio 1998 e, successivamente, impegnandosi a modificare, in applicazione di quanto previsto dall'articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003, il Ccnl nel prossimo rinnovo.

Tale atteggiamento, solo all'apparenza interlocutorio, è da valutare alla luce del regime transitorio disposto dal decreto legislativo n. 276/2003 in relazione alla regolamentazione del c.d. lavoro interinale. Infatti, è espressamente preservata la regolamentazione anteriore attuativa dell'abrogata — nella parte relativa alla materia in esame — legge n. 196/1997, salva diversa volontà delle parti in merito alle sole condizioni di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo (articolo 86, comma 3, decreto legislativo n. 276/2003). In particolare, a seguito dell'abrogazione degli articoli da 1 a 11 della legge n. 196/1997 è stata ampliata la possibilità di ricorrere alla somministrazione. Infatti, è stato eliminato il limite del ricorso alla somministrazione solo a fronte di esigenze di carattere temporaneo o eccezionali. Ora è sufficiente l'esistenza di una ragione oggettiva, indipendentemente dalla temporaneità ed eccezionalità della stessa, anche riferibile all'ordinaria attività dell'utilizzatore.

Quindi, come chiarito dalla circolare del Ministero del lavoro n. 7/2005 <sup>(5)</sup>, l'esistenza di norme collettive che regolano il ricorso alla somministrazione in presenza di ragioni temporanee non impedisce la stipula di un contratto di somministrazione in riferimento all'esistenza di ragioni oggettive.

Questo mutamento nella considerazione della somministrazione che ha determinato anche la riforma del mercato del lavoro non è stato colto da tutte le parti sociali. Proprio questa importante modifica della disciplina legale, che costituisce un segnale inequivocabile della prospettiva di normalizzazione dell'istituto, è stata invece valorizzata da alcuni di quei contratti riconducibili ad un terzo orientamento.

Un altro gruppo di contratti, infatti, hanno invece regolamentato la somministrazione di lavoro a tempo determinato. Di questi, però, solo una parte — certamente molto significativa, anche per la rilevanza dei settori coinvolti — ha recepito *tout court* l'ampia clausola

---

<sup>(5)</sup> In  *Somministrazione*.

generale prevista dalla disciplina legale. Così è stato per il Ccnl Tessile-Abbigliamento-Moda - Industria (Confindustria), 24 aprile 2004; il Ccnl Tessile (Uniontessile - Confapi), 4 maggio 2004; il Ccnl Calzature (Confindustria), 18 maggio 2004; il Ccnl Agricoltura - Quadri e Impiegati, 27 maggio 2004 <sup>(6)</sup>; il Ccnl Assoscrittura e Assospazzole, 8 giugno 2004; il Ccnl Filiera ittica e dei Retifici - Industria, 15 giugno 2004; il Ccnl Commercio (Confcommercio), 2 luglio 2004, il Ccnl Ombrelli e Ombrelloni - Industria, 2 luglio 2004, e il Ccnl Commercio (Confesercenti), 6 luglio 2004.

In modo non coerente con la previsione di legge altri contratti collettivi sono intervenuti introducendo *vi propria* delle limitazioni al ricorso all'istituto attraverso la tipizzazione di specifiche esigenze. Fra questi alcuni hanno, comunque, recepito, almeno parzialmente, l'orientamento del legislatore e hanno previsto esigenze di natura oggettiva, come nel caso del Ccnl Alimentari - Pmi (Unionalimentari), 6 maggio 2004, e Ccnl Edilizia - Cooperative, 24 maggio 2004. In particolare il Ccnl Edilizia - Cooperative individua un limite percentuale, comprensivo dei lavoratori assunti a tempo determinato in specifiche ipotesi, pari al 20 per cento dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, per il ricorso alla somministrazione di lavoro. Tale ricorso è consentito solo per punte di attività connesse ad esigenze di mercato che derivino dall'acquisizione di nuovi lavori, dalla esecuzione di un'opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale, per professionalità diverse o eccezionali rispetto a quelle normalmente occupate, per professionalità carenti sul mercato del lavoro locale, per la sostituzione di lavoratori assenti, comprese le ipotesi di assenze per periodi di ferie non programmati, per lavoratori in aspettativa, congedo o temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate o che partecipino a corsi di formazione.

Alcuni contratti hanno invece mantenuto il principio — superato dal decreto legislativo n. 276/2003 — della natura eccezionale delle esigenze che consentono il ricorso alla somministrazione di lavoro tipizzando esigenze straordinarie, temporanee, non ricorrenti. Così è stato per il Ccnl Agenzie marittime raccomandatarie, 17 marzo 2004,

---

<sup>(6)</sup> Questo contratto si segnala per aver individuato specifiche esigenze tecniche, organizzative, produttive e sostitutive ma solo a titolo esemplificativo.

il Ccnl Legno, Arredamento - Industria (Confindustria), 21 luglio 2004, e il Ccnl Legno (Confapi), 22 settembre 2004.

In particolare il Ccnl Legno e Arredamento - Industria — ma analoghe disposizioni si ritrovano anche nel Ccnl Legno e Arredamento - Piccola Industria, 22 settembre 2004 — mentre, da un lato, stabilisce che l'assunzione con contratto a tempo determinato e il ricorso alla somministrazione di lavoro debbano avvenire ai sensi delle vigenti disposizioni di legge, dispone, dall'altro lato, che sia possibile ricorrere a questi strumenti solo nelle ipotesi specificamente individuate a prescindere dalla loro durata (quindi anche se inferiori a sette mesi). Il Ccnl Agenzie marittime raccomandatarie, dal canto suo, disciplina il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato in modo uniforme al contratto di lavoro a tempo determinato. Infatti, stabilisce che le esigenze da soddisfare per giustificare il ricorso al primo istituto sono le medesime che consentono il ricorso al lavoro a tempo determinato. Inoltre è disposto che il ricorso alla somministrazione può avvenire anche per l'aumento temporaneo di attività, in casi tassativamente indicati. Tali casi sono: quello di punte di intensa attività cui non possa farsi fronte con il ricorso ai normali assetti produttivi aziendali; quello di assunzioni che abbiano luogo per l'esecuzione di un'opera, di un servizio o di un appalto definiti o predeterminati nel tempo e che non possano essere attuati ricorrendo unicamente ai normali assetti produttivi aziendali; quelli in cui l'esecuzione di particolari servizi richiedano l'impiego di professionalità e specializzazioni diverse da quelle impiegate, oppure siano eccezionali o non siano presenti sul mercato del lavoro locale.

I contratti collettivi che sono intervenuti a regolamentare l'istituto hanno anche dato seguito all'ulteriore rinvio previsto dalla legge in materia di limiti quantitativi. Con riferimento a questo aspetto è opportuno segnalare che molti contratti, riconducendo ad un'unità l'utilizzo di due fattispecie ontologicamente distinte — il contratto a tempo determinato e la somministrazione a tempo determinato — hanno dettato un limite di utilizzo unico per entrambi gli istituti.

### **3. *Segue: le specificità di edilizia ed artigianato.***

La regolamentazione contrattuale dell'istituto è legata anche alle specificità di alcuni settori. In particolare in quello dell'edilizia e dell'artigianato.

Quanto al primo, la fornitura di lavoro temporaneo era stata introdotta — così come per l'agricoltura — in via sperimentale a fronte della constatazione che questi due settori sono stati tradizionalmente più esposti alle parassitarie pratiche del caporalato. Quindi la natura sperimentale dell'applicazione dell'istituto era direttamente legata all'evidente intenzione di non minare il lavoro diretto all'emersione del sommerso che ha caratterizzato alcune azioni, anche congiunte, delle parti sociali e delle istituzioni. Con il decreto legislativo n. 276/2003, che ha interamente natura sperimentale e, quindi, si inserisce nel solco tracciato dalla specifica disciplina precedente, non sono stati previsti limiti legali al ricorso alla somministrazione di lavoro con riferimento a tali particolari settori produttivi. Peraltro, due dei contratti collettivi nel settore dell'edilizia ora rinnovati (Ccnl Edilizia - Industria (Ance), 20 maggio 2004, e Ccnl Edilizia - Pmi (Confapi), 11 giugno 2004) hanno mantenuto le condizioni previste per la fornitura di lavoro temporaneo solo per gli operai rinviando alla clausola generale prevista dalla legge per gli impiegati e i quadri. L'altro contratto del settore (Ccnl Edilizia - Cooperative, 24 maggio 2004) di contro individua esigenze specifiche di cui solo alcune sembrano caratterizzarsi per la natura temporanea o straordinaria. Tutti e tre i contratti, peraltro, si segnalano per avere introdotto anche dei divieti ulteriori a quelli ora previsti dal decreto legislativo n. 276/2003 di ricorso alla somministrazione a tempo determinato con riferimento a specifiche mansioni che sembrano caratterizzarsi per essere particolarmente pericolose.

Nel Ccnl Edili - Artigianato, le parti contraenti hanno, da un lato, confermato il contenuto degli accordi del 18 febbraio 2002 e quello del 2 ottobre 2003, per quanto riguarda le clausole contrattuali in materia di lavoro temporaneo, e, dall'altro lato, le hanno dichiarate automaticamente applicabili ai lavoratori in somministrazione. Per gli operai, la somministrazione a tempo determinato è pertanto consentita nelle seguenti ipotesi: punte di attività connesse ad esigenze di mercato derivanti dall'acquisizione di nuovi lavori; esecuzione di un'opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale; impiego di professionalità diverse o che rivestano carattere di eccezionalità rispetto a quelle normalmente occupate, in relazione alla specializzazione dell'impresa; impiego di professionalità carenti sul mercato del lavoro locale; sostituzione di lavoratori assenti, comprese le ipotesi di assenza per periodi di ferie non programmati, per lavoratori in aspettativa, congedo o temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni

assegnate o che partecipino a corsi di formazione; per fronteggiare punte di più intensa attività riguardanti servizi o uffici, indotte da eventi specifici e definiti. Per gli impiegati, la somministrazione a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. Il ricorso alla somministrazione è vietato, oltre che nelle ipotesi di legge, espressamente richiamate dal contratto, anche per l'esecuzione di lavori che espongono i lavoratori ad agenti cancerogeni di cui al titolo VII del decreto legislativo n. 626/1994 e successive modificazioni; per lavori con radiazioni ionizzanti che esigono la designazione di zone controllate o sorvegliate, quali definite dalla vigente normativa in materia di protezione dei lavoratori dalle radiazioni ionizzanti; per costruzioni di pozzi a profondità superiori a 10 metri; per lavori subacquei con respiratori; per lavori in cassoni ad aria compressa; per lavori comportanti l'impiego di esplosivi. Nei casi di divieto aggiunti dal contratto collettivo a quelli di legge, la somministrazione di lavoro sarà consentita soltanto ove le agenzie siano state specificamente abilitate, a norma di legge, allo svolgimento delle attività per le quali risulta altrimenti vietata la somministrazione di lavoro.

Sembra, infine, opportuno segnalare che i citati Ccnl Edilizia - Industria (Ance) e Edilizia - Pmi (Confapi), nel disciplinare la somministrazione di lavoro, aboliscono gli articoli contenuti nei precedenti Ccnl relativi al divieto di interposizione e di pratiche elusive della tutela dei lavoratori attraverso lavoro a squadre.

#### **4. La somministrazione a tempo indeterminato.**

Alquanto diffidente appare la contrattazione collettiva con riferimento alla somministrazione a tempo indeterminato. Una diffidenza che sembra trovare un esemplificativo riscontro nell'accordo nazionale (Ccnl Alimentari - Pmi (Unionalimentari), 6 maggio 2004) <sup>(7)</sup>. L'ac-

---

<sup>(7)</sup> La disciplina in esame è contenuta in un verbale di accordo che accede al rinnovo contrattuale in ragione della temporanea non operatività della disciplina delle agenzie di somministrazione. L'istituto della somministrazione di lavoro è divenuto successivamente operativo il 2 luglio 2004, dopo la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del dm 5 maggio 2004 avente ad oggetto i requisiti necessari per le agenzie per il lavoro e la contestuale entrata in vigore anche del dm 23 dicembre 2003, relativo alle modalità di presentazione della richiesta di autorizzazione.


cordo in questione, peraltro, non si dilunga nella regolamentazione dell'istituto ma rinvia alla disciplina di legge. Detta, però, una disposizione diretta a delimitare i confini d'intervento dell'autonomia collettiva. Infatti, stabilisce che siano le parti stipulanti in sede nazionale a demandare alle proprie strutture territoriali la facoltà di individuare condizioni di ricorso ulteriori, rispetto a quelle legali, alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Sul punto il decreto legislativo n. 276/2003 rinvia, invece, alla contrattazione collettiva nazionale e territoriale. Il contratto in oggetto, quindi, ha voluto ridurre la facoltà di regolazione dei contratti di secondo livello riconducendola agli spazi ritagliati dalle disposizioni del contratto nazionale.

A questo riguardo occorre infine segnalare la significativa esperienza dell'accordo provinciale tra l'Unione degli Industriali della Provincia di Bergamo e la Federmanager di Bergamo nel quale si autorizza la costituzione di contratti di somministrazione a tempo indeterminato nelle funzioni aziendali ove dovessero riscontrarsi le seguenti esigenze: 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 <sup>(8)</sup>.

## 5. Conclusioni.

Le condizioni di ricorso alla somministrazione a tempo determinato, non più legate ad esigenze di carattere eccezionale ma anche all'ordinaria attività dell'utilizzatore, inducono a ricostruire l'istituto come una alternativa di carattere organizzativo e gestionale alle altre ipotesi di lavoro subordinato, mentre la tutela del lavoratore viene affidata a due limiti che sul piano logico si pongono a livelli diversi rispetto a quelli precedenti che caratterizzavano la disciplina della fornitura di lavoro temporaneo. Un limite è di carattere formale, l'obbligo di esplicitare nel contratto di somministrazione la condizione che

---

<sup>(8)</sup> Vedilo in  *Somministrazione*. A commento cfr. S. MALANDRINI, *Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e qualifiche professionali elevate*, in *DRI*, 2004, n. 2, 353, e *Id.*, *Rapporti interpositori: problematiche operative aziendali e possibili soluzioni derivanti dalla più recente evoluzione legislativa*, che precede.

ha determinato il ricorso alla fornitura <sup>(9)</sup>, l'altro, invece, è di ordine quantitativo e coinvolge direttamente l'autonomia collettiva nel governo dell'istituto.

Un aspetto da segnalare, dal punto di vista della organizzazione del lavoro, è la possibilità, riconosciuta in via interpretativa, di avvalersi dei lavoratori in somministrazione per l'esecuzione di appalti ovvero in distacco presso terzi. Questa conclusione, che effettivamente è solo l'esplicitazione del presupposto caratterizzante del lavoro in somministrazione — il pieno inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'utilizzatore che si coglie nell'attribuzione all'utilizzatore del potere direttivo e di controllo sulla prestazione lavorativa — appare rilevante nel momento in cui la somministrazione di lavoro, in particolare a tempo indeterminato, può a tutti gli effetti essere uno strumento di organizzazione del lavoro nella impresa.

A fronte di questi nuovi strumenti diretti a regolare l'organizzazione del lavoro e dell'impresa è di sicura evidenza il fatto che le parti sociali non abbiano valorizzato, da un lato, gli spazi di intervento loro attribuiti e, dall'altro lato, si siano limitati a regolare l'istituto della somministrazione a tempo determinato analogamente alla fornitura di lavoro temporaneo di cui alla legge n. 196/1997, con ciò rendendo claudicante sia il decreto di riforma del mercato del lavoro sia il loro ruolo di attori nella gestione e governo del cambiamento.

Infatti, la maggior parte dei contratti si limita, da un lato, a precisare le ipotesi in cui è ammesso il ricorso alla somministrazione a tempo determinato individuando causali tipiche del lavoro c.d. interinale legate ad attività non ordinarie dell'utilizzatore e, dall'altro lato, non individuano dei divieti differenti da quelli previsti dal decreto legislativo n. 276/2003, se non per alcune ipotesi e in settori, comunque, tutt'altro che marginali <sup>(10)</sup>. Per quanto riguarda, invece, l'altro aspetto nel quale la contrattazione collettiva è intervenuta, quello dei limiti di utilizzo, l'eterogeneità dei disposti, per il dettaglio dei quali si rinvia alla tabella allegata, consente esclusivamente di poter effettuare

---

<sup>(9)</sup> Sulla natura e l'operatività del vincolo formale, cfr. le riflessioni di M. DEL CONTE, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori*, che precede, cui *adde*, per le conseguenze di carattere sanzionatorio, C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(10)</sup> Il riferimento è al settore edile che, come indicato nel testo, prevede dei divieti in relazione alla pericolosità di alcune attività.

due osservazioni: da un lato il ricorso alla somministrazione a termine è trattato analogamente al ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato, tanto da prevedere anche un cumulo di limiti, e, dall'altro lato, non è stato valorizzato, tranne in isolate ipotesi, il rinvio alla contrattazione di secondo livello.

CCNL	I CASI IN CUI È AMMESSA
AGENZIE MARITTIME RACCOMANDATARIE	<p>— Il contratto di lavoro somministrato serve a soddisfare le esigenze a tempo determinato delle imprese e deve corrispondere a casi in cui è possibile un contratto di lavoro (diretto) a tempo determinato.</p> <p><i>Le causali specificamente individuate dal contratto collettivo sono:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— punte di intensa attività cui non possa farsi fronte con il ricorso ai normali assetti produttivi aziendali;</li> <li>— quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera, di un servizio o di un appalto definiti o predeterminati nel tempo e che non possano essere attuati ricorrendo unicamente ai normali assetti produttivi aziendali;</li> <li>— per l'esecuzione di particolari servizi che per la loro specificità richiedano l'impiego di professionalità e specializzazioni diverse da quelle impiegate o che presentino carattere eccezionale o che siano sul mercato del lavoro locale.</li> </ul>
AGRICOLTURA - QUADRI ED IMPIEGATI	<p>Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.</p> <p><i>A titolo esemplificativo</i> la somministrazione è ammessa nei seguenti casi:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— attuazione di adempimenti tecnici, contabili, amministrativi, commerciali, non ordinari o non prevedibili, cui non sia possibile far fronte con l'organico in servizio;</li> <li>— esigenze di lavoro per la partecipazione a fiere, mostre e mercati finalizzati alla pubblicizzazione e la vendita dei prodotti aziendali;</li> <li>— sostituzione di lavoratori temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni a loro assegnate ai sensi del d.lgs. n. 626/1994;</li> <li>— sostituzione di lavoratori assenti;</li> <li>— esigenze non programmabili relative alla manutenzione straordinaria nonché al mantenimento e/o al ripristino della funzionalità e della sicurezza delle attrezzature e degli impianti aziendali;</li> <li>— necessità non programmabili e/o non prevedibili di attività lavorative urgenti connesse ad andamenti climatici atipici e/o calamità, all'aumento temporaneo dell'attività e/o a commesse ed ordinativi straordinari, cui non sia possibile far fronte con i lavoratori in organico;</li> </ul>



CCNL	I CASI IN CUI È AMMESSA
ALIMENTARI - PMI (UNIONALIMENTARI)	<p>— impossibilità o indisponibilità all'assunzione di lavoratori iscritti nelle liste di collocamento nella sezione circoscrizionale competente;</p> <p>— temporanea utilizzazione in mansioni e profili professionali non previsti dai normali assetti produttivi aziendali.</p> <p>Il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato può essere concluso a fronte delle seguenti ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'attività ordinaria dell'impresa:</p> <p>— necessità non programmabili connesse alla manutenzione straordinaria nonché al mantenimento e/o al ripristino delle funzionalità e sicurezza degli impianti;</p> <p>— assistenza specifica nel campo della prevenzione e sicurezza sul lavoro, in relazione a nuovi assetti organizzativi e/o produttivi e/o tecnologici nonché ad imprevedibili altre situazioni aziendali;</p> <p>— sostituzione di lavoratori temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate, ai sensi del d.lgs. n. 626/1994;</p> <p>— ritardi nella consegna di materie prime o di materiale di lavorazione;</p> <p>— adempimento di pratiche di natura tecnico-contabile - amministrativa-commerciale, aventi carattere non ricorrente o che comunque non sia possibile attuare con l'organico in servizio;</p> <p>— esigenze di lavoro per partecipazione a fiere, mostre e mercati, per pubblicizzazione dei prodotti o <i>directmarketing</i>;</p> <p>— sostituzione di lavoratori assenti;</p> <p>— temporanea utilizzazione in qualifiche:</p> <p>— non previste dai normali assetti produttivi aziendali;</p> <p>— ovvero previste dai normali assetti produttivi aziendali, ma temporaneamente scoperte, per il tempo;</p> <p>— in caso sia necessario il reperimento sul mercato del lavoro del personale occorrente;</p> <p>— esigenze lavorative temporanee, per le quali l'attuale legislazione consente il ricorso al contratto a termine;</p> <p>— installazione e collaudo di nuove linee produttive;</p> <p>— aumento temporaneo delle attività, derivanti da richieste di mercato, dall'acquisizione di commesse, dal lancio di nuovi prodotti o anche indotte dall'attività di altri settori;</p> <p>— esecuzione di commesse che, per la specificità del prodotto o delle lavorazioni, richiedano l'impiego di professionalità e specializzazioni diverse da quelle impiegate o che presentino carattere eccezionale o che siano carenti sul mercato del lavoro locale.</p>

CCNL	I CASI IN CUI È AMMESSA
	A queste ipotesi se ne aggiungono altre subordinate alla impossibilità in determinate circostanze di fare ricorso al contratto a termine.
ASSOSCRITTURA E ASSOSPAZZOLE	Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.
CALZATURE (CONFINDIRUSTRIA)	Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.
CHIMICA - PMI (UNIONCHIMICA)	<p>— Incremento di attività produttiva, di confezionamento e di spedizione del prodotto, in dipendenza di commesse eccezionali e/o termini di consegna tassativi, ovvero di prodotti a carattere stagionale, non compresi nelle attività stagionali previste dalla legge;</p> <p>— punte di più intensa attività, derivate da richieste di mercato che non sia possibile evadere con il normale potenziale produttivo per le quantità e/o specificità del prodotto e/o delle lavorazioni richieste;</p> <p>— esigenze di collocazione nel mercato di diverse tipologie di prodotto non presenti nella normale produzione;</p> <p>— sostituzione di lavoratori assenti per aspettative, congedi, part-time a tempo determinato, ferie e permessi retribuiti e non retribuiti derivanti da disposizioni contrattuali o di legge il cui utilizzo non sia programmato collettivamente, lavoratori assenti per partecipazioni a corsi di formazione;</p> <p>— inserimento di figure professionali non esistenti nell'organico aziendale, di cui si voglia sperimentare la necessità;</p> <p>— sperimentazioni di nuovi modelli di orario di lavoro;</p> <p>— sostituzione di lavoratori temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate;</p> <p>— fabbisogni connessi alle attività amministrative, burocratico-commerciali, tecniche inerenti alla sostituzione e alla modifica del sistema informativo, all'inserimento di nuove procedure informative generali o di settore ovvero di sistemi diversi di contabilità industriale e di controllo di gestione;</p> <p>— effettuazione di operazione di <i>directmarketing</i>;</p> <p>— elaborazione di manuali di qualità e tecnici in genere;</p> <p>— assistenze specifiche nel campo della prevenzione, della sicurezza sul lavoro e dell'ambiente.</p>
COMMERCIO (CONFCOMMERCIO)	Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.
COMMERCIO (CONFESERCENTI)	Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.

CCNL	I CASI IN CUI È AMMESSA
COOPERATIVE DEL SETTORE SOCIO-SANITARIO ASSISTENZIALE - COOPERATIVE	<p><i>Richiamo all'art. 1, comma 2, lett. b) e c), della l. n. 196/1997:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali;</li> <li>— nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti, fatte salve le ipotesi di cui al comma 4.</li> </ul> <p><i>Causali previste direttamente dal contratto collettivo:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— punte di più intensa attività, cui non possa farsi fronte con il ricorso ai normali assetti produttivi aziendali, connesse a richieste di mercato derivanti dalla acquisizione di commesse o dal lancio di nuovi prodotti o anche indotte dall'attività di altri settori;</li> <li>— quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera, di un servizio o di un appalto definiti o predeterminati nel tempo e che non possano essere attuati ricorrendo unicamente ai normali assetti produttivi aziendali;</li> <li>— per l'esecuzione di particolari commesse che, per la specificità del prodotto ovvero delle lavorazioni, richiedono l'impiego di professionalità e specializzazioni diverse da quelle impiegate o che presentino carattere eccezionale o che siano carenti sul mercato del lavoro locale.</li> </ul>
EDILIZIA - COOPERATIVE	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Punta di attività connesse ad esigenze di mercato derivanti dall'acquisizione di nuovi lavori;</li> <li>— esecuzione di un'opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale;</li> <li>— impiego di professionalità diverse o che rivestano carattere di eccezionalità rispetto a quelle normalmente occupate, in relazione alla specializzazione dell'impresa;</li> <li>— impiego di professionalità carenti sul mercato del lavoro locale;</li> <li>— sostituzione di lavoratori assenti, comprese le ipotesi di assenze per periodi di ferie non programmati, per lavoratori in aspettativa, congedo o temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate o che partecipino a corsi di formazione;</li> <li>— per fronteggiare punte di più intensa attività riguardanti servizi o uffici, indotte da eventi specifici e definiti.</li> </ul>
EDILIZIA - INDUSTRIA (ANCE)	<p>Il contratto collettivo distingue quanto alle causali di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato fra operai e impiegati e quadri.</p> <p><i>Causali di ricorso alla somministrazione di lavoro per gli operai.</i></p> <p>Il contratto collettivo richiama la disposizione del d.lgs. n. 276/2003 che fa salve le clausole dei contratti collettivi del settore dell'edilizia relative al ricorso al lavoro temporaneo.</p>

CCNL	I CASI IN CUI È AMMESSA
EDILIZIA - PMI (CONFAPI)	<p>La somministrazione di lavoro è ammessa nelle seguenti ipotesi:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— punte di attività connesse ad esigenze di mercato derivanti dall'acquisizione di nuovi lavori;</li> <li>— esecuzione di un'opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale;</li> <li>— impiego di professionalità diverse o che rivestano carattere di eccezionalità rispetto a quelle normalmente occupate, in relazione alla specializzazione dell'impresa;</li> <li>— impiego di professionalità carenti sul mercato del lavoro locale;</li> <li>— sostituzione di lavoratori assenti, comprese le ipotesi di assenza per periodi di ferie non programmati, per lavoratori in aspettativa, congedo o temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate o che partecipino a corsi di formazione;</li> <li>— per fronteggiare punte di più intensa attività riguardanti servizi o uffici, indotte da eventi specifici e definiti.</li> </ul> <p><i>Casuali di ricorso alla somministrazione di lavoro per gli impiegati e quadri.</i></p> <p>Per gli impiegati dell'edilizia la somministrazione a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.</p> <p>Il contratto collettivo distingue quanto alle casuali di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato fra operai e impiegati e quadri.</p> <p><i>Casuali di ricorso alla somministrazione di lavoro per gli operai.</i></p> <p>Il contratto collettivo richiama la disposizione del d.lgs. n. 276/2003 che fa salve le clausole dei contratti collettivi del settore dell'edilizia relative al ricorso al lavoro temporaneo.</p> <p>La somministrazione di lavoro è ammessa nelle seguenti ipotesi:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— punte di attività connesse ad esigenze di mercato derivanti dall'acquisizione di nuovi lavori;</li> <li>— esecuzione di un'opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale;</li> <li>— impiego di professionalità diverse o che rivestano carattere di eccezionalità rispetto a quelle normalmente occupate, in relazione alla specializzazione dell'impresa;</li> <li>— impiego di professionalità carenti sul mercato del lavoro locale;</li> <li>— sostituzione di lavoratori assenti, comprese le ipotesi di assenza per periodi di ferie non programmati, per lavoratori in</li> </ul>

CCNL	I CASI IN CUI È AMMESSA
EDILIZIA - PMI (CONFARTIGIANATO)	<p>aspettativa, congedo o temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate o che partecipino a corsi di formazione;            — per fronteggiare punte di più intensa attività riguardanti servizi o uffici, indotte da eventi specifici e definiti.  <i>Causali di ricorso alla somministrazione di lavoro per gli impiegati e quadri.</i>            Per gli impiegati dell'edilizia la somministrazione a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.</p> <p>Il contratto collettivo distingue quanto alle causali di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato fra operai e impiegati e quadri.  <i>Causali di ricorso alla somministrazione di lavoro per gli operai.</i>            Il contratto collettivo richiama la disposizione del d.lgs. n. 276/2003 che fa salve le clausole dei contratti collettivi del settore dell'edilizia relative al ricorso al lavoro temporaneo.            La somministrazione di lavoro è ammessa nelle seguenti ipotesi:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— punte di attività connesse ad esigenze di mercato derivanti dall'acquisizione di nuovi lavori;</li> <li>— esecuzione di un'opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale;</li> <li>— impiego di professionalità diverse o che rivestano carattere di eccezionalità rispetto a quelle normalmente occupate, in relazione alla specializzazione dell'impresa;</li> <li>— impiego di professionalità carenti sul mercato del lavoro locale;</li> <li>— sostituzione di lavoratori assenti, comprese le ipotesi di assenza per periodi di ferie non programmati, per lavoratori in aspettativa, congedo o temporaneamente inidonei a svolgere le mansioni assegnate o che partecipino a corsi di formazione;</li> <li>— per fronteggiare punte di più intensa attività riguardanti servizi o uffici, indotte da eventi specifici e definiti.</li> </ul> <p><i>Causali di ricorso alla somministrazione di lavoro per gli impiegati e quadri.</i>            Per gli impiegati dell'edilizia la somministrazione a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.</p>
FILIERA ITTICA E DEI RETIFICI - INDUSTRIA  GRAFICA - INDUSTRIA	<p>Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.</p> <p><i>Richiamo all'art. 1, comma 2, lett. b) e c), della l. n. 196/1997:</i>            — nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali;</p>

CCNL	I CASI IN CUI È AMMESSA
LATERIZI E MANUFATTI - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	<p>— nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti, fatte salve le ipotesi di cui al comma 4.</p> <p><i>Causali previste direttamente dal contratto collettivo:</i></p> <p>— esecuzione di un'opera o di un servizio definito o predeterminato nel tempo;</p> <p>— aumento temporaneo delle attività;</p> <p>— sostituzione in una posizione rimasta vacante per il periodo necessario, comunque non superiore a tre mesi, a reperire un altro lavoratore da inserire stabilmente nella posizione;</p> <p>— temporanea utilizzazione di professionalità non presenti in azienda.</p> <p><i>Richiamo all'art. 1, comma 2, lett. b) e c) della l. n. 196/1997:</i></p> <p>— nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali;</p> <p>— nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti, fatte salve le ipotesi di cui al comma 4.</p> <p><i>Causali previste direttamente dal contratto collettivo:</i></p> <p>— esigenze produttive temporanee per le quali è consentito il ricorso al contratto a termine secondo la legislazione vigente o le vigenti disposizioni contrattuali;</p> <p>— temporanea utilizzazione in qualifiche previste dai normali assetti produttivi aziendali, ma temporaneamente scoperte, per il periodo necessario al reperimento sul mercato del lavoro del personale occorrente.</p>
LEGNO, ARREDAMENTO - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	<p><i>Causali:</i> sono specificamente individuate 3 causali per esigenze temporanee/straordinarie applicabili anche a contratti di somministrazione inferiori a 7 mesi.</p> <p><i>Le causali specificamente individuate sono:</i></p> <p>— sperimentazioni tecniche, produttive od organizzative relative a nuovi prodotti o lavorazioni;</p> <p>— eccezionali lavorazioni relative ai riassortimenti non attinenti all'acquisizione del normale portafoglio ordini;</p> <p>— aumento di carattere eccezionale dell'attività aziendale per il soddisfacimento di particolari esigenze produttive per le quali siano necessarie professionalità non presenti in azienda.</p>
LEGNO (CONFAPI)	<p>Sono individuate 3 causali per esigenze temporanee/straordinarie applicabili anche a contratti di somministrazione inferiori a 7 mesi.</p> <p><i>Le causali specificamente individuate sono:</i></p> <p>— sperimentazioni tecniche, produttive od organizzative relative a nuovi prodotti o lavorazioni;</p> <p>— eccezionali lavorazioni relative ai riassortimenti non attinenti all'acquisizione del normale portafoglio ordini;</p>

CCNL	I CASI IN CUI È AMMESSA
METALMECCANICI - INDUSTRIA	<p>— aumento di carattere eccezionale dell'attività aziendale per il soddisfacimento di particolari esigenze produttive per le quali siano necessarie professionalità non presenti in azienda.</p> <p><i>Richiamo all'art. 1, comma 2, lett. b) e c) della l. n. 196/1997:</i></p> <p>— nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali;</p> <p>— nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti.</p> <p><i>Causali previste direttamente dal contratto collettivo:</i></p> <p>— punte di più intensa attività, cui non possa farsi fronte con il ricorso ai normali assetti produttivi aziendali, connesse a richieste di mercato derivanti dall'acquisizione di commesse o dal lancio di nuovi prodotti o anche indotte dall'attività di altri settori;</p> <p>— quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera, di un servizio o di un appalto definiti o predeterminati nel tempo e che non possano essere attuati ricorrendo unicamente ai normali assetti produttivi aziendali;</p> <p>— per l'esecuzione di particolari commesse che, per la specificità del prodotto ovvero delle lavorazioni, richiedono l'impiego di professionalità e specializzazioni diverse da quelle impiegate o che presentino carattere eccezionale o che siano carenti sul mercato del lavoro locale.</p>
OMBRELLI E OMBRELLONI - INDUSTRIA	Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.
TESSILE-ABBIGLIAMEN- TO-MODA - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.
TESSILE (UNIONTESSILE - CONFAPI)	Sono richiamate le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo previste dall'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.

CCNL	QUANDO È VIETATO
ALIMENTARI - PMI (UNIONALIMENTARI)	La somministrazione è vietata nei casi in cui sussiste il divieto per legge.
CHIMICA - PMI (UNIONCHIMICA)	— Ai sensi di quanto previsto dalla l. n. 196/1997, art. 1, comma 4, punto a), le qualifiche di esiguo contenuto professionale, per le quali non è consentita l'utilizzazione di lavoro

CCNL	QUANDO È VIETATO
<p>COOPERATIVE DEL SETTORE SOCIO-SANITARIO ASSISTENZIALE - COOPERATIVE</p> <p>EDILIZIA - PMI (CONFAPI)</p>	<p>temporaneo, sono quelle previste dal parametro A dell'art. 5 - Classificazione del personale - del vigente Ccnl.</p> <p>— Le aziende non faranno ricorso al lavoro temporaneo per i profili professionali di cui al parametro B, lett. a), se non per sostituzioni di lavoratori assenti, per le quali non siano reperibili lavoratori a termine per le mansioni richieste, nel territorio della competente sezione circoscrizionale per l'impiego.</p> <p>Le qualifiche di esiguo contenuto professionale per le quali, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 4, lett. a), della l. n. 196/1997, è vietato il ricorso al lavoro temporaneo sono quelle appartenenti ai livelli contrattuali esclusi dalla possibilità di stipulazione di contratto interconfederale al riguardo del 5 ottobre 1995 o dalle eventuali specificazioni contenute nel Ccnl.</p> <p>— Per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;</p> <p>— presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti a licenziamenti collettivi ai sensi degli artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione;</p> <p>— da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994 e successive modifiche;</p> <p>— per l'esecuzione di lavori che espongono ad agenti cancerogeni di cui al titolo VII del d.lgs. n. 626/1994 e successive modificazioni;</p> <p>— per lavori con radiazioni ionizzanti che esigono la designazione di zone controllate o sorvegliate, quali definite dalla vigente normativa in materia di protezione dei lavoratori dalle radiazioni ionizzanti;</p> <p>— per costruzioni di pozzi a profondità superiori a 10 metri;</p> <p>— per lavori subacquei con respiratori;</p> <p>— per lavori in cassoni ad aria compressa;</p> <p>— per lavori comportanti l'impiego di esplosivi;</p> <p>— nei casi di cui ai numeri dal quarto al nono la somministrazione di lavoro sarà consentita soltanto nei confronti delle agenzie che siano state specificamente abilitate, a norma di legge, allo svolgimento delle attività sopra indicate.</p>



CCNL	QUANDO È VIETATO
EDILIZIA - PMI (CONFARTIGIANATO)	<p>— Per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;</p> <p>— presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti a licenziamenti collettivi ai sensi degli artt. 4 e 24, l. n. 223/1991, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione;</p> <p>— da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994 e successive modifiche;</p> <p>— per l'esecuzione di lavori che espongono ad agenti cancerogeni di cui al titolo VII del d.lgs. n. 626/1994 e successive modificazioni;</p> <p>— per lavori con radiazioni ionizzanti che esigono la designazione di zone controllate o sorvegliate, quali definite dalla vigente normativa in materia di protezione dei lavoratori dalle radiazioni ionizzanti;</p> <p>— per costruzioni di pozzi a profondità superiori a 10 metri;</p> <p>— per lavori subacquei con respiratori;</p> <p>— per lavori in cassoni ad aria compressa;</p> <p>— per lavori comportanti l'impiego di esplosivi;</p> <p>— nei casi di cui ai numeri dal quarto al nono la somministrazione di lavoro sarà consentita soltanto nei confronti delle agenzie che siano state specificamente abilitate, a norma di legge, allo svolgimento delle attività sopra indicate.</p>
EDILIZIA - INDUSTRIA (ANCE)	<p>— Per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;</p> <p>— presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti a licenziamenti collettivi ai sensi degli artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione;</p> <p>— da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 626/1994 e successive modifiche;</p>

CCNL	QUANDO È VIETATO
EDILIZIA - COOPERATIVE	<p>— per l'esecuzione di lavori che espongono ad agenti cancerogeni di cui al titolo VII del d.lgs. n. 626/1994 e successive modifiche;</p> <p>— per lavori con radiazioni ionizzanti che esigono la designazione di zone controllate o sorvegliate, quali definite dalla vigente normativa in materia di protezione dei lavoratori dalle radiazioni ionizzanti;</p> <p>— per costruzioni di pozzi a profondità superiori a 10 metri;</p> <p>— per lavori subacquei con respiratori;</p> <p>— per lavori in cassoni ad aria compressa;</p> <p>— per lavori comportanti l'impiego di esplosivi;</p> <p>— nei casi di cui ai numeri dal quarto al nono la somministrazione di lavoro sarà consentita soltanto nei confronti delle agenzie che siano state specificamente abilitate, a norma di legge, allo svolgimento delle attività sopra indicate.</p> <p><i>Divieti:</i> sono richiamate le disposizioni di legge cui si aggiungono specifici divieti in relazione ad attività pericolose singolarmente individuate.</p>
GRAFICA - INDUSTRIA	Le qualifiche di esiguo contenuto professionale per le quali è vietato il ricorso al lavoro temporaneo sono quelle di cui al gruppo E (cfr. Ccnl Grafica del 5 aprile 2000).
LATERIZI E MANUFATTI - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	Le qualifiche di esiguo contenuto professionale per le quali, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, comma 4, lett. a), della l. n. 196/1997, è vietato il ricorso al lavoro temporaneo, sono esclusivamente quelle inquadrate nella categoria F della scala classificatoria.
METALMECCANICI - INDUSTRIA	Il testo del contratto non prevede nulla ma le stesse sostituiscono e integrano la disciplina già prevista dall'accordo interconfederale del 16 aprile 1998. L'accordo individuava le categorie di esiguo contenuto professionale. Successivamente la legge è cambiata ed è mutato il contenuto del rinvio con riferimento all'individuazione di mansioni pericolose. Tali disposizioni non trovano dunque più applicazione.

CCNL	LIMITI NUMERICI
AGENZIE MARITTIME RACCOMANDATARIE	— Il numero massimo di lavoratori in somministrazione cui è possibile fare ricorso è pari, per ciascun trimestre, alla media del 10% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto a tempo indeterminato.

CCNL	LIMITI NUMERICI
AGRICOLTURA - QUADRI ED IMPIEGATI	<p>— In alternativa, è consentita la stipulazione di contratti di fornitura di lavoro temporaneo sino a cinque prestatori di lavoro temporaneo, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa.</p> <p>— La somministrazione di lavoro è consentita in ogni caso per due unità con il limite del 15% delle unità risultanti dal rapporto tra il totale delle giornate di lavoro rilevate in azienda nell'anno precedente e l'unità equivalente.</p> <p>— Il limite è riferito alla media nel trimestre (le frazioni di unità sono arrotondate all'unità superiore).</p>
ALIMENTARI - PMI (UNIONALIMENTARI)	<p>— Sono escluse dall'applicazione dei limiti quantitativi di ricorso alla somministrazione di lavoro alcune delle ipotesi per le quali è consentito il ricorso a questa tipologia di rapporto.</p> <p>— In caso di sostituzione di lavoratori assenti per maternità, aspettative e servizio militare, il numero di lavoratori con contratto a tempo determinato o di somministrazione di lavoro a tempo determinato non può superare il numero di lavoratori in forza con contratto a tempo indeterminato presso l'impresa utilizzatrice (in caso di part-time tale numero si intende proporzionalmente adeguato).</p> <p>— In tutti gli altri casi, fatte salve le esclusioni esplicitamente previste negli artt. 8 e 8-<i>bis</i>, l'impresa utilizzatrice non potrà utilizzare, separatamente per ciascuno dei due istituti, rispetto al monte ore complessivo annuo dei lavoratori in forza con contratto a tempo indeterminato, un numero di ore/anno superiore al:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— 20% per lo scaglione fino a 100 dipendenti (restando ferma la possibilità di utilizzare almeno 17.000 ore/anno di effettiva prestazione);</li> <li>— 14% per lo scaglione superiore a 100 dipendenti.</li> </ul> <p>— Il numero di lavoratori contemporaneamente in servizio con contratto a tempo determinato e di somministrazione di lavoro non può essere superiore, per ogni unità produttiva, rispetto ai lavoratori in forza a tempo indeterminato, a un numero di ore/anno pari al:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— 30% per lo scaglione fino a 100 dipendenti (restando ferma la possibilità di utilizzare almeno 30.000 ore/anno di effettiva prestazione);</li> <li>— 20% per lo scaglione superiore a 100 dipendenti.</li> </ul> <p>— L'eventuale frazione di unità derivante dalle percentuali di cui sopra è arrotondata all'unità superiore.</p> <p>— Tutte le percentuali di cui alla presente "normativa comune" potranno essere aumentate dai contratti collettivi aziendali.</p>

CCNL	LIMITI NUMERICI
ASSOSCRITTURA E ASSOSPAZZOLE	<p>— Le aliquote di cui sopra possono essere aumentate fino al 33% dalle parti aziendali e/o territoriali nelle zone a declino industriale (UE obiettivi 1-2 e 5B), in quelle identificate dal d.P.R. n. 218/1978, in quanto tali assunzioni siano aggiuntive rispetto alla media degli occupati a tempo indeterminato nel semestre precedente.</p> <p>— La sostituzione di lavoratori assenti per cause prevedibili (es. maternità, servizio militare, ferie, permessi, assenze e aspettative di qualsiasi natura, ecc.) potrà avvenire per un massimo di 20 giorni di effettiva prestazione precedenti e successivi all'assenza, per consentire il cosiddetto passaggio di consegne.</p> <p>— Il limite massimo di ricorso alla somministrazione di lavoro è pari, nell'arco di 12 mesi, alla media dell'8% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato.</p> <p>— In alternativa è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro sino a 5 prestatori di lavoro, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa (le frazioni sono arrotondate all'unità superiore).</p> <p>— <i>Sostituzione lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto</i>: la durata dei contratti potrà comprendere periodi di affiancamento.</p>
CALZATURE (CONFINDUSTRIA)	<p>— Il limite massimo di ricorso alla somministrazione di lavoro è pari, nell'arco di 12 mesi, alla media dell'8% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato.</p> <p>— In alternativa è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro sino a 5 prestatori di lavoro, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa (le frazioni sono arrotondate all'unità superiore).</p> <p>— <i>Sostituzione lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto</i>: la durata dei contratti potrà comprendere periodi di affiancamento.</p>
CHIMICA - PMI (UNIONCHIMICA)	<p>— In caso di sostituzione di lavoratori assenti per maternità, aspettative e servizio militare, il numero di lavoratori con contratto a tempo determinato o di lavoro in somministrazione non può superare il numero di lavoratori in forza con contratto a tempo indeterminato presso l'impresa utilizzatrice (in caso di part-time tale numero si intende proporzionalmente adeguato).</p> <p>— In tutti gli altri casi l'impresa non potrà utilizzare, contemporaneamente per il lavoro a tempo determinato e per la som-</p>

CCNL	LIMITI NUMERICI
COMMERCIO (CONFCOMMERCIO)	<p>ministrazione di lavoro, un numero medio di lavoratori nel corso dell'anno solare superiore al 20% rispetto al numero dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato in forza al 31 dicembre dell'anno precedente alla stipula dei contratti, fermo restando che non potrà essere utilizzato in ogni singolo mese un numero di lavoratori superiore al 35% dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato in forza al 31 dicembre dell'anno precedente.</p> <p>— Ai fini del computo di tali percentuali verranno considerati esclusivamente i lavoratori che in ciascun mese siano stati in forza ed in servizio per più di 15 giorni di calendario.</p> <p>— I lavoratori a tempo parziale verranno computati in ragione percentuale del rapporto tra il loro orario di lavoro e quello contrattuale a tempo pieno.</p> <p>— Per le aziende fino a 75 dipendenti il numero dei lavoratori utilizzabili con il contratto a termine e in somministrazione di lavoro è di 15 lavoratori. Per le aziende da 43 a 75 dipendenti, ferma restando la assumibilità di numero 15 lavoratori come numero medio nel corso dell'anno solare, nel singolo mese potrà essere in forza a tempo determinato un numero massimo di lavoratori corrispondente al 35% del personale con contratto a tempo indeterminato in forza al 31 dicembre dell'anno precedente alla stipula dei contratti.</p> <p>— Il limite massimo di ricorso alla somministrazione di lavoro è pari al 15% annuo dell'organico in forza nell'unità produttiva, ad esclusione dei contratti conclusi per la fase di avvio di nuove attività:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— unità produttive fino a 15 dipendenti: fino a 2 lavoratori;</li> <li>— unità produttive da 16 a 30 dipendenti: fino a 5 lavoratori.</li> </ul> <p>— Il cumulo delle assunzioni di lavoratori a tempo determinato e lavoratori in somministrazione non può superare il 28% annuo dell'organico in forza nell'unità produttiva, ad esclusione dei contratti conclusi per la fase di avvio di nuove attività e fatti salvi i limiti specifici con riferimento alle unità produttive.</p>
COMMERCIO (CONFESERCENTI)	<p>— Il limite massimo di ricorso alla somministrazione di lavoro è pari al 15% annuo dell'organico in forza nell'unità produttiva, ad esclusione dei contratti conclusi per la fase di avvio di nuove attività:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— unità produttive fino a 15 dipendenti: fino a 2 lavoratori;</li> <li>— unità produttive da 16 a 30 dipendenti: fino a 5 lavoratori.</li> </ul> <p>— Il cumulo delle assunzioni di lavoratori a tempo determinato e lavoratori in somministrazione non può superare il 28% annuo dell'organico in forza nell'unità produttiva, ad esclu-</p>

CCNL	LIMITI NUMERICI
COOPERATIVE DEL SETTORE SOCIO-SANITARIO ASSISTENZIALE - COOPERATIVE	<p>sione dei contratti conclusi per la fase di avvio di nuove attività e fatti salvi i limiti specifici con riferimento alle unità produttive.</p> <p>— I prestatori di lavoro temporaneo non potranno superare per ciascun trimestre la media dell'8% dei lavoratori (dipendenti con contratto di lavoro a tempo indeterminato e soci lavoratori) impiegati nell'impresa utilizzatrice.</p> <p>— In alternativa, è consentita la stipulazione di contratti di fornitura di lavoro temporaneo fino a 5 prestatori di lavoro temporaneo, purché non risulti superato il totale dei lavoratori (dipendenti con contratto di lavoro a tempo indeterminato e soci lavoratori) dell'impresa.</p>
EDILIZIA - PMI (CONFAPI)	<p>— Il limite è individuato per gli operai con riferimento alle prime 4 ipotesi che consentono il ricorso alla somministrazione di lavoro.</p> <p>— Il ricorso al lavoro somministrato non può superare, mediamente nell'anno, cumulativamente con i contratti a termine il 25% dei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato dell'impresa.</p> <p>— Fermo restando quanto previsto dall'art. 10, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 368/2001, tale percentuale è comprensiva anche dei contratti di somministrazione a tempo determinato per gli impiegati.</p> <p>— Resta ferma in ogni caso la possibilità di utilizzare almeno sette rapporti di somministrazione a tempo determinato e/o di contratti a termine, comunque non eccedenti la misura di un terzo del numero di lavoratori a tempo indeterminato dell'impresa.</p> <p>— Le frazioni eventualmente risultanti da tali conteggi verranno arrotondate all'unità superiore.</p> <p>— La media è computata con riferimento alla media annua dei lavoratori in forza nell'anno solare precedente.</p>
EDILIZIA - PMI (CONFARTIGIANATO)	<p>— Il limite è individuato per gli operai con riferimento alle prime 4 ipotesi che consentono il ricorso alla somministrazione di lavoro.</p> <p>— Il ricorso al lavoro somministrato non può superare, mediamente nell'anno, cumulativamente con i contratti a termine il 25% dei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato dell'impresa.</p> <p>— Fermo restando quanto previsto dall'art. 10, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 368/2001, tale percentuale è comprensiva anche dei contratti di somministrazione a tempo determinato per gli impiegati.</p>

CCNL	LIMITI NUMERICI
EDILIZIA - COOPERATIVE	<p>— Resta ferma in ogni caso la possibilità di utilizzare almeno sette rapporti di somministrazione a tempo determinato e/o di contratti a termine, comunque non eccedenti la misura di un terzo del numero di lavoratori a tempo indeterminato dell'impresa.</p> <p>— Le frazioni eventualmente risultanti da tali conteggi verranno arrotondate all'unità superiore.</p> <p>— La media è computata con riferimento alla media annua dei lavoratori in forza nell'anno solare precedente.</p> <p>— Il numero massimo di lavoratori in somministrazione cui è possibile fare ricorso è pari al 20% dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato mediamente in essere nell'impresa.</p> <p>— La percentuale del 20% si intende comprensiva anche dei contratti a tempo determinato.</p> <p>— La media è computata con riferimento alla media annua dei lavoratori a tempo indeterminato in forza nell'anno solare precedente. La frazione eventualmente risultante dal rapporto percentuale è arrotondata all'unità superiore.</p> <p>— Resta ferma in ogni caso la possibilità di utilizzare, complessivamente, almeno 7 tra <i>contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato</i> e <i>contratti di lavoro a tempo determinato</i>, comunque non eccedenti la misura di un terzo dei lavoratori a tempo indeterminato dell'impresa.</p>
EDILIZIA - INDUSTRIA (ANCE)	<p>— Il limite è individuato per gli operai con riferimento alle prime 4 ipotesi che consentono il ricorso alla somministrazione di lavoro.</p> <p>— Il ricorso al lavoro somministrato non può superare, mediamente nell'anno, cumulativamente con i contratti a termine, il 25% dei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato dell'impresa.</p> <p>— Fermo restando quanto previsto dall'art. 10, commi 7 e 8, del d.lgs. n. 368/2001, tale percentuale è comprensiva anche dei contratti di somministrazione a tempo determinato per gli impiegati.</p> <p>— Resta ferma in ogni caso la possibilità di utilizzare almeno 7 rapporti di somministrazione a tempo determinato e/o di contratti a termine, comunque non eccedenti la misura di un terzo del numero di lavoratori a tempo indeterminato dell'impresa.</p> <p>— Le frazioni eventualmente risultanti da tali conteggi verranno arrotondate all'unità superiore.</p> <p>— La media è computata con riferimento alla media annua dei lavoratori in forza nell'anno solare precedente.</p>

CCNL	LIMITI NUMERICI
FILIERA ITTICA E DEI RETIFICI - INDUSRIA	<p>— Il limite massimo di ricorso alla somministrazione di lavoro è pari, nell'arco di 12 mesi, alla media dell'8% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato.</p> <p>— In alternativa è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro sino a 5 prestatori di lavoro, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa (le frazioni sono arrotondate all'unità superiore).</p> <p>— <i>Sostituzione lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto</i>: la durata dei contratti potrà comprendere periodi di affiancamento.</p>
GRAFICA - INDUSTRIA	<p>— Il numero massimo di lavoratori in somministrazione cui è possibile fare ricorso, inclusi i lavoratori a tempo determinato non potranno contemporaneamente superare il 30% dei contratti a tempo indeterminato in atto nell'impresa, fermo restando che per ciascuna tipologia del contratto non si potrà superare il 16% dei contratti a tempo indeterminato in atto nella impresa.</p> <p>— In situazioni particolari ed eccezionali, in sede aziendale, con accordo tra Direzione e RSU e, in mancanza di queste ultime con le OO.SS. territoriali, la percentuale del 16% può essere elevata fino al massimo del 20%.</p> <p>— Nei casi in cui il rapporto percentuale dia un numero inferiore a 5 resta ferma la possibilità di utilizzare fino a 5 contratti di lavoro a tempo parziale e con lavoratori in somministrazione.</p>
LATERIZI E MANUFATTI - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	<p>— I lavoratori (in somministrazione di lavoro) impiegati per le causali individuate dai contratti collettivi non potranno superare in media trimestrale il 10% dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa.</p> <p>— L'eventuale frazione di unità derivante dal rapporto percentuale di cui sopra è arrotondata all'unità intera superiore.</p> <p>— Nei casi in cui i rapporti percentuali di cui sopra diano un numero inferiore a 5, resta ferma la possibilità di stipulare fino a 5 contratti; in ogni caso il numero totale non potrà superare il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'azienda.</p>
LEGNO, ARREDAMENTO - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	<p>— Il limite massimo di ricorso alla somministrazione di lavoro è pari 20%, calcolato sulla base dei 6 mesi precedenti il mese in corso, dei lavoratori occupati a tempo indeterminato nell'unità produttiva dei lavoratori comprensivo anche dei contratti a tempo determinato e con l'ulteriore limite del 15% sulla base dei 6 mesi precedenti il mese in corso, dei lavoratori</p>



CCNL	LIMITI NUMERICI
LEGGNO (CONFAP)	<p>occupati a tempo indeterminato nell'unità produttiva (le frazioni sono arrotondate all'unità superiore).</p> <p>— Nei casi in cui il rapporto percentuale dia un numero inferiore a 10 resta ferma la possibilità di utilizzare fino a 10 contratti a termine o in somministrazione purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa.</p> <p>— Ove se ne ravvisi la necessità, con accordo aziendale, le percentuali di lavoratori a termine o in somministrazione possono essere elevate in funzione delle specifiche esigenze aziendali.</p> <p>— Il ricorso alla somministrazione di lavoro è consentito nel limite del 20%, calcolato sulla base dei 6 mesi precedenti il mese in corso, dei lavoratori occupati a tempo indeterminato nell'unità produttiva, comprensivo anche dei contratti a tempo determinato e con l'ulteriore limite del 15% sulla base dei 6 mesi precedenti il mese in corso, dei lavoratori occupati a tempo indeterminato nell'unità produttiva (le frazioni sono arrotondate all'unità superiore).</p> <p>— Nei casi in cui il rapporto percentuale dia un numero inferiore a 10 resta ferma la possibilità di utilizzare fino a 10 contratti a termine o in somministrazione purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa.</p> <p>— Ove se ne ravvisi la necessità, con accordo aziendale, le percentuali di lavoratori a termine o in somministrazione possono essere elevate in funzione delle specifiche esigenze aziendali.</p>
METALMECCANICI - INDUSTRIA	<p>— Il numero massimo di lavoratori in somministrazione cui è possibile fare ricorso è pari alla media dell'8%, calcolata su 4 mesi, ovvero su 5 mesi nei territori di cui all'obiettivo 1 della UE, dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato.</p> <p>— In alternativa, è consentita la stipulazione di contratti di somministrazione sino a 5 prestatori di lavoro temporaneo, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa.</p> <p>— Le frazioni derivanti dall'applicazione della percentuale come sopra definita saranno arrotondate all'unità superiore.</p>
OMBRELLI - OMBRELLONI - INDUSTRIA	<p>— Il limite massimo di ricorso alla somministrazione di lavoro è pari, nell'arco di 12 mesi, alla media dell'8% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato.</p>

CCNL	LIMITI NUMERICI
TESSILE-ABBIGLIAMENTO-MODA - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	<p>— In alternativa è possibile ricorrere alla somministrazione di lavoro sino a 5 prestatori di lavoro, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa (le frazioni sono arrotondate all'unità superiore).</p> <p>— <i>Sostituzione lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto</i>: la durata dei contratti potrà comprendere periodi di affiancamento.</p> <p>— Il limite massimo di ricorso alla somministrazione di lavoro è pari nell'arco di 12 mesi alla media dell'8% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato/sino a 5 prestatori di lavoro, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa (le frazioni sono arrotondate all'unità superiore).</p> <p>— <i>Sostituzione lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto</i>: la durata dei contratti potrà comprendere periodi di affiancamento.</p>
TESSILE (UNIONTESSILE - CONFAPI)	<p>— Il numero massimo di lavoratori in somministrazione di lavoro nell'arco di 12 mesi è pari alla media dell'8% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato.</p> <p>— In alternativa è possibile il ricorso alla somministrazione di lavoro sino a 5 prestatori di lavoro, purché non risulti superato il totale dei contratti di lavoro a tempo indeterminato in atto nell'impresa (le frazioni sono arrotondate all'unità superiore).</p> <p>— Le percentuali possono essere aumentate in funzione di specifiche esigenze aziendali previo accordo stipulato con le RSU e/o le OO.SS.</p> <p>— <i>Sostituzione lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto</i>: la durata dei contratti potrà comprendere periodi di affiancamento.</p>

CCNL	INFORMAZIONI AL SINDACATO
AGRICOLTURA - QUADRI ED IMPIEGATI  ASSOSCRITTURA E ASSOSPAZZOLE	<p>È previsto l'obbligo di informazione nei confronti dell'Osservatorio regionale entro 10 giorni dall'attivazione del contratto di somministrazione. L'obbligo può essere adempiuto anche per il tramite delle organizzazioni dei datori di lavoro.</p> <p>— Informativa preventiva alla RSU relativa a:            — numero dei contratti,            — cause,</p>

CCNL	INFORMAZIONI AL SINDACATO
CALZATURE (CONFINDUSTRIA)	<ul style="list-style-type: none"> <li>— lavorazioni e/o reparti interessati,</li> <li>— durata.</li> </ul> <p>— L'informativa deve essere resa anche in caso di proroga.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Informativa preventiva alla RSU relativa a:               <ul style="list-style-type: none"> <li>— numero dei contratti,</li> <li>— cause,</li> <li>— lavorazioni e/o reparti interessati,</li> <li>— durata.</li> </ul> </li> </ul> <p>— L'informativa deve essere resa anche in caso di proroga.</p>
COMMERCIO (CONFCOMMERCIO)	<p>In occasione dell'instaurazione di contratti a tempo determinato e di contratti di somministrazione a tempo determinato, le aziende sono tenute a darne comunicazione scritta all'apposita Commissione costituita presso l'Ente Bilaterale territoriale e, su richiesta di questa, a fornire indicazione analitica delle tipologie dei contratti intervenuti. La Commissione, ove ritenga che venga a configurarsi un quadro di utilizzo anomalo degli istituti, ha facoltà di segnalare i casi alle parti stipulanti il presente contratto.</p>
COMMERCIO (CONFESERCENTI)	<p>In occasione dell'instaurazione di contratti a tempo determinato e di contratti di somministrazione a tempo determinato, le aziende sono tenute a darne comunicazione scritta all'apposita Commissione costituita presso l'Ente Bilaterale territoriale e, su richiesta di questa, a fornire indicazione analitica delle tipologie dei contratti intervenuti. La Commissione, ove ritenga che venga a configurarsi un quadro di utilizzo anomalo degli istituti, ha facoltà di segnalare i casi alle parti stipulanti il presente contratto.</p>
COOPERATIVE DEL SETTORE SOCIO-SANITARIO ASSISTENZIALE - COOPERATIVE	<p>L'azienda utilizzatrice comunica preventivamente alle RSU o, in loro mancanza, alle OO.SS. territoriali aderenti alle organizzazioni sindacali firmatarie del Ccnl di riferimento, il numero dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo da stipulare ed i motivi del ricorso al lavoro temporaneo.</p> <p>Ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità la predetta comunicazione sarà effettuata entro i 3 giorni successivi alla stipula del contratto.</p> <p>Inoltre, con periodicità annuale, anche per il tramite dell'Associazione Cooperativa alla quale aderisce o conferisce mandato, l'azienda utilizzatrice fornisce agli stessi destinatari di cui alla presente lettera il numero ed i motivi dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.</p>

CCNL	INFORMAZIONI AL SINDACATO
EDILIZIA - COOPERATIVE  FILIERA ITTICA E DEI RETIFICI - INDUSTRIA	<p>È ripresa la disposizione di legge.</p> <p>— Informativa preventiva alla RSU relativa a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— numero dei contratti,</li> <li>— cause,</li> <li>— lavorazioni e/o reparti interessati,</li> <li>— durata.</li> </ul> <p>— L'informativa deve essere resa anche in caso di proroga.</p>
GRAFICA - INDUSTRIA	<p><i>Comunicazione anteriore al ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo</i></p> <p>— L'azienda utilizzatrice comunica preventivamente alle RSU o, in mancanza, alle OO.SS. territoriali aderenti alle associazioni sindacali firmatarie del Ccnl il numero, le qualifiche dei lavoratori utilizzati con contratto di lavoro temporaneo nonché le durate ed i motivi.</p> <p>— Ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità la predetta comunicazione sarà effettuata entro i 5 giorni successivi alla stipula del contratto.</p> <p><i>Comunicazione annuale</i></p> <p>— Una volta l'anno, anche per il tramite dell'associazione imprenditoriale alla quale aderisce o conferisce mandato, l'azienda utilizzatrice fornisce agli stessi destinatari di cui al comma precedente il numero e i motivi dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.</p>
LATERIZI E MANUFATTI - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	<p><i>Comunicazione anteriore al ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo</i></p> <p>— L'azienda utilizzatrice comunica preventivamente alle RSU o, in mancanza, alle OO.SS. territoriali aderenti alle associazioni sindacali firmatarie del Ccnl, il numero ed i motivi del ricorso al lavoro temporaneo.</p> <p>— Ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità la predetta comunicazione sarà effettuata entro 5 giorni successivi alla stipula del contratto.</p> <p><i>Comunicazione annuale</i></p> <p>— Una volta l'anno, anche per il tramite dell'associazione imprenditoriale alla quale aderisce o conferisce mandato, l'azienda utilizzatrice fornisce agli stessi destinatari di cui al presente punto il numero e i motivi dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.</p>

CCNL	INFORMAZIONI AL SINDACATO
METALMECCANICI - INDUSTRIA	<p><i>Comunicazione anteriore al ricorso alla somministrazione di lavoro</i></p> <p>— La Direzione comunica, di norma 5 giorni prima, alla RSU il numero dei lavoratori interinali, la qualifica, le modalità e la durata dell'utilizzo, ed i motivi del ricorso al lavoro temporaneo.</p> <p>— Ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità, la predetta comunicazione è fornita entro i 3 giorni successivi alla stipula del contratto di fornitura.</p> <p><i>Comunicazione annuale</i></p> <p>— Una volta all'anno, anche per il tramite dell'associazione imprenditoriale alla quale aderisce o conferisce mandato, l'azienda utilizzatrice fornisce alla RSU o, in mancanza, alle strutture territoriali delle OO.SS. stipulanti il presente contratto, il numero e i motivi dei contratti di fornitura di lavoro temporaneo conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.</p>
OMBRELLI - OMBRELLI- LONI - INDUSTRIA	<p>— Informativa preventiva alla RSU relativa a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— numero dei contratti,</li> <li>— cause,</li> <li>— lavorazioni e/o reparti interessati,</li> <li>— durata.</li> </ul> <p>— L'informativa deve essere resa anche in caso di proroga.</p>
TESSILE-ABBIGLIAMENTO-MODA - INDUSTRIA (CONFINDUSTRIA)	<p>— Informativa preventiva alla RSU relativa a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— numero dei contratti,</li> <li>— cause,</li> <li>— lavorazioni e/o reparti interessati,</li> <li>— durata.</li> </ul> <p>— L'informativa deve essere resa anche in caso di proroga.</p>
TESSILE (UNIONTESSILE - CONFAPI)	<p>— Informativa preventiva alla RSU, oppure alle OO.SS. territoriali aderenti alle associazioni sindacali firmatarie del Ccnl, relativa a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— numero dei contratti,</li> <li>— cause,</li> <li>— lavorazioni e/o reparti interessati,</li> <li>— durata.</li> </ul> <p>— Possibilità di informativa successiva (5 giorni) in caso di motivate ragioni di urgenza.</p> <p>— Su richiesta di una delle parti, e comunque almeno una volta all'anno, si effettuerà un esame congiunto per verificare o fornire alla RSU, oppure alle OO.SS. territoriali aderenti alle associazioni sindacali firmatarie del Ccnl, informazioni relative a numero, motivi, la durata degli stessi, numero e qualifica dei lavoratori interessati.</p>



SEZIONE B  
LE ESTERNALIZZAZIONI  
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

4.

**IL FENOMENO DELLE ESTERNALIZZAZIONI  
NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

FRANCESCO VERBARO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'esternalizzazione nella pubblica amministrazione e l'impatto sui processi. — 3. Alcuni strumenti gestionali: i contratti di somministrazione a tempo determinato. — 4. *Core business* e valutazione strategica nelle pubbliche amministrazioni. — 5. Lo stato dell'arte. — 6. I servizi sociali e i rapporti tra pubbliche amministrazioni e non-profit. — 7. I vincoli alle esternalizzazioni e la gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni. — 8. Le prospettive. — 9. Considerazioni finali.

**1. Premessa.**

Gli anni Novanta sono stati per l'Italia, come per altri Paesi avanzati, gli anni del ripensamento del ruolo e del concetto di "pubblico" nella società e, in particolare, nell'economia. Le difficoltà finanziarie, il problema della riduzione delle risorse disponibili per la spesa sociale e, in generale, per le pubbliche amministrazioni, accentuato dalla necessità di ridurre il debito pubblico da un lato e di rispettare i parametri di Maastricht dall'altro, hanno portato ad un necessario ripensamento delle funzioni esercitate dallo Stato e dalle pubbliche amministrazioni in generale.

Le esternalizzazioni si collocano in questo generale processo di *downsizing* del settore pubblico, che riduce il proprio ambito di competenze e di gestione diretta, avendo effettuato a monte una scelta in ordine al ruolo, oggi più importante, di programmazione e di regola-

mentazione da riservare alle istituzioni pubbliche o, comunque, avendo indirizzato un nuovo *core business* dell'amministrazione. Questo processo ha interessato certamente il livello di governo statale, ma, in generale, tutte le pubbliche amministrazioni, sia in termini di *deregulation*, cioè di eliminazione di vincoli governativi e di semplificazione, sia in termini di trasferimento di funzioni dal settore pubblico a quello privato. Tutto questo avendo, sullo sfondo, anche una riduzione dei servizi e dei livelli dei benefici prodotti dai soggetti pubblici, nell'ambito di una sussidiarietà orizzontale a volte più teorizzata, o realizzata per necessità, che adottata scientemente.

In quella che è stata definita la "nuova costituzione economica" si collocano sia scelte macro di politica economica, tendenti a ridurre il ruolo dello Stato, sia processi (micro) di esternalizzazione di compiti e funzioni che meglio e, soprattutto, con maggiore efficacia possono essere svolti all'esterno. Entrambi questi processi, volendo individuare un riferimento temporale, trovano in Italia, per il settore pubblico, una comune data di nascita nell'anno 1992. Sono gli anni della crisi finanziaria dello Stato, dalla quale scaturiscono una serie di politiche di privatizzazione e di riduzione dei costi delle pubbliche amministrazioni di ampio impatto.

È, infatti, con le leggi n. 421/1992 e n. 537/1993 che cominciano ad essere toccati i temi dell'esternalizzazione e delle privatizzazioni in un'ottica di riduzione dei costi delle pubbliche amministrazioni, interessando, tra l'altro, la dismissione di alcuni grandi enti pubblici economici. La stessa contrattualizzazione del pubblico impiego si colloca in questo generale processo di riforma del settore pubblico, teso ad aumentarne l'efficienza, e che trova in quegli anni una forte spinta a livello generale.

Più tardi, con la legge 15 marzo 1997, n. 59, si affronterà il riordino delle pubbliche amministrazioni sotto vari aspetti, intervenendo sulle funzioni amministrative, sul loro trasferimento, nonché sul ridisegno e riordino, "anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità". Il richiamato principio di efficienza e di economicità — articolo 4, comma 3, lettera c) —, da osservare nel conferimento delle funzioni, dovrà essere rispettato anche prevedendo la soppressione delle funzioni e dei compiti divenuti superflui.

Sono alcuni degli interventi simbolo, tralasciando quei processi che hanno portato alla nascita di poteri indipendenti ed al rafforza-



mento delle sovranità sopranazionali, che hanno fatto parlare di “fine della sovranità statale sull’economia” e di “crisi dello Stato” (1).

## 2. L'esternalizzazione nella pubblica amministrazione e l'impatto sui processi.

Tra le diverse forme di esternalizzazione è interessante trattare in questa sede, in particolare, quelle che hanno ad oggetto singoli processi o procedimenti, posto che comunque alcune problematiche e riflessioni qui esposte trovano significativi riscontri anche con riferimento a servizi di rilevanza economica.

Grazie ad un impianto normativo favorevole, confermato da successive norme di finanza pubblica, quali la legge n. 448/2001, i processi di esternalizzazione hanno trovato spazi interessanti, anche se episodici, per alcune fattispecie abbastanza consolidate.

L'utilizzo di convenzioni Consip, la società di acquisti di beni e servizi pubblici controllata dal Ministero dell'economia e delle finanze, ha portato, ad esempio, ad esternalizzare tutte le funzioni relative alla manutenzione o pulizia degli stabili, così come la gestione dei sistemi di telefonia fissa e mobile, del parco auto, delle officine e delle auto di servizio (2). Significative sono, inoltre, alcune esperienze di “Global service”, con le quali vengono esternalizzate tutte quelle funzioni attinenti la gestione dei servizi strumentali, ausiliari e di supporto all'organizzazione nonché la manutenzione degli stabili.

Dal punto di vista dell'impatto sul personale, occorre precisare che tali processi sono in parte seguiti al venir meno di alcune figure professionali addette a queste funzioni, sia a causa del normale *turn over* nonché dei processi di riqualificazione del personale. La mancanza di professionalità adeguate e le difficoltà nel reclutamento non sono certamente le uniche ragioni che hanno portato e portano alla scelta di tali contratti, come in generale all'esternalizzazione dei servizi (Tab. 1).

---

(1) Vedi S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari, 2002.

(2) Vedi, in merito, la direttiva del Ministro per la funzione pubblica, 30 ottobre 2001, sui “Modi di utilizzo delle autovetture di servizio delle amministrazioni civili dello Stato e degli enti pubblici non economici”, in [www.funzionepubblica.it](http://www.funzionepubblica.it).

Tabella 1 — *Motivazioni principali dei provvedimenti di esternalizzazione.*

<i>Motivazioni</i>
Carenze di organico: di tipo quantitativo e qualitativo Migliorare l'efficacia del servizio Contenere i costi del servizio Riduzione della struttura Superamento di vincoli e limiti interni

È comunque proprio il ripensamento del concetto di “funzione pubblica” e della sua organizzazione che ha portato le pubbliche amministrazioni a dismettere alcune attività e processi, in modo più o meno consapevole. È vero anche che abbiamo assistito forse a processi più “inseguiti” che promossi.

Altre funzioni potrebbero essere “più convenientemente svolte all'esterno”, ma tali processi di affidamento all'esterno, al fine di generare economie di gestione, dovrebbero derivare da analisi ampie e approfondite, supportate dai dati del controllo di gestione, di ricognizione di tutti i processi, dei costi di ognuno, delle professionalità esistenti e dei costi del personale, anche in un quadro di visione strategica e programmatica che tenga conto dell'evoluzione dell'ente, dal punto di vista dei compiti e delle risorse umane e finanziarie.

Un primo dato, da porre in evidenza in relazione alle dinamiche organizzative delle amministrazioni, ci mostra come l'esternalizzazione può talvolta assumere le sembianze di una rinuncia o incapacità a gestire in modo efficiente ed efficace alcuni servizi (spesso per mancanza di personale qualificato o motivato), mancando le caratteristiche di una scelta di governo razionale, tesa a concentrare l'attenzione dell'organizzazione su funzioni elevate e altamente qualificate. Le difficoltà e le rigidità nella gestione delle risorse umane condizionano tali scelte, che consentono di mettere in secondo piano incapacità ed errori di gestione, non portando in tal modo ad una riorganizzazione dell'ente. In questo senso, ancor più per le pubbliche amministrazioni, i processi di *outsourcing* non devono tradursi in un banale “fare meno”, ma in uno strategico “fare altro”.

Altro aspetto, strettamente connesso a questo, è l'atteggiamento dell'amministrazione di fronte al servizio dato in *outsourcing*, che non deve essere di fuga dalla responsabilità, bensì di assunzione di compiti di direzione e controllo all'interno di una programmazione e pianificazione dei servizi. Per questo, qualificante diventa il contratto di ser-

vizio, dal quale emergono solitamente le caratteristiche delle scelte effettuate.

L'amministrazione deve effettuare, allora, delle scelte organizzative conseguenti, rafforzando l'area direzionale e di controllo e tralasciando, invece, le funzioni di gestione e amministrative. Sulla base di queste brevi considerazioni, che tengono conto delle dinamiche in corso nelle pubbliche amministrazioni, si potrebbe distinguere tra "esternalizzazione debole" ed "esternalizzazione forte", partendo da un'analisi delle motivazioni che portano le amministrazioni a percorrere la strada dell'affidamento all'esterno.

Tabella 2 — *Analisi delle motivazioni.*

<i>Ragioni forti</i>	<i>Ragioni deboli</i>
Migliorare la qualità del servizio	Difficoltà nel reclutamento
Ridurre i costi di gestione	Resistenze nella conversione del personale
Riconvertire la struttura su altre funzioni	Resistenze delle OO.SS.
Potenziare il ruolo di programmazione e controllo	Incapacità del <i>management</i> e del personale
Ridurre il peso della struttura	Difficoltà finanziarie

Alcune delle motivazioni cosiddette "deboli" sono a volte generate da cause esterne, quali: norme di finanza pubblica, contratti collettivi vincolanti, mancanza in generale di strumenti gestionali privatistici. Certamente l'affidamento all'esterno ha tra i suoi obiettivi quello di superare determinate rigidità e vincoli e recuperare in termini di flessibilità. Il rischio da evitare è quello di duplicare le strutture, facendo coesistere l'area tradizionale con i contratti di affidamento all'esterno. È utile, in tal senso, ripercorrere le fasi tipiche di un processo di esternalizzazione. Innanzitutto, l'analisi che deve stare a monte di una scelta di affidamento all'esterno deve fondarsi su un'attenta riflessione sulle competenze dei singoli livelli di governo e sul ruolo del pubblico in quel settore, in quella determinata fase storica.

Proprio nel pubblico più che nel privato, la decisione di affidare all'esterno deve essere preceduta da una approfondita riflessione su quali compiti e quali funzioni esercitare. Un'analisi che deve partire

dai compiti affidati dalle leggi, da quanto previsto dai programmi pluriennali, nonché dai dati sul controllo di gestione. Quindi, una ricognizione delle norme e dei processi derivanti da queste, oggi in continua evoluzione, ed un'attenzione ai programmi ed alle *policies* su cui concentrare l'attenzione e orientare l'organizzazione, alla luce dei dati del controllo di gestione sull'impiego delle risorse umane e finanziarie per processo.

Tabella 3 — *Il processo di affidamento all'esterno.*

<i>Alcune fasi del processo di esternalizzazione</i>
Analisi dei compiti e delle funzioni attribuite dalle leggi
Analisi delle politiche e dei programmi pluriennali
Attenzione agli utenti
Valutazione dei dati del controllo di gestione
Analisi costi benefici
Studio di fattibilità
Scelta del contraente e contratto
Attività di monitoraggio
Organizzazione e formazione del personale o struttura addetta al controllo

### **3. Alcuni strumenti gestionali: i contratti di somministrazione a tempo determinato.**

Tra gli strumenti utilizzati nel processo sopra descritto, si collocano i contratti di somministrazione a tempo determinato.

La somministrazione che ha sostituito il contratto di fornitura di lavoro temporaneo serve, dal punto di vista del processo produttivo, a soddisfare esigenze non permanenti e, dunque, da non “internalizzare” nell'organizzazione della pubblica amministrazione<sup>(3)</sup>. La possibilità di ricorrere a rapporti di lavoro flessibile rientra tra gli strumenti “privatistici” forniti dal legislatore alle pubbliche amministrazioni, al

<sup>(3)</sup> La riforma operata dal d.lgs. n. 276/2003 ha, tra l'altro, ampliato le causali per le quali è possibile ricorrere a tale strumento (“causalone”), facendo riferimento ad ogni possibile esigenza che rientra nelle scelte organizzative e tecniche dell'utilizzatore e non in relazione ad esigenze tipiche e precostituite. A riguardo vedi il contributo di M. TIRABOSCHI, *Esternalizzazioni del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, che introduce il presente volume, qui § 5.

fine di conseguire con efficacia ed efficienza gli obiettivi fissati, evitando di aumentare gli organici per fabbisogni non necessari e duraturi, senza comportare, pertanto, una modifica delle dotazioni organiche.

La condizione di “necessità non permanente”, che non è possibile fronteggiare nell’ambito della programmazione dei fabbisogni attraverso una diversa organizzazione del lavoro e che, nelle pubbliche amministrazioni, sta a monte delle “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”, è legata ai compiti e ai programmi dell’ente di riferimento, ma trova le sue fondamenta in tutte quelle norme di riforma di questi anni che ci consentono di attualizzare e contestualizzare, in termini di professionalità necessarie, i principi di imparzialità e buon andamento.

Tale strumento di esternalizzazione o meglio di non “internalizzazione” va analizzato ovviamente in modo specifico, trovando applicazione nelle pubbliche amministrazioni sulla base delle diverse esigenze che queste hanno e dei particolari vincoli a cui sono sottoposte. Certamente, oggi, questo istituto rischia di essere uno degli strumenti più utilizzati, attraverso il quale le amministrazioni possono assumere personale per fabbisogni che, pur non essendo permanenti, si caratterizzano come fortemente legati alle esigenze dell’organizzazione. Si manifesta, paradossalmente — così è stato spesso con il lavoro interinale — più come una forma di parziale “internalizzazione”, anche a causa del blocco delle assunzioni sia a tempo indeterminato che a tempo determinato, che ad un istituto contrattuale adottato nei processi di esternalizzazione. I vuoti negli organici, il mancato aggiornamento dei profili professionali, le politiche di riqualificazione meramente retributive, la scarsa mobilità del pubblico impiego, coniugate con il divieto ad assumere, hanno portato a modificare la causa di tali contratti, come si vede a volte dalla caratteristica di quei percorsi di “stabilizzazione” del precariato frequentemente adottati nelle amministrazioni pubbliche.

L’istituto della somministrazione può, in tal modo, trovare un certo favore in considerazione della diversa classificazione delle spese per esso sostenute, imputate nell’ambito dei capitoli di spesa per forniture di beni e servizi. Costi, quindi, che non gravano sui tetti previsti sul ricorso ai contratti a tempo determinato o alle collaborazioni coordinate e continuative, né incidono significativamente sui parametri del patto di stabilità. Inoltre, in base alle disposizioni contenute nelle leggi finanziarie degli ultimi anni, mentre in caso di mancato rispetto del

patto di stabilità interno non è possibile procedere ad assunzioni ad alcun titolo (vedi articolo 3, comma 60, legge n. 350/2003), è possibile invece ricorrere ai rapporti di somministrazione a tempo determinato. Fino adesso, il ricorso a tale istituto è stato condizionato dalle difficoltà gestionali che derivano dalla predisposizione e gestione della gara e del capitolato <sup>(4)</sup> e dal fatto che risultava più conveniente attivare delle collaborazioni coordinate e continuative in considerazione della prassi che si era affermata nelle pubbliche amministrazioni. Probabilmente, alla luce delle misure di contenimento dell'utilizzo e del ricorso alle consulenze e collaborazioni esterne, potremo assistere ad una maggiore diffusione dell'istituto della somministrazione.

Il completamento del passaggio dal lavoro temporaneo alla somministrazione di lavoro a tempo determinato avvenuto con l'entrata in vigore del decreto ministeriale recante "Requisiti delle Agenzie per il lavoro, in attuazione dell'art. 5, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276" <sup>(5)</sup>, pone non solo problematiche di raccordo tra contratti collettivi e norme legislative, ma una serie di questioni gestionali sulle ragioni e sulle caratteristiche delle società di somministrazione. Inoltre, in merito ai criteri di aggiudicazione, il fattore costo non può costituire l'unico elemento di riferimento, dovendo porre l'attenzione alla sicurezza, alla qualità dei servizi, alle professionalità e alla formazione del capitale umano, nonché a fattori non secondari come la tutela dei dati e della *privacy* o il segreto d'ufficio.


#### 4. *Core business* e valutazione strategica nelle pubbliche amministrazioni.

Quando si parla di esternalizzazione occorre far riferimento alle competenze, per individuare quelle da svolgere in quella determinata fase nonché le modalità con le quali esercitare le proprie funzioni. I compiti delle pubbliche amministrazioni negli anni sono mutati, come sono cambiate le modalità di gestione sulla base degli indirizzi di politica economica e di politica del diritto.

La legge 15 marzo 1997, n. 59, con i suoi importanti principi di delega, racchiude il programma di politica del diritto sulla pubblica

---

<sup>(4)</sup> Su questi profili vedi anche il contributo di G.C. SALERNO, *Somministrazione di lavoro e procedure ad evidenza pubblica*, che segue.

<sup>(5)</sup> In  Agenzia per il lavoro.

amministrazione del XXI secolo, disegnando delle pubbliche amministrazioni diverse dal passato, sia per i compiti che per le professionalità, ma soprattutto tracciandone i percorsi di riforma per i prossimi anni. La semplificazione, la sussidiarietà, il decentramento amministrativo, l'importanza dei controlli, la contrattualizzazione del rapporto di lavoro, la separazione tra indirizzo e gestione costituiscono principi generali quanto mai attuali per la pubblica amministrazione. Un'amministrazione che, alla luce di tali processi, si concentra su funzioni avanzate e che ha il suo *core business* o le sue *core competencies* ridisegnate su livelli più qualificati, focalizzando la propria attenzione sulle attività strategiche che sa fare meglio. Rafforzano questa prospettiva sia la legge costituzionale n. 3/2001, che ha ridisegnato le competenze dei diversi livelli di governo, riconoscendone l'autonomia organizzativa e il ruolo specifico all'interno della Repubblica <sup>(6)</sup>, sia le norme fondamentali comunitarie, nonché le misure di finanza pubblica, che richiedono una continua razionalizzazione delle strutture. Tale contesto istituzionale e normativo ha portato ad esiti e a processi non sempre lineari.

Occorre dire, infatti, che la riforma dei ministeri, degli enti di ricerca, così come il riordino degli enti pubblici, sono state occasioni mancate da questo punto di vista. La legge n. 137/2002, che ha riaperto le deleghe previste dalla legge n. 59/1997, anzi, ha rafforzato paradossalmente il processo di espansione irrazionale delle strutture, comportando un aumento degli organigrammi semplicemente sulla base di mere esigenze interne, senza affrontare un ripensamento generale delle competenze <sup>(7)</sup>.

Le riorganizzazioni devono costituire invece per le pubbliche amministrazioni dei momenti di riflessione effettuati alla luce dei principi di sussidiarietà orizzontale e verticale, non trascurando in tale sede gli effetti degli investimenti in tecnologie informatiche sull'organizzazione e la produttività.

Se il centro deve perdere competenze a favore della periferia, è vero anche che entrambi i livelli di governo devono decidere come esercitare le nuove competenze e se, dunque, realizzare un *outsourcing*

---

<sup>(6)</sup> In particolare, sono ancora da analizzare gli effetti reali e concreti, proprio dal punto di vista amministrativo e organizzativo, derivanti in particolare dagli artt. 114, 117 e 118 Cost.

<sup>(7)</sup> Vedi F. VERBARO, *Le riforme, le misure di razionalizzazione e i processi di riorganizzazione delle amministrazioni dello Stato*, in *Iter Legis*, 2004, n. 4.

strategico o tradizionale, ovvero se affidare all'esterno i compiti più innovativi e complessi o quelli più distanti dal *core business* e meno complessi. *Core business* ed esternalizzazione sono due concetti connessi che devono scaturire dai documenti di programmazione e dalle linee di indirizzo strategico.

## 5. Lo stato dell'arte.

Una distinzione che possiamo operare sulla base dell'esperienza riguarda il differente approccio nel ricorrere all'*outsourcing* dei diversi livelli di governo. Mentre, infatti, nei Ministeri l'esternalizzazione dei servizi deriva da esigenze di razionalizzazione delle strutture e delle spese, coerentemente con i processi in corso in questi anni di decentramento delle funzioni amministrative e di devoluzione delle competenze, negli enti locali registriamo esigenze diverse.

Se, da un lato, è comune l'esigenza di razionalizzare le strutture interne ed affidare all'esterno compiti e attività gestionali considerati non rilevanti, dall'altro, a livello di ente locale, c'è una maggiore attenzione alla qualità dei servizi, in considerazione di un più diretto rapporto con gli utenti ed alla necessità di rispondere in tempi rapidi alle innovazioni tecnologiche e all'esigenza di creare nuovi e qualificati servizi.

A livello di ente locale, l'affidamento all'esterno di servizi, più frequente dell'affidamento di funzioni amministrative, è funzionale all'esigenza di organizzare l'insieme dei compiti di fronte alla complessità crescente delle funzioni. Il decentramento amministrativo a costituzione invariata e l'attuale articolo 118 Cost. hanno aumentato le competenze degli enti locali: sullo sviluppo locale, sul mercato del lavoro, sui servizi sociali, sui trasporti, sui servizi culturali e ambientali, ecc.

A quali esternalizzazioni assistiamo oggi? L'affidamento all'esterno di funzioni amministrative o di servizi — abbiamo visto — può avvenire in modi diversi nel settore pubblico. Può interessare l'intera struttura, pur assumendo la forma di una privatizzazione, come avviene ad esempio con la creazione di alcune agenzie, di società per azioni o di enti pubblici economici. Può avvenire sotto forma di cessione di ramo d'azienda: ad altra pubblica amministrazione, ad una società partecipata o ad una società privata. Può presentarsi sotto forma di *spin off*: ramo d'azienda che diventa soggetto privato. Può



trattarsi, invece, di una semplice scelta di un contraente a cui affidare la gestione o l'esecuzione di un servizio. Proprio quest'ultima tipologia, l'appalto di servizio, non è che una forma di esternalizzazione. Tale elencazione non è certamente esaustiva ed ha confini labili e andrebbe, pertanto, completata con una serie di tipologie che sono frutto di soluzioni miste e combinazioni diverse che la realtà amministrativa ci offre sempre più frequentemente.

Scorrendo tale elenco con un occhio alle esperienze degli ultimi anni, occorre porre l'attenzione al contenuto dell'affidamento all'esterno e non solo alla forma giuridica della gestione. Per questo bisogna distinguere tra esternalizzazioni "formali" e "sostanziali". La privatizzazione, effettuata per ridurre dal punto di vista finanziario e del debito il settore pubblico, spesso assume la forma di un cambio di veste giuridica senza per questo mutare l'assetto organizzativo e gestionale.

Una forma di esternalizzazione interessante, ideata nel tentativo di rivisitare il modello ministeriale, si può rinvenire nella creazione delle agenzie, in attuazione di quanto previsto dal decreto legislativo n. 300/1999, soprattutto se consideriamo le caratteristiche e l'evoluzione di alcune di esse. Queste strutture, presenti nel panorama amministrativo italiano già negli anni Ottanta, trovano maggiore spazio sul finire degli anni Novanta, secondo alcune linee comuni che rendono tale strumento un importante strumento di "esternalizzazione" di funzione non solo formale o nominalistico. Il ricorso a tale tipologia di ente avviene in presenza di competenze tecnico-operative che richiedono specifiche professionalità, conoscenze specialistiche e particolari modalità organizzative, nonché in deroga ad alcune disposizioni e controlli, alla luce dell'attività prevalentemente tecnica se non addirittura industriale svolta da alcune di esse.

L'evoluzione di alcune di queste agenzie conferma lo spirito con il quale si è dato vita a tali strutture. La crescente presenza di attività e bilanci industriali, il dibattito sulla trasformazione in società per azione delle agenzie fiscali e, per ultimo, la trasformazione in ente pubblico non economico dell'Agenzia del demanio, ci consentono di individuare in alcune di queste esperienze dei casi interessanti di esternalizzazione.

Negli enti locali riveste grande importanza il ricorso alle aziende speciali e alle forme societarie di gestione dei servizi, più che l'esternalizzazione delle funzioni amministrative e dei procedimenti interni. La stessa legge n. 142/1990 e oggi il Testo Unico degli Enti locali pre-

vedono diverse forme di gestione dei servizi che sono stati oggetto di ulteriori interventi normativi attraverso alcune leggi finanziarie e per ultimo con il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269.

Si parla infatti di “comune *holding*”, di un’amministrazione a rete che si articola in più strutture, impiegando moduli organizzativi diversi, così come previsto dagli articoli 113 e 113-*bis* del TUEL - decreto legislativo n. 267/2000.

Ricordiamo, infatti, che in base al Testo Unico degli Enti locali è possibile erogare servizi:

- in economia;
- in concessione a terzi;
- a mezzo di azienda speciale;
- a mezzo di istituzione;
- a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale;
- a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria;
- tramite società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

Ciascuna di queste modalità consente di far fronte ad esigenze industriali, sociali e finanziarie diverse, consentendo all’amministrazione locale di liberare rilevanti risorse e di ridurre rischi tecnologici, commerciali, economici e finanziari, condividendoli con altri soggetti. Esigenza, quest’ultima, pressante in regime di taglio di trasferimenti agli enti locali e di rigore nell’applicazione del patto di stabilità interno.

Cambia così il ruolo dell’ente pubblico, così come le modalità di controllo e di programmazione. Vengono previsti, infatti, dei “Piani dei servizi”, che individuino e determinino le strategie di intervento sul territorio nell’erogazione dei servizi, individuando le priorità e le modalità di intervento, nonché le possibili alternative che si pongono nella gestione dei servizi, in relazione alla compatibilità economico-finanziaria delle possibili scelte gestionali.

## **6. I servizi sociali e i rapporti tra pubbliche amministrazioni e non-profit.**

L’ambito maggiormente interessato da processi di esternalizzazione, ma allo stesso tempo più delicato in virtù della tipologia dei

servizi erogati, è certamente quello dei servizi sociali e culturali. Proprio quest'area è stata caratterizzata dall'emergere di un fenomeno sociale rilevante come il terzo settore, la cui origine si deve sia a cause "esterne", legate ai fallimenti di Stato e mercato, sia a processi di partecipazione e generazione da parte della società civile.

Tali processi hanno portato ad una ridefinizione e aggiornamento continuo del concetto di servizio pubblico, non solo per i noti influssi comunitari ma anche per le politiche di decentramento che hanno enfatizzato negli ultimi anni in Italia il ruolo dei comuni e degli enti locali. Questi sono i soggetti pubblici più vicini al cittadino e, quindi, quelli che meglio sono in grado di interpretarne e soddisfarne le esigenze. In questo senso, parliamo soprattutto di "servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali" <sup>(8)</sup>. In quest'ambito si distingue, come è noto, tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza economica. Al di là di alcuni dubbi interpretativi, si fanno rientrare nella prima tipologia quei servizi di gestione ed erogazione di risorse idriche, energia e gas, di gestione del ciclo di smaltimento dei rifiuti o che richiedono un'organizzazione complessa con finalità di lucro; mentre ricadono senz'altro nei servizi privi di rilevanza economica tutti i servizi sociali, che avrebbero sul mercato un valore maggiore di quanto versato dall'utente per il servizio stesso. Rientrano in questa categoria i servizi di assistenza agli anziani, ai portatori di handicap, agli invalidi, ai minori, in generale a favore di un'utenza che versa in stato di bisogno. Proprio in quest'area dei servizi sono più frequenti fenomeni di esternalizzazione e affidamento all'esterno e, in particolare, ad aziende non-profit. Tali soggetti, infatti, ricoprono ormai un ruolo centrale nel *welfare* italiano che appare sempre più come un *welfare* decentrato.

Al fine di assicurare una migliore erogazione del servizio e garantire la partecipazione degli utenti all'attività dell'amministrazione, a livello dei servizi locali viene sovente prevista una Carta dei servizi, che contenga gli standard di qualità dei servizi offerti ed individui gli strumenti di tutela del cittadino. È forse attraverso questi processi di esternalizzazione e gestione indiretta che sarà possibile porre maggiore attenzione alla qualità e agli standard dei servizi erogati, nonché alla percezione e alla soddisfazione degli utenti; anche al fine di valutare

---

<sup>(8)</sup> Art. 112, d.lgs. n. 267/2000.

l'erogazione del servizio nell'ambito del contratto tra *outsourcee* e *outsourcer*.

## **7. I vincoli alle esternalizzazioni e la gestione del personale nelle pubbliche amministrazioni.**

I fenomeni di cui trattiamo assumono grande rilevanza per gli effetti che producono sul capitale umano e sulle politiche del personale. Inoltre, diventa centrale il ruolo che deve essere esercitato dalla dirigenza; un ruolo certamente non amministrativo ma tipicamente manageriale. Rivestono particolare rilevanza anche una serie di strumenti legislativi e contrattuali che possono favorire o meno l'attivazione di processi di *outsourcing* da parte delle pubbliche amministrazioni, avvicinando in tal modo il settore pubblico al settore privato. Occorre però chiarire subito che se da questo punto di vista è stato fatto molto sulla strada della "privatizzazione", rimangono molti limiti ed ostacoli sia culturali che giuridici.

La cessione di ramo d'azienda come forma di esternalizzazione più classica è prevista anche per le pubbliche amministrazioni ed è regolata dall'articolo 31 del decreto legislativo n. 165/2001 <sup>(9)</sup>, che richiama le disposizioni del codice civile, articolo 2112, consentendo il trasferimento dei contratti individuali di lavoro in capo al soggetto, pubblico o privato, che acquisisce l'attività. L'applicazione di tale disposizione al settore pubblico mira a consentire agli enti il trasferimento di alcuni servizi a forme alternative e maggiormente efficaci di gestione, utilizzando procedure che garantiscano altresì il razionale ed efficace utilizzo del personale fino a quel momento impiegato nelle attività affidate all'esterno. Il carattere organizzativo di tali scelte è confermato dalle previsioni dell'articolo 8 del Ccnl del 1° aprile 1999 degli enti locali, che demanda alla semplice concertazione e non alla contrattazione integrativa di ente i criteri per il passaggio dei dipen-

---

<sup>(9)</sup> Art. 31 — Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività: "Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428".

denti per effetto di trasferimento di attività o per perdita di funzioni. Può comunque verificarsi che il trasferimento a terzi dell'attività, in un'ottica di maggiore efficienza e razionalizzazione, generi un'eccedenza di personale che né l'ente cedente né quello ricevente potrebbero assorbire. In questo caso, si applicano le disposizioni sulla mobilità collettiva per le pubbliche amministrazioni previste dagli articoli 33, 34 e 34-*bis* del decreto legislativo n. 165/2001, che a dire il vero vengono attivate raramente, pur in presenza di situazioni di necessità. Tali strumenti dovrebbero, difatti, fondarsi sulla possibilità di ricollocare efficientemente ed in modo efficace il personale in eccedenza in altre pubbliche amministrazioni, attraverso piani di riqualificazione e la ricognizione dei posti vacanti nelle altre amministrazioni; strumenti a volte troppo deboli e non sempre presenti, quando addirittura mancanti, per consentire di giungere ad accordi sindacali che accompagnino tali processi. Prevedere dei fondi e degli strumenti più efficaci di ricollocazione del personale consentirebbe di attivare i processi di esternalizzazione senza generare duplicazioni dei costi.

È anche per questo che si assiste a quei fenomeni di *insourcing* previsti dall'articolo 2112 c.c., così come modificato dall'articolo 32 del decreto legislativo n. 276/2003, in cui il ramo di azienda oggetto di cessione diventa contraente in un contratto di appalto del soggetto cedente o alienante. Nelle pubbliche amministrazioni ciò capita di sovente sia a livello di enti locali sia a livello di amministrazioni centrali<sup>(10)</sup>, proprio al fine di garantire l'occupazione del personale impiegato nelle funzioni trasferite.

Più recentemente, inoltre, con l'articolo 29 della legge n. 448/2001, il legislatore ha previsto una serie di strumenti per produrre servizi all'esterno, anche se le disposizioni ivi previste non hanno trovato facile attuazione e il decreto di individuazione della tipologia dei servizi trasferibili non è stato emanato, anche a causa delle forti resistenze sindacali.

Certamente, un fattore importante nel processo decisionale che porta all'esternalizzazione delle funzioni è costituito dalla convenienza economica che è data dai minori costi da sopportare e dalla necessità di liberare risorse da concentrare su nuove o diverse funzioni. Questo

---

<sup>(10)</sup> Il ruolo di Consip deriva in parte dalla soppressione del Provveditorato generale dello Stato, così come la gestione da parte dell'Inpdap della previdenza da una serie di cessioni di rami di azienda operate dai vari Ministeri.

aspetto impatta fortemente sulla gestione del personale e, quindi, nel caso delle pubbliche amministrazioni su tutte quelle disposizioni legislative e contrattuali che regolano il rapporto di lavoro con il personale.

Di fronte ad una esternalizzazione delle funzioni, una pubblica amministrazione nei confronti del proprio personale, oltre a quanto previsto dalla cessione di ramo d'azienda, può operare nei seguenti modi:

— dichiarare l'eccedenza ai sensi dell'articolo 33 del decreto legislativo n. 165/2001, verificando la possibilità di ricollocare all'interno o presso terzi il proprio personale;

— riconvertire il proprio personale attraverso procedure di riqualificazione o piani di formazione mirati su nuove o diverse funzioni.

Difficilmente una pubblica amministrazione può attivare dei piani di prepensionamento e, ovviamente ancora più difficile, immaginare dei licenziamenti, se non attraverso le procedure di cui agli articoli 33, 34 e 34-*bis* del decreto legislativo n. 165/2001. Favorisce, invece, un'amministrazione del settore pubblico la possibilità di ricollocare in mobilità il personale eccedente presso altre pubbliche amministrazioni; ciò grazie anche ai limiti previsti dalle norme di finanza pubblica in materia di assunzioni e reclutamento. I numerosi posti vuoti negli organici delle pubbliche amministrazioni consentono di collocare personale proveniente da altre pubbliche amministrazioni, pur in presenza di norme contrattuali e sistemi di inquadramento che certamente non favoriscono la mobilità del personale.

Difatti, una serie di rigidità rende difficile ricollocare il personale e, quindi, dichiarare l'eccedenza, pur in presenza di numerosi vuoti di organico in altre pubbliche amministrazioni. Le stesse OO.SS. sono ben consapevoli delle difficoltà, prodotte in fondo da alcune disposizioni contrattuali da loro richieste per altre finalità, nel collocare il personale in mobilità in altre amministrazioni.

Le politiche per il personale adottate in questi anni sono andate in direzione di un maggior irrigidimento permettendo pochi margini di flessibilità alla dirigenza.

La riqualificazione del personale definita in sede di contrattazione integrativa appare fortemente condizionata dalle richieste delle organizzazioni sindacali, tese a garantire al più ampio numero di dipendenti, innanzitutto, la progressione economica. Ancora più difficile appare, invece, la possibilità di intervenire attraverso dei pensiona-

menti anticipati e degli incentivi all'esodo, in considerazione delle politiche opposte adottate negli ultimi anni nelle pubbliche amministrazioni tendenti a consentire la permanenza in servizio oltre i 65 anni e, addirittura, con la legge n. 186/2004, il trattenimento in servizio fino a 70 anni. Un comportamento opposto, in tal senso, a quello seguito dalle aziende private quando affrontano delle riorganizzazioni.

Ci troviamo così oggi senza un'amministrazione che gestisce, ma anche senza una amministrazione che regola. Non solo abbiamo assistito ad una "detecnizzazione", ma rischiamo di assistere ad una perdita della cultura giuridica e amministrativa, grazie ad una gestione del personale incentrata sulla retribuzione più che sulla professionalità.

Si aggiunga a questo la mancanza di strumenti efficaci di riqualificazione e ricollocazione da parte delle strutture a ciò deputate, ovvero Dipartimento della funzione pubblica e strutture regionali e provinciali per l'impiego. Solo recentemente è stato, difatti, introdotto l'articolo 34-*bis* del decreto legislativo n. 165/2001<sup>(11)</sup>, che consente di ricollocare il personale in disponibilità presso le amministrazioni che si accingono ad avviare procedure concorsuali. Tale disposizione, che sta mostrando la sua efficacia nel ricollocare del personale in eccedenza, interviene tardivamente e, pertanto, non è applicabile nelle fasi precedenti la dichiarazione di eccedenza.

Risulta chiaro come tali difficoltà impediscano il più delle volte di godere di uno dei vantaggi, importante soprattutto per gli enti locali, delle esternalizzazioni che è quello di trasformare i costi fissi di personale in costi variabili di servizio, diversamente computati e valutati soprattutto ai fini del rispetto del patto di stabilità interno o della dichiarazione di ente strutturalmente deficitario.

## 8. Le prospettive.

Vi è, quindi, una vasta gamma di servizi e di processi su cui è possibile attivare delle procedure di esternalizzazione. Dal punto di vista dei servizi, specie per quelli sociali, i processi di esternalizzazione si rafforzeranno soprattutto a livello di governo locale, nell'ambito della più ampia sussidiarietà orizzontale. Aiuta la definizione comuni-

---

<sup>(11)</sup> Articolo aggiunto dall'art. 7 della l. n. 3/2003, che reca "Disposizioni ordinarie in materia di pubblica amministrazione".

taria di servizio pubblico, che prescinde dalle caratteristiche del soggetto erogatore e, pertanto, risulta quanto mai adeguata alle esigenze di flessibilità delle amministrazioni e alle domande sempre più qualificate e in continua evoluzione di servizi. Si tratta in genere di funzioni operative ripetitive, talvolta con elevate caratteristiche di specializzazione che possono essere più convenientemente svolte all'esterno. Le prime funzioni affidate all'esterno sono stati i servizi strumentali di supporto all'amministrazione: servizi di manutenzione e pulizia, trasporti e parco auto, il servizio mensa, i servizi di guardiania e custodia, i servizi informatici, ecc.

Si richiama qui l'attenzione su alcuni servizi o attività che certamente possono essere oggetto di affidamenti all'esterno:

- *call center*;
- amministrazione del personale;
- sistemi informatici;
- consulenza specialistica;
- la formazione, in particolare in modalità *e-learning*.

Ma un ragionamento sulle aree oggetto di possibili processi di esternalizzazione andrebbe fatto, come già detto, per ogni singolo livello di governo. In questa sede è interessante, inoltre, richiamare l'attenzione su quanto avviene a livello di piccoli comuni. Il panorama istituzionale italiano vede, come è noto, la presenza di circa 8.100 comuni, molti di questi sotto i 5.000 abitanti, con gravi difficoltà nell'assicurare i vari servizi e le funzioni previste. Per molte di queste realtà è stato utile poter ricorrere a Consip e alle convenzioni da essa stipulate, come anche realizzare associazioni, consorzi, unioni di comuni o gestire servizi in convenzione. Strumenti non troppo utilizzati, purtroppo, che si caratterizzano come forme pubblicistiche di esternalizzazione e, quindi, con istituti contrattuali e giuridici diversi.

Occorre domandarsi, inoltre, se vi siano funzioni o processi che non è utile, in senso strategico, esternalizzare.

Nelle pubbliche amministrazioni infatti assistiamo ad una cattiva valutazione circa le attività e i compiti da "internalizzare" e i compiti da affidare all'esterno, derivante da un atteggiamento quasi di sfiducia circa la possibilità di attivare nuovi servizi e di svolgere nuove competenze. Sfiducia dovuta — come dicevamo — alle rigidità nel reclutamento e nella riqualificazione del personale e che porta a scelte di dipendenza dall'esterno non strategiche per funzioni che sarebbe opportuno svolgere direttamente.

Alcuni esempi possono spiegare tali scelte. Se la parte "ammini-



strazione del personale” può essere affidata all'esterno, diverso deve essere il ragionamento in merito all'analisi dei fabbisogni, all'elaborazione dei piani di formazione o alla stessa attività di formazione, che in Italia, diversamente dagli altri Paesi europei, viene affidata interamente a strutture esterne all'ente. Ecco perché proprio nell'area dell'*human resource management* va distinta la sfera dell'amministrazione del personale da quella della gestione, che comprende competenze strategiche tali da dover essere gestite all'interno. In quest'ambito, le pubbliche amministrazioni hanno operato scelte non sempre corrette: esternalizzando funzioni come l'analisi delle competenze, la valutazione e la formazione, ma conservando allo stesso tempo funzioni amministrative a basso valore strategico quali la selezione, la gestione dei pagamenti e la consulenza fiscale.

Un altro settore è certamente quello informatico, che ha visto il più delle volte scelte da parte delle pubbliche amministrazioni di *outsourcing* totale, generando in tal modo delle asimmetrie informative e una dipendenza dall'esterno totale, che non aiutano l'amministrazione in quei processi di reingegnerizzazione delle strutture e dell'attività previsti dai piani di *e-government*.

Un'altra area di grande rilevanza per le pubbliche amministrazioni è quella della consulenza legale. Le pubbliche amministrazioni sono regolate da diversi rami del diritto (amministrativo, civile, del lavoro, comunitario) e sono, inoltre, caratterizzate da alcune specialità (i contratti collettivi del pubblico impiego) e gravate da responsabilità ulteriori, come quella contabile. In questo quadro, la consulenza legale, per esempio, assume caratteristiche interessanti. È un servizio complesso che accomuna tutte le pubbliche amministrazioni, ma che deve rispondere anche ad esigenze specifiche e che richiederebbe pertanto soluzioni comuni a monte, anche attraverso direttive e circolari che chiariscano dubbi interpretativi o aiutino ad evitare possibili interpretazioni scorrette, ma anche servizi specifici che non sempre possono essere rinvenuti sul mercato. È questo della consulenza legale uno dei servizi più utilizzati dall'amministrazione, ma che chiama in causa anche le competenze del centro o degli enti cosiddetti “intermedi”, come le Regioni o le Province, nel garantire un'attività di coordinamento legislativo e regolamentare. Certamente fa riflettere il dato che vede le amministrazioni italiane attivare oltre il 35% delle collaborazioni esterne per reperire professionalità nell'ambito della consulenza legale.

Vi possono essere, inoltre, funzioni interne che a certi livelli di-

mensionali potrebbero trovare una loro autonomia organizzativa e funzionale, nonché delle economie di scala, grazie al “mercato” vasto costituito dal settore pubblico. Esistono competenze e funzioni nelle pubbliche amministrazioni che meglio si svilupperebbero attraverso norme e regole di tipo privatistico. È in parte quello che è avvenuto con la creazione di alcune agenzie, ma non è solo questo.

Ci possiamo, inoltre, *a contrario*, domandare cosa si deve “internalizzare”. In un contesto che vede la pubblica amministrazione cambiare e assumere competenze nuove, anche direttamente, reclutando le competenze necessarie e aggiornando i profili a fronte di uno svecchiamento ed una esternalizzazione di vecchie funzioni. Le difficoltà nel formare e reclutare le competenze nuove richieste, ad esempio, dalle leggi sulla comunicazione istituzionale o dalle direttive sull'*e-government* non devono certamente portare ad una rinuncia rispetto alla scelta di prevedere al proprio interno degli esperti in comunicazione o in sistemi informatici. In tal senso in questi anni si è accentuato il processo di “detecnizzazione” delle pubbliche amministrazioni che va oltre la scelta razionale di gestire o ridurre la varietà e la complessità dei temi. Questo è ad esempio quello che è avvenuto sul fronte delle competenze statistiche, contabili aziendali o ingegneristiche.

È vero anche che in alcuni servizi basati sulla conoscenza può essere utile realizzare delle esternalizzazioni strategiche<sup>(12)</sup>. Queste riducono significativamente i costi, il rischio e gli investimenti fissi, consentendo per questo una maggiore flessibilità della struttura di fronte a competenze altamente specialistiche in continuo aggiornamento, per le quali l'investimento potrebbe essere troppo elevato.

Un accenno va fatto, infine, ai contratti di sponsorizzazione, previsti dal legislatore con l'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e richiamati all'articolo 119 del decreto legislativo n. 267/2000 e dai contratti collettivi di comparto. Tali strumenti, ancora poco adottati, consentirebbero di fornire alle pubbliche amministrazioni consulenze o servizi aggiuntivi attraverso l'apporto dei privati, sia coprendo la relativa spesa che affidandone la gestione diretta.

## 9. Considerazioni finali.

Questa breve ricognizione ha messo in luce, di fatto, la vastità del

---

<sup>(12)</sup> J.B. QUINN, *Strategic outsourcing: leveraging knowledge capabilities*, in *Sloan Management Review*, summer 1999.

fenomeno e la complessità dello stesso, essendo inserito nel più ampio processo di riforma che sta interessando le pubbliche amministrazioni da oltre un decennio. Ed è in questo contesto che vanno esaminate le difficoltà, ma anche le opportunità relative ai processi di esternalizzazione.

I processi di affidamento all'esterno attivati dalle amministrazioni non possono che rivestire caratteristiche proprie diverse da quelle riscontrabili nel settore privato, assumendo comunque un peso significativo sulle organizzazioni e sui bilanci.

Quello che emerge, anche attraverso il prevalere del diritto civile a discapito del diritto amministrativo, è un espandersi dei confini della pubblica amministrazione. Il concetto di ente non coincide con il concetto di organizzazione e men che meno con quello di servizio pubblico. I confini delle pubbliche amministrazioni vengono messi quotidianamente in discussione da una valutazione *to make or to buy* operata a livello aziendale, ma anche da una serie di processi macro che si ripercuotono inevitabilmente sulle scelte strategiche di ogni singolo ente. Assistiamo, come per l'impresa, ad una sorta di "contrattualizzazione dell'amministrazione pubblica", che costituisce certamente il fenomeno più significativo del processo di riforma della pubblica amministrazione di questi anni.

I modelli organizzativi cambiano passando da modelli strutturati e rigidi a modelli massimamente destrutturati, che certamente mettono in crisi la riserva di legge e i modelli classici <sup>(13)</sup>.

Certamente scelte come quelle che prevedono l'affidamento all'esterno dei servizi e della gestione delle funzioni amministrative richiedono da parte delle singole amministrazioni una capacità di programmazione, anche di lungo periodo, di livello strategico, non sempre presente a livello di alta amministrazione. La forte autonomia riconosciuta dovrà comportare una maggiore capacità nella programmazione e nella valutazione strategica, nella quale riveste grande importanza l'analisi delle competenze e dei compiti e quindi del ruolo da svolgere e degli strumenti da adottare e reperire.

Affinché l'esternalizzazione rivesta nelle pubbliche amministrazioni le caratteristiche di uno strumento di buona gestione e di razionalizzazione, occorrerà operare una serie di interventi per superare

---

<sup>(13)</sup> L. TAMASSIA (a cura di), *Gestione del personale degli enti locali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004.

difficoltà, vincoli e modelli culturali che di fatto ostacolano l'affermarsi di tali strumenti di governo e gestione. Occorrerà superare quelle che abbiamo definito le cause "deboli" che portano le pubbliche amministrazioni ad esternalizzare alcuni servizi o certe funzioni. Si tratta di tutte quelle cause che alterano il processo decisionale relativo a cosa fare all'interno e cosa far fare all'esterno e quindi l'esito dello stesso. Sono come già evidenziato, i vincoli finanziari sul reclutamento, le disposizioni in materia di contabilità pubblica e responsabilità dirigenziale, le rigidità contrattuali in materia di personale, come anche il mancato funzionamento dei sistemi di controllo interno.

Quest'ultimo aspetto riveste, per una pubblica amministrazione che deve operare secondo i principi di efficienza ed efficacia e operare in un contesto di risorse scarse, un'importanza non secondaria. Non solo per quanto riguarda il controllo strategico, ma soprattutto per quanto attiene il controllo di gestione e, quindi, i dati sui costi interni, sui centri di responsabilità, e tutti quegli elementi che consentono di poter effettuare degli studi di fattibilità e delle analisi costi-benefici accurate. Considerando, ad esempio, i costi di transazione interni (conflitti, rapporti con le OO.SS.), ma anche i costi della mancata innovazione.

Il contratto di servizio o di affidamento all'esterno dovrà essere per questo non solo conforme alle disposizioni sugli appalti, ma anche — oggi diremmo soprattutto — alle esigenze di programmazione e controllo dell'amministrazione, al fine di massimizzarne i benefici.

Pertanto, dovrà essere posta grande attenzione all'attività di monitoraggio dell'amministrazione, per poter procedere a rilevazioni empiriche sulle modalità di svolgimento del servizio e sondaggi a campione che rilevino la *customer satisfaction*.

In materia di servizi pubblici locali, occorrerà operare in termini di riordino normativo, nel rispetto del nuovo assetto costituzionale, coniugando esigenze organizzative, industriali e di tutela della concorrenza, con il compito di determinare "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali".

Si avverte, dunque, la necessità di aggiornare e migliorare la "cassetta degli attrezzi" delle pubbliche amministrazioni sotto il profilo delle norme sulla gestione dei servizi pubblici, sul personale — con particolare attenzione alla mobilità collettiva — e delle norme sulle riorganizzazioni e trasformazioni. Tutto questo per giungere ad un quadro normativo favorevole, che corrisponda alle esigenze delle pubbliche amministrazioni di oggi: meno autoreferenziali, attente al risul-

tato e orientate all'utente e alla qualità dei servizi. Un insieme di strumenti che aiuti anche a individuare e a salvaguardare le *core competencies* delle pubbliche amministrazioni.

Inoltre, quello che è emerso chiaramente dalle ricerche e dagli studi sui processi di esternalizzazione attivati dalle pubbliche amministrazioni è la necessità di dotarsi di un *management* adeguato ai nuovi compiti delle amministrazioni, capace di governare la complessità dell'ambiente circostante esercitando le funzioni di programmazione e controllo, piuttosto che quelle di amministrazione e gestione.

Infine, proprio in questa materia non si può tralasciare un importante aspetto quale quello dell'innovazione e della ricerca e, quindi, del rapporto con il mondo dell'università e dell'innovazione tecnologica, dal quale cogliere quanto di utile si elabora per proseguire e, per quanto possibile, accelerare il processo di riforma delle pubbliche amministrazioni.

Sono alcune delle condizioni "necessarie ma non indispensabili" per far sì che lo sviluppo dei processi di *outsourcing*, insieme a quello di altri strumenti di gestione, contribuisca realmente a conseguire nel settore pubblico un aumento della produttività e, soprattutto, della qualità dei servizi e della vita.



## 5.

# SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO E APPALTI NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: IL QUADRO NORMATIVO

HARALD BONURA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Riforma del mercato del lavoro e pubbliche amministrazioni nella legge delega... — 3. ... e nel decreto legislativo. — 4. Somministrazione di lavoro e pubbliche amministrazioni: quadro normativo e profili problematici. — 5. Appalti e pubbliche amministrazioni. — 6. Conclusioni.

### 1. Premessa.

Tra i capitoli più controversi della c.d. *riforma Biagi del mercato del lavoro* <sup>(1)</sup>, realizzata con il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, vi è senz'altro quello dell'applicabilità dello stesso alle pubbliche amministrazioni, negata, in modo reciso, dall'articolo 1, comma 2, del decreto <sup>(2)</sup>.

Appare, infatti, difficilmente comprensibile una scelta, quella dell'esclusione delle pubbliche amministrazioni, destinata a creare una frattura nell'ormai decennale percorso di avvicinamento dell'impiego

---

<sup>(1)</sup> L'associazione del nome del prof. Biagi alla riforma *de qua* è letta in modo critico da F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, vol. I, XXIX ss., e anche U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma (Guida alla lettura del d.lgs. 276/2003)*, datt., 2003, 1 ss. Per un'esposizione delle ragioni di continuità del d.lgs. n. 276/2003 con l'opera del prof. Biagi, v. M. TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema*, in P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005, 40 ss.

<sup>(2)</sup> Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003).

*privatizzato* a quello privato *tout court* <sup>(3)</sup> e a provocare una critica raramente così compatta <sup>(4)</sup>.

La soluzione indicata dalla legge delega, e recepita nel decreto, è, tra l'altro, in palese contrasto con le stesse affermazioni contenute nel *Libro Bianco*, laddove era auspicata, *a contrario*, una *maggior omogeneità non solo delle norme, ma anche delle relazioni sindacali e dei comportamenti effettivi nei due settori privato e pubblico* <sup>(5)</sup>.

In realtà, le motivazioni del legislatore appaiono abbastanza evidenti (ma non per questo meno discutibili) e sono da ascrivere prevalentemente a una dimensione squisitamente politico-culturale, *alimentata dalla vecchia e mai doma resistenza alla privatizzazione* <sup>(6)</sup>.

Come autorevolmente sottolineato, infatti, non si tratta proprio di quel che si direbbe un fulmine a ciel sereno, ma di un intervento collocabile sul piano inclinato (verso un auspicato ritorno al passato) creato da una parte della più recente legislazione (si veda, ad esempio, la legge 15 luglio 2002, n. 145) e da parte della stessa giurisprudenza (specie in materia di giurisdizione e procedure concorsuali), in ossequio a quella solida spinta *controriformatrice* costantemente presente nella storia del pubblico impiego.

A tale visione, invero, va contrapposta quella — emersa più recentemente — in forza della quale vi sarebbe da essere poco preoccupati per siffatta battuta d'arresto, se non addirittura consenzienti con la stessa scelta legislativa, in ragione del fatto che la pubblica amministrazione non potrebbe riconoscersi nella *ratio* ispiratrice del decreto legislativo n. 276/2003.

---

<sup>(3)</sup> Sul punto, si veda, riassuntivamente, F. BORGOGELLI, *La nuova disciplina del mercato del lavoro e le pubbliche amministrazioni*, in *LD*, 2004, n. 1, 69 ss.

<sup>(4)</sup> Anche per Tiraboschi si tratta di un'opzione fortemente criticabile; *rectius*, del più evidente profilo di criticità dell'intero disegno legislativo (così M. TIRABOSCHI, *Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276: alcune premesse e un percorso di lettura*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, 22).

<sup>(5)</sup> Per una premonitrice critica all'eccessiva povertà di riferimenti, sul punto, del *Libro Bianco*, si veda, però, B. CARUSO, *La storia interna della riforma del P.I.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *LPA*, 2001, n. 6, 973 ss., spec. 989.

<sup>(6)</sup> F. CARINCI, *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *LPA*, 2004, n. 2, 329.



Interessanti riflessioni potrebbero, poi, discendere da una lettura combinata dell'articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003 e dell'articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 165/2001.

Ove il regime di "esclusione" dettato dalla prima norma fosse da considerarsi generatore di una condizione di specialità legata alla condizione di dipendente di una pubblica amministrazione, lo stesso potrebbe essere derogato — in assenza (*quid est*) di un'espressa previsione legislativa contraria — dalla contrattazione collettiva successiva.


Nulla sembrerebbe impedire, in altri termini, un intervento immediato della contrattazione collettiva (anche di comparto) "estensivo", anche alle pubbliche amministrazioni, della disciplina del decreto n. 276/2003 (7).

Un approccio concreto, tuttavia, può provare a prescindere da tali giudizi, e dall'analisi delle ragioni che li hanno determinati, per concentrarsi sulla reale consistenza della divaricazione prodotta e sull'esatta delimitazione dei confini del nuovo assetto giuridico.

Tale operazione, forse poco ambiziosa, può, tuttavia, essere strumentale all'effettivo avvio del (pur fragile) processo di armonizzazione previsto dall'articolo 86, comma 8, del decreto legislativo n. 276/2003 (8).

E, in tale direzione, il punto d'avvio non può che essere costituito dall'esame della legge delega (legge 14 febbraio 2003, n. 30).

---

(7) La questione appena accennata involge importanti profili di rapporti tra le fonti; profili estranei all'oggetto del presente intervento (concentrato sulla ricostruzione del quadro normativo legato ai due istituti della somministrazione e dell'appalto in relazione alle P.A.) e per l'esame dei quali non possiamo che rinviare ad altra sede. In senso contrario, v., però, circ. Min. lav. n. 9/2004, in  *Lavoro a tempo parziale*, per la quale, sia pure in relazione alla sola problematica dei rapporti a tempo determinato, eventuali forme di armonizzazione sarebbero strettamente subordinate a "un confronto tra Ministero della Funzione pubblica e organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche" e a "un espresso intervento legislativo di modifica del quadro previgente". In altre parole, la previsione dell'art. 86, comma 8, d.lgs. n. 276/2003, avrebbe natura speciale e vincolante, anche rispetto a quella di cui all'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001.

(8) "Il Ministro per la funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto legislativo entro sei mesi anche ai fini dell'eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia" (art. 86, comma 8, d.lgs. n. 276/2003).

## 2. Riforma del mercato del lavoro e pubbliche amministrazioni nella legge delega...

Come noto, l'articolo 6 della legge n. 30/2003 recita che *le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni, ove non siano espressamente richiamate*.

La non felice lettera della norma si è prestata a diversi equivoci esegetici.

In primo luogo, relativamente all'ambito *soggettivo* di applicazione dell'esclusione: le *pubbliche amministrazioni* nella veste di datori di lavoro ovvero, come sembra indicare il dato testuale, il *personale* delle pubbliche amministrazioni?

In secondo luogo, rispetto alla possibilità di eccezioni al generale principio d'inapplicabilità.

In altri termini, ci si è chiesti se l'eventuale eccezione dovesse essere contenuta nella stessa legge delega <sup>(9)</sup> ovvero se l'inciso (*ove non siano espressamente richiamate*) dovesse intendersi riferito alle norme di attuazione della delega.

Le due questioni, apparentemente teoriche, involgono profili pratici di non poco momento.

Qualora, infatti, dovesse trovare conferma la tesi *letterale* per cui l'inapplicabilità riguarda solo *il personale* e non le pubbliche amministrazioni in quanto datori di lavoro, ne discenderebbe l'estensione, a queste ultime, della disciplina relativa a tutti gli istituti estranei all'area dei rapporti di lavoro direttamente dipendente, *non importa se di ruolo, a tempo indeterminato, o con altri contratti flessibili* <sup>(10)</sup>.

In particolare, il legislatore delegato avrebbe dovuto estendere, anche alle pubbliche amministrazioni, la disciplina in materia di somministrazione e di lavoro autonomo a progetto.

*A fortiori*, seguendo tale linea di ragionamento, sarebbero incostituzionali, per eccesso di potere, sia le norme delegate che escludono, *expressis verbis*, le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della disciplina della somministrazione a tempo indetermi-

---

<sup>(9)</sup> In tal senso, L. ZOPPOLI, *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus Grendel, atto II)*, Intervento al Convegno *Sviluppo e occupazione nell'economia globale*, Napoli, 4-5 dicembre 2003.

<sup>(10)</sup> F. SCARPELLI, *Il decreto di attuazione della legge n. 30/2003: un approccio critico*, in *Note Informativa*, 2003, n. 27-28, 16.

nato<sup>(11)</sup>, sia quelle che estendono i contratti d’inserimento agli enti pubblici di ricerca.

Allo stesso modo, con riferimento alla seconda questione, laddove l’eccezione fosse riferita alle norme di delega (e non a quelle delegate), si è sottolineata da più parti la superfluità dell’inciso, dal momento che la legge delega non contiene alcuna eccezione espressa al principio generale di inapplicabilità<sup>(12)</sup>.

La seconda lettura (rinvio alle norme delegate) provoca invece delicati problemi di costituzionalità, legati a un possibile difetto di delega, non essendo indicati i principi e i criteri direttivi cui il legislatore delegato deve attenersi nel formulare le eccezioni.

### 3. ... e nel decreto legislativo.

A fronte di tale complessità, la scelta del legislatore delegato è stata apparentemente netta: come detto, è proprio l’articolo 1, dedicato alle finalità e al campo di applicazione, a prevedere la radicale esclusione dell’applicabilità del decreto, tanto *per le pubbliche amministrazioni*, quanto *per il loro personale*.

La prima questione, quella soggettiva, è, quindi, risolta dal legislatore delegato con un’endiadi onnicomprensiva (che, naturalmente, non vale, *ex se*, a recidere i profili di incostituzionalità accennati).

Con la medesima risolutezza, ma con effetti inevitabilmente di segno opposto (e, cioè, di incremento, piuttosto che di riduzione della chiarezza normativa), il legislatore delegato si è assunto il compito di individuare le aree di applicazione (alle P.A.) del decreto, creando un complicato reticolo di inclusioni ed esclusioni, tale da rendere necessario un arresto ricostruttivo.

Ciò detto, nelle materie oggetto della presente analisi, somministrazione e appalto, è possibile elaborare — a parere di chi scrive — una lettura “s drammatizzante” (ma non per questo meno critica rispetto alla fattura dell’intervento legislativo) della questione, laddove

---

<sup>(11)</sup> Così M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, vol. II, 21.

<sup>(12)</sup> E. GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 245 ss.; S. MAINARDI, *L’esclusione dell’impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, vol. I, 34 ss.

si abbia riguardo al fatto che le pubbliche amministrazioni hanno sempre goduto (o subito) un regime speciale.

E ciò, come vedremo, con particolare riferimento all'area più delicata dell'intera disciplina e, cioè, a quella delle tutele in capo al prestatore di lavoro.

#### 4. Somministrazione di lavoro e pubbliche amministrazioni: quadro normativo e profili problematici.

Un punto pacifico (anche se espresso in modo opaco) <sup>(13)</sup> è costituito dalla volontà del legislatore di estendere alle pubbliche amministrazioni la nuova disciplina in materia di somministrazione a tempo determinato.

Ai sensi dell'articolo 86, comma 9, infatti, nei confronti delle pubbliche amministrazioni (...) *la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato.*

La P.A. è, dunque, "inclusa" nella sfera soggettiva di applicazione della disciplina di cui agli articoli 20 e ss. del decreto legislativo n. 276/2003, con due sole "esclusioni":

a) la P.A. non può fare ricorso a contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*);

b) alla P.A. non si applica la sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro, di cui all'articolo 27, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(14)</sup>.

Sull'opportunità di estendere, anche alle pubbliche amministra-

---

<sup>(13)</sup> Va rammentato, però, che la tecnica dell'estensione "indiretta" alla pubblica amministrazione del modello regolativo generale era stata utilizzata — con espresso riferimento al lavoro temporaneo — anche dal legislatore del 1997, con l'art. 11, comma 2.

<sup>(14)</sup> "Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, c. 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 c.p.c., notificato anche soltanto 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" (art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), a commento vedi C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

zioni, la disciplina in materia di somministrazione non pare possano esservi dubbi.

Le uniche alternative possibili sarebbero state, infatti, o un'ingiustificata limitazione del principio generale di ricorso alle forme contrattuali flessibili, di cui all'articolo 36, decreto legislativo n. 165/2001, ovvero, peggio, la costruzione di un sistema binario, in cui immaginare la coesistenza della vecchia disciplina sul lavoro temporaneo (per le pubbliche amministrazioni) e della nuova disciplina sulla somministrazione (per il lavoro privato).

Tale ultima ipotesi si configura senz'altro come irragionevole e inattuabile<sup>(15)</sup>, anche alla luce del fatto che essendo la somministrazione *una fattispecie composita, parzialmente sconosciuta al nostro ordinamento, che attraversa in maniera trasversale mercato e rapporto di lavoro*<sup>(16)</sup>, le norme regolatrici coinvolgono la nuova disciplina dei servizi per l'impiego, con il suo articolato sistema di requisiti, autorizzazioni e accreditamenti, controlli e sanzioni.

Maggiore attenzione meritano, semmai, le perplessità relative alla bontà delle due eccezioni appena descritte.

Quanto alla prima eccezione applicativa, la stessa — nonostante i citati dubbi di costituzionalità e di opportunità<sup>(17)</sup> — appare logica, proprio in relazione ai medesimi precetti costituzionali sottesi alla “tradizionale” esclusione — per le P.A. — della conversione del rapporto a tempo indeterminato in caso di violazione di norme imperative poste a tutela del lavoratore.

E ciò anche con specifico riferimento al divieto di intermediazione e interposizione.

Ancor prima, infatti, che l'articolo 36, comma 8, decreto legislativo

---

(15) *Contra*, M.L. VALLAURI, *Norme transitorie e finali*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, vol. IV, 267; E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 245. Per gli Autori, infatti, la norma abrogativa degli artt. 1-11, l. n. 196/1997, non è tra quelle applicabili alla P.A.; ciò comporterebbe che il riferimento all'abrogazione della disciplina previgente debba essere inteso in senso atecnico, come mera inapplicabilità di certe previsioni a un determinato ambito soggettivo e, segnatamente, il settore privato.

(16) G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2004, II ed., 154.

(17) Per parte della dottrina appare, oltre che incostituzionale, illogico inibire alla pubblica amministrazione “quel decentramento del lavoro che permetta di meglio gestire i servizi offerti al cittadino o (...) di risparmiare sui costi” (M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, cit., 22).

n. 29/1993 (come modificato dal decreto legislativo n. 80/1998) <sup>(18)</sup> sancisce il divieto generale, per le pubbliche amministrazioni, di “stabilizzazione” (*rectius*, conversione) dei rapporti flessibili, tanto norme speciali <sup>(19)</sup>, quanto la giurisprudenza prevalente tendevano a sottrarre larga parte dei datori di lavoro pubblici dall’area del divieto d’intermediazione e interposizione, *ex* articolo 1, legge n. 1369/1960 <sup>(20)</sup>.

In particolare, la giurisprudenza, pur non disconoscendo formalmente la generale estensione alle pubbliche amministrazioni del citato divieto (si veda Cass., sez. un., 9 aprile 1999 n. 225, che richiama Cass., sez. un., 1° ottobre 1979 n. 5019, e 9 luglio 1977 n. 6228), ha, dapprima escluso l’applicabilità dello stesso alle amministrazioni sta-

---

<sup>(18)</sup> Oggi, naturalmente, vedi art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 (c.d. “Testo Unico del Pubblico Impiego”).

<sup>(19)</sup> Su tutti, v. art. 11, comma 2, l. n. 196/1997, a mente del quale “(...) Nei confronti delle pubbliche amministrazioni non trovano comunque applicazione le previsioni relative alla trasformazione del rapporto a tempo indeterminato nei casi previsti dalla presente legge”. Ma cfr., ancora, l’abrogato art. 13, l. n. 498/1992, (come modificato dall’art. 6-*bis*, l. n. 67/1993), a norma del quale i divieti di intermediazione e interposizione di cui alla l. n. 1369/1960 “non trovano applicazione per le province, i comuni, le comunità montane e i loro consorzi, le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza senza scopo di lucro che svolgono attività socio assistenziale e le istituzioni sanitarie operanti nel Servizio sanitario nazionale”; o, ancora, l’art. 1, comma 2, d.P.R. n. 1192/1961, a norma del quale, in attuazione dell’art. 8, l. n. 1369/1960, Poste S.p.a., Ferrovie S.p.a. e i monopoli dello Stato possono eccezionalmente derogare al divieto di intermediazione e interposizione di manodopera in caso di “eventi straordinari di pubblica calamità ovvero pregiudizievoli della incolumità pubblica per quanto attiene all’esercizio dei servizi istituzionali delle amministrazioni predette”; o, infine, le deroghe previste in favore delle imprese autorizzate alle operazioni portuali dall’art. 17, l. n. 84/1994.

<sup>(20)</sup> La forza di tali fattori ha condotto il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, con circ. n. 44/2002, a fornire indicazioni operative ai propri uffici, sottolineando che, sebbene la materia sia “oggetto di revisione nell’ambito del dibattito sulla legge delega di riforma del mercato del lavoro”, allo stato “l’art. 1 della legge 1369/60, che stabilisce la costituzione *ope legis* del rapporto di lavoro nelle ipotesi di pseudo-appalto in violazione del divieto di intermediazione o interposizione nelle prestazioni di lavoro, è inapplicabile quando la prestazione di lavoro è resa in correlazione all’attività istituzionale dell’ente pubblico”.

Precisamente, “la normativa in oggetto risulta dunque astrattamente applicabile a un ente pubblico non economico, ma solo nelle ipotesi in cui questo svolga un’attività i cui contenuti sostanziali costituiscano esercizio di attività di impresa e non anche quando un soggetto assume di aver svolto attività lavorativa in favore di una Pubblica Amministrazione, in correlazione ai suoi fini istituzionali espressione di attività di natura pubblicistica”.

tali (v. Cass., sez. un., 14 giugno 1980 n. 3805) e poi ritenuto, sia pure dopo qualche oscillazione, che (...) *l'art. 1, l. 23 ottobre 1960, n. 1369 (...) è in astratto applicabile a un ente pubblico solo nell'ipotesi in cui questo svolga un'attività i cui connotati sostanziali costituiscano esercizio di attività imprenditoriale, e non anche quando un soggetto assuma di avere svolto l'attività lavorativa in favore di un'amministrazione in correlazione ai suoi fini pubblici istituzionali* (C. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2001 n. 695; in termini, *ex pluribus*, C. Stato, sez. V, 19 ottobre 1999 n. 1590; C. Stato, sez. V, 8 luglio 1998 n. 1034; C. Stato, sez. VI, 3 ottobre 1990 n. 860; Cass. 1° dicembre 1986 n. 7110) <sup>(21)</sup>.

E ciò in relazione al fatto che *posto un divieto d'intermediazione nell'assunzione di manodopera, e un più generale divieto d'assunzione senza concorso nelle pubbliche amministrazioni (...), sarebbe incongruente che la violazione del primo divieto fosse sanzionata con l'imporre la violazione del secondo* (C. Giust. Amm.va, 17 agosto 2000 n. 369).

Per il giudice amministrativo, insomma, *il principio di favore del lavoratore non può avere la stessa portata nei confronti del datore di lavoro privato e di quello pubblico, anche se in entrambi i casi interviene l'elusione di cogenti norme legislative* (C. Stato 9 dicembre 2002 n. 6717).

Il principio di tutela del lavoratore appare, dunque, parzialmente “sacrificabile” in nome dei più generali principi di imparzialità della pubblica amministrazione e di reclutamento mediante concorso (articolo 97 Cost.) <sup>(22)</sup>.

“Sacrificio” coerente con il “fine storico” della legge n. 1369/1960, che — sappiamo tutti — era quello di combattere le pratiche di sfruttamento di manodopera a basso costo e con basse garanzie di solvibilità del datore di lavoro apparente; di combattere, insomma, quelle

---

<sup>(21)</sup> Lungo tale filone giurisprudenziale, va, tuttavia, segnalato il recente orientamento del giudice di legittimità a considerare applicabile il divieto di intermediazione e interposizione “agli enti pubblici *organizzati con criteri di imprenditorialità* (il corsivo è nostro, ndr)” (Cass. 5 marzo 2002 n. 3172); ipotesi tendenzialmente ed evidentemente più ampia rispetto a quella connessa alla mera indagine sulle finalità perseguite o sull'attività concretamente esercitata caso per caso. Sui profili concernenti l'ambito di applicazione della esclusione in esame, cfr. G.C. SALERNO, *Somministrazione di lavoro e procedure ad evidenza pubblica*, che segue.

<sup>(22)</sup> Cfr., da ultimo, C. Cost. 27 marzo 2003 n. 89.



pratiche di utilizzazione surrettizia della manodopera, finalizzate all'elusione dei diritti dei lavoratori (23).

Se tale è la *ratio* storica del divieto (e, soprattutto, della tutela predisposta), non vi è ragione per estenderne la portata alle pubbliche amministrazioni che, appunto, sono soggetti certamente solvibili, obbligati a procedure pubblicistiche (con il conseguente corollario in termini di controlli dell'operato) e che conoscono il limite generale del reclutamento mediante concorso (il che esclude l'applicabilità della imputazione del rapporto subordinato all'amministrazione utilizzatrice) (24).

In conclusione, la scelta del legislatore di estendere alle pubbliche amministrazioni la sola disciplina della somministrazione a tempo determinato (e non anche di quella a tempo indeterminato), escludendo, altresì, la sanzione della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, appare dotata di una sua intima coerenza e logicità.

I profili problematici, semmai, sono altri e riguardano:

I) l'eventuale esistenza di limiti specifici al ricorso al contratto di somministrazione, anche in relazione alla disciplina transitoria e al ruolo della contrattazione collettiva;

II) il sistema sanzionatorio applicabile alla P.A.

*I.a. Sui limiti precedentemente previsti dalla contrattazione.* Come noto, una delle novità più rilevanti della disciplina in materia di somministrazione è rappresentata dalla introduzione di un "causal-

---

(23) Così, R. DEL PUNTA, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, in *ADL*, 2002, n. 2, 291, che ricorda, altresì, che "la dottrina ha sempre dovuto ammettere (...) che questa *ratio* storica della normativa non si è consolidata nella struttura della fattispecie dell'interposizione, in quanto l'illecito è stato identificato dall'art. 1 della legge nell'interposizione come tale, a prescindere dalla lesione dei diritti sottostanti, ritenuta scontata e consequenziale, e comunque confinata nei dati esterni alla fattispecie".

(24) Sul punto, va richiamata, tuttavia, la possibile tensione esistente tra ordinamenti interno e comunitario; tensione rilevata dalla recente ordinanza con la quale il giudice di Genova ha rimesso alla Corte di Giustizia della Comunità Europea la questione della compatibilità con l'ordinamento comunitario della norma nazionale che esclude i contratti di lavoro stipulati con le P.A. dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine (Trib. Genova 21 gennaio 2004, in *LPA*, 2004, n. 3-4, 700 ss., con nota di L. ZAPPALÀ, "Specialità" dei rapporti di lavoro a termine nelle p.a. e diritto comunitario: l'inapplicabilità della sanzione della conversione al vaglio della Corte di Giustizia).



ne”<sup>(25)</sup>, in luogo delle vecchie causali tipiche, specificative dell’elemento della temporaneità (o, comunque, operanti un rinvio alla contrattazione collettiva)<sup>(26)</sup>.

Ai sensi dell’articolo 20, comma 4, la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ora ammessa a fronte di *ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore*<sup>(27)</sup>.

Sciolto il legame indissolubile con la temporaneità delle esigenze dell’impresa utilizzatrice, sembra configurarsi una tendenziale natura *acausale*<sup>(28)</sup> della somministrazione a tempo determinato, potendosi, quindi, farvi ricorso in tutte le ipotesi, non arbitrarie o illecite, ispirate all’interesse dell’impresa.

Tutto ciò, tuttavia, sembra scontrarsi con la particolare natura del datore di lavoro pubblico, soggetto, da un lato, ai noti oneri di motivazione e, dall’altro, ai generali principi di efficacia, efficienza, ma anche di imparzialità e di razionalizzazione e contenimento del costo del lavoro pubblico<sup>(29)</sup>, che informano la gestione dei rapporti di lavoro.

<sup>(25)</sup> Così, P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. 276/03*, Cacucci, Bari, 2004, 101, il quale ritiene che questa sia “l’espressione gergale che pare invalsa per definire riassuntivamente le clausole generali in esame”.

<sup>(26)</sup> Per un esame della previgente disciplina in materia di limiti al ricorso al lavoro temporaneo, v., *ex aliis*, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Commento all’art. 2127 cod. civ.*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000, 262 ss.

<sup>(27)</sup> Sul punto in generale vedi L. DEGAN, *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva*, in questa Parte, Sez. (A).

<sup>(28)</sup> Così, P. CHIECO, *op. cit. Contra*, M. LANOTTE, *Il contratto di somministrazione di lavoro: tipologie e condizioni di liceità*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 276/03 (artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, spec. 207 ss. Per quest’ultimo, “il profilo innovativo, (...), non risiede nel superamento del carattere temporaneo dell’esigenza (...), ma nel passaggio da ipotesi tassative a una clausola generale che abbraccia tutte le esigenze oggettive dell’impresa, purché temporanee”.

<sup>(29)</sup> La questione dei costi rappresenta un elemento di forte riflessione. Basti dire che, secondo la relazione sul Ccnq per la disciplina del rapporto di lavoro del personale assunto con contratto di fornitura di lavoro temporaneo, inviata dall’Aran alla Corte dei Conti, risulta un’incidenza maggiore sul costo del lavoro del 24,08%. Ma, come evidenziato nella stessa relazione, “il valore è orientativo perché si basa su ricerche effettuate dall’Aran sulle tariffe mediamente praticate già nel settore privato” (AA.VV., *Il lavoro interinale. Una ricerca Aran*, in *Arannewsletter*, 2003, n. 1, 17, in [www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it)). Nella medesima ricerca Aran, si legge che “probabilmente sarà

In tale direzione, il Ccnq, stipulato dall'Aran e dalle Confederazioni sindacali il 9 agosto 2000, rappresentava un buon punto di equilibrio nella indicazione dei casi in cui era ammesso il ricorso al lavoro temporaneo: (...) *esigenze a carattere non continuativo e/o a cadenza periodica, o collegate a situazioni di urgenza non fronteggiabili con il personale in servizio o attraverso le modalità di reclutamento ordinario* (...) <sup>(30)</sup>.

Lo stesso Accordo quadro rinviava alla contrattazione di comparto per la ulteriore *specificazione* tanto delle *ipotesi di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo*, quanto dei *casi di esclusione ulteriori rispetto a quelli previsti dall'articolo 1, comma 4, legge n. 196/1997* (quest'ultima facoltà era, invero, riconosciuta generalmente alla contrattazione collettiva dalla lettera *a*) del medesimo articolo 4, comma 1, come introdotta dall'articolo 64, legge n. 488/1999).

In attuazione di tale potestà specificativa, i diversi contratti di comparto hanno individuato numerose causali <sup>(31)</sup>, pressoché omogenee e così riassumibili:

*i)* eventi eccezionali e motivati, non considerati in sede di programmazione dei fabbisogni;

*ii)* punte di attività o attività connesse a esigenze straordinarie derivanti anche da innovazioni legislative, che comportino l'attribuzione di nuove funzioni alle quali non possa farsi fronte con il personale in servizio;

*iii)* particolari fabbisogni professionali connessi all'attivazione e

---

proprio il fattore costo a determinare l'utilizzo futuro del lavoro interinale" (nel settore pubblico, *nda*). Sul punto vedi anche F. VERBARO, *Il fenomeno delle esternalizzazioni nella pubblica amministrazione*, che precede.

<sup>(30)</sup> Per un commento, si v. F. DI LASCIO, *Il lavoro interinale nelle pubbliche amministrazioni dopo la sigla dell'accordo quadro: finalità ed ambiti di applicazione*, in *LPA*, 2000, n. 3-4, 529 ss.; M. RICCIARDI, R. SOLOPERTO, *Lavoro temporaneo: l'accordo quadro per le amministrazioni pubbliche*, in *LI*, 2000, n. 12, 21 ss.

<sup>(31)</sup> Art. 39, Ccnl Cnel, 14 febbraio 2001; art. 38, Ccnl Coni, 15 maggio 2001; art. 39, Ccnl Enac, 19 dicembre 2001; art. 44, Ccnl Cassa Depositi e Prestiti, 2 luglio 2002; art. 42, Ccnl Unioncamere, 4 marzo 2003; art. 32, Ccnl Sanità, 20 settembre 2001; art. 2, Ccnl Regioni e Autonomie Locali, 14 settembre 2000; art. 21, Ccnl Università, 9 agosto 2000; art. 22, Ccnl Ricerca, 21 febbraio 2002; art. 100 (per rinvio al Ccnl Ministeri), Ccnl Agenzie fiscali, 28 maggio 2004; art. 98 (per rinvio al Ccnl Ministeri), Ccnl Presidenza del Consiglio dei Ministri, 17 maggio 2004; art. 20, Ccnl Aziende e Amministrazioni dello Stato a ordinamento autonomo, 24 aprile 2002; art. 35, Ccnl Enti pubblici non economici, 14 febbraio 2001; art. 20, Ccnl Ministeri, 16 maggio 2001. Tutti in *www.aranagenzia.it*.

aggiornamento di sistemi informativi ovvero di controllo di gestione e di elaborazione di manuali di qualità e carte di servizi, che non possono essere soddisfatti ricorrendo unicamente al personale in servizio;

*iv)* esigenze specifiche di supporto tecnico ovvero di creazione delle relative competenze nel campo della prevenzione, della sicurezza, dell'ambiente di lavoro e dei servizi alla persona, secondo standard predefiniti;

*v)* afflussi straordinari di utenza.

Contemporaneamente a ciò, la medesima contrattazione di comparto, in numerosi casi <sup>(32)</sup>, ha individuato cause di esclusione del ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo ulteriori rispetto a quelle legali, di cui all'articolo 1, comma 4, legge n. 196/1997.

Il lavoro temporaneo è, poi, del tutto ignorato (e, quindi, considerato escluso) dalla contrattazione del comparto Scuola e da quella delle aree dirigenziali.

Tutti i contratti di comparto si sono poi uniformati al tetto massimo di contratti di fornitura di lavoro temporaneo del 7%, calcolato su base mensile, dei lavoratori a tempo indeterminato in servizio presso la stessa amministrazione, arrotondato, in caso di frazioni, all'unità superiore.

*I.b. Decreto Biagi, disciplina transitoria e contrattazione collettiva.*

Come noto, l'articolo 85, decreto legislativo n. 276/2003 ha abrogato, tra le altre norme, gli articoli da 1 a 11 della legge n. 196/1997 e, cioè, le norme in materia di lavoro temporaneo.

In relazione agli effetti derivanti da tale abrogazione, il successivo articolo 86, comma 3, ha stabilito l'ultrattività dell'efficacia delle previgenti norme contrattuali, a una duplice condizione:

*a)* la prima di carattere "oggettivo": deve trattarsi di clausole contrattuali stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera *a)*, legge n. 196/1997 e, cioè, di clausole che abbiano ad oggetto la specificazione delle causali giustificative del ricorso al lavoro temporaneo [e non anche, quindi, di quelle che prevedono "esclusioni" ulteriori rispetto a quelle legali, ai sensi del successivo comma 4, lettera *a)*]. Ciò è ulteriormente sottolineato dall'inciso (che non può pensarsi mera-

---

<sup>(32)</sup> Si v., in particolare, le citate norme dei Ccnl dei comparti Regioni e Autonomie Locali, Ministeri, Sanità, Enti Pubblici non economici, Aziende e Amministrazioni dello Stato a ordinamento autonomo, nonché i Ccnl Cnel, Unioncamere e Coni.

mente tautologico) contenuto nella medesima norma: *con esclusivo riferimento alla determinazione per via contrattuale delle esigenze di carattere temporaneo che consentono la somministrazione di lavoro a termine*. La ripetizione di quanto già contenuto nella norma richiamata, fa emergere la volontà netta di escludere ogni residua valenza di quelle altre clausole che prevedevano divieti di ricorso al lavoro temporaneo diversi da quelli legali <sup>(33)</sup>;

b) la seconda di carattere “temporale”: deve trattarsi di contratti collettivi nazionali di lavoro vigenti alla data di entrata in vigore del decreto n. 276/2003 (e, cioè, vigenti al 24 ottobre 2003).

In ogni caso, l'efficacia si estingue definitivamente alla scadenza dei relativi contratti collettivi <sup>(34)</sup>.

Se tale è il quadro, ne discende, per le pubbliche amministrazioni, una situazione abbastanza confusa.

In primo luogo, infatti, dovrebbero considerarsi caducate tutte le clausole contrattuali che introducono divieti al ricorso al lavoro temporaneo ulteriori rispetto a quelli legali, di cui all'articolo 20, comma 5.

In secondo luogo, anche le clausole specificative delle causali legittimanti il ricorso al lavoro temporaneo sarebbero venute meno, dal momento che, all'entrata in vigore del decreto Biagi, la generalità dei contratti collettivi di comparto era scaduta; ciò significa che, anche per le pubbliche amministrazioni, dovrebbe trovare applicazione, senza specificazioni, il “causalone” di cui all'articolo 20, comma 4, decreto legislativo n. 276/2003.

In altre parole, allo stato non vi sarebbero differenziazioni, sul punto, tra settore privato e pubblico.

A tali conclusioni radicali, nonostante la condivisione dell'invito alla prudenza da più parti rivolto <sup>(35)</sup>, sembra condurre una lettura testuale e sistematica dei dati normativi.

---

<sup>(33)</sup> Così, M. MOBIGLIA, *Regime transitorio ed efficacia dei contratti collettivi in vigore*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 1034.

<sup>(34)</sup> Anche in questo caso, la scelta appare netta al punto da “ritenere che tale data valga quale termine di riferimento fisso e improrogabile, allo scadere del quale i contratti collettivi stessi cesseranno automaticamente di produrre effetti, anche se siano presenti clausole di ultrattività, oppure le parti non disdettino i contratti nei tempi stabiliti, laddove ciò sia richiesto” (M. MOBIGLIA, *op. cit.*).

<sup>(35)</sup> « L'incertezza causata da questa normativa, dal dettato alquanto contorto, rende dunque difficile fornire risposte certe ai dubbi che l'esperienza concreta può far sorgere nell'operatore pratico in merito alla sua interpretazione. In ogni caso, là dove

La confusione è, semmai, creata dalla necessità di combinare quanto illustrato con la generale (e insuperata) previsione di cui all'articolo 36, decreto legislativo n. 165/2001, a norma della quale la contrattazione di comparto è chiamata a dare applicazione alle previsioni di legge.

Occorre domandarsi, cioè, se — stante l'intervenuta abrogazione delle previgenti clausole contrattuali <sup>(36)</sup> — l'autonomia collettiva non possa reintrodurre, in futuro, clausole di eguale tenore e, cioè, clausole che introducano limiti, qualitativi o quantitativi, al ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato.

Escluso che in materia possa trovare applicazione lo speciale potere derogatorio di cui all'articolo 2, comma 2, decreto legislativo n. 165/2001 <sup>(37)</sup>, l'articolo 36 del medesimo decreto vale comunque a delineare un *assetto regolativo policentrico* <sup>(38)</sup>, strutturato su una molteplicità di fonti (legge, contrattazione collettiva di comparto, ma anche la contrattazione collettiva integrativa, laddove richiamata da quest'ultima).

Ciò, tuttavia, non vale, di per sé, a risolvere il problema del rapporto tra le fonti regolative e, in particolare, se le stesse siano poste in relazione gerarchica ovvero tendenzialmente paritaria, laddove la fonte legale attribuisca efficacia costitutiva all'intervento delle parti.

Una lettura ancorata al dato testuale, condurrebbe alla conclusione che, pur nell'ambito di tale assetto policentrico, la contrattazione non possa che rivestire un ruolo simile a quello svolto nel privato e,

---

la nuova disciplina, in particolare quella in tema di somministrazione a tempo determinato, risulti incerta dal punto di vista interpretativo ... (si segnala, *ndr*) la necessità di un'applicazione accorta e "difensiva", almeno fino a quando la giurisprudenza non abbia fornito adeguato supporto all'una o all'altra interpretazione possibile » (U. CARABELLI, *op. cit.*, 4).

<sup>(36)</sup> Non manca, però, chi avverte che "è presumibile che, di fatto, gli accordi in vigore rimarranno in vita integralmente fino alla loro scadenza o alla loro sostituzione, nei limiti, peraltro, in cui essi non siano manifestamente contrastanti con la nuova disciplina (...)" (M.L. VALLAURI, *op. cit.*, 265).

<sup>(37)</sup> "(...) Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario" (art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

<sup>(38)</sup> Così, G. RICCI, *Profili di disciplina nel lavoro temporaneo nelle pubbliche amministrazioni*, in *DML*, 2001, n. 2, 302.

cioè, *integrare e completare la disciplina legale, sempre, però, entro i limiti fissati dalle leggi che regolamentano i singoli istituti* <sup>(39)</sup>.

Se ciò è vero, in relazione alle tre precedenti aree d'intervento contrattuale, potrebbe dirsi che:

A) sarebbe da intendersi legittimo (e probabilmente anche necessario) <sup>(40)</sup> un nuovo intervento contrattuale di specificazione del "causalone", anche se introduttivo di *vincoli di scopo* <sup>(41)</sup>, attuativi, come detto, dei principi di rango costituzionale, *ex* articolo 96 Cost., (e di quelli ordinari, di cui al testo unico sul pubblico impiego) ed entro il cui perimetro formare la volontà della pubblica amministrazione. Non v'è dubbio, infatti, che permangono intatte le esigenze di armonizzazione, nel settore pubblico, dell'area della "flessibilità" con quella della gestione economica, efficiente, autonoma e trasparente delle risorse umane. Anche a voler ammettere, infatti, una generale inderogabilità, a opera dell'autonomia delle parti, di quanto all'articolo 20, comma 4, decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(42)</sup>, ciò non vale, *ex se*, a cancellare la previsione di cui all'articolo 36, comma 1, decreto legislativo n. 165/2001, a norma del quale spetta alla contrattazione collettiva la "disciplina" della materia in applicazione dei principi di legge. Naturalmente, l'intervento specificativo (*rectius*, applicativo) dovrà tenere conto, rispetto al passato, del mutamento di finalità dell'istituto, con il tendenziale venir meno del requisito della temporaneità; eventuali specificazioni causali, dunque, non potranno essere

---

<sup>(39)</sup> V. LUCIANI, M. DELFINO, *Commento all'art. 36*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche (Commentario al d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modifiche e integrazioni)*, in NLCC, 1999, n. 5-6, 1278.

<sup>(40)</sup> Sulla necessaria funzione "armonizzatrice" della contrattazione collettiva, v. Rusciano, per il quale la previsione dell'art. 36, comma 7, sarebbe "letteralmente pleonastica se, appunto, non tendesse a porre in luce l'esigenza di un adattamento specifico" (M. RUSCIANO, *Profili ricostruttivi dell'"affitto" di manodopera*, in DML, 1999, n. 1, 102).

<sup>(41)</sup> Così G. RICCI, *op. cit.*, 307.

<sup>(42)</sup> "(...) nessun ruolo viene oggi riconosciuto al contratto collettivo nella determinazione delle esigenze atte ad ammettere la conclusione di un contratto di somministrazione a termine (...)" (P. CHIECO, *op. cit.*, 160); anche per Tiraboschi, è venuta "(...) logicamente (e giuridicamente) meno la necessità di rinviare alla contrattazione collettiva la specificazione delle esigenze di natura temporanea che consentono la fornitura temporanea di lavoro altrui" (M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., 214).

ancorate alla temporaneità delle esigenze, quanto, piuttosto, alla soddisfazione dei suindicati principi generali di cui all'articolo 1, comma 1, decreto legislativo n. 165/2001. Tale soluzione, peraltro, è in linea con la proposta di direttiva comunitaria in materia di lavoro temporaneo <sup>(43)</sup>, laddove si afferma che eventuali restrizioni o divieti al lavoro temporaneo *devono essere giustificati da ragioni d'interesse generale (...)* <sup>(44)</sup>;

B) la contrattazione collettiva può senz'altro introdurre limiti "quantitativi" al ricorso al lavoro temporaneo, ma senza derogare alla disciplina di cui all'articolo 10 del decreto legislativo n. 368/2001 <sup>(45)</sup>;

---

<sup>(43)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei*, COM(2002)149 def., in *www.europa.eu*. Per un commento, si v. M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003, 171; L. ZAPPALÀ, *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo tra soft law e hard law*, in *DLRI*, 2003, n. 97, 69. Cfr. anche O. RYMKEVITCH, *Somministrazione di lavoro e prospettive di uniformazione a livello internazionale e comunitario*, e D. SCHIEK, *Lavoro tramite agenzia: dalla emarginazione all'accettazione?*, entrambi nella Parte I, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(44)</sup> Va ricordato, tuttavia, che l'ambito di applicazione della proposta di direttiva è ristretto alle sole "imprese pubbliche o private che esercitano un'attività economica con o senza fini di lucro", con esclusione, quindi, delle amministrazioni pubbliche non configurabili alla stregua della nozione comunitaria di impresa e, comunque, non esercenti un'attività economica.

<sup>(45)</sup> Sulle conseguenze discendenti dalla violazione di tali limiti, come noto, in passato si sono confrontate tesi divergenti: da una parte, l'inesistenza di specifiche sanzioni (A. 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, 201), dall'altra, la nullità dei contratti di lavoro stipulati in eccedenza, salva diversa previsione degli accordi collettivi (C. ZOLI, *Il lavoro temporaneo: il contratto di fornitura*, in *QDLRI*, 1999, n. 22, 152). In posizione mediana, la tesi della competenza dei contratti collettivi a colmare il vuoto normativo (R. DEL PUNTA, *La "fornitura di lavoro temporaneo" nella l. n. 196/1997*, in *RIDL*, 1998, n. 1, 221).

Con specifico riferimento al d.lgs. n. 276/2003, è stata sostenuta l'irregolarità (e, quindi, la nullità) della somministrazione a tempo determinato effettuata al di là dei "limiti quantitativi di utilizzazione" convenuti dalla contrattazione collettiva, stante « l'ampiezza della formula dell'art. 27 dove si allude comprensivamente ai "limiti" e alle "condizioni" di cui all'art. 20 medesimo (...) » (F. BASENGHI, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in L. GALANTINO (a cura di), *op. cit.*, 306). Cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), in questo volume.



C) più complessa è la questione relativa all'eventuale introduzione, a opera della contrattazione, di divieti ulteriori rispetto a quelli di legge. Clausole di questo tipo sono, infatti, difficilmente configurabili come "applicative" della disciplina normativa (e, tantomeno, come derogative *in melius* dei trattamenti minimi inderogabili). La scelta del legislatore di "tipizzare" le cause di divieto sembra, dunque, restringere l'ambito oggettivo di esplicazione dell'autonomia negoziale.

La soluzione alle singole questioni che concretamente si porranno nelle future tornate contrattuali è da ricercare, pertanto, non già in una presunta "divaricazione" della disciplina da applicare al settore pubblico, rispetto a quella del settore privato, quanto, piuttosto, nella ricostruzione di un quadro legale che tenga conto del complesso di principi applicabili alla pubblica amministrazione.

In altri termini, le specificità non sono da ricercarsi all'interno della disciplina dell'istituto <sup>(46)</sup>, quanto, piuttosto, della tipicità dell'attore pubblico.

Il ruolo armonizzatore della contrattazione collettiva va ricercato e svolto entro tale perimetro, non al di fuori di esso.

Si prenda il caso della rinnovabilità, senza limiti, dei contratti di somministrazione; nel settore pubblico, tale principio, in linea teorica perfettamente applicabile, cozza con il generale divieto di rinnovo dei contratti, se non in presenza di accertate ragioni di convenienza e di pubblico interesse, *ex* articolo 6, legge n. 537/1993 <sup>(47)</sup>; all'autonomia negoziale, pertanto, potrebbe essere dato, in applicazione di tale principio generale, di specificare i limiti motivazionali e di interesse generale al rinnovo dei contratti di somministrazione.

II. *Le sanzioni per la pubblica amministrazione in caso di somministrazione irregolare o fraudolenta* <sup>(48)</sup>. Appare pacifica l'applicazione alle pubbliche amministrazioni dell'intero sistema sanzionatorio previsto dagli articoli 27 e 28, decreto legislativo n. 276/2003, con la sola

---

<sup>(46)</sup> Ancor meno postulando un'improbabile sopravvivenza della previgente disciplina in materia di lavoro temporaneo.

<sup>(47)</sup> E, ove non motivata, la scelta della P.A. di rinnovare il contratto ai sensi dell'art. 6, l. n. 537/1993, può essere impugnata da ogni soggetto che operi nel medesimo settore nel quale si svolge il rapporto in corso (C. Stato, sez. V, 17 aprile 2003 n. 2079).

<sup>(48)</sup> Sul tema vedi anche G.C. SALERNO, *Somministrazione di lavoro e procedure ad evidenza pubblica*, cit.



(ma significativa) eccezione di quanto al comma 1 (e 2, stante il rinvio al precedente comma in esso contenuto) <sup>(49)</sup> dell'articolo 27 e, cioè, della sanzione civile della “conversione” del rapporto.

Ciò significa che, nelle ipotesi di “irregolarità” (*rectius*, di rilevata difformità rispetto al modello referenziale) <sup>(50)</sup>, il contratto sarà affetto da nullità parziale, impregiudicato, *ex* articolo 2126 c.c., il diritto del lavoratore che ha effettuato la prestazione di fatto alla corresponsione della retribuzione e al versamento dei relativi contributi previdenziali per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione.

A ciò si aggiunge l'ulteriore diritto al risarcimento del danno, salvo a non ritenere che la sfera di tale diritto coincida integralmente con quella del trattamento economico e previdenziale dovuto per il periodo di lavoro effettuato.

In casi del genere, il dirigente responsabile, qualora abbia agito con dolo o colpa grave, sarà chiamato a risarcire l'amministrazione pubblica per i pagamenti sopportati.

Sempre dal punto di vista sanzionatorio, non vi sono ragioni, di carattere formale e/o sostanziale, per escludere l'applicazione alle P.A., in persona dei dirigenti responsabili, delle sanzioni penali (e amministrative), previste dall'articolo 18, decreto legislativo n. 276/2003.

III. *La scelta del somministratore* <sup>(51)</sup>. Nulla cambia, rispetto al passato, sul piano delle modalità attraverso le quali la P.A. seleziona l'agenzia per il lavoro con cui stipulare il contratto di fornitura.

Continuano a trovare applicazione, infatti, le norme, di derivazione comunitaria, di cui al decreto legislativo n. 157/1995 per gli appalti c.d. “sopra soglia”, e quelle dei regolamenti degli enti nel caso di appalti “sotto soglia”.

Significative evoluzioni potrebbero derivare, tuttavia, dall'allargamento delle competenze regionali in materia, a fronte delle più recenti modifiche costituzionali.

---

<sup>(49)</sup> Così, S. MAINARDI, *op. cit.*, 42. Lo stesso Autore considera “sicuramente applicabile il comma 3 relativo alle *guide-lines* del controllo giudiziale sulle ragioni giustificatrici della somministrazione”.

<sup>(50)</sup> F. BASENGHI, *op. cit.*, 315.

<sup>(51)</sup> Sul tema vedi anche G.C. SALERNO, *Somministrazione di lavoro e procedure ad evidenza pubblica*, cit.

## 5. Appalti e pubbliche amministrazioni.

Il rapporto tra la nuova disciplina in materia di appalto e le pubbliche amministrazioni appare più facilmente risolvibile<sup>(52)</sup>.

In via preliminare, va detto che l'abrogazione della legge n. 1369/1960, ex articolo 85, decreto legislativo n. 276/2003, risolve definitivamente i dubbi circa l'applicabilità della relativa disciplina alle P.A.<sup>(53)</sup>.

Tale abrogazione, combinata con la teorica inapplicabilità dell'articolo 29, non rischia, tuttavia, di provocare particolari problemi, alla luce della considerazione che continuano a trovare applicazione tanto il disposto di cui all'articolo 36, comma 2, decreto legislativo n. 165/2001 (sia sotto il profilo della tutela risarcitoria del dipendente, che per quello, opposto, di esclusione della convertibilità del rapporto), quanto la norma di cui all'articolo 1676 c.c.

Ciò che più rileva, tuttavia, è l'esistenza, nel corpo della disciplina speciale degli appalti pubblici di servizi (e non solo), di una nutrita serie di clausole "sociali", dirette a garantire la solvibilità<sup>(54)</sup> e l'affidabilità<sup>(55)</sup> del appaltatore, nonché l'applicazione del trattamento minimo inderogabile in favore dei lavoratori<sup>(56)</sup>.

Scendendo ulteriormente nel particolare, poi, si segnala:

1) quanto al comma 1 dell'articolo 29, la difficoltà di escluderne radicalmente l'applicabilità (anche in via indiretta) alle pubbliche amministrazioni, stante la natura squisitamente definitoria della norma<sup>(57)</sup>. È dubbio, pertanto, che, in caso di indagine giudiziale, la norma stessa non possa essere concretamente adoperata sul piano esecutivo;

2) quanto all'originario comma 2, sono stati sollevati consistenti dubbi di costituzionalità in ordine allo stesso, con riferimento alla ragionevolezza della limitazione ai soli appalti di servizi e all'eccesso di delega, dal momento che nessuna previsione della legge n. 30/2003 consentirebbe l'introduzione di un regime speciale per gli appalti di

---

(52) Sul tema vedi anche G.C. SALERNO, *Somministrazione di lavoro e procedure ad evidenza pubblica*, cit.

(53) V. *supra*, § 4.

(54) V. art. 13, d.lgs. n. 157/1995.

(55) V. artt. 12 e 14, d.lgs. n. 157/1995, ma anche art. 17, l. n. 68/1999.

(56) V. art. 36, l. n. 300/1970; art. 25, d.lgs. n. 157/1995; art. 1, l. n. 327/2000.

(57) Così, S. MAINARDI, *op. cit.*, 48.

servizi <sup>(58)</sup>. Il decreto “correttivo” <sup>(59)</sup>, tuttavia, ha sanato tali aspetti, riferendosi, altresì, agli appalti di opere, oltre che di servizi, e reintroducendo il medesimo regime di solidarietà previsto dalla legge n. 1369/1960;

3) quanto al comma 3, l’esistenza di una consolidata giurisprudenza che escludeva, in caso di successione negli appalti pubblici, la configurazione di un trasferimento d’azienda <sup>(60)</sup>.

Infine, relativamente alla mancata applicazione, alle pubbliche amministrazioni, del comma 3-*bis*, introdotto con il decreto “correttivo”, la stessa appare coerente con la tradizionale esenzione dalla sanzione della conversione dei rapporti <sup>(61)</sup>.

## 6. Conclusioni.

Pur senza svalutare gli accennati dubbi di incostituzionalità e talune difficoltà esegetiche (con i conseguenti risvolti pratici), la ricostruzione proposta consente di avvalorare le premesse “sdrammatizzanti”: con riferimento alla disciplina dei rapporti interpositori che coinvolgono la pubblica amministrazione, l’intervento normativo operato con il decreto n. 276/2003 può essere letto in chiave chiarificatrice e semplificatrice.

La mancata applicazione di quanto all’articolo 29, decreto legislativo n. 276/2003, infatti, non vale a far venir meno lo schema por-

---

<sup>(58)</sup> M.T. CARINCI, *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in F. CARINCI (coordinato da), *op. cit.*, vol. II, 200 ss. Per l’Autrice, alla luce della palese illegittimità costituzionale dell’art. 29, comma 2, è “di scarso interesse la questione se si applichi anche agli appalti, di cui sia parte una pubblica amministrazione”; in senso conforme, L. CALCATERRA, *La tutela del lavoro negli appalti*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, ES, Napoli, 2004, 131. R. ROMEL, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, nella Parte II, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(59)</sup> Art. 6, comma 1, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251. Per un primo commento del decreto correttivo, v. M. TIRABOSCHI, *Lo stato di attuazione della riforma dopo il decreto correttivo*, in *GLav*, 2004, n. 37, II; M. MISCIONE, *Il “correttivo” 2004 del D.Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, in *LG*, 2004, n. 7, 621.

<sup>(60)</sup> App. Milano 30 novembre 2000; Cass. 7 giugno 2000 n. 7743; Cass. 21 maggio 1998 n. 5104; Cass. 20 novembre 1997 n. 11575; Cass. 18 marzo 1996 n. 2254; Cass. 18 marzo 1996 n. 52.

<sup>(61)</sup> *Nulla quaestio*, naturalmente, sulla mancata applicazione del comma 3-*ter*, riferito all’ipotesi di committente-persona fisica.

tante della riforma: tutto ciò che non è appalto (da qui la conferma della difficoltà di prescindere, anche per le pubbliche amministrazioni, dalla definizione di cui al comma 1 dell'articolo 29) deve essere valutato alla stregua dei parametri "di liceità" offerti dalla nuova disciplina in materia di somministrazione (e, per le P.A., della somministrazione a tempo determinato).

Sotto questo profilo, gli effetti (e la *ratio*)<sup>(62)</sup> della riforma non cambiano secondo che si tratti di lavoro privatizzato o privato; ciò che differenzia la posizione della pubblica amministrazione (ma relativamente al lavoro privato, non al passato) è la sottrazione alla sanzione civile della conversione del rapporto, in linea con quanto già ritualmente affermato dal testo unico in materia di pubblico impiego.

I profili di criticità sono, semmai, rappresentati dalla necessità, per le parti, in sede di contrattazione, di dare applicazione alla nuova disciplina di legge, in coerenza, però, con il complesso di regole e principi propri del soggetto pubblico.

Al contempo, andrebbe approfondito e monitorato l'impatto del ricorso alle tipologie contrattuali flessibili sull'organizzazione della pubblica amministrazione, nonché l'effettiva dimensione di tale ricorso e le vere ragioni giustificatrici<sup>(63)</sup>; analisi dalla quale potrebbero prendere le mosse eventuali interventi correttivi (anche nel senso di un'ulteriore armonizzazione) dell'attuale quadro normativo.

---

<sup>(62)</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 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; tutto ciò che è patologico a essa, presentandosi come pseudo somministrazione o pseudo appalto non potrà che ricadere nell'area di illiceità sancita dagli artt. 18, 27 e 28" (L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla "tipizzazione" del contratto di somministrazione di lavoro*, in *DRI*, 2004, n. 2, 293).

<sup>(63)</sup> V., ad es., D. DI COCCO, P. MASTROGIUSEPPE, S. TOMASINI (a cura di), *Gli istituti di lavoro flessibile nella pubblica amministrazione e nelle autonomie locali*, in *Arannewsletter*, 2003, n. 5, III ss.; AA.VV., *Il lavoro interinale. Una ricerca Aran*, cit., 1 ss.

## 6.

# SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO E PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA

GIUSEPPE C. SALERNO

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. — 2. Il quadro legislativo di riferimento. — 3. L'iscrizione nell'Albo delle agenzie per il lavoro quale requisito soggettivo di ammissione in gara. — 4. In tema di applicabilità dell'articolo 29, comma 3-*bis*, alla Pubblica Amministrazione. — 5. In tema di applicabilità della sanzione *ex* articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 ad una "impresa pubblica", ad un concessionario di pubblico servizio, ad una società a capitale interamente pubblico, ad una società mista e ad una società aggiudicataria di una gara di appalto di servizi pubblici. — 6. Conclusioni.

### 1. Posizione del problema.

La scelta di questo tema ha una ragione molto precisa: si tratta di una questione che coinvolge ad un tempo delicati profili di diritto del lavoro e di diritto amministrativo che, proprio per tale ragione, ricevono scarsa considerazione sia dagli studiosi della materia lavoristica che dalla dottrina amministrativista.

Peraltro, il tema del rapporto tra l'istituto della somministrazione di lavoro e le procedure di selezione del "somministratore" ad esito delle quali il soggetto c.d. "utilizzatore" è una P.A. è sostanzialmente oscurato, trovando considerazione solo meramente incidentale nella previsione dell'articolo 86, comma 9, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, laddove è sancito che "La previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'art. 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>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> Sul punto, la Corte Costituzionale, con la nota sentenza 27 marzo 2003 n.

A tal proposito giova premettere che il legislatore delegato, con formula analoga a quella adottata dal decreto legislativo n. 368/2001 (articolo 1) con riferimento alle condizioni di ricorso al contratto a tempo determinato, ha tipizzato all'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 le ipotesi in cui è consentito il ricorso alla somministrazione a termine con precipuo riferimento a motivazioni di profilo tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

In correlazione con la più generale previsione dell'articolo 36, comma 1, del decreto legislativo n. 165/2001, la norma dell'articolo 20, comma 4, soggiunge — con previsione abbastanza trascurata da una parte della dottrina <sup>(2)</sup> — che “la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'art. 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368” <sup>(3)</sup>.

---

89, ha chiarito che la mancata conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato nei confronti della P.A. non viola il principio di cui all'art. 3 Cost. ed è contrastata la tesi contraria dall'art. 97 della Carta costituzionale.

<sup>(2)</sup> Cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, IV ed., 15, laddove, con specifico riferimento al d.lgs. n. 276/2003, si sostiene la tesi, senza peraltro una specifica motivazione, della “marginalizzazione del sindacato e della contrattazione collettiva” che permetterebbe “l'esaltazione dell'autonomia privata individuale, cui il decreto consente di spaziare all'interno di un ricchissimo panorama di rapporti, istituti, soggetti”. In realtà, nella somministrazione di lavoro il ruolo del sindacato (ove effettivamente rappresentativo) risulta centrale, poiché nel quadro di una disposizione di legge delegata (art. 20, commi 4 e 5, d.lgs. n. 276/2003) che è ben lungi dall'ammettere in modo indiscriminato il ricorso alla somministrazione di lavoro (esigendone, anzi, una precisa motivazione riconducibile nell'alveo delle esigenze individuate astrattamente dalla legge), il legislatore demanda alla contrattazione collettiva anche la individuazione dei “limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione” e, più in generale, l'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 prevede che “I contratti collettivi nazionali provvedono a disciplinare la materia dei contratti a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, in applicazione di quanto previsto dalla legge 18 aprile 1962, n. 230, dall'articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56, dall'articolo 3 del decreto legge 30 ottobre 1984, n. 726, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 dicembre 1984, n. 863, dall'articolo 16 del decreto legge 16 maggio 1994, n. 299, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1994, n. 451, dalla legge 24 giugno 1997, n. 196, nonché da ogni successiva modificazione o integrazione della relativa disciplina”.

<sup>(3)</sup> Le statuizioni della Corte Costituzionale costituiscono la migliore evidenza

L'articolo 36, comma 1, del decreto legislativo n. 165/2001 è una norma che consente senz'altro di meglio definire e determinare la previsione dell'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 introducendo precisi limiti di finalizzazione contrattuale, cioè a dire, parametri o elementi di determinazione delle "ragioni" contemplate dalla norma dell'articolo 20, comma 4, in parola. Ne deriva che, a tutta evidenza, la "marginalizzazione del sindacato e della contrattazione collettiva" è solo prefigurabile nell'ambito di un irrazionale pregiudizio ideologico che non interessa esaminare in questa sede e che per molti lustri ha prodotto la ossificazione e la frammentazione degli istituti contrattuali nell'ordinamento giuslavoristico, in danno del mercato del lavoro e degli stessi prestatori di lavoro (4).

In tal guisa, gli è che la denunciata "ampia formulazione delle ragioni giustificative del contratto di somministrazione a termine che vanno a sostituirsi alle causali prima previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva" (5), in realtà, trova un preciso temperamento proprio nelle previsioni della contrattazione collettiva — oltre che nella sanzione e nelle conseguenze riconnesse al rapporto di lavoro di cui all'articolo 27, commi 1 e 2 (6), e nelle garanzie per il prestatore di lavoro approntate e mantenute dall'articolo 23 del decreto legislativo

---

e riprova oggettiva che la riforma Biagi ha visibilmente rafforzato, nell'ottica complessiva del diritto sociale al lavoro, le tutele per i prestatori di lavoro e, in particolare, per i prestatori di lavoro privi di occupazione e per i lavoratori somministrati rispetto a quelle in precedenza assicurate ai lavoratori temporanei con la l. n. 196/1997. In proposito, è appena il caso di annotare che il limite che era previsto dall'art. 3, comma 4, della l. n. 196/1997 ("Il lavoratore ha diritto di prestare l'opera lavorativa per l'intero periodo di assegnazione, salvo il caso di mancato superamento della prova o della sopravvenienza di una giusta causa di recesso") che certa dottrina (cfr. in F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 113) ritiene essere venuto meno perché "il D.Lgs. non ripropone il limite posto dalla L. n. 196/1997 (art. 3, 4° comma) al *gradimento* dell'utilizzatore ..." è insito nello stesso concetto di superamento del periodo di prova e, come tale, immanente nel sistema stesso delle tutele apprestate al rapporto di lavoro, sia esso a tempo parziale o a tempo indeterminato. Nessun indebolimento delle tutele, pertanto, è fondatamente ravvisabile nel d.lgs. n. 276/2003.

(4) Sul punto, cfr. M. BIAGI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 3 ss., e M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, ivi, 87 ss.).

(5) Cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 113.


(6) Cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, nella Parte II, Sez. (B), di questo volume.

n. 276/2003 <sup>(7)</sup>: ciò, ovviamente, presuppone un moderno sindacato che sappia interpretare il proprio ruolo in forme propositive e attive, non già *marginalizzando* se stesso al solo scopo di contrastare l'evoluzione del quadro dell'ordinamento del lavoro: emblematico è, a tal proposito, l'atteggiamento di gretta chiusura e di immotivato rifiuto che parte del sindacato ha serbato nei confronti della riforma Biagi. Resta ormai evidente ad ognuno che il perdurare dell'ostracismo pregiudiziale ed ideologico avverso l'istituto della somministrazione di lavoro e, più in generale, avverso gli istituti contrattuali a tempo determinato, produrrebbe l'effetto di "marginalizzare" una larga fascia di prestatori di lavoro che rischierebbero di rimanere fuori da ogni ipotesi od occasione occupazionale: circostanza che non rafforzerebbe certo il ruolo del sindacato.

È ormai comune l'osservazione che rispetto alla disciplina della fornitura di lavoro temporaneo di cui alla legge n. 196/1997, è venuto meno il limite del ricorso alla somministrazione di lavoro solo per far fronte ad esigenze di carattere temporaneo o eccezionale <sup>(8)</sup>.

---

<sup>(7)</sup> B. SANNINO, *Lo « statuto giuridico » del lavoratore nel rapporto di lavoro: il principio di parità di trattamento economico e normativo e la disciplina applicabile*, nella Parte I, Sez. (C), di questo volume.

<sup>(8)</sup> La Corte Costituzionale, con la recente decisione 28 gennaio 2005, n. 50, in  *Riforma Biagi*, ha lucidamente posto in evidenza la inammissibilità e la infondatezza dei dubbi di costituzionalità avanzati da certa dottrina (cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 15-16; 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, 22) e dalle Regioni Emilia Romagna, Marche, Toscana e Basilicata e dalla Provincia autonoma di Trento: non essendo oggetto del presente lavoro i profili di costituzionalità connessi alle previsioni del d.lgs. n. 276/2003 rinviato, sul punto, ad altro lavoro per una migliore analisi dei problematiche esaminate dalla Corte.

Nondimeno, proprio con riferimento ai dubbi di costituzionalità a cui si riferisce la menzionata dottrina (cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *op. cit.*, 15), è interessante annotare, con precipuo riferimento all'art. 3 della l. n. 30/2003 (legge delega) recante la delega al Governo in materia di riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale, che la Corte ha chiarito l'esatta portata della materia "tutela e sicurezza del lavoro" nel senso di seguito indicato. Giova premettere che, nello specifico, la Regione Marche opinava che la materia oggetto della delega di cui all'art. 3 della l. n. 30/2003 rientrasse nell'ambito di competenze relativo alla "tutela e sicurezza del lavoro" e che, per l'effetto, per quanto concerne la competenza legislativa, le materie di cui all'art. 3 soggiacessero al criterio dell'attribuzione allo Stato della competenza a definire unicamente i principi fondamentali e alle Regioni la competenza a disciplinare tutto ciò che non rientri in tali principi fondamentali. La Corte, nel riget-



Ma, volendo subito adottare un approccio critico alla complessa materia e cercando subito di porre in luce questioni problematiche che si pongono a cavaliere tra i due diversi settori del diritto testé indicati, viene subito da chiedersi, ad esempio, se la previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'articolo 27, comma 1, trova applicazione o meno <sup>(9)</sup>:

a) nei confronti del concessionario di un pubblico servizio, a cui, per effetto della concessione, vengono trasferiti poteri di natura pubblicistica per la gestione di un servizio pubblico <sup>(10)</sup>;

b) nei confronti di una società a capitale interamente pubblico ex articolo 113, comma 5, lettera c), del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (T.U. sull'ordinamento degli enti locali) <sup>(11)</sup>;

---

tare esplicitamente tale ottica, ha posto in luce che “La disciplina intersoggettiva di qualsiasi rapporto di lavoro, e quindi anche di quello a tempo parziale, come già detto, rientra nella materia *ordinamento civile*, di competenza esclusiva dello Stato. Non ha rilievo che la normativa sia ispirata a criteri di flessibilità ed elasticità in modo tale che, adattandosi alle diverse situazioni, ed in particolare a quelle delle persone che appaiono più svantaggiate (giovani, donne, disoccupati da lungo tempo, disabili, ecc.), possa essere favorita l'occupazione. Infatti, l'incremento del tasso di occupazione è una finalità che può essere perseguita con misure che incidono su diverse materie: servizi per l'impiego, disciplina civilistica intersoggettiva del rapporto, previdenziale, tributaria e quante altre il legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità, a seconda dei contesti, possa ritenere più appropriate al raggiungimento dello scopo. Non ha quindi alcun rilievo, ai fini che qui interessano, la circostanza che il legislatore espresamente consideri il lavoro a tempo parziale *quale tipologia contrattuale idonea a favorire il tasso di occupazione*”.

<sup>(9)</sup> In generale sulla sanzione di cui all'art. 27, comma 1, cfr. C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

<sup>(10)</sup> L'obbligo di indire la gara in relazione ad un appalto sopra soglia comunitaria continua a sussistere anche quando il soggetto che vi è tenuto non svolge direttamente le relative attività organizzative e di gestione, ma — sulla base di un contratto o di una convenzione o di altro titolo equivalente — ne affida lo svolgimento e la gestione ad un altro soggetto, come è, appunto, nel caso della concessione di pubblico servizio (cfr. in materia C. Stato, sez. VI, 24 settembre 2001 n. 5007; C. Stato, sez. V, 20 dicembre 1996 n. 1577). Si tratta di un istituto che rivela una importanza pratica ed economica sempre maggiore, perché l'affidamento dei pubblici servizi in concessione è una precisa modalità di svolgimento degli stessi consona e coerente con la tendenza contraria alla imputazione diretta alla P.A. di attività la cui gestione sia organizzata per lo svolgimento in attività d'impresa: in tal senso leggesi nel precedente T.U. sull'ordinamento degli enti locali l'art. 22 della l. n. 142/1990 ed oggi gli artt. 112 e ss. del d.lgs. n. 267/2000.

<sup>(11)</sup> L'art. 113, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000 (nel testo sostituito dall'art. 14 del d.l. n. 269/2003 (convertito con modificazioni nella l. n. 326/2003), prevede che

c) nei confronti di una società a capitale misto, pubblico e privato, nell'ipotesi di cui all'articolo 113, comma 5, lettera b), del decreto legislativo n. 267/2000;

d) ovvero nei confronti di una "impresa pubblica", tenuta al rispetto della normativa di settore relativa alle procedure ad evidenza pubblica comunitarie quando è sottoposta all'influenza dominante di una pubblica amministrazione o di un organismo di diritto pubblico<sup>(12)</sup>: come è noto, si presume l'influenza dominante, quando il soggetto influente detiene la maggioranza delle quote societarie del soggetto nei cui confronti si esplica l'influenza (c.d. soggetto influito).

In altre parole, nel caso in cui il soggetto "utilizzatore" del lavoro somministrato a termine è uno dei soggetti testé indicati, ci si domanda se è applicabile la previsione della conversione del rapporto di lavoro di cui all'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003.

È un articolato quesito che rimane irrisolto nella testuale previsione del decreto legislativo n. 276/2003 e la cui risoluzione andrà ricercata in una attenta esegesi del testo della disposizione finale in esame sopra trascritta e nel quadro delle regole proprie del diritto amministrativo.

Vi è poi un secondo ulteriore quesito che si pone in relazione alle procedure ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003, concernente la possibilità o meno per la P.A. (o per i soggetti giuridicamente equiparati ai fini

negli enti locali, l'erogazione dei servizi pubblici a rilevanza economica "avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano".

<sup>(12)</sup> Si pensi al caso della Grandi Stazioni S.p.a. che, come vedremo, è stato oggetto di attento vaglio ed analisi della giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (cfr. nota successiva ed *infra* la nota 44).

dell'applicazione delle norme comunitarie e della legislazione interna per gli appalti sopra soglia comunitaria) di ammettere in gara anche soggetti (ad esempio, cooperative sociali) non iscritti nell'apposito Albo delle agenzie per il lavoro, ovvero (il che è lo stesso) la possibilità per la P.A. di non prevedere come obbligatoria l'iscrizione delle ditte concorrenti nell'apposito Albo predetto e di non disporre eventualmente l'esclusione in corso di gara.

In concreto, può anche accadere nella prassi amministrativa che la P.A. approvi e pubblici un bando o un avviso di gara (e il relativo capitolato d'appalto o d'oneri) il quale non precisi affatto, per lo meno in forma esplicita, che il contratto da aggiudicare sia un contratto di somministrazione di lavoro, limitandosi la *lex specialis* di gara, ad esempio, a genericamente menzionare quale oggetto della procedura di affidamento un contratto per l'acquisizione della disponibilità di personale per determinate prestazioni di servizi, senza entrare nel merito della qualificazione o della natura o tipologia giuridica del contratto da stipulare con l'impresa concorrente che risulterà prescelta ad esito della gara.

Si discute di un problema di non poco momento e che ha rilievo anche dal punto di vista della leale concorrenza e della *par condicio* tra soggetti imprenditori in astratto parimenti interessati ad operare nel settore della prestazione di determinati servizi e, quindi, in definitiva, più precisamente, nel settore della somministrazione di lavoro.

Per rimarcare ulteriormente l'importanza della questione proposta è sufficiente osservare che le procedure di appalto di pubblici di servizi aventi ad oggetto la somministrazione di lavoro, laddove — ad esito dell'aggiudicazione della gara — il c.d. "utilizzatore" sarà una amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157, ovvero un organismo di diritto pubblico<sup>(13)</sup>, atteso il loro presumibile valore di stima, daranno luogo a procedure ad evidenza pubblica sopra soglia comunitaria<sup>(14)</sup>

---

<sup>(13)</sup> In materia di organismo di diritto pubblico e amministrazione aggiudicatrice e, particolarmente, di "impresa pubblica" tenuta ad indire le gare comunitarie per la scelta del contraente, cfr. da ultimo C. Stato, ad. plen., 23 luglio 2004, n. 9, relativa ad una procedura di appalto nei settori esclusi ai sensi degli artt. 7 e 9 del d.lgs. n. 158/1995.

<sup>(14)</sup> Il d.lgs. n. 157/1995 è stato modificato ed integrato dal d.lgs. n. 65/2000, che ha attuato le direttive n. 97/52/CE e n. 98/4/CE le quali, a loro volta, hanno modificato ed integrato, rispettivamente, le direttive n. 92/50/CEE, in materia di appalti

e, quindi, a procedure di indubbio rilievo, anche sotto il profilo della concorrenza tra soggetti operanti nel settore di riferimento, e di chiaro interesse economico e finanziario <sup>(15)</sup>.

Per la diversa materia delle concessioni di pubblico servizio <sup>(16)</sup>, mancando una legislazione specifica, valga mutuare sul punto interpretazioni rese dalla Commissione Europea (comunicazione interpretativa CE del 29 aprile 2000) e condivise dalla giurisprudenza amministrativa.

Normalmente, nella concessione di pubblici servizi il costo del servizio grava sui privati/utenti, mentre nell'appalto di servizi spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato.

In linea di continuità con la giurisprudenza comunitaria, si pone poi l'indirizzo di recente seguito dalla giurisprudenza amministrativa interna <sup>(17)</sup>, la quale ha osservato che le concessioni di pubblici servizi, pur se non regolate da direttive specifiche o da specifiche norme interne, soggiacciono ai principi generali dettati in materia dal Trattato istitutivo, come esplicitati dalla citata comunicazione interpretativa CE del 29 aprile 2000.

Il ricorso all'istituto concessorio, infatti, non incontra limiti puntuali ma non rende libera la scelta del soggetto a cui affidare la concessione.

---

pubblici di servizi, e n. 93/38/CEE, limitatamente ai concorsi di progettazione. Per quanto concerne la pubblicazione degli avvisi di gara occorre considerare anche il d.lgs. n. 67/2003 che ha attuato la direttiva n. 2001/78/CE relativa all'impiego di modelli di formulari.

<sup>(15)</sup> Si può aggiungere, ai fini del diritto interno, che mentre negli appalti pubblici di servizi l'appaltatore presta il servizio in favore della P.A., la quale utilizza tale prestazione ai fini dell'eventuale erogazione del servizio pubblico a vantaggio della collettività, nella concessione di pubblico servizio il concessionario sostituisce la P.A. nell'erogazione del servizio, ossia nello svolgimento dell'attività diretta al soddisfacimento dell'interesse collettivo.

Il criterio distintivo più convincente è, quindi, quello relativo all'oggetto dei due contrapposti istituti, che si riflette anche sulla fisionomia dei rapporti considerati: mentre, infatti, l'appalto di servizi concerne prestazioni rese in favore dell'amministrazione, la concessione di servizi riguarda sempre un articolato rapporto trilaterale che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio.

<sup>(16)</sup> Sulle concessioni di pubblico servizio, in dottrina cfr. G. PERICU, A. ROMANO, L. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Giuffrè, Milano, 1995, che rimane ancor oggi uno dei lavori di riferimento, e l'ampia bibliografia ivi menzionata.

<sup>(17)</sup> C. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2002 n. 253.

A prescindere infatti dall'applicabilità di specifici regimi, tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30 (ex articoli da 30 a 36), da 43 a 55 (ex articoli da 52 a 66) del Trattato o dei principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte.

Si tratta, in particolare, dei principi di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e proporzionalità così come risultano dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte Europea.

Va, infatti, precisato che, anche nell'eventualità di concessioni non assoggettate alle prescrizioni dettate da specifiche direttive o norme interne, la scelta del concessionario deve essere conseguente ad una procedura competitiva e concorrenziale ispirata ai principi dettati dal Trattato istitutivo, in modo da consentire la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie *chances* partecipative.

Si consideri, poi, che anche nel sistema comunitario il ricorso alla scelta diretta del concessionario, in deroga ai predetti principi, costituisce evenienza eccezionale, giustificabile solo in caso di specifiche ragioni tecniche ed economiche che rendano impossibile in termini di razionalità l'individuazione di un soggetto diverso da quello prescelto.

Tali principi valgono anche nel caso in cui il valore dell'affidamento sia sotto la soglia comunitaria mutuando sul punto, oltre a quanto sopra riportato, le precisazioni formulate dal Consiglio di Stato<sup>(18)</sup>, sebbene in tema di appalti di forniture ma comunque espresive di un principio comune.

Ovviamente, anche il concessionario di un pubblico servizio (ovvero una impresa pubblica) per lo svolgimento del servizio da esso gestito in concessione (o per lo svolgimento dell'attività d'impresa da essa svolta) può far ricorso alla somministrazione di lavoro.

È ormai acquisito in giurisprudenza che il tratto distintivo delle concessioni di servizi pubblici rispetto agli appalti di servizi consiste nel conferimento di un diritto di gestione del servizio che permette al concessionario di percepire proventi per un determinato periodo di tempo: da quanto precede si deduce che, in una concessione di servizi, l'alea relativa alla gestione viene trasferita al concessionario che si as-

---

(18) Cfr. C. Stato, sez. VI, 5 giugno 2001 n. 4771.

sume il “rischio economico”, nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione del servizio stesso.

Al contrario, si è in presenza di un appalto pubblico di servizi quando il costo dell’opera grava sostanzialmente sull’autorità aggiudicatrice e quando il contraente non si remunera attraverso i proventi derivanti dalla gestione.


## 2. Il quadro legislativo di riferimento.

Merita, anzitutto, precisare il quadro normativo essenziale in cui si inserisce il decreto legislativo n. 276/2003 — come modificato dal decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251 <sup>(19)</sup> — che, come è noto, attua le deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30, c.d. Legge Biagi <sup>(20)</sup>.


A tal proposito occorre ricordare la direttiva n. 96/71/CE in materia di distacco <sup>(21)</sup> dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi, attuata nel nostro ordinamento interno con il decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 72; il decreto ministeriale 23 dicembre 2003 <sup>(22)</sup> recante la previsione delle modalità di presentazione delle richieste di autorizzazione per l’iscrizione all’Albo delle agenzie per il lavoro; il decreto ministeriale 10 marzo 2004 <sup>(23)</sup> avente ad oggetto l’indennità mensile di disponibilità da corrispondere nell’ambito del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato; e, da ultimo, la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 22 febbraio 2005, n. 7 <sup>(24)</sup>.

Occorre poi premettere brevi annotazioni sull’istituto giuridico relativo al contratto di somministrazione di lavoro, disciplinato dagli


---

<sup>(19)</sup> In  *Riforma Biagi*. Per un primo, ma significativo, commento cfr. P. OLIVELLI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>(20)</sup> In  *Riforma Biagi*.

<sup>(21)</sup> In  *Somministrazione*. Per lavoratore distaccato, secondo l’art. 2 della direttiva n. 96/71/CE, deve intendersi “il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente”.

<sup>(22)</sup> In  *Mercato del lavoro*.

<sup>(23)</sup> In  *Mercato del lavoro*.

<sup>(24)</sup> In  *Somministrazione*.

articoli 20 e 21 del decreto legislativo n. 276/2003, e sull'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'articolo 4, comma 1, del medesimo decreto delegato.

Come è noto, l'istituto della "somministrazione di lavoro" attua il c.d. decentramento produttivo con aspetti indubbiamente innovativi, dando luogo ad un contratto a struttura triangolare, chiamato con terminologia inglese *staff leasing*.

Come da pedissequa previsione del decreto delegato n. 276/2003, come è noto ad ognuno, tre sono i soggetti che necessariamente intervengono nell'ipotesi di somministrazione di lavoro:

— il "somministratore", cioè l'impresa che, dopo aver ottenuto l'iscrizione nell'apposito Albo delle agenzie per il lavoro previsto dall'articolo 4 del decreto legislativo n. 276/2003 (fatti salvi i regimi particolari di autorizzazione e gli accreditamenti di cui, rispettivamente agli articoli 6 e 7 del medesimo decreto legislativo n. 276/2003) necessaria ad esercitare l'attività di somministrazione di lavoro, previa dimostrazione dei requisiti giuridici e finanziari di cui all'articolo 5 del decreto delegato in parola<sup>(25)</sup>, offre e pone al servizio di altro soggetto giuridico,

— il c.d. "utilizzatore" della forza lavoro (che può essere indubbiamente anche una P.A.<sup>(26)</sup> ovvero un privato, ma che può essere anche un concessionario di pubblico servizio o una c.d. "impresa pubblica" nel senso già precisato, o una società a capitale interamente pubblico *ex* articolo 113, comma 5, lettera c), del decreto legislativo n. 267/2000, ovvero ancora una società a capitale misto pubblico e privato),

— ed ovviamente il "lavoratore" (secondo la nozione applicata in base al diritto interno) che, assunto dall'impresa di somministrazione, andrà a svolgere le proprie prestazioni lavorative in favore dell'utilizzatore, pubblico o privato, che sarà colui che organizzerà il lavoro del lavoratore somministrato.

Tale struttura triangolare è resa esplicita e canonizzata dall'articolo 20, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003, ove è previsto che "Il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da

---

<sup>(25)</sup> Sui requisiti giuridici e finanziari per ottenere l'autorizzazione vedi S. SPATTINI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro: profili giuridici*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

<sup>(26)</sup> Cfr. in tal senso la circ. Min. lav. n. 7/2005.



ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 4 e 5”.

In tal senso, volendo ipotizzare l'esperimento di una selezione da parte di una P.A. mediante procedura ad evidenza pubblica del soggetto fornitore di talune specifiche prestazioni lavorative ex articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003, al fine di individuare nel bando o avviso di gara correttamente l'oggetto della procedura selettiva e, quindi, l'esatta tipologia e natura giuridica del contratto da affidare (anche allo scopo di rilevare nello specifico l'affidamento di un contratto di somministrazione di prestazioni di lavoro), dovranno essere considerati con particolare attenzione i seguenti profili o parametri sintomatici della sussistenza di un rapporto di somministrazione:

1) l'oggetto del bando di gara che potrà prevedere l'acquisizione di determinate prestazioni lavorative a tempo determinato per un determinato periodo;

2) la circostanza che per tutta la durata della prestazione del servizio i lavoratori svolgano la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo della Stazione appaltante (soggetto utilizzatore della somministrazione), circostanza esplicitamente prevista dal capitolato speciale ed *aliunde* comunque desumibile dalle molteplici previsioni della *lex specialis* di gara e, in particolare, dal capitolato di appalto;

3) il criterio di aggiudicazione (prezzo più basso, ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera *a*), del decreto legislativo n. 157/1995, in ipotesi conteggiato con riferimento ad una tariffa oraria media);

4) il prezzo della prestazione determinato e commisurato semplicemente su base oraria, restando a carico del soggetto somministratore (o ditta appaltatrice) l'assolvimento degli obblighi contributivi e previdenziali (articolo 5, comma 2, lettera *c*), del decreto legislativo n. 276/2003);

5) la circostanza (che può essere prevista esplicitamente dalla lettera del capitolato speciale o del capitolato d'oneri) che l'azione disciplinare nei confronti dei prestatori di lavoro sia esercitata dalla ditta fornitrice (meglio, soggetto somministratore).

Nella somministrazione di lavoro, ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, “per tutta la durata della



somministrazione, i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore" (27).

Risulterà, dunque, di nodale importanza volta a volta la verifica circostanziata del fatto che per tutta la durata della prestazione del servizio i lavoratori svolgano la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo della Stazione appaltante (soggetto utilizzatore della somministrazione).

In tal senso, risulterà essenziale appurare che il prestatore di lavoro dovrà svolgere o meno la propria attività secondo le istruzioni impartite dalla Stazione appaltante per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro e che il lavoratore somministrato sia tenuto all'osservanza di tutte le linee guida ed i protocolli emanati dal soggetto utilizzatore (nella fattispecie, una P.A.).

Il fatto che i lavoratori svolgeranno la propria attività sotto la direzione ed il controllo della Stazione appaltante può risultare desumibile *aliunde* da molteplici previsioni del capitolato speciale d'appalto: ad esempio, con riferimento alle modalità organizzative, laddove il capitolato d'appalto preveda specificamente che le turnazioni verranno definite dai responsabili del settore e potranno subire variazioni estemporanee e l'orario di lavoro sarà definito sulla base delle necessità, come da Ccnl di comparto.

Ancora, la circostanza che i lavoratori svolgeranno la propria attività sotto la direzione ed il controllo della P.A. quale soggetto utilizzatore dei lavoratori somministrati può ricavarsi laddove, in ipotesi, il capitolato preveda che i prestatori di lavoro dovranno uniformarsi a precise regole di comportamento, quale il corretto utilizzo della divisa di servizio secondo le linee guida aziendali con esposizione del tessero di riconoscimento; la condotta conforme ai principi di correttezza nei confronti degli utenti e verso il personale dell'azienda; il rispetto delle norme in materia di igiene, sicurezza e salute sul luogo di lavoro; l'osservanza del segreto professionale, del regolamento aziendale e della tutela della *privacy*; il rispetto puntuale della programmazione dell'attività formulata dalla P.A.; il rispetto delle indicazioni organizzative dei funzionari della P.A.; l'esercizio dei poteri di controllo effettuato dal soggetto utilizzatore tramite i suoi funzionari; e così via.

---

(27) Sull'esercizio del potere direttivo e di controllo nella somministrazione, cfr. E. CASSANETI, L. FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, nella Parte I, Sez. (B), di questo volume.

Si tratta, cioè, di indici che rendono evidente a chi compete il potere di direzione ed il controllo dei lavoratori somministrati.

V'è poi da verificare se il costo del servizio offerto dagli appaltatori è direttamente determinato in funzione delle ore di manodopera impiegata, talché il lucro dell'appaltatore (somministratore) consiste essenzialmente nel differenziale di costo orario dei lavoratori somministrati alla P.A., configurandosi, così, la funzione tipica della somministrazione di lavoro di cui agli articoli 20 e 21 del decreto legislativo n. 276/2003.

### **3. L'iscrizione nell'Albo delle agenzie per il lavoro quale requisito soggettivo di ammissione in gara.**

L'iscrizione nell'apposito Albo delle agenzie per il lavoro istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali ai fini dello svolgimento delle attività di somministrazione del personale è requisito soggettivo di ammissione e partecipazione in gara per l'aggiudicazione di un contratto (di somministrazione di lavoro) a tempo determinato, in assenza della quale (iscrizione) si realizza una ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare che è prevista, disciplinata e sanzionata dal combinato disposto degli articoli 18 e 27 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(28)</sup>.

Per poter svolgere l'attività di somministrazione di lavoro è necessario che le agenzie o società interessate ottengano dal Ministero del lavoro l'autorizzazione provvisoria all'esercizio delle attività per le quali viene fatta richiesta ai sensi dell'articolo 4 e viene rilasciata entro 60 giorni una volta accertata la sussistenza dei requisiti giuridici e finanziari previsti dall'articolo 5 del decreto legislativo n. 276/2003 <sup>(29)</sup>.

---

<sup>(28)</sup> Cfr. in dottrina AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, 273-274; nella Parte II, Sez. (B), di questo volume P. RAUSEI, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, e C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

<sup>(29)</sup> Per quanto concerne l'attività di somministrazione di lavoro nell'ambito di prestazioni transnazionali di servizi, così come disciplinata dal d.lgs. n. 72/2000, recante attuazione della direttiva n. 97/91/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, merita rilevare che, ai sensi dell'art. 4, comma 2, di tale decreto delegato, l'autorizzazione prevista dall'art. 4 del d.lgs. n. 276/2003 non è richiesta alle imprese di somministrazione di lavoro stabilite in uno Stato membro dell'UE ove "dimostrino di operare in forza di un provvedimento equivalente, ri-

Il decreto legislativo n. 276/2003 indica chiaramente agli articoli 4 e 5 i soggetti che possono effettuare somministrazione di lavoro ed i requisiti giuridici e finanziari che tali soggetti devono possedere <sup>(30)</sup>. Con l'articolo 1 del decreto ministeriale 23 dicembre 2003 <sup>(31)</sup> è stato istituito e reso operativo presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali l'Albo informatico delle società e agenzie per il lavoro, affidato alla responsabilità del direttore generale della Direzione generale per l'impiego, l'orientamento e la formazione.

Va premesso che il bando di gara (e gli atti ad esso correlati) non costituisce (e non costituiscono) l'unica ed esclusiva fonte per la previsione e la disciplina dei requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica (e, più in generale, alle gare di appalto), la cui individuazione non può prescindere dalle fonti normative esterne, le quali, anche se non espressamente richiamate, integrano le previsioni della *lex specialis* di gara <sup>(32)</sup>.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa è nel senso di ritenere le iscrizioni ad un determinato Albo nazionale come provvedimenti creativi di *status* che rientrano nella categoria delle ammissioni (atti che imprimono una qualità ad un soggetto), ed a seguito di tanto si è affermato che il requisito è posseduto solo a seguito della materiale

---

lasciato da un'autorità competente di uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia". Merita inoltre rilevare che con l'abrogazione del comma 3 dell'articolo in esame non è inoltre più previsto il rilascio, ai predetti fini, di una attestazione di equivalenza da parte del Ministero del lavoro italiano. Cfr. S. SPATTINI, *Le agenzie di somministrazione di lavoro: profili giuridici*, cit.

<sup>(30)</sup> Sul punto la circ. Min. lav. n. 7/2005 ribadisce che "il somministratore può essere unicamente uno dei soggetti a ciò espressamente autorizzati dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ai sensi degli articoli 4 e 5 del decreto legislativo n. 276 del 2003. Ai fini della corretta e legittima stipulazione del contratto di somministrazione l'utilizzatore potrà agevolmente verificare tale condizione mediante l'accesso all'albo informatico delle agenzie di somministrazione autorizzate tenuto e aggiornato dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali (in [www.welfare.gov.it](http://www.welfare.gov.it), sezione *Riforma Biagi*). Resta peraltro fermo l'obbligo in capo alle agenzie di somministrazione di indicare, in tutte le comunicazioni verso i terzi — incluso il contratto di somministrazione anche con riferimento all'obbligo di cui all'art. 21, comma 1, lettera a), decreto legislativo n. 276 del 2003 — gli estremi del provvedimento di autorizzazione (quali: iscrizione all'albo informatico e relativa sezione, generalista o specialista, numero del protocollo ministeriale e la data di rilascio) al fine di consentire la corretta e completa identificazione del soggetto stesso".

<sup>(31)</sup> Cfr. doc. 5, in *GU*, 3 marzo 2004, n. 52.

<sup>(32)</sup> Sul punto, tra le tante, cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 1° dicembre 2004 n. 5459).

iscrizione e gli interessati non possono pretendere di usufruire degli effetti legali ricollegabili all'iscrizione senza l'atto dell'amministrazione che attesti che si sono verificati i presupposti di legge e che quindi se ne deve intendere avverato l'effetto <sup>(33)</sup>.

Il comma 2 dell'articolo 1 del decreto ministeriale 23 dicembre 2003 (doc. 5) ribadisce che "l'iscrizione all'Albo informatico delle agenzie è subordinata alla verifica della sussistenza dei requisiti di cui agli articoli 4, 5 3 e 6" del decreto legislativo n. 276/2003.

L'Albo, ai sensi dell'articolo 4 del decreto ministeriale 23 dicembre 2003, è articolato in cinque sezioni:

sezione I) agenzie di somministrazione di lavoro di tipo c.d. "generalista", abilitate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003;

sezione II) agenzie di somministrazione di lavoro di tipo c.d. "specialista", abilitate allo svolgimento di una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da *a*) a *b*) del decreto legislativo n. 276/2003;

sezione III) agenzie di intermediazione;

sezione IV) agenzie di ricerca e selezione del personale;

sezione V) agenzie di supporto alla ricollocazione professionale.

La somministrazione di lavoro è, pertanto, lecita a condizione che provenga da impresa autorizzata ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 276/2003: sarà da considerarsi, pertanto, illecita la somministrazione di lavoro, come si ravvisa nel caso di specie, da parte di società cooperative prive dei requisiti richiesti e delle relative autorizzazioni.

Specificamente, l'articolo 21, comma 1, lettera *a*), del decreto legislativo n. 276/2003 esige che il contratto di somministrazione di lavoro debba indicare "gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore": di contro, del tutto illegittimamente il capitolato speciale di appalto, oltre ad ammettere in gara e a consentire la partecipazione dei soggetti giuridici indicati nel precedente alinea, non prevede all'articolo 1, punto C), che la ditta vincitrice debba comunicare, prima dell'inizio dell'attività, l'iscrizione all'Albo *ex* articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003.

Occorre rammentare in materia le sanzioni penali previste dall'articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003, vertendosi in tema di

---

<sup>(33)</sup> Cfr. TAR Piemonte, sez. II, 6 marzo 2004 n. 382.

esercizio non autorizzato e, quindi, abusivo dell'attività di somministrazione di lavoro e, come tale, vietato dalla legge.

Sul punto, vale la pena di trascrivere quanto — ancora di recente — ha evidenziato la Suprema Corte di Cassazione.

La Corte, dopo aver ripercorso i principi <sup>(34)</sup> di cui alla pregressa normativa (dalla legge 23 ottobre 1960, n. 1369, fino alla legge n. 196/1997), ha infine proceduto ad una lunga e ben articolata disamina del sistema sanzionatorio penale vigente nell'attuale sistema giuridico nel quadro e a seguito dell'entrata in vigore della riforma Biagi e del decreto delegato di attuazione ed ha statuito che “in tale contesto, è intervenuta la legge delega 30/2003 che prevedeva la abrogazione della L. 1369/1960 e la sua sostituzione con una nuova disciplina basata su criteri elencati (dal n. 1 al n. 7) tra i quali la possibilità di svolgimento, da parte dei soggetti debitamente autorizzati, della somministrazione di lavoro anche a tempo indeterminato.

Dando corpo ai ricordati principi, il decreto legislativo n. 276/2003 ammette la somministrazione di lavoro (definita come la fornitura pro-

---

<sup>(34)</sup> In particolare, la Cassazione ha dapprima ricordato che “la L. 1369/1960 vietava ogni forma di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro prevedendo, all'art. 1 c. 1, il divieto per l'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o intermediario, qualunque fosse la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferivano; era considerato appalto di mere prestazioni di lavoro, *ex art. 1 c. 3*, ogni forma di appalto o subappalto, anche per la esecuzione di opere o servizi, ove l'appaltatore avesse impiegato capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante a prescindere dalla erogazione di un compenso.

Il ricordato divieto, sanzionato penalmente dall'art. 2, non ammetteva deroghe o eccezioni”. La S.C. ha poi evidenziato che tale rigidità originaria “... è stata parzialmente superata dalla L. 196/1997 (norme in materia di promozione dell'occupazione) che, all'art. 1, introduceva la possibilità di un contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo (inteso come quello mediante il quale una impresa di fornitura di lavoro poneva uno o più lavoratori da essa assunti a disposizione di una impresa che ne utilizzava la prestazione lavorativa).

In seguito a tale intervento legislativo, le sanzioni comminate dall'art. 2 L. 1369/1960 permanevano, per espressa previsione dell'art. 10 L. 196/1997, per la impresa utilizzatrice che fosse ricorsa alla fornitura di prestazioni di lavoro dipendente da parte di soggetti diversi da quelli elencati dall'art. 2 L. 196/1997 ovvero in violazione di talune disposizioni dell'art. 1 della stessa legge nonché per i soggetti che avessero effettuato forniture di prestatori di lavoro dipendente senza essere iscritti nell'apposito registro (Cass., sez. III sentenza n. 1055 del 2003)”.

fessionale di manodopera a tempo indeterminato o a termine) e ne regola i soggetti e le forme (articoli 1, 4, 5, 20, 21, 22).


Il decreto legislativo citato (all'articolo 20) definisce il contratto di somministrazione di lavoro (che si distingue dal quello di somministrazione di cose di cui all'articolo 1559 c.c. per la diversità dell'oggetto) precisando che, per tutta la durata del contratto, i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto il controllo dell'impresa utilizzatrice. La somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa per ragioni di carattere tecnico, produttivo ed organizzativo o sostitutivo anche se riferibile alla ordinaria attività dell'utilizzatore; la somministrazione a tempo indeterminato è permessa solo per alcuni servizi.

A garanzia dei lavoratori, è previsto un regime di solidarietà a carico del somministratore e dell'utilizzatore in ordine agli obblighi retributivi e previdenziali (articolo 23).

All'articolo 29 vengono puntualizzati i criteri distintivi tra la somministrazione di lavoro e l'appalto di opere o servizi di cui all'articolo 1655 c.c. che sono individuati nella organizzazione dei mezzi necessari e nell'assunzione del rischio di impresa in capo all'appaltatore. Rimane, pertanto, la possibilità dell'imprenditore di appaltare a terzi l'esecuzione di opere o servizi del proprio ciclo produttivo purché si tratti di appalto vero e non di somministrazione fuori dei casi normativamente previsti.

La nuova disciplina introdotta con il decreto legislativo n. 276/2003 stabilisce che — ai fini dello svolgimento di attività di somministrazione di lavoro, di intermediazione, di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale — è necessaria la iscrizione in un apposito albo. L'articolo 18 sanziona penalmente chi esercita abusivamente l'attività di somministrazione di lavoro e chi abbia fatto ricorso alla stessa da parte di soggetti non autorizzati (cioè diversi da quelli indicati nell'articolo 4, comma 1); l'articolo 28 prevede come fattispecie di reato la somministrazione di lavoro posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore”<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(35)</sup> Cass. pen. 16 giugno 2004 n. 34922, in *Riv. pen.*, 2004, 1069. Non è certo l'unico precedente: si richiama sul punto, parimenti, Cass. pen. 11 novembre 2003 n. 2583, in *Riv. pen.*, 2004, 381. Si tratta di un indirizzo incontrastato. Entrambe le sentenze sono reperibili in  *Somministrazione*.

Peraltro, l'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003 prevede che, ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18, quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge, il somministratore e l'utilizzatore sono puniti con una sanzione generale ivi contemplata.

Ciò ad evidente riprova della illiceità della somministrazione di lavoro da parte di soggetti non autorizzati e della nullità o invalidità o inefficacia dei contratti stipulati e degli atti posti in essere in violazione delle imperative e tassative disposizioni di legge.

Ne consegue, molto chiaramente, che — ove trattasi di una precisa fattispecie di somministrazione di lavoro — la gara potrà ammettere e provvedere a selezionare esclusivamente le offerte presentate unicamente da parte di agenzie e società debitamente iscritte nell'apposito Albo istituito — come detto — presso il competente Ministero del lavoro, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003.

Ogni altra offerta di qualunque altra ditta o cooperativa non iscritta nell'apposito Albo non potrà essere ammessa in gara e, anzi, dovrà obbligatoriamente essere esclusa dalla procedura di selezione ad evidenza pubblica.

Un diverso e contrario avviso sembra contrastare con gli articoli 4, 20 e 21 del ridetto decreto legislativo n. 276/2003 ed occorre rammentare sul punto le sanzioni penali previste dall'articolo 18 del decreto legislativo n. 276/2003, vertendosi in materia di esercizio non autorizzato e, quindi, abusivo dell'attività di somministrazione di lavoro: la giurisprudenza anche più recente della Corte di Cassazione non lascia dubbi in merito.

La giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003 ha ritenuto che la fattispecie vietata di appalto di mere prestazioni di manodopera si configuri in tutti i casi in cui l'impresa appaltatrice esaurisce la propria prestazione nella messa a disposizione di manodopera alle sue dipendenze ed è configurabile sia in presenza degli elementi presuntivi (impiego di capitale, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante), sia quando il soggetto interposto manchi di una gestione a proprio rischio e di un'organizzazione autonoma rispetto all'impresa committente.

Pertanto, negli appalti che richiedono uno scarso apporto di mezzi produttivi, è l'elemento della preposizione all'organizzazione del lavoro (direzione del personale, scelta delle modalità e dei tempi di la-



voro) a tracciare la linea di demarcazione fra appalto genuino e interposizione vietata.

Se è vero che tale orientamento giurisprudenziale si è formato precedentemente a quanto previsto dal decreto legislativo n. 276/2003, è anche vero che il nuovo assetto normativo non ha cambiato la sostanza del divieto di interposizione di mere prestazioni di lavoro, se effettuata da soggetti non a ciò autorizzati ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003.

Anche con riferimento all'apparato sanzionatorio penale, la Suprema Corte di Cassazione ha avuto recentemente modo di osservare che "L'intervenuta abrogazione, per effetto del d.lgs. n. 276 del 2003, della l. n. 1369 del 1960, che vietava e sanzionava penalmente ogni forma di intermediazione nel collocamento della mano d'opera, non ha reso penalmente indifferenti tutte le condotte già previste nella legge abrogata come reato, avendo, in particolare, lasciato sopravvivere la rilevanza penale dell'appalto di mere prestazioni di lavoro, ora qualificato come somministrazione di lavoro, quando esso venga effettuato al di fuori delle condizioni oggettive e soggettive previste dalla nuova normativa" <sup>(36)</sup>.

In questo senso, sarà significativo esaminare le previsioni contenute nel capitolato speciale di appalto al fine di appurare o meno, in concreto, la effettiva riconducibilità del servizio richiesto in appalto alla fattispecie di somministrazione di lavoro, con la conseguente eventuale illegittimità dell'affidamento del servizio ad operatori che non siano autorizzati ai sensi del decreto legislativo n. 276/2003.

Ad esempio, saremo certo di fronte ad un significativo elemento interpretativo della legge di gara ove nel bando di gara o nel capitolato d'onori, in ipotesi, si faccia espresso riferimento ai "lavoratori temporanei", espressione che, nel linguaggio del legislatore, univocamente si riferisce proprio alla fattispecie della somministrazione temporanea di lavoro.

#### **4. In tema di applicabilità dell'articolo 29, comma 3-bis, alla Pubblica Amministrazione.**

Come è noto, l'articolo 29, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 disciplina l'istituto dell'appalto di opera e/o di servizio ("sti-

---

<sup>(36)</sup> Cass. pen. 16 giugno 2004 n. 34922, in *Riv. pen.*, 2004, 1069, e in  *Somministrazione*.



pulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile”), cercando, anzitutto, di distinguerlo dalla somministrazione di lavoro con previsione abbastanza incerta e che potrebbe creare non poche difficoltà applicative, in considerazione del fatto che, in concreto, nelle procedure ad evidenza pubblica e, quindi, nei bandi o avvisi di gara e capitolati d'oneri (o speciali) collegati potrà, volta a volta, risultare di non facile e di immediata evidenza stabilire — soprattutto ove non è stabilito dalla stessa legge di gara — se si discute in concreto dell'aggiudicazione di un contratto di somministrazione di lavoro o di appalto <sup>(37)</sup>.

Già dalla stessa formulazione dell'articolo 29, comma 1, e da una prima esegesi del testo di norma delegata, appare abbastanza chiaro il fatto che il legislatore sembra non aver sufficientemente considerato i problemi che possono insorgere allorché l'appalto *ex* articolo 29, comma 1, intercorra con una P.A. e, di conseguenza, le questioni controverse che ne possono derivare allorché non è chiaro e, soprattutto, non è determinato dalla stessa *lex specialis* di gara se si tratta dell'affidamento di un appalto *ex* articolo 29 ovvero di un contratto di somministrazione *ex* articolo 20 del decreto legislativo n. 276/2003.

Contenuto certamente innovativo e meritevole di plauso a garanzia e tutela dei prestatori di lavoro hanno le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'articolo 29 <sup>(38)</sup>.

Entriamo, dunque, nel merito delle previsioni dell'articolo 29.

Il comma 1 non fornisce una definizione diretta dell'appalto, limitandosi a richiamare unicamente (ai fini della applicazione delle norme contenute nel titolo III del decreto legislativo n. 276/2003, recante la disciplina giuridica degli istituti della somministrazione di lavoro, distacco e appalto) le disposizioni sul contratto di appalto “stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile”: l'articolo 1655 c.c., peraltro, si limita a fornire unicamente la “Nozione” di

---

<sup>(37)</sup> In generale per la distinzione fra interposizione e appalto, cfr. R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, nella Parte II, Sez. (A), di questo volume.

<sup>(38)</sup> Merita di essere ricordato che l'art. 29 è stato radicalmente rivisto e rimaneggiato dall'art. 6 del d.lgs. n. 251/2004, il quale ha integralmente sostituito l'originaria previsione del comma 2 ed ha introdotto i commi 3-*bis* e 3-*ter*, recanti disposizioni processuali e di diritto sostanziale che, come vedremo tra breve, danno luogo ad un problema interpretativo non di poco momento.

contratto di appalto ai fini dell'applicazione del codice civile e, quindi, ai fini dell'appalto tra privati (e non tra privati e P.A.).

Ecco perché temiamo che il legislatore delegato non si sia sufficientemente prefigurato le problematiche interpretative ed applicative a cui può dar luogo la prassi applicativa allorché l'appaltante è una Pubblica Amministrazione (o un soggetto ad essa equiparato ai fini dell'applicazione delle procedure comunitarie ad evidenza pubblica).

Peraltro, l'esclusivo riferimento all'istituto dell'appalto così come disciplinato dall'articolo 1655 c.c. trascura — sempre in tema di appalti tra P.A. e privati — tutto il complesso coacervo normativo previsto per gli appalti pubblici dalla correlativa normativa di settore di derivazione comunitaria.

Resta comunque evidente che il riferimento all'articolo 1655 c.c. non possa intendersi come esclusivamente limitato alla sola nozione di appalto, ma debba essere esteso a tutta la disciplina che il codice civile stabilisce in materia e, quindi, alla previsione dell'articolo 1655 c.c. "e seguenti" (anche se ciò non è scritto).

Detto questo, occorre subito evidenziare che il legislatore delegato ha dettato due fondamentali criteri per distinguere l'appalto — "Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo III" — dalla somministrazione di lavoro:

1) la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto;

2) la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa <sup>(39)</sup>.

Allorché la fattispecie interpositoria (genuina o regolare e non vietata) avrà luogo con una P.A. occorrerà che, in concreto, volta a

---

<sup>(39)</sup> Il comma 2 dell'art. 29 prevede poi che "salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti"; il comma 3 soggiunge infine che "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda".

volta, la legge di gara specifichi se si tratta di affidare un contratto di somministrazione di lavoro *ex* articolo 20 o piuttosto un contratto di appalto *ex* articolo 29 e, ove la *lex specialis* di gara e la Stazione appaltante vengano meno a tale compito sarà onere non sempre agevole per l'interprete stabilire — alla stregua dei due suindicati criteri — se si controverte dell'affidamento di un contratto di somministrazione o di un contratto di appalto di opera o di servizi: soprattutto in tale ultima fattispecie potrà risultare complessa la ricostruzione in via ermeneutica dell'esatta portata e del corretto contenuto del rapporto contrattuale (appalto o somministrazione) effettivamente avuto in considerazione dalla Stazione appaltante.

Sul punto, sembra opportuno richiamare l'attenzione su quanto già evidenziato nel paragrafo 2 a proposito dei “profili o parametri sintomatici” concernenti la sussistenza o meno di un rapporto di somministrazione di lavoro, o piuttosto di appalto di opera o di servizi *ex* articolo 29 <sup>(40)</sup>.

Resta evidente infatti che in entrambi i casi, sia che si tratti di affidare un contratto di somministrazione di lavoro ovvero un contratto di appalto di opera o di servizio, la P.A. non potrà che far obbligatoriamente ricorso ad una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del contratto (salve le limitate eccezioni tassativamente indicate dalla normativa di settore applicabile ai fini dell'esperimento della procedura di gara).

Ciò premesso per inquadrare minimamente l'istituto *ex* articolo 29, decreto legislativo n. 276/2003, possiamo ora procedere con l'occuparci della questione o profilo nodale che ci siamo posti in via principale: se cioè, sia applicabile o non sia applicabile (e perché) l'articolo 29, comma 3-*bis*, alla P.A. <sup>(41)</sup>.

A tal proposito, infatti, a differenza del caso della somministrazione di lavoro a tempo determinato, l'articolo 86, comma 9, decreto legislativo n. 276/2003, non prevede esplicitamente la clausola di esclusione della trasformazione del rapporto di lavoro “nei confronti delle pubbliche amministrazioni”.

Pertanto, il problema dovrà essere risolto in chiave ermeneutica.

---

<sup>(40)</sup> Sul punto cfr. anche R. ROMEI, *La distinzione fra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, cit.

<sup>(41)</sup> In generale, sulla disposizione di cui all'art. 29, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 276/2003, vedi C. BIZZARRO, *Somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta*, cit.

L'articolo 29, comma 3-*bis*, stabilisce che “quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'art. 27, comma 2”.

Chiariamo, anzitutto, che cosa deve intendersi con la locuzione “soggetto che ne ha utilizzato la prestazione” (giacché è con costui che avverrà “la costituzione di un rapporto di lavoro”).

Il che significa chiedersi, in altre parole, chi tra la P.A. (destinatario finale delle prestazioni d'opera o di servizio) e l'appaltatore (che pure organizza “i mezzi necessari” e, quindi, anche le prestazioni d'opera o di servizio rese da ciascun prestatore di lavoro) debba essere considerato il “soggetto che ne ha utilizzato la prestazione” ai fini della previsione dell'articolo 29, comma 3-*bis*, decreto legislativo n. 276/2003.

Applicando i due criteri distintivi tra somministrazione di lavoro e appalto definiti dall'articolo 29, comma 1, alla struttura triangolare (o schema di base) propria del rapporto interpositorio, *ne deriva che il “soggetto che ne ha utilizzato la prestazione” non può* che essere l'utilizzatore (ossia, per stare alla fattispecie proposta, la P.A. e non già l'impresa appaltatrice del servizio o dell'opera).

Ciò doverosamente chiarito in via preliminare, nel merito, sembra agevole doversi escludere l'applicabilità dell'articolo 29, comma 3-*bis*, alla Pubblica Amministrazione.

La prima decisiva ragione riposa nella previsione dell'articolo 97, comma 3, Cost. e, quindi, nel principio di gerarchia delle fonti che vige nel nostro ordinamento costituzionale: “Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvi i casi stabiliti dalla legge”.

Ed è appena il caso di rilevare che l'articolo 29, comma 3-*bis*, non prevede esplicitamente che vi possa essere una deroga nella fattispecie nei confronti della P.A. e non basta neppure una lacuna dell'ordinamento (articolo 86, comma 9, decreto legislativo n. 276/2003 in relazione a quanto sopra osservato) per poter estendere in via di analogia o in via di interpretazione estensiva anche nei confronti della P.A. una clausola onerosa quale quella di cui all'articolo 29, comma 3-*bis*, in esame.

Le deroghe all'accesso agli impieghi pubblici mediante concorso

devono essere esplicite, siccome tali deroghe sono tassative e di stretta interpretazione, alla stregua del principio di legalità applicabile senza riserve anche nell'ambito dell'attività amministrativa.

In secondo luogo, la previsione dell'articolo 29, comma 3-*bis*, trova un limite insormontabile anche nella necessaria (e come tale prevista dalla legge in relazione ai singoli ordinamenti e comparti della P.A.) copertura finanziaria.

A tacere di altre ragioni, ci sembrano due motivazioni sufficientemente convincenti per poter concludere nel senso che non è applicabile l'articolo 29, comma 3-*bis*, alla Pubblica Amministrazione, pur nel silenzio dell'articolo 86, comma 9, del decreto legislativo n. 276/2003.

**5. In tema di applicabilità della sanzione ex articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 ad una “impresa pubblica”, ad un concessionario di pubblico servizio, ad una società a capitale interamente pubblico, ad una società mista e ad una società aggiudicataria di una gara di appalto di servizi pubblici.**

Occorre ora chiedersi se la previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 trova applicazione o meno nei confronti del *concessionario di un pubblico servizio*; nei confronti di una *società a capitale interamente pubblico ex articolo 113, comma 5, lettera c)*, del decreto legislativo n. 267/2000; nei confronti di una *società a capitale misto, pubblico e privato*; ovvero nei confronti di una “impresa pubblica”, sottoposta all'influenza dominante di una Pubblica Amministrazione o di un organismo di diritto pubblico.

In tutte le ipotesi ora indicate, ovviamente, si discute del caso in cui i soggetti supposti utilizzatori come sopra abbiano fatto ricorso alla somministrazione di lavoro per l'espletamento delle finalità connesse all'espletamento del servizio pubblico ed il contratto di somministrazione di manodopera stipulato in forma scritta rispetti le previsioni sulla *forma* indicate nell'articolo 21 ed attui le *ragioni* di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui all'articolo 20, comma 4, del decreto delegato in oggetto.

Occorre preliminarmente evidenziare che, da ultimo, l'articolo 23 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (recante “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004”), ha disposto l'abrogazione dell'ar-

articolo 6, comma 2, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, e successive modificazioni.

Di tal che, non sono più consentiti i rinnovi di contratti e convenzioni, neppure per supposte ragioni di pubblico interesse e, quindi, ben si può concludere che non è consentita nel settore pubblico neppure — ovviamente — la rinnovabilità senza limiti dei contratti di somministrazione, se non — volta a volta — attraverso il preventivo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica.

L'autonomia negoziale, pertanto, nel settore pubblico, subisce un nuovo rilevante limite.

L'articolo 23 della legge n. 62/2005, tuttavia, potrebbe subire nella prassi talune disapplicazioni (essendo una norma da poco entrata in vigore) e, comunque, il divieto di rinnovo potrebbe subire qualche facile tentativo di elusione a mezzo del ricorso alla proroga del contratto, magari (illegittimamente, ma purtroppo di fatto) reiterata più volte nel tempo.

Occorre chiedersi, quindi, tutte le volte che l'attore pubblico si distacchi o violi apertamente il modello legale di somministrazione di lavoro (regolare), quali conseguenze possano derivare in rapporto alla previsione sanzionatoria di cui all'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 per i soggetti sopra indicati.

Si tratta di un profilo problematico di indubbio rilievo, attesi gli effetti che ne conseguono dall'applicabilità o meno dell'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 in danno del soggetto c.d. "utilizzatore" della somministrazione di lavoro.

Prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003, il Consiglio di Stato aveva manifestato ripetutamente l'avviso che "l'art. 1, L. 23 ottobre 1960, n. 1369 — a norma del quale i prestatori di lavoro occupati in violazione dei divieti posti in materia di intermediazione di mano d'opera sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che abbia utilizzato effettivamente le loro prestazioni — è in astratto applicabile ad un ente pubblico solo nell'ipotesi in cui questo svolga un'attività i cui connotati sostanziali costituiscano esercizio di attività imprenditoriale, e non anche quando un soggetto assuma di avere svolto l'attività lavorativa in favore di un'amministrazione in correlazione ai suoi fini pubblicistici istituzionali (C. Stato, sez. V, 20 maggio 1993, n. 607; C. Stato, sez. V, 30 ottobre 1995, n. 1499; C. Stato, sez. V, 11 aprile 1996, n. 386; C. Stato, sez. V, 21 gennaio 1997, n. 60; C. Stato, sez. IV, 6 marzo 1998, n. 377; C. Stato,

sez. V, 8 luglio 1998, n. 1034; C. Stato, sez. V, 7 ottobre 1998, n. 1422)”<sup>(42)</sup>.

La giurisprudenza ha avuto riguardo, cioè, prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo n. 276/2003 all’attività lavorativa posta in essere in correlazione con i fini pubblicistici istituzionali dell’ente in favore del quale l’attività è stata svolta e, quindi, al concetto di amministrazione-attività, ossia al concetto di amministrazione in senso oggettivo scevro dalle implicazioni proprie dell’esercizio di un’attività imprenditoriale in senso stretto, non correlato a finalità pubblicistiche.

Ora, applicando tale principio alle ipotesi di soggetto “utilizzatore” della somministrazione di lavoro sopra prese in esame, sembra potersi desumere che in due ipotesi la previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all’articolo 27, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 non debba trovare applicazione:

— nel caso di una società a capitale interamente pubblico *ex* articolo 11, comma 5, lettera *c*), del decreto legislativo n. 267/2000;

— nell’ipotesi della impresa pubblica, tenuta al rispetto della normativa di settore relativa alle procedure ad evidenza pubblica di derivazione comunitaria, essendo sottoposta all’influenza dominante di una Pubblica Amministrazione o di un organismo di diritto pubblico<sup>(43)</sup>.

---

<sup>(42)</sup> C. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2001, n. 695. Il caso di specie esaminato in questa decisione era quello della Cassa per il Mezzogiorno che non costituiva ente che svolgeva attività imprenditoriali e così neppure la Gestione separata di cui all’art. 5, l. n. 64/1986, pur avendo autonomia organizzativa e contabile, svolge attività imprenditoriale. Invero, la Gestione separata è stata istituita per l’espletamento delle attività di cui al d.l. n. 581/1984, cioè per i completamenti e i trasferimenti delle opere pubbliche di competenza della cessata Cassa per il Mezzogiorno.

<sup>(43)</sup> In base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, il riconoscimento della qualifica di organismo di diritto pubblico presuppone la cumulativa individuazione di tre distinti requisiti e, in particolare, del requisito della personalità giuridica, della sussistenza di un’influenza o dominanza dello Stato o di altri enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico sull’ente in considerazione, di cui sono espressione necessaria il controllo sulla gestione ed il potere di nomina dei suoi amministratori, nonché la corresponsione di finanziamenti pubblici: e ciò in quanto tali requisiti sono funzionali allo svolgimento di un’attività diretta al soddisfacimento eminentemente di bisogni ed interessi pubblici, aventi carattere non industriale e commerciale (C. Giust., sez. VI, 15 maggio 2003 causa C-214/00, Commissione delle Comunità europee *c.* Regno di Spagna). Sul punto cfr. anche C. Stato, sez. VI, 7 giugno 2001 n. 3090; C. Stato, sez. V, 22 aprile 2004 n. 2292; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 9 maggio 2001 n. 3738).



E ciò perché si tratta di organismi o enti totalmente in mano pubblica o sottoposti ad influenza dominante di una Pubblica Amministrazione o di un organismo di diritto pubblico<sup>(44)</sup> e, per l'effetto, l'attività anche imprenditoriale da essi svolta è comunque correlata e vincolata a precise finalità integralmente pubbliche e, come tali, previste e tipizzate dalla legge.

Non così è se il soggetto "utilizzatore" è il concessionario di un pubblico servizio, perché per costui l'espletamento del pubblico servizio non è l'attività esclusiva della compagine societaria e, comunque, la gestione del pubblico servizio è solo l'occasione o lo strumento per il perseguimento (legittimo) del fine lucrativo.

Parimenti dicasi per la società mista pubblico-privato, dove statutariamente il privato interviene con quote minoritarie o maggioritarie unicamente per il perseguimento del fine di lucro, costituendo la società mista solo una modalità di tale attività imprenditoriale.

## 6. Conclusioni.

È tassativo per una P.A. (ovvero per un ente od organismo ad essa equiparabile sotto il profilo dell'obbligo dell'esperimento di procedure ad evidenza pubblica), ogni volta che voglia aggiudicare un contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato e, per questa via acquisita a tempo determinato la somministrazione di prestazioni di lavoro altrui, procedere con una gara di appalto a cui potranno trovare ingresso solo le agenzie o società munite dei requisiti previsti dagli articoli 4, 5 e 6 del decreto legislativo n. 276/2003.

Diversamente, tali società verrebbero a subire una illegittima concorrenza sleale, in violazione delle previsioni degli articoli 4, 5, 20 e 21 del decreto legislativo n. 276/2003 e del criterio della *par condicio* tra operatori del settore concorrenti, con conseguente grave perdita di *chance*, nonostante tutti gli ingenti investimenti fatti per poter soddisfare i requisiti giuridici e finanziari previsti dall'articolo 5 del decreto delegato.

Il rispetto e la effettiva applicazione del decreto legislativo n. 276/2003 assume un enorme rilievo e ricaduta pratica sia dal punto di

---

(44) Nel senso indicato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 23 luglio 2004, n. 9.



vista economico-patrimoniale, sia dal punto di vista dell'interesse pubblico prevalente, sia, infine, dal punto di vista (non certo ultimo) del rispetto della legalità nell'ordinamento anche a tutela e garanzia dei lavoratori somministrati (al fine di prevenire forme di somministrazione irregolare): merita sottolineare che il ricorso alla somministrazione di lavoro ad opera di una P.A. viene spesso posto in relazione a servizi quanto mai delicati e ad ambiti sensibili (ad esempio, la somministrazione di lavoro per la fornitura di prestazioni infermieristiche).

Il rispetto nei servizi di intermediazione di manodopera e di personale, anche qualificati, delle previsioni della legge n. 30/2003 e del decreto delegato attuativo n. 276/2003, consente il rispetto delle regole del mercato e di ogni logica di corretta e legittima concorrenza tra operatori del settore.

Diversamente operando, ne deriverebbe l'inammissibile travolgimento di ogni garanzia e tutela per i lavoratori irregolarmente somministrati: non si può sottacere in proposito che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 30/2003, attuata con il decreto legislativo n. 276/2003, vigeva il divieto d'interposizione nelle prestazioni lavorative, sancito dall'articolo 1 della legge n. 1369/1960, essendo il divieto di appalto di mere prestazioni di lavoro finalizzato a proteggere i lavoratori da forme di sfruttamento conseguenti alla dissociazione fra la titolarità formale del rapporto e la sua effettiva destinazione <sup>(45)</sup>.

Si verrebbe, inoltre, a produrre una ulteriore "ricaduta" in seno all'ordinamento e, quindi, in danno del pubblico interesse di macroscopica entità. Non solo un intero *corpus* normativo di legge rimarrebbe disapplicato e violato: circostanza già questa non solo singolare e gravissima dal punto di vista del pubblico interesse, ma altresì manifestamente inammissibile alla stregua del principio di legalità, di imparzialità amministrativa e di buon andamento amministrativo; ma vi è di più: la violazione degli articoli 4, 5, 20, e 21 del decreto legislativo n. 276/2003 verrebbe ad essere sostanzialmente depenalizzata, in violazione della previsione dell'articolo 18 dello stesso decreto legislativo n. 276/2003.

Si perverrebbe, quindi, per assurdo, ad una inammissibile ed

---


<sup>(45)</sup> Cfr., fra le tante sentenze, da ultimo Cass. 17 maggio 2002 n. 6508, e Cass. 7 marzo 1998 n. 2570, cui si rinvia per l'indicazione della pregressa giurisprudenza; cfr., nel senso che l'ordinamento vuole evitare che attraverso la formula cooperativistica fosse aggirato il divieto di legge, Cass. 7 settembre 1993 n. 9398.

inaccettabile situazione di anarchia e di disordine e contraddizione in seno all'ordinamento, con evidente pregiudizio sotto il profilo della concorrenza sleale ed illegittima per le agenzie e società che operano regolarmente e correttamente nel mercato del lavoro con funzione anche regolatrice, siccome iscritte all'Albo di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003.

Del resto, merita ricordare che la Suprema Corte di Cassazione ha evidenziato ripetutamente che l'intervenuta abrogazione, per effetto del decreto legislativo n. 276/2003, della legge n. 1369/1960, che vietava e sanzionava penalmente ogni forma di intermediazione nel collocamento della mano d'opera, non ha reso penalmente indifferenti tutte le condotte già previste nella legge abrogata come reato, avendo, in particolare, lasciato sopravvivere la rilevanza penale dell'appalto di mere prestazioni di lavoro, ora qualificato come somministrazione di lavoro, quando esso venga effettuato al di fuori delle condizioni oggettive e soggettive previste dalla nuova normativa <sup>(46)</sup>.

La materia dei pubblici servizi deve trovare regole di concorrenza e di competizione uguali per tutti gli operatori del settore interessati, nel rispetto di minimali ed inderogabili criteri di *par condicio* e di imparzialità amministrativa, oltre che di buon andamento dei pubblici uffici: l'iscrizione all'Albo informatico *ex* articolo 4, comma 1, del decreto legislativo n. 276/2003 risponde indubbiamente a tali inderogabili esigenze di ordine pubblicistico, indisponibili per la stessa Stazione appaltante e da quest'ultima insopprimibili.

---

<sup>(46)</sup> Cfr. Cass. pen. 16 giugno 2004, n. 34922, in *Riv. pen.*, 2004, 1069; Cass. pen. 11 novembre 2003 n. 2583, in *Riv. pen.*, 2004, 381, entrambe in  *Somministrazione*.

## ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

<i>AC</i>	Archivio civile
<i>ADL</i>	Argomenti di diritto del lavoro
<i>AsS</i>	L'assistenza sociale
<i>Boll. trib.</i>	Bollettino tributario
<i>BCLR</i>	Bulletin of comparative labour relations
<i>C&amp;C</i>	Contratti e Contrattazione Collettiva
<i>CG</i>	Corriere Giuridico
<i>CI</i>	Contratto e impresa
<i>Corr. Trib.</i>	Corriere Tributario
<i>D&amp;L</i>	Diritto e Lavoro - Rivista critica del diritto del lavoro
<i>Danno e resp.</i>	Danno e responsabilità
<i>DD</i>	Democrazia e diritto
<i>DDPCom</i>	Digesto delle discipline privatistiche - Sezione commerciale
<i>DE</i>	Diritto dell'economia
<i>DI</i>	Diritto Industriale
<i>Dir. autore</i>	Il diritto di autore
<i>Dir. Prat. Trib.</i>	Diritto e pratica tributaria
<i>DL Marche</i>	Diritto e lavoro nelle Marche
<i>DL</i>	Il diritto del lavoro
<i>D&amp;L</i>	Rivista critica di diritto del lavoro
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DML</i>	Il diritto del mercato del lavoro
<i>DLM</i>	Diritti lavori e mercati
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>DPL</i>	Diritto e pratica del lavoro
<i>DPL-Oro</i>	Diritto e pratica del lavoro, serie oro
<i>DRI</i>	Diritto delle relazioni industriali
<i>DS</i>	Droit social
<i>Econ. Pol.</i>	Economia politica
<i>EGT</i>	Enciclopedia giuridica Treccani
<i>EL</i>	Economia e lavoro
<i>Enc. dir.</i>	Enciclopedia del diritto
<i>FA</i>	Foro amministrativo
<i>FI</i>	Foro italiano
<i>Fin. loc.</i>	Finanza locale

<i>FP</i>	Foro padano
<i>GADI</i>	Giurisprudenza annotata di diritto industriale
<i>GC</i>	Giustizia civile
<i>GComm</i>	Giurisprudenza commerciale
<i>GCost</i>	Giurisprudenza Costituzionale
<i>GDA</i>	Giornale di diritto amministrativo
<i>GDI</i>	Giurisprudenza di diritto industriale
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>Giur. Imp.</i>	Giurisprudenza delle imposte
<i>GLav</i>	Guida al lavoro
<i>GM</i>	Giurisprudenza di merito
<i>GMil</i>	Giurisprudenza Milanese
<i>GN</i>	Guida normativa
<i>GP</i>	La Giustizia penale
<i>GPiem</i>	Giurisprudenza piemontese
<i>GU</i>	Gazzetta Ufficiale
<i>IJCLLIR</i>	The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations
<i>IPrev</i>	Informazione previdenziale
<i>IF</i>	Le istituzioni del federalismo
<i>IS</i>	Industria e sindacato
<i>ISL</i>	Igiene e Sicurezza del Lavoro
<i>JPE</i>	Journal of Political Economy
<i>L80</i>	Lavoro '80
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>LG</i>	Il lavoro della Giurisprudenza
<i>LI</i>	Lavoro informazione
<i>LPA</i>	Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni
<i>LPO</i>	Lavoro e previdenza oggi
<i>LR</i>	Le Regioni
<i>MFI</i>	Massimario del Foro italiano
<i>MGC</i>	Massimario di Giustizia civile
<i>MGL</i>	Massimario giurisprudenza del lavoro
<i>NDI</i>	Novissimo Digesto italiano
<i>NGCC</i>	Nuova giurisprudenza civile commentata
<i>NGL</i>	Notiziario della giurisprudenza del lavoro
<i>NLCC</i>	Le nuove leggi civili commentate
<i>NRS</i>	Nuova Rassegna Sindacale
<i>OGL</i>	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
<i>PD</i>	Politica del diritto
<i>PE</i>	Politica e economia
<i>Prev. Ass. Pubbl. Priv.</i>	Previdenza e assistenza pubblica e privata
<i>QC</i>	Quaderni costituzionali
<i>QDLRI</i>	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
<i>QRIDL</i>	Quaderni delle rivista italiana di diritto del lavoro
<i>QR</i>	Quaderni regionali

<i>RassDC</i>	Rassegna di diritto civile
<i>Rass. dir. tec. dog.</i>	Rassegna di diritto e tecnica doganale
<i>Rass. Trib.</i>	Rassegna tributaria
<i>RGE</i>	Rassegna giuridica dell'Enel
<i>RGS</i>	Rivista giuridica Scuola
<i>RPA</i>	Rassegna parlamentare
<i>RS</i>	Rassegna sindacale
<i>RDC</i>	Rivista di diritto civile
<i>RDComm</i>	Rivista di diritto commerciale
<i>RDI</i>	Rivista di diritto industriale
<i>RDPC</i>	Rivista di diritto e procedura civile
<i>RFI</i>	Repertorio del Foro italiano
<i>RGI</i>	Repertorio della giurisprudenza italiana
<i>RGL</i>	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RIML</i>	Rivista degli infortuni e delle malattie professionali
<i>RIT</i>	Reveu International de Travail
<i>Riv. Dir. Fin.</i>	Rivista diritto finanziario e scienza della finanze
<i>Riv. dir. trib. internaz.</i>	Rivista di diritto tributario internazionale
<i>RDSS</i>	Rivista del diritto della sicurezza sociale
<i>Riv. prev. pubbl. priv.</i>	Rivista della previdenza pubblica e privata
<i>RSoc</i>	Rivista delle società
<i>RTDP</i>	Rivista trimestrale di diritto pubblico
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
<i>TLG</i>	Toscana Lavoro Giurisprudenza



## NOTIZIE SUGLI AUTORI

STEFANO BIANCHI	Ufficio Legale Adecco Italia S.p.a.
CHIARA BIZZARRO	Assegnista di ricerca Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi", Università di Modena e Reggio Emilia
GIANNI BOCCHIERI	Direttore Affari Legali Adecco e collaboratore del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi"
HARALD BONURA	Avvocato del Foro di Catania, dottorando di ricerca in Diritto del lavoro europeo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania
ELISABETTA CASSANETI	Avvocato del Foro di Milano
DAGMAR SCHIEK	Professore di Diritto economico europeo, Università Carl von Ossietzky, Oldenburg, Germania, Titolare della Cattedra "Jean Monnet"
PAOLA DE VITA	Esperta in gestione del lavoro e delle relazioni sindacali
MAURIZIO DEL CONTE	Professore associato di Diritto del lavoro, Università Bocconi, Milano
LUIGI DEGAN	Ricercatore Adapt-Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi"
LUCA FAILLA	Avvocato del Foro di Milano
STEFANO MALANDRINI	Area sindacale e previdenziale Confindustria Bergamo
MAURO SOLDERA	Ufficio Legale Adecco Italia Holding S.p.a.
PIERLUIGI RAUSEI	Centro Studi Attività Ispettiva del Ministero del lavoro e delle politiche sociali
ROBERTO ROMEI	Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Roma Tre
OLGA RYMKEVITCH	Assegnista di ricerca Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi", Università di Modena e Reggio Emilia
GIUSEPPE C. SALERNO	Avvocato del Foro di Milano
BEATRICE SANNINO	Ufficio Legale Adecco Italia S.p.a.

SILVIA SPATTINI

Assegnista di ricerca Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi", Università di Modena e Reggio Emilia

MICHELE TIRABOSCHI

Professore straordinario di Diritto del lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia e Direttore del Centro Studi Internazionali e Comparati "Marco Biagi"

FRANCESCO VERBARO

Direttore dell'Ufficio per il personale delle Pubbliche Amministrazioni, Ministero Funzione Pubblica