

PIETRO ICHINO

LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Sommario - 1. L'antefatto. – I. IL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. - 2. – I tratti essenziali della nuova disciplina lavoristica della segmentazione del processo produttivo. Continuità e discontinuità rispetto all'ordinamento previgente. - 3. La distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi. - 4. Segue. La concorrente possibilità di svolgimento delle stesse attività nella vecchia forma dell'appalto di servizi o nella nuova dello *staff leasing*. Le difficoltà di decollo di quest'ultima in conseguenza della parziale deregolazione della prima. - 5. – Restrizioni soggettive. Chi può ricevere la somministrazione di lavoro. - 6. Segue. Chi può somministrare lavoro - 7. Restrizioni oggettive. Il filtro diverso istituito dalla legge per il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato e a tempo determinato. Questioni di compatibilità della soluzione adottata con il contenuto della delega legislativa. - 8. I casi in cui è consentito somministrare lavoro a tempo indeterminato. I programmi speciali per l'inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati. - 9. Il "giustificato motivo" di somministrazione a tempo determinato. - 10. Segue. Oggetto e limiti del controllo giudiziale sulla giustificazione dell'utilizzazione solo temporanea del lavoratore. - 11. I tre divieti generali di somministrazione di lavoro. - 12. Forma e contenuto del contratto. - 13. Proroga del contratto di somministrazione a termine. - 14. Obblighi dell'utilizzatore nei confronti delle organizzazioni sindacali. - 15. Responsabilità civile dell'utilizzatore nei confronti dei terzi. – II. IL RAPPORTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DEL SOMMINISTRATORE. - 16. Inesistenza di un collegamento negoziale necessario fra contratto di somministrazione e contratto di lavoro. - 17. Natura del rapporto fra somministratore e lavoratore e del rapporto tra utilizzatore e lavoratore. Somministratore e utilizzatore come co-datori di lavoro. - 18. Forma del contratto di lavoro e obblighi di informazione a carico del somministratore nei confronti del lavoratore. - 19. Disciplina speciale dello svolgimento del rapporto. A) Coobbligazione solidale dell'utilizzatore con il somministratore e parità di trattamento dei dipendenti del secondo rispetto a quelli del primo. - 20. Segue. B) Cooperazione tra utilizzatore e somministratore nell'assegnazione delle mansioni e nell'esercizio del potere disciplinare. - 21. Segue. C) Sospensione della prestazione lavorativa, indennità di disponibilità e diritto alle mansioni nel rapporto a tempo indeterminato. - 22. Disciplina della cessazione del rapporto. A) Nel contratto a tempo determinato: scadenza del termine e proroga. - 23. Segue. B) Il licenziamento collettivo nel contratto a tempo indeterminato. - 24. Segue. C) Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo nel contratto a tempo indeterminato. - 25. Il divieto derogabile della clausola che inibisce all'utilizzatore di assumere direttamente il lavoratore alle proprie dipendenze. Legittimazione del ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo in funzione sostitutiva del periodo di prova. - 26. I diritti sindacali del lavoratore verso il somministratore e verso l'utilizzatore. Obblighi di informazione dell'utilizzatore verso le rappresentanze sindacali. – 27. Esenzione del somministratore dal vincolo della quota di organico in favore dei disabili e non computabilità dei lavoratori dipendenti dal somministratore ai fini della determinazione delle dimensioni dell'azienda utilizzatrice. - 28. Disciplina previdenziale e contributo per la formazione. - 29. Le norme transitorie che sanciscono la continuità concettuale tra la fattispecie disciplinata dalla legge n. 196/1997 e quella disciplinata dagli artt. 20 e seguenti del decreto. III – LE SANZIONI. – 29. L'intendimento originario di sanzionare con l'annullabilità la somministrazione irregolare, con la nullità la sola somministrazione fraudolenta. La drastica riduzione della rilevanza pratica della distinzione nel testo legislativo definitivo. - 30. Il contratto di lavoro: imputabilità all'utilizzatore degli atti compiuti dal somministratore irregolare. - 31. Le sanzioni amministrative e penali. – IV. IL RAPPORTO DI LAVORO NELL'APPALTO DI SERVIZI. - 32. La coobbligazione solidale tra committente e appaltatore di servizi. La distinzione tra l'appalto di servizi e l'appalto d'opera. - 33. L'esclusione del passaggio di lavoratori dall'appaltatore cessante a quello subentrante dalla nozione di trasferimento di azienda e la questione della sua compatibilità con il diritto comunitario.

1. - *L'antefatto*

Correttezza e trasparenza mi impongono di dare preliminarmente conto del mio parziale coinvolgimento esterno nella fase di elaborazione della nuova normativa sulla somministrazione di lavoro, che ora sono chiamato a commentare e interpretare.

È andata così. Al convegno di Trento dell'Aidlass (1999), subito dopo la mia relazione introduttiva, Marco Biagi mi manifestò il suo pieno consenso sulla tesi che avevo appena esposto: il rapporto interpositorio non è concettualmente incompatibile con la nozione di subordinazione; sul piano pratico esso presenta sostanzialmente gli stessi problemi di protezione che sorgono in riferimento all'appalto di servizi *labour intensive*; il divieto drastico posto dalla legge n. 1369/1960 è diffusamente applicato in modo sostanzialmente opportunistico, con la tolleranza generalizzata della dissimulazione della somministrazione di manodopera sotto le mentite spoglie dell'appalto di servizi. Due anni dopo Marco mi disse che considerava la riforma proposta nelle conclusioni della relazione trentina come un pezzo importante della più ampia riforma necessaria del nostro diritto del lavoro; e mi mandò la pagina del *Libro bianco*, a cui stava lavorando per incarico del nuovo Ministro del lavoro, dedicata a questa materia (quella che nella redazione definitiva era destinata a diventare il paragrafo II.3.3). La parte più rilevante, su questo punto, diceva: "Le rigidità nell'utilizzo della forza-lavoro introdotte dalla legge n. 1369/1960 ... non trovano pari nella legislazione degli altri Paesi ... Pratiche di *outsourcing*, ampiamente diffuse in altri contesti (ad esempio negli Stati Uniti e in Gran Bretagna), sono in Italia tuttora vietate. Il riferimento è, in particolare, all'istituto del c.d. *leasing* di manodopera: una tecnica innovativa di gestione del personale imperniata su rapporti con agenzie specializzate nella fornitura a carattere continuativo e a tempo indeterminato ... di parte della forza-lavoro ... Agenzie, è bene precisare, che opererebbero in forme sicuramente più trasparenti e con maggiori tutele, di legge e di contratto collettivo, di quanto non accada oggi per effetto di vincoli soffocanti".

Quella pagina venne ripresa integralmente nella relazione introduttiva al disegno di legge-delega destinato a dare attuazione allo stesso *Libro bianco*, presentato dal Governo al Senato il 15 novembre 2001 come d.d.l. n. 848. Qui, però, la parte dell'articolato dedicata alla somministrazione di lavoro mi parve in parte male impostata, non soltanto per la scelta della solita e abusata clausola del "giustificato motivo" come filtro attraverso cui far passare la nuova fattispecie, ma anche e soprattutto perché manteneva in vita – ai fini della protezione offerta ai lavoratori interessati - la diversità di disciplina tra somministrazione professionale di lavoro e appalti di servizi ad alta intensità di manodopera: la mia idea era invece quella di unificare in uno stesso regime protettivo le due fattispecie, responsabilizzando in entrambi i casi allo stesso modo fornitore e committente e accentuando la protezione nei casi in cui il primo ope-

rasse in condizioni di sostanziale dipendenza economica dal secondo. Lo scrissi a Marco¹; mi rispose che avremmo avuto tempo per rimmetterci le mani più avanti.

A lui il tempo venne tolto dagli assassini. Fu Michele Tiraboschi, un anno dopo, nell'aprile 2003, quando già la legge-delega era stata emanata, a riprendere il discorso con me chiedendomi osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato, alla cui redazione stava lavorando molto intensamente, per la parte relativa alla somministrazione. Gli risposi inviandogli a mia volta una bozza di testo legislativo esattamente corrispondente alla mia proposta trentina (che attribuiva valore cruciale alla nozione di “dipendenza economica” del fornitore o appaltatore dall'utilizzatore, conferendo in tal caso a entrambi i soggetti la posizione di co-datori di lavoro, secondo il modello del *joint employment* che lo stesso T. aveva studiato e proposto nella sua monografia del 1999 sulla somministrazione) e cercando di spiegare perché ritenevo assai inopportuna sul piano pratico, e per certi aspetti anche insostenibile sul piano teorico, la scelta di sottoporre il ricorso alla somministrazione di lavoro al filtro del “giustificato motivo”.

Qualche giorno dopo Michele mi inviò un nuovo testo, nel quale venivano accolti alcuni miei suggerimenti (in particolare per quel che riguarda la tripartizione fra somministrazione lecita, somministrazione irregolare e somministrazione fraudolenta, nonché la sanzione per la somministrazione irregolare, ricalcata su quella prevista nell'ordinamento francese), ma non la mia proposta tendente a unificare la posizione del lavoratore dipendente dal somministratore e di quello dipendente dall'appaltatore in un sistema di protezioni nel quale assumesse rilievo centrale la nozione di dipendenza economica del fornitore o appaltatore. Quanto alla clausola del “giustificato motivo”, il Governo si proponeva di temperarla con una norma che vietasse al giudice di entrare nel merito delle valutazioni economiche od organizzative dell'imprenditore circa il ricorso alla somministrazione di lavoro (²). Replicai sfidando amichevolmente Michele a indicarmi un solo possibile “giustificato motivo” di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, suscettibile di superare con sicurezza l'eventuale verifica giudiziale. Ho la presunzione che quella mia provocazione abbia avuto qualche peso nella scelta finale del legislatore delegato: nel testo definitivo del decreto, come vedremo, la clausola del “giustificato motivo” verrà conservata soltanto in riferimento alla somministrazione a tempo determinato (con una formula pressoché identica a

¹ Il mio consenso di fondo sugli obiettivi essenziali della riforma, per questa parte, e le mie critiche tecniche sulla formulazione del disegno di legge-delega sono esposti nel mio intervento al convegno di Milano del 12 aprile 2002, dedicato allo stesso disegno di legge, poi pubblicato, sotto il titolo *Sulla nuova disciplina dell'interposizione nel disegno di legge-delega in materia di lavoro*, in *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 291-295, e negli atti del convegno *Quale futuro per il diritto del lavoro? La politica del Governo dal Libro bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, Milano, 2002, pp. 81-91. La mia relazione trentina è invece negli atti delle giornate di studio, *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Milano, 2000, pp. 3-86, e in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, pp. 203-275.

² Su entrambi i punti v. ora, dello stesso M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, ne *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, *Suppl. n. 4 a Guida Lav.*, 2003, partic. pp. 68-69 e p. 77.

quella adottata nel d.lgs. n. 368/2001 per il lavoro a termine), ma non in riferimento a quella a tempo indeterminato.

Nel frattempo uscivano i primi commenti al contenuto della legge-delega 14 febbraio 2003 n. 30 in materia di somministrazione di lavoro: tra i quali si segnalano soprattutto quelli che argomentavano a sostegno dell'impossibilità logica o quanto meno dell'inopportunità dell'abbandono della vecchia sanzione civilistica per il caso di interposizione illecita (nullità assoluta del contratto fra lavoratore e interposto, imputazione *ex lege* del rapporto di lavoro all'utilizzatore) e sottolineavano le imperfezioni tecniche del testo della legge delega, fornendo al contempo alcune indicazioni sul modo di superarle in sede di emanazione del decreto attuativo³. Alcuni dei suggerimenti contenuti in questi scritti sono stati raccolti dal legislatore delegato. Sul punto cruciale della conservazione o no della vecchia sanzione civilistica per la generalità dei casi di interposizione illecita, come vedremo, il decreto segna invece una svolta rispetto al passato.

I - IL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

2. – I tratti essenziali della nuova disciplina lavoristica della segmentazione del processo produttivo. Continuità e discontinuità rispetto all'ordinamento previgente

Il decreto delegato n. 276/2003 abroga integralmente in una volta sola sia l'ormai antico divieto di interposizione nei rapporti di lavoro posto dalla legge n. 1369/1960⁴, sia l'assai più recente normativa che la legge n. 196/1997 ha posto per aprire in quel divieto il varco della fornitura di lavoro temporaneo⁵: ora l'art. 20 sancisce, in via generale, la legittimità del contratto di somministrazione (ovvero “for-

³ V. soprattutto R. DEL PUNTA, *Art. 1, comma 2, lett. m, n, o. Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, ne *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M.T. CARINCI, Milano, Ipsoa, 2003, pp. 64-80; R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, pp. 167-188; O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 265-282.

⁴ Per un riepilogo della vicenda dottrinale e giurisprudenziale che ha preceduto questa abrogazione v. ultimamente L. CALCATERRA, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, pp. 602-622.

⁵ L'abrogazione integrale degli artt. 1-11 della legge n. 196/1997 non era prevista nella legge-delega. Vedremo però analiticamente nel commento che segue come la maggior parte delle vecchie disposizioni sia stata riprodotta senza variazioni rilevanti nel nuovo testo legislativo, che si presenta pertanto, opportunamente, come un testo unico sulla somministrazione di lavoro (cfr. in proposito M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit. nella nota 2, p. 69: “i pilastri [della legge n. 196/1997] sono stati sostanzialmente tutti confermati”). La vecchia disciplina della fornitura del lavoro temporaneo viene modificata sostanzialmente soltanto nelle parti relative alle restrizioni oggettive (v. *infra*, § 9), alla forma del contratto di lavoro tra l'agenzia e il lavoratore (§ 18) e all'indennità di disponibilità per il lavoratore assunto a tempo indeterminato (§ 21).

nitura”: v. art. 2, 1° c., lett. a)⁶ di lavoro a terzi, sia esso a termine o a tempo indeterminato⁷, e sia che esso abbia per oggetto lavoro temporaneo, oppure lavoro stabile, secondo il modello anglosassone dello *staff leasing*⁸. Permangono alcune rilevanti restrizioni oggettive e soggettive, poste dallo stesso art. 20 (sulle quali v. *infra*, §§ 7-11); e permane soprattutto, come vedremo meglio a suo luogo (§§ 29-31), un insieme di sanzioni contro la somministrazione irregolare – e non soltanto contro quella fraudolenta – i cui effetti pratici sono per la maggior parte, sia pure con alcuni significativi temperamenti e alcune incongruenze, gli stessi prodotti dall’apparato sanzionatorio del vecchio ordinamento. Il che consente ai primi commentatori di sottolineare il prevalere, nel nuovo impianto sistematico della materia, di elementi di sostanziale continuità rispetto al precedente⁹. Ma sul piano teorico il primo comma dell’art. 27 segna una rottura di notevole rilievo rispetto alla vecchia regola della nullità assoluta del contratto fra lavoro-

⁶ L’identità di significato del termine “somministrazione”, usato dal legislatore del 2003, rispetto al termine “fornitura” usato dal legislatore del 1997, è confermato dai commi quarto e quinto dell’art. 86: v. in proposito § 28. Sull’uso del termine “somministrazione” nella legge-delega aveva espresso qualche perplessità R. DEL PUNTA nello scritto cit. nella nota 3, ritenendo egli inopportuno equiparare la fornitura di lavoratori a ‘prestazioni periodiche o continuative di cose’ – cfr. art. 1559 c.c.”. Il termine *somministrazione di manodopera* nell’accezione più ampia, comprensiva di ogni forma di fornitura di manodopera, è usato per la prima volta, a quanto mi consta, da L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, 1935, p. 181; poi da P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 38, nt. 10; V. CASSÌ, *Della somministrazione di lavoro a favore di terzi*, in *Annali sem. giur. Univ. Catania*, 1950, II, p. 325 (n.v.); e ricompare nella stessa accezione molto ampia, dopo l’emanazione della legge sull’interposizione e gli appalti del 1960, in E. LORIGA, *Relazione* introduttiva al seminario dell’Università di Firenze, aprile 1961, in *Problemi di interpretazione e di applicazione della legislazione sulla disciplina degli appalti di opere e di servizi*, Milano, 1963, p. 13; ID., *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965: “l’appalto e la somministrazione di lavoro o di manodopera presentano un’identità strutturale” (p. 106); nonché in alcuni altri scritti giuridici successivi sulla legge del 1960. Lo stesso termine è usato invece in una accezione più ristretta, per indicare alcuni casi particolari e non la generalità dei contratti di fornitura di mere prestazioni di manodopera, in A. CESSARI, *L’interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959, pp. 117-129, e - sulla scorta di questo studio - nella *Relazione* al Senato dell’on. DE BOSIO (parte I, § 3) sul disegno di legge da cui nascerà la legge testé citata.

⁷ Nel vigore della legge n. 196/1997, era diffusissima l’idea che quella legge vietasse il contratto di somministrazione a tempo indeterminato. In realtà, la vecchia disciplina imponeva soltanto il carattere temporaneo della singola prestazione lavorativa fornita, ma non precludeva – né esplicitamente, né implicitamente – la possibilità di un contratto di fornitura a tempo indeterminato: ad esempio, la possibilità di un contratto che prevedesse la copertura temporanea di tutti i posti di lavoro che risultassero scoperti per malattia o altro impedimento dei lavoratori stabili, in un determinato ufficio, comparto o funzione, salva la necessità di specificazione nelle forme dovute dei dati relativi alla singola fornitura, di volta in volta (v. in questo senso A. TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, pp. 462-466). A questa interpretazione – a mio avviso ineccepibile – della vecchia legge si rifaceva, per convalidarla e trarne le conseguenze coerenti sul piano della disciplina della materia, l’emendamento presentato da T. TREU sotto il n. 1.228 nel corso della seduta dell’11 aprile 2002 della Commissione Lavoro del Senato, nel corso della discussione in sede referente del d.d.l. n. 848, da cui sarebbe nata la legge-delega n. 30/2003. Su questo emendamento il Sottosegretario M. SACCONI espresse, in quell’occasione, parere contrario all’approvazione, ma con parole di non rituale apprezzamento “sia per l’ampiezza e la qualità del contenuto, sia per le finalità perseguite, in larga misura analoghe a quelle del disegno di legge n. 848. Pertanto l’emendamento è condivisibile per molti aspetti, ma il Governo intende perseguire contenuti non dissimili con una strumentazione regolatoria diversa, quale è appunto quella prevista dalla delega. In particolare, occorre tenere presente che l’emendamento 1.2228, diversamente dalla proposta del Governo, si propone di introdurre una disciplina dello *staff leasing* attraverso una modifica della legge n. 196 del 1997”.

⁸ Sul quale v. L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello staff leasing e la somministrazione di manodopera: qualche appunto in prospettiva di una riforma*, in *Dir. rel. ind.*, 2002, pp. 553-564; ora anche ne *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l’impiego*, a cura di M. TIRABOSCHI, Milano, 2003, pp. 155-169.

⁹ Così R. DEL PUNTA, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in corso di pubblicazione in AA.VV., *Come cambia il lavoro*, Milano, Ipsos, 2003. Sul punto v. anche *infra*, § 3.

re e interposto e dell'imputazione *ex lege* del rapporto di lavoro all'utilizzatore, nei casi di interposizione illecita.

Al di là delle possibili sottolineature in un senso o nell'altro, entrambe legittime in quanto colgono altrettanti aspetti rilevanti della nuova disciplina, è indiscutibile che questa – collocandosi in una tendenza alla flessibilizzazione delle legislazioni europee più rigide in materia di segmentazione del processo produttivo, in atto da circa un decennio¹⁰ - recepisca e sviluppi l'idea su cui già si fondava la disciplina del 1997 in materia di fornitura di lavoro temporaneo: l'idea, cioè, secondo cui nel tessuto produttivo e nel mercato del lavoro attuali chi fornisce professionalmente un servizio di reperimento e gestione della forza lavoro può svolgere una funzione economica positiva, e non socialmente pericolosa, nonostante che la natura imprenditoriale della sua attività si manifesti *nella fase preparatoria* della prestazione (somministrazione di lavoro), invece che *nella fase di esecuzione* (come accade nell'appalto di servizio)¹¹. Nell'un caso come nell'altro è un'organizzazione imprenditoriale che si pone al servizio del soggetto utilizzatore: anche se nella somministrazione l'oggetto della prestazione contrattuale è un insieme di mere prestazioni lavorative, ciò che conta ai fini della legittimità del contratto è la genuinità della natura imprenditoriale dell'organizzazione retrostante, che prepara e rende possibili quelle prestazioni. A ben vedere, anche nella somministrazione professionale di lavoro può ravvisarsi un "appalto" inteso in senso lato e atecnico, cioè nel senso della esternalizzazione di una delle funzioni tipicamente proprie dell'imprenditore: la funzione – sempre più complessa e specialistica - del reperimento e della gestione delle risorse umane necessarie all'impresa e dei relativi rapporti sindacali.

La distinzione tra somministrazione professionale di lavoro e appalto di servizi, inteso qui in senso stretto, conserva bensì un suo rilievo nel nuovo ordinamento, ma è una distinzione cui la legge ricollega conseguenze alternative diverse e tra loro complessivamente meno divaricate rispetto all'ordinamento previgente. Ora, in linea di principio, la somministrazione di lavoro è consentita anche come forma stabile di utilizzazione della forza lavoro, salve le restrizioni disposte dal terzo comma dell'art. 20, rispetto alle quali tuttavia la contrattazione collettiva può liberamente disporre ampliamenti

¹⁰ Per un panorama comparatistico delle principali legislazioni europee su questa materia e delle loro tendenze v. M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, *Staff leasing e somministrazione professionale di manodopera in Europa: un quadro comparato*, ne *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, a cura di M. TIRABOSCHI, cit. nella nota 8, pp. 207-230. Sulla recente riforma dell'ordinamento norvegese v. ultimamente S. EVJU, *Labour-only contracting – The Norwegian Way*, in AA.VV., *Changing Industrial Relations and Modernisation of Labour Law. Liber Amicorum in Honour of Professor Marco Biagi*, a cura di R. BLANPAIN e M. WEISS, The Hague, Kluwer, 2003, pp. 113-126.

¹¹ Per la rappresentazione grafica della ragion d'essere tradizionale del divieto di interposizione (assenza di organizzazione imprenditoriale non soltanto nella fase esecutiva della prestazione dedotta in contratto, ma anche nella sua fase preparatoria) e, viceversa, della stretta analogia sostanziale tra appalto di servizi e somministrazione professionale di lavoro (presenza di organizzazione imprenditoriale, rispettivamente, nella fase esecutiva e nella fase preparatoria della prestazione dedotta in contratto), rinvio agli schemi proiettati nel corso dell'esposizione orale della mia relazione trentina sopra citata: sono pubblicati sotto il titolo *Le nuove forme del decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, III, rispettivamente p. 156 e p. 157.

anche notevoli. L'accertamento della natura genuinamente imprenditoriale dell'attività del somministratore, a differenza di quella dell'appaltatore, resta oggetto di un accertamento preventivo, cui è subordinato il rilascio dell'autorizzazione amministrativa necessaria; ma vengono temperate alcune asprezze dell'apparato sanzionatorio civilistico previgente (§ 30). Quanto alla disciplina dei rapporti di lavoro subordinato alle dipendenze di somministratore e appaltatore, spiccano per importanza la regola della parità di trattamento rispetto ai dipendenti dell'utilizzatore e quella della coobbligazione solidale tra somministratore e utilizzatore (art. 23, cc. 1° e 3°: v. *infra*, § 19), mentre i lavoratori coinvolti in un appalto di servizi godono ora soltanto di quest'ultima regola, ma non di quella della parità di trattamento (che in precedenza si applicava – insieme alla regola della coobbligazione solidale - nei casi di “appalto interno” rispetto all'azienda del committente).

Con l'art. 29 la nuova legge precisa la linea di demarcazione tra interposizione e appalto in senso stretto, raccogliendo alcune indicazioni emergenti in proposito dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale più recente, nel senso di una estensione della nozione di organizzazione aziendale, fino a ricomprendervi anche una organizzazione del tutto immateriale. Ma l'art. 84, in tema di procedure di certificazione, contiene alcune indicazioni non del tutto coerenti con quelle che emergono dall'art. 29. Il quadro che ne risulta non appare del tutto chiaro a una prima lettura; e il difetto di coordinamento tra le due norme può consentire opzioni interpretative contrapposte: fondate prevalentemente sull'art. 29 quelle tendenti ad allargare la nozione di appalto legittimo, fondate prevalentemente sull'art. 84 quelle tendenti a riaffermare la linea di confine tradizionale fra appalto e interposizione. Nel paragrafo che segue propongo un tentativo di lettura delle due norme nella quale i rispettivi contenuti si coniughino tra loro senza contraddizione, ma al tempo stesso senza che ne risulti obliterata alcuna parte del loro contenuto letterale.

3. - *La distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi*

Il primo comma dell'art. 29 esordisce richiamando il criterio classico di distinzione tra appalto e mera somministrazione di prestazioni di lavoro: elemento essenziale del tipo legale dell'appalto è l'“organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore”, cioè la natura imprenditoriale della prestazione dedotta in contratto¹². La novità sta nella precisazione immediatamente successiva, secondo cui

¹² Nel suo scritto cit. nella nota 3, R. DEL PUNTA, commentando il secondo comma dell'art. 1 della legge-delega, lett. m, n. 7, osservava condivisibilmente a questo proposito che “nel riferimento a una verifica, addirittura ‘rigorosa’, dell'esistenza di una ‘reale organizzazione di mezzi’, sembra risuonare un'accentuazione di quei profili strutturali dell'organizzazione di impresa già condensati nella c.d. presunzione legale dell'art. 1, l. n. 1369/1960, e dai quali la giurisprudenza aveva cercato di prendere le distanze, rivalutando per converso i profili organizzativi e persino immateriali dell'attività di impresa. Sarebbe dunque in vista, a sorpresa, una rimaterializzazione dell'impresa? Si tratterebbe evidentemente di un controsenso, ma esso può essere evitato ... riflettendo sul fatto che il n. 7 parla di ‘organizzazione di mezzi’ sotto l'influsso dell'art. 1655 [c.c.], ossia come indice di riconoscimento di un'impresa genuinamente appaltatrice. Ma l'art. 1655 fa rife-

la sussistenza di questo elemento essenziale può dedursi anche “dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto” nonché dalla “assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa”.

Quanto a quest’ultimo “indice” della natura imprenditoriale della prestazione dedotta in contratto, è stato già osservato da più parti come l’allocazione contrattuale del rischio d’impresa abbia sul piano pratico un valore discretivo assai modesto¹³: dove si tratti di prestazione *labour intensive*, cioè di prestazione nella quale assume scarso rilievo il capitale materiale mentre assume rilievo predominante la manodopera, il “rischio” concerne soprattutto l’eventualità di impedimenti personali al lavoro o di riduzioni della produttività dei singoli lavoratori causate da loro difetto di diligenza; ed è anche e soprattutto per liberarsi di questo rischio che il committente pattuisce con un terzo (appaltatore o somministratore) che sia lui a sopportarlo, gestendo per il meglio la manodopera. In tutti i casi di attività ad alta intensità di manodopera, dunque, il criterio del rischio di impresa è evidentemente inutilizzabile per la distinzione tra somministrazione e appalto, poiché il rischio circa la produttività dei lavoratori utilizzati è sempre collocato sul terzo e non sul committente.

Il discorso cambia in riferimento all’altro criterio indicato dal primo comma dell’art. 29: quello dell’esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei lavoratori utilizzati. Nel vigore della legge n. 1369/1960, l’insegnamento tradizionale¹⁴ – ripreso dalla dottrina più recente¹⁵ - era nel senso dell’irrelevanza del fatto che i lavoratori fossero organizzati e diretti dal fornitore piuttosto che dal committente, non costituendo l’esercizio di quel potere un elemento sufficiente per attribuire natura imprenditoriale alla prestazione promessa e svolta dal primo in favore del secondo: anche i “caporali” che forniscono manodopera bracciantile nelle campagne, o i “capi-cottimo” che forniscono manovalanza nei cantieri edili, possono organizzare e dirigere le loro squadre di operai, senza che per questo il rapporto perda i caratteri dell’interposizione vietata. Nell’ultimo ventennio, però, su questo punto sono venute registrandosi con frequenza sempre maggiore decisioni giurisprudenziali di segno opposto, in riferimento agli appalti di servizi *labour intensive* svolti da veri imprenditori: è accaduto sempre più sovente che

rimento, più precisamente, all’organizzazione dei mezzi ‘necessari’ al fine del compimento dell’opera o del servizio contrattualmente promesso. Non è detto che questi mezzi debbano essere per forza ‘macchine’ o ‘attrezzature’ ...: potrà trattarsi anche di componenti variamente ‘immateriali’, qualora l’oggetto dell’appalto lo renda necessario nonché sufficiente. Ritengo quindi che il legislatore delegato abbia tutto lo spazio che gli serve per prendere atto dell’*acquis* giurisprudenziale e per rapportarsi a una concezione ampia e moderna dell’attività di impresa”. Questo invito è stato accolto dal legislatore con la precisazione circa il possibile valore decisivo dell’esercizio del potere organizzativo e direttivo da parte del fornitore piuttosto che del committente.

¹³ Mi sia consentito rinviare in proposito, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, al mio *Il contratto di lavoro*, I, Milano, 2000, pp. 456-457.

¹⁴ V. soprattutto G. BENEDETTI, *Profili civilistici dell’interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1965, partic. pp. 1512, 1522 e *passim*.

¹⁵ Cfr. O. BONARDI, *L’utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001, pp. 37-41.

l'esercizio effettivo del potere direttivo da parte del fornitore sia stato considerato elemento o indizio sufficiente per il riconoscimento della natura imprenditoriale della sua prestazione e per la conseguente qualificazione del rapporto da lui instaurato con il committente in termini di appalto genuino¹⁶. Con il primo comma dell'art. 29, la nuova legge sembra fare proprio questo orientamento.

Qualche problema sorge a questo proposito, come si è detto sopra, dal confronto fra il primo comma dell'art. 29 e il secondo dell'art. 84 (collocato nella parte del decreto dedicata alle procedure di certificazione), che demanda al ministro del lavoro l'emanazione 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". Qui la norma richiama soltanto i due elementi essenziali tradizionali del contratto di appalto – organizzazione dei mezzi e rischio di impresa –, senza fare alcun cenno all'esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei lavoratori utilizzati come possibile tratto distintivo essenziale fra le due fattispecie. Da questo dato testuale non può, tuttavia, trarsi motivo per una interpretazione che sostanzialmente obliteri la menzione di questo elemento contenuta nel primo comma dell'art. 29; la compresenza delle due norme nello stesso provvedimento legislativo obbliga a ritenere che il legislatore abbia inteso al tempo stesso confermare, con l'art. 84, la linea di demarcazione tradizionale fra interposizione e appalto, la quale viene però reinterpretata con l'art. 29, che fornisce un criterio distintivo ulteriore per i casi – sempre più diffusi - nei quali l'"organizzazione" necessaria per lo svolgimento del servizio ha carattere marcatamente immateriale, essendo essenzialmente organizzazione di persone e non di mezzi materiali (immobili, impianti, macchine, ecc.).

Questa lettura congiunta dell'art. 29 e dell'art. 84 porta a un risultato pratico sostanzialmente conforme all'orientamento giurisprudenziale prevalente, affermatosi nell'ultimo decennio di applicazione della vecchia legge. All'esercizio del potere direttivo da parte del fornitore i giudici del lavoro non attribuivano rilievo decisivo in casi nei quali la prestazione richiedesse, ad esempio, macchinari, mezzi di trasporto o strutture di ingente valore economico, ma soltanto in casi nei quali la prestazione – pur svolta da una vera impresa - richiedesse prevalentemente o esclusivamente l'impiego di manodopera, consistendo, ad esempio, nell'esecuzione di lavori di manutenzione di macchinari del committente, di pulizia, di vigilanza o custodia: il carattere imprenditoriale della prestazione si configura anche soltanto

¹⁶ V. in questo senso Cass. 21 maggio 1998 n. 5087, *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 252, con nota di M.T. CARINCI, *La distinzione fra interposizione di manodopera e appalto di servizi, quando questi non richiedano una rilevante strumentazione materiale*; Cass. 9 aprile 1999 n. 4502, *Dir. prat. lav.*, 1999, p. 1937; e ultimamente, con motivazione assai elaborata, Cass. 29 agosto 2003 n. 12664, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, fasc. 4, della quale ampi stralci possono leggersi nelle note 21 e 23. In dottrina v., nello stesso senso, R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, cit. nella nota 3, partic. pp. 175-181.

nell'organizzazione delle risorse umane¹⁷. In aderenza a quell'orientamento giurisprudenziale, al quale il legislatore del 2003 si è sicuramente ispirato, deve ritenersi che il criterio dell'esercizio effettivo del potere di direzione e organizzazione della manodopera assuma valore decisivo soltanto nel caso della fornitura di servizi ad alta intensità di lavoro e non in quello della fornitura di servizi ad alta intensità di capitale: in quest'ultimo caso conserva valore decisivo il fatto che il capitale materiale necessario sia fornito e organizzato a proprio rischio dal committente piuttosto che dal fornitore.

Viene meno la presunzione del carattere meramente interpositorio del contratto posta in precedenza dall'art. 1, c. 3°, della legge n. 1369/1960, in riferimento al caso in cui "l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante". Ciò non toglie che il giudice possa, nei casi di questo genere, risolvere il problema pratico facendo ricorso alle figure generali della simulazione e/o dell'intendimento fraudolento comune alle parti del contratto. È noto, del resto, come quella presunzione fosse stata notevolmente depotenziata dalla giurisprudenza dell'ultimo ventennio, che tendeva a escludere l'applicabilità di quella presunzione in tutti i casi in cui capitali, macchine e attrezzature forniti dal committente svolgessero una funzione di modesto peso nell'economia del rapporto.

4. Segue. La concorrente possibilità di svolgimento delle stesse attività nella vecchia forma dell'appalto di servizi o nella nuova dello staff leasing. Le difficoltà di decollo di quest'ultima in conseguenza della parziale deregolazione della prima

Nella mia relazione trentina osservavo come già nel corso della discussione parlamentare dei progetti di legge dai quali sarebbe nata la l. n. 1369/1960 fosse emersa la consapevolezza del legislatore circa il rischio che il divieto drastico di ogni rapporto interpositorio travolgesse anche interi settori di attività di notevole rilievo economico e di per sé non socialmente pericolose, quali quelle di pulizia, facchinaggio, manutenzione ordinaria o straordinaria, e numerose altre. Fu proprio per far salva la possibilità di affidare a imprese terze lo svolgimento di tali attività, senza tuttavia intaccare l'assolutezza formale del divieto di interposizione sancito dall'art. 1, che il legislatore del 1960 fece ricorso all'*escamotage* di menzionare quelle attività nell'art. 3, c. 2°, o nell'art. 5, come possibile oggetto di appalto genuino e legittimo; e il relativo elenco venne allungandosi nel corso dell'*iter* parlamentare della legge, via via che venivano presentati e approvati gli emendamenti sollecitati dalle varie categorie interessate. Gli artt. 3 e 5 erano venuti così configurandosi come una sorta di interpretazione autentica dell'art. 1, nel senso della

¹⁷ P. ALLEVA sintetizza incisivamente quanto polemicamente il nuovo corso così: "in sintesi, la distinzione è tra fornitura di lavoro 'da organizzare' e fornitura di lavoro 'organizzato'": *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, testo dattiloscritto di una comunicazione presentata al seminario organizzato dalla Cgil a Roma il 3 ottobre 2003.

esclusione dal divieto - e ricomprensione *ope legis* nella nozione di appalto genuino - anche di contratti che avessero per oggetto prestazioni ad alta o altissima intensità di manodopera¹⁸. La giurisprudenza più recente sull'esercizio del potere direttivo da parte del fornitore del servizio come possibile criterio decisivo per la qualificazione del rapporto in termini di appalto si è fondata anche su questo argomento¹⁹. In proposito assumeva peraltro rilievo, in via analogica, anche la giurisprudenza più recente in tema di trasferimento di azienda, secondo la quale resta decisivo il dato relativo all'organizzazione produttiva materiale quando si tratti di attività imprenditoriale ad alta intensità di capitale²⁰.

Ora, nel terzo comma dell'art. 20 del decreto del 2003, il legislatore sembra compiere l'operazione inversa, menzionando numerose tra quelle attività - talvolta con espressioni letteralmente identiche a quelle usate nell'art. 5 della legge del 1960 - nell'elenco dei casi nei quali è ammessa per legge la somministrazione di manodopera a tempo indeterminato (v. *infra*, § 8). L'intendimento del legislatore di porsi in sintonia con la giurisprudenza più recente su questa materia, manifestato dal primo comma dell'art. 29 di cui si è detto poc'anzi, consente comunque di escludere che con il terzo comma dell'art. 20 si sia voluto escludere quelle attività *labour intensive* dal novero dei possibili oggetti di un genuino appalto di servizi. Con la nuova norma si è inteso soltanto consentire - non imporre - lo svolgimento in forma di *staff leasing* di servizi di consulenza informatica, caricamento informatico di dati, pulizia, custodia, portineria, trasporto, indagini di mercato, *call centre*, lavorazioni in fasi successive nel settore edile e in quello cantieristico, ecc., i quali tutti ben possono altrimenti continuare a essere svolti nella forma dell'appalto, come nell'esperienza passata²¹.

¹⁸ Ho ripreso e sviluppato il contenuto della relazione trentina su questo punto ne *Il contratto di lavoro*, I, cit. nella nota 13, pp. 411-415. Sul punto v. ora anche L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, ed. provv., Trento, 2003, p. 29.

¹⁹ V. soprattutto Cass. n. 12664/2003, cit. nella nota 16: "la tipologia degli appalti, vietati oppure consentiti, dalla legge 23 ottobre 1960 n. 1369 si desume non solo dall'art. 1, commi 1 e 3, ... ma anche dagli artt. 3 e 5, i quali, nel dettare la disciplina degli appalti leciti, forniscono utili criteri tipologici interpretativi di quelli illeciti. L'art. 3 non è dunque una norma derogatoria del principio generale dell'art. 1, ma nel momento in cui rafforza la tutela dei dipendenti dell'appaltatore negli appalti leciti, indirettamente delimita il perimetro di quelli illeciti. In particolare, dal carattere esemplificativo ... dei servizi menzionati ... e in relazione alla tecnologia prevalentemente manuale di tali servizi al tempo dell'emanazione della legge, si desume la liceità degli appalti di servizi espletabili prevalentemente con mera attività manuale o personale. ... In tali ipotesi, l'attività lecita dell'appaltatore risiede nella mera organizzazione della forza lavoro per lo svolgimento di mansioni puramente manuali, unitamente alla fornitura di una professionalità specifica che, in un mondo produttivo sempre più complesso, sofisticato e concorrenziale, può consistere anche nella capacità di gestione di tali attività apparentemente elementari, ma che richiedono conoscenza approfondita delle modalità operative, esperienza del mercato, degli strumenti anche di consumo eventualmente necessari (come negli appalti di pulizia), e ormai, quasi universalmente, supporti informatici di gestione".

²⁰ Torneremo sul punto nel § 33, trattando del terzo comma dell'art. 29. V. *ivi* particolarmente, cit. nella nota 76, C. Giust. 25 gennaio 2001 nella causa C-172/99, secondo la quale "In un settore come quello del trasporto pubblico di linea con autobus, ove gli elementi materiali contribuiscono in maniera importante all'esercizio dell'attività, la assenza di cessione da parte del vecchio al nuovo appaltatore, ad un livello significativo, di tali elementi che sono indispensabili al buon funzionamento dell'entità in questione, deve condurre a ritenere che quest'ultima non mantiene la propria identità". In senso conforme v. ultimamente Cass. 20 settembre 2003 n. 13949, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2004.

²¹ Cfr. l'osservazione critica che si legge in proposito nel commento della CGIL (*Le norme attuative della legge 30*, Suppl. a *Rass. Sind.*, ottobre 2003, p. 5): "esistono consolidate pratiche contrattuali che si sono misurate con le caratteristiche di

La distinzione teorica tra i due contratti, in questa zona di confine, continua a risiedere nella differenza concettuale tra la fornitura di una mera prestazione lavorativa (ad esempio: l'attività degli addetti alla pulizia di un immobile) e il conseguimento di un risultato compiuto (ad esempio: l'immobile pulito)²². Ma, sul piano pratico, in tutti i casi nei quali le prestazioni di lavoro assumono peso predominante nell'economia del rapporto fra fornitore e committente, la qualificazione della fattispecie tenderà sempre più diffusamente a fondarsi sull'esercizio effettivo del potere di direzione e organizzazione del lavoro: proprio la lettura combinata del terzo comma dell'art. 20 e del primo dell'art. 29 consente di qualificare in questi casi il rapporto come contratto di somministrazione di lavoro, con conseguente applicazione delle relative restrizioni soggettive e della disciplina speciale di cui agli artt. 22-28, oppure come contratto di appalto di servizio, a seconda che il potere direttivo e organizzativo sui lavoratori sia esercitato, rispettivamente, dall'utilizzatore o dal fornitore.

Quanto alla disciplina del rapporto, l'innovazione più rilevante sul piano pratico, di cui si è già fatto cenno nel paragrafo precedente, consiste nell'esenzione dell'appalto "interno" all'azienda del committente dalle regole – fino a ieri impostegli dall'art. 3 della legge n. 1369/1960 - della parità di trattamento e della corresponsabilità solidale del committente, che ora si applicano entrambe nel caso di somministrazione (v. *infra*, § 19), mentre la (sola) regola della corresponsabilità solidale si applica ora agli appalti di servizi, senza distinzione fra appalti esterni e interni rispetto all'azienda del committente (v. *infra*, § 32). Il somministratore sopporta l'onere aggiuntivo del contributo per la formazione professionale, di cui all'art. 12 (v. *infra*, § 28), che non grava sull'appaltatore. Per converso, il somministratore di lavoro è esentato dagli oneri procedurali per i licenziamenti collettivi (v. *infra*, § 23) e dall'obbligo di riservare posti in organico ai portatori di handicap (v. *infra*, § 27); e il quinto comma dell'art. 22 esclude 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" (v. ancora §

questi settori ..., per cui non si comprende, al di là del segno ideologico delle norme, il senso di un intervento così radicale del legislatore". Ma sul piano pratico, dal punto di vista del lavoratore interessato, l'effetto più rilevante della riforma non consiste nella possibilità di ricorso al tipo legale della somministrazione di lavoro, bensì nell'esclusione degli "appalti interni" dal campo di applicazione delle regole della parità di trattamento e della coobbligazione solidale del committente per i debiti retributivi e contributivi.

²² Cfr. ancora Cass. n. 12664/2003, cit. nella nota 16: "la appaltabilità di servizi a prevalente prestazione personale ... fa emergere, quale criterio di liceità, l'autonomia gestionale dell'appaltatore che si esplica non nella determinazione delle caratteristiche del prodotto, riservata al committente, ma ... nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro (Cass. 2014/1996). Ma tale criterio evidentemente soggettivo ... si coniuga con un criterio oggettivo, perché l'autonomia gestionale può esplicarsi solo in relazione a mansioni appaltate suscettibili di costituire un servizio in sé compiuto e autonomo ... In altre parole ancora, perché si abbia appalto lecito, occorre che l'intervento direttamente dispositivo e di controllo delle strutture gerarchiche dell'appaltante si esplichino sulla attività dell'appaltatore e non sulle persone da questo dipendenti. Come già statuito da questa Corte, l'appalto illecito ... si verifica quando l'intera gestione dei rapporti di lavoro sia stata completamente affidata all'impresa appaltante (Cass. 4046/1999)".

27), così pareggiando per questo aspetto gli effetti del ricorso alla somministrazione rispetto a quelli del ricorso all'appalto di servizi.

A conclusione della mia relazione trentina proponevo di applicare le due regole della parità di trattamento e della corresponsabilità solidale in tutti i casi di segmentazione del processo produttivo nei quali il fornitore operasse in posizione di sostanziale dipendenza economica dal committente²³, sdrammatizzando così la distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro: ciò sul presupposto che è soprattutto la posizione di dipendenza economica del fornitore dal committente a far sorgere un'esigenza di protezione speciale dei lavoratori coinvolti, essendo invece irrilevante, per questo aspetto, che oggetto della fornitura siano servizi (appalto) o mere prestazioni di lavoro (somministrazione). Nel corso dei lavori preparatori del decreto è invece prevalsa la scelta di conservare la vecchia linea di differenziazione della tutela, coincidente con la linea di confine tra appalto e somministrazione di lavoro, spostando la vecchia protezione speciale dell'appalto "interno" nell'area della somministrazione ed esentando l'appalto dalla regola della parità di trattamento. D'altra parte, nell'area dei servizi ad alta intensità di manodopera è ora possibile compiere la scelta dell'appalto in condizioni di maggiore certezza della relativa qualificazione rispetto al regime previgente, essendo codificato nell'art. 29 che per la qualificazione in termini di appalto basta l'esercizio del potere direttivo e organizzativo da parte del fornitore sui dipendenti utilizzati nel servizio (v. § 3).

Ne risulta, nelle situazioni nelle quali il committente ha di fatto la possibilità di scegliere in sostanziale libertà tra il ricorso all'appalto di servizi ad alta intensità di manodopera e il ricorso alla somministrazione di lavoro, un quadro di convenienze squilibrato a favore dell'appalto quando committente è un'impresa di grandi dimensioni, che corrisponde ai propri dipendenti premi di produzione rilevanti o comunque retribuzioni nettamente superiori rispetto agli standard minimi; squilibrato, invece, a favore della somministrazione di lavoro quando committente è un'impresa di piccole dimensioni, con livelli retributivi pari o vicini agli standard minimi e soprattutto se collocata appena al di sotto della soglia dei quindici dipendenti e interessata a utilizzare forza-lavoro aggiuntiva senza con questo assoggettarsi alla disciplina più severa dei licenziamenti e alla riserva di quote di organico ai portatori di handicap²⁴.

Un altro spazio effettivo rilevante che sembra aprirsi allo *staff leasing* è quello dei gruppi di imprese, nei quali a una società-figlia può essere affidato il compito della gestione del personale in favore

²³ Nel testo legislativo inviato a Michele Tiraboschi nell'aprile scorso (v. § 1) avevo proposto di definire come condizione di indipendenza economica quella nella quale "il fornitore operi professionalmente per una pluralità di committenti, in modo tale che i compensi complessivamente pagatigli da ciascuno di questi non superi, in ciascun semestre, il quarto del totale dei compensi conseguiti dal fornitore stesso per tale attività; a tal fine si considera in ogni caso come pagato nel semestre il compenso relativo alla prestazione svolta nel semestre stesso".

²⁴ Sul punto v. invece L. CORAZZA, "Contractual integration" e rapporti di lavoro, cit. nella nota 18, secondo la quale "è difficile ... trovare ragioni economiche significative che possano far ritenere all'imprenditore più conveniente ricorrere

delle altre società collegate, con vantaggi evidenti per il gruppo stesso in termini di maggiore mobilità delle risorse umane al suo interno, ma anche per i lavoratori, la cui stabilità è in questo modo garantita dall'intera struttura operativa del gruppo e non soltanto da quella della singola impresa da cui essi dipendono (torneremo sul punto nei §§ 23 e 24).

5. – *Restrizioni soggettive. Chi può ricevere la somministrazione di lavoro*

Dal lato dell'utilizzatore, il contratto di somministrazione può essere stipulato da qualsiasi soggetto privato, imprenditore o no, a qualsiasi settore produttivo egli appartenga (art. 20, 1° c.). Cadono pertanto le esclusioni disposte in precedenza dalla legge n. 196/1997 per i settori dell'edilizia e dell'agricoltura.

Quanto agli enti pubblici, il secondo comma dell'art. 1 ("Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni") avrebbe potuto far pensare a un divieto nei loro confronti di ricorso alla somministrazione di lavoro, anche a tempo determinato, in contrasto con la possibilità di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo che invece era data agli enti stessi dall'ordinamento previgente. È il nono comma dell'art. 86 a impedire questa possibile interpretazione dell'art. 1, stabilendo esplicitamente che

- agli enti pubblici è consentito il ricorso alla somministrazione a tempo determinato, con applicazione integrale della relativa nuova disciplina;
- agli enti pubblici è invece vietato il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (nei loro confronti "la disciplina della somministrazione trova applicazione soltanto per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato");
- tuttavia, nel caso di ricorso indebito alla somministrazione di lavoro, a tempo determinato o indeterminato, non si applica la sanzione della costituzione *ope legis* del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'ente pubblico utilizzatore, di cui al primo comma dell'art. 27.²⁵

6. – *Segue. Chi può somministrare lavoro*

Dal lato del fornitore, il contratto di somministrazione può essere stipulato soltanto dalle agenzie a ciò autorizzate - provvisoriamente o, dopo i primi due anni di esercizio, definitivamente - a norma degli artt. 4 e 5, mediante iscrizione nella prima o nella seconda sezione dell'apposito albo istituito presso il ministero del lavoro: la prima sezione riservata alle agenzie abilitate a svolgere tutte le attività di somministrazione di cui all'art. 20, a tempo determinato o indeterminato; la seconda riservata a quelle specia-

alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, rispetto all'appalto di servizi, il quale, nella nuova disciplina, non contiene limiti quanto all'abbattimento dei costi di lavoro" (p. 224).

²⁵ V. in proposito il commento di C. ZOLI al secondo comma dell'art. 1.

lizzate e quindi abilitate soltanto per lo svolgimento di una delle attività di somministrazione di cui al terzo comma dello stesso art. 20 (v. in proposito il commento all'art. 4)²⁶.

A norma dell'art. 5, l'attività di somministrazione può essere svolta legittimamente soltanto da società di capitali, cooperative o consorzi di cooperative (c. 1°, lett. *a*), con capitale versato - o, per le cooperative, disponibilità di capitale e riserve indivisibili - non inferiore a 600.000 euro. È inoltre necessaria la costituzione presso un istituto di credito di un deposito cauzionale di almeno 350.000 euro, a garanzia dei crediti dei lavoratori impiegati: requisito che dopo i primi due anni di attività si converte in quello di una fideiussione bancaria o assicurativa non inferiore alla somma predetta e non inferiore al 5 per cento del fatturato dell'anno precedente (c.2°, lett. *c*). L'entità minima del deposito cauzionale e della fideiussione si riduce a 200.000 euro per le agenzie specializzate, iscritte alla seconda sezione dell'albo (c. 3°, lett. *b*).

Quando a operare sia una cooperativa, essa deve essere composta da non meno di 60 soci “e tra di essi, come socio sovventore, almeno un fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, di cui agli articoli 11 e 12 della legge 31 gennaio 1992 n. 59” (c. 2°, lett. *e*). Il numero minimo dei soci si riduce a 20 per le agenzie specializzate, iscritte alla seconda sezione dell'albo (c. 3°, lett. *d*).

Per l'iscrizione alla prima sezione dell'albo, in funzione dello svolgimento di attività di somministrazione non limitata a un settore specifico, a norma della lett. *b* del secondo comma è in ogni caso necessaria “la garanzia che l'attività interessi un ambito distribuito sull'intero territorio nazionale e comunque non inferiore a quattro regioni”.

La nuova disciplina si applica immediatamente per le agenzie costituite dopo l'entrata in vigore del decreto, o che comunque incomincino a operare dopo quella data. Per quelle già operanti nel vecchio regime continua invece ad applicarsi la normativa legislativa e regolamentare previgente, fino all'emanazione della “disciplina transitoria e di raccordo” contenuta in apposito decreto del ministro del lavoro.

In forza del settimo comma dell'art. 13, le agenzie autorizzate a norma dell'art. 4 possono esercitare l'attività di somministrazione di lavoro – in funzione della promozione dell'inserimento o reinserimento al lavoro di persone svantaggiate – in collaborazione con organizzazioni diverse, appositamente

²⁶ L'art. 4, c. 1°, lett. *b*, prevede una sezione apposita per le “agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato abilitate a svolgere *esclusivamente* una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da *a* a *h*” (c.m.), dove l'avverbio “esclusivamente” deve a mio avviso intendersi usato al fine di limitare a un solo settore l'attività di somministrazione dell'agenzia, non al fine di escludere la possibilità di svolgimento di attività diverse, quale in particolare quella di collocamento di manodopera.

costituite “ai sensi delle normative regionali in convenzione con le agenzie autorizzate”²⁷. Sul campo di applicazione di questa disposizione e le modalità speciali di svolgimento del rapporto torneremo nel § 8.

7. – Restrizioni oggettive. Il filtro diverso istituito dalla legge per il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato e a tempo determinato. Questioni di compatibilità della soluzione adottata con il contenuto della delega legislativa

Per la delimitazione dell’attività di somministrazione a tempo indeterminato, con il terzo comma dell’art. 20 il legislatore ha adottato la stessa tecnica della casistica tassativa ampliabile ad opera della contrattazione collettiva (v. *infra*, § 8), che era stata sperimentata in passato con la legge n. 230/1962, poi abbandonata con il d.lgs. n. 368/2001, per il contratto a termine. Per la somministrazione a tempo determinato, invece, il quarto comma dell’art. 20 ricalca esattamente la clausola generica delle “ragioni” giustificanti, ora vigente per i contratti a termine a norma dell’art. 1 del d.lgs. 368/2001. Questa duplice scelta, in riferimento alle due fattispecie di somministrazione, pone alcuni problemi di conformità al contenuto della delega legislativa.

L’art. 1, c. 2°, lett. *m*, n. 2, della legge 14 febbraio 2003 n. 30 prevedeva l’emanazione di una normativa che subordinasse l’ammissibilità della somministrazione di manodopera, a tempo determinato o indeterminato, alla sussistenza di “ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, individuate dalla legge o dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative”. La norma pareva inequivoca nel porre il requisito di una giustificazione *per la scelta di ricorrere alla somministrazione di lavoro*, fosse esso stabile o temporaneo²⁸. Senonché, come ho già osservato (§ 1), è difficilissimo, se non impossibile, individuare un criterio praticabile ai fini del controllo giudiziale sulla “ragione” addotta per giustificare il ricorso alla somministrazione di lavoro stabile²⁹; non si vede, infatti, quale mai “ragione” o causa possa essere allegata dall’imprenditore interessato, se non quella di un suo difetto di capacità o volontà di occuparsi della gestione del personale “commissionato” all’agenzia specializzata, oppure - ma è la stessa cosa detta con al-

²⁷ V. in proposito il commento di ** ***** all’art. 13.

²⁸ Salvo – nell’ordine di idee proposto da A. TURSI: v. nota 7 - interpretare la norma delegante nel senso che essa abbia inteso, sì, consentire anche il contratto di somministrazione a tempo indeterminato, ma soltanto in quanto avente per oggetto una serie di forniture di lavoro temporaneo, ciascuna delle quali sorretta da adeguata “ragione”: v. in questo senso anche G. SUPPIEJ, *La nuova disciplina del mercato del lavoro*, in *Guida Lav.*, 2003, n. 10, p. 25: “è anche possibile che l’innovazione sia interpretata non come autorizzativa dello *staff leasing*, bensì come autorizzazione alla configurazione a tempo indeterminato, non del rapporto fra lavoratore e impresa utilizzatrice, ma soltanto di quello fra le due imprese: ciò che imporrebbe una scissione del contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo dal contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, cioè comunque una ricostruzione del rapporto trilaterale in questione in termini completamente diversi da quelli fin qui realizzabili in base alle norme originarie della legge n. 196/1997”. Questa interpretazione si porrebbe però in contrasto stridente con l’intendimento esplicitamente e ripetutamente dichiarato dal legislatore delegante (v. la relazione introduttiva al disegno di legge n. 848 e gli atti parlamentari relativi).

tre parole – quella di un risparmio di costi di gestione: “ragione”, questa, di fronte alla quale il giudice, stante l’insindacabilità delle scelte gestionali dell’imprenditore, non avrebbe alcun criterio di valutazione praticabile.

Una volta che la somministrazione di lavoro stabile – ovvero l’affidamento a terzi della funzione di reperimento e gestione del personale - sia stata considerata in sé compatibile con i principi generali del nostro ordinamento, richiedere una sua giustificazione costituirebbe un’opzione in tutto e per tutto analoga a quella di richiedere una giustificazione per l’affidamento a terzi di qualsiasi altra funzione aziendale mediante un appalto di servizi: ciò che comporterebbe un controllo giudiziale sulle scelte strategiche di gestione dell’impresa, oggi generalmente considerato inammissibile. O si stabilisce che quella forma dell’organizzazione del lavoro sia vietata, oppure, se si ritiene di consentirla - nella generalità dei casi, oppure in settori determinati - logica vuole che l’imprenditore sia lasciato libero nella scelta di avvalersene: poiché non è ipotizzabile alcun altro criterio di verifica della bontà di quella scelta che non sia quello della sua profittabilità per l’impresa, non ha alcun senso che il giudice si sostituisca all’imprenditore in quella valutazione. È questo il motivo per cui il legislatore delegato, all’esito di una travagliata valutazione delle soluzioni possibili³⁰, si è orientato a sopprimere, nel terzo comma dell’art. 20, la previsione del controllo sulle “ragioni” di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato, conservando soltanto la delimitazione del novero delle attività che possono essere oggetto di quel contratto³¹: opzione che evita opportunamente la contraddizione altrimenti inevitabile tra sindacato del giudice sulle “ragioni” adottate dal committente e principio di insindacabilità delle scelte gestionali imprenditoriali. Ma in questo modo la norma delegata fuoriesce - per una parte non secondaria - dal solco tracciato dalla norma delegante.

Questo scostamento è stato apparentemente evitato nella disciplina relativa alla somministrazione di lavoro a termine (art. 20, quarto comma), dove, a differenza della somministrazione a tempo indeter-

²⁹ Intendendosi qui la “ragione” riferita al ricorso al contratto di somministrazione *di lavoro stabile*, non all’ipotetico contratto a tempo indeterminato di somministrazione *di lavoro temporaneo*: v. ancora in proposito nota 7.

³⁰ Il requisito delle “ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo”, come limitazione oggettiva distinta rispetto a quella consistente nell’elencazione tassativa dei settori nei quali la somministrazione a tempo indeterminato avrebbe potuto legittimamente svolgersi, figurava ancora in una bozza del decreto datata 23 aprile 2003 (art. 29, c. 3°). Di quel requisito resta inoltre traccia – nel testo definitivo del decreto - nel primo comma dell’art. 21, lett. c, sulla forma del contratto, e nell’ultimo comma dell’art. 27, che detta i criteri del controllo giudiziale “delle ragioni di cui all’articolo 20, commi 3 e 4”. Il requisito delle “ragioni” giustificatrici figurava dunque ancora, tra i “filtri” predisposti per la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, nelle ultime versioni del testo legislativo; e al momento della sua soppressione, *in extremis*, è mancata la correzione corrispondente negli artt. 21 e 27.

³¹ Potrebbe obiettarsi che la menzione nell’art. 21, 1° c., lett. c, de “i casi e le ragioni ... di cui ai commi 3 e 4 dell’art. 20” tra le indicazioni che devono essere obbligatoriamente contenute nel contratto di somministrazione comporta la sopravvivenza del requisito della ragione giustificativa, nonostante la soppressione della relativa menzione nel terzo comma dell’art. 20. Senonché questa lettura dell’art. 21 comporterebbe che venisse disattesa la volontà inequivocamente manifestata dal legislatore con la formulazione dell’art. 20. Della lettera c del primo comma dell’art. 21 può e deve essere data l’interpretazione – perfettamente compatibile con il suo contenuto letterale – che meglio corrisponde alla volontà manife-

minato, cade ogni delimitazione circa le attività o i settori produttivi nei quali il contratto può essere legittimamente stipulato, mentre viene posto il requisito della giustificazione da parte del committente, mediante un'espressione identica a quella contenuta nella norma delegante. Torneremo nel § 9 sulle questioni che l'interpretazione e l'applicazione di questa norma sollevano; ma va subito rilevato che qui una trasgressione dei limiti della delega è ravvisabile nell'indeterminatezza delle "ragioni" a cui la norma fa riferimento, in contrasto con la previsione, nell'art. 1, 2° c., lett. m, n. 2 della legge n. 14/2003, di una tipizzazione legislativa o collettiva dei possibili motivi di ricorso alla somministrazione a termine. Un'ulteriore questione circa la conformità del quarto comma dell'art. 20 rispetto ai limiti della delega verrà essa pure esaminata nel § 9.

Un'interpretazione rigorosa della norma delegante porterebbe dunque a ravvisarne la violazione, per un verso o per l'altro, in entrambe le norme delegate: sia in quella sulla somministrazione a tempo indeterminato, sia in quella sulla somministrazione a termine. Per escludere il contrasto occorrerebbe leggere nella norma delegante due distinti precetti, all'incirca di questo contenuto: "la somministrazione di *lavoro stabile* è ammessa soltanto per lo svolgimento delle attività individuate dalla legge o dai contratti collettivi ecc.; la somministrazione di *lavoro temporaneo* è ammessa per la soddisfazione di 'ragioni', ovvero apprezzabili esigenze tecnico-produttive dell'utilizzatore, quali che esse siano". Poiché nessuna delle due proposizioni normative appare compatibile con il tenore letterale della norma, dovrebbe trarsene, a mio avviso, la conclusione della illegittimità di entrambe le norme – commi terzo e quarto dell'art. 20 - emanate dal legislatore delegato.

Va però considerato che – come si è visto sopra - l'art. 1, c. 2°, lett. m, n. 2, della legge n. 30/2003, con la previsione del requisito delle "ragioni" giustificative del ricorso alla somministrazione, a tempo determinato o indeterminato, postulava il controllo giudiziale su di una scelta non suscettibile di valutazione, nel caso della somministrazione di lavoro stabile, se non alla stregua del criterio della profittabilità aziendale: quale altra ragione più precisa può mai addursi per la scelta di affidare a terzi il reperimento e la gestione delle risorse umane necessarie all'azienda, se non quella di un minor costo per l'azienda utilizzatrice? D'altra parte, se l'unico criterio concretamente applicabile è quello della profittabilità aziendale, deve ritenersi che esso sia soddisfatto in tutti i casi in cui l'imprenditore ricorre alla somministrazione, poiché egli non compirebbe certo questa scelta se non la ritenesse economicamente conveniente. Un'alternativa al giudizio di illegittimità del terzo comma dell'art. 20 (in materia di somministrazione di *lavoro stabile*) potrebbe dunque essere quella di ritenere non vincolante per il legislatore delegato la parte della norma delegante intrinsecamente illogica, ovvero non attuabile se non col subordinare la validità del contratto a un requisito privo di senso, o contrario al principio costituzionale della

stata dal legislatore nell'art. 20: l'espressione "i casi e le ragioni ... di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20" ben può essere

libertà di iniziativa economica come oggi interpretato e applicato in riferimento a materie affini. In questo ordine di idee, si può salvare la norma delegata considerandola come la disposizione dotata di contenuto pratico apprezzabile più vicino al dettato della norma delegante, tra tutte quelle che si possano ragionevolmente immaginare.

Quanto al comma successivo (il quarto: somministrazione di lavoro a termine), il discorso è diverso perché qui invece possono ipotizzarsi delle “ragioni” specifiche idonee a giustificare la scelta della somministrazione invece che dell’ingaggio diretto dei lavoratori temporanei, diverse dalla pura e semplice rinuncia dell’imprenditore a occuparsi del reperimento, selezione e gestione del personale: possono infatti giustificare il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo la difficoltà di reperimento in tempo utile della manodopera corrispondente alle esigenze, o la difficoltà di ammortamento dei costi di selezione e stipulazione dei relativi contratti di lavoro nel breve tempo durante il quale il rapporto si svolge. Il difetto, nel decreto, di specificazione di tali ragioni da parte della legge e il mancato rinvio alla contrattazione collettiva configurano dunque altrettanti profili di illegittimità della norma delegata che mi paiono difficilmente superabili.

8. - I casi in cui è consentito somministrare lavoro a tempo indeterminato. I programmi speciali per l’inserimento lavorativo dei soggetti svantaggiati.

Si è già visto (nel § 4) come l’elenco dei casi di somministrazione lecita contenuto nel terzo comma dell’art. 20 ricalchi in parte, con qualche accorpamento e qualche variazione lessicale pressoché insignificante, quello precedentemente contenuto nell’art. 5 della legge n. 1369/1960: mi riferisco in particolare alle lettere *b*, *c* e *h* della nuova norma, cui corrispondono le lettere *a*, *b*, *d*, *e* e *g* della vecchia. Queste le attività espressamente considerate dal legislatore del 2003, secondo l’ordine - non del tutto perspicuo - con cui esse sono menzionate nel terzo comma dell’art. 20:

- a)* servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, ivi compresa l’attività di caricamento dati (c.d. *data entry*);
- b)* servizi di pulizia, custodia, portineria;
- c)* servizi di trasporto di persone e merci;
- d)* gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, servizi di economato;
- e)* ricerca, selezione e gestione di personale, nonché altre attività di gestione aziendale menzionate in forma molto generica;

f) ricerche e analisi di mercato e, più in generale, “organizzazione della funzione commerciale” (espressione che sembra comprendere tutte le funzioni direttive inerenti alla commercializzazione di beni o servizi);

g) gestione di *call centres*; avvio di nuove iniziative imprenditoriali in zone svantaggiate del Centro-Sud individuate come “Obiettivo 1” nel regolamento comunitario 21 giugno 1999 n. 1260;

h) “costruzioni edilizie all’interno degli stabilimenti”, “installazioni o smontaggio di impianti e macchinari”, attività svolte in cantieri edili o navali “le quali richiedano più fasi successive di lavorazione [e] l’impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell’impresa”.

In riferimento a ciascuna delle attività menzionate nel nuovo elenco, sia essa ripresa o no dall’elenco contenuto nella legge del 1960, deve comunque ritenersi che essa possa tuttora costituire oggetto non soltanto di un contratto di somministrazione di lavoro, ma anche di un contratto di appalto. In altre parole, dall’abrogazione della vecchia norma che sanciva la configurabilità di un appalto legittimo avente per oggetto attività dello stesso tipo non può ragionevolmente dedursi alcuno spostamento della linea di confine tra appalto e somministrazione.

Delle attività menzionate dalla legge del 1960 mancano logicamente all’appello quelle a carattere occasionale o “non continuativo”, per le quali non avrebbe senso prevedere una somministrazione di lavoro a tempo indeterminato. Nell’elenco del terzo comma dell’art. 20 mancano inoltre: le “attività di esecuzione, installazione e lettura di contatori, manutenzione di reti di distribuzione e di trasporto, allacciamenti ecc.” di cui al secondo comma dell’abrogato art. 3; i servizi di manutenzione straordinaria³², di cui alla lettera *c* dell’abrogato art. 5; i lavori di facchinaggio, di cui alla lettera *g*³³; la gestione dei posti telefonici pubblici, di cui alla lettera *h*. Queste potranno continuare a costituire oggetto di contratti di appalto, ovviamente a condizione che quella dedotta in contratto possa considerarsi come prestazione di natura imprenditoriale secondo i criteri indicati nell’art. 29 (v. § 3); e, poiché si tratta di attività ad alta intensità di manodopera, il criterio decisivo sarà sempre quello dell’esercizio effettivo da parte dell’appaltatore del potere organizzativo e direttivo. Le stesse attività non potranno invece essere oggetto di un contratto di somministrazione di lavoro regolare, salvo che questa possibilità non venga introdotta dalla contrattazione collettiva.

A norma della lettera *i* del terzo comma dell’art. 20, alle attività nelle quali la legge ammette il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato possono esserne aggiunte altre dai contratti collettivi

³² Esclusione espressamente voluta dal legislatore: nel decreto è stata infatti soppressa la menzione dei “lavori di ... manutenzione di impianti, macchine o attrezzature” che compariva ancora nella bozza del 23 aprile 2003, art. 29, 5° c., lett. *a*.

³³ Anche questa esclusione è stata espressamente voluta: nel decreto è stata soppressa la menzione dei “lavori di facchinaggio” che compariva ancora nella bozza del 23 aprile 2003, art. 29, 5° c., lett. *a*. Rispetto a quella bozza, nel terzo

nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative. Poiché nella norma compare, a questo proposito, l'espressione "altri casi", deve ritenersi che i contratti collettivi possano individuare non soltanto altre attività suscettibili di costituire oggetto del contratto di somministrazione, ma anche circostanze particolari nelle quali al contratto stesso può farsi ricorso, nell'ambito della categoria interessata.

Un'altra questione che si pone in riferimento alla lettera *i* del terzo comma è se l'espressione "contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative", dove il termine associazioni compare al plurale, implichi la necessità che la pattuizione collettiva di ampliamento delle possibilità di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato sia sottoscritta da almeno due di quelle associazioni. A sostegno di questa lettura si può osservare che il legislatore, se avesse inteso ammettere anche la pattuizione sottoscritta da una sola associazione sindacale, avrebbe usato l'espressione "almeno una associazione", al singolare; si può inoltre osservare che, poiché in questo caso la norma assegna al contratto collettivo la funzione di fonte-fatto di diritto oggettivo (v. sul punto § 12), appare preferibile non consentire che tale delicata funzione sia svolta dal contratto stipulato da una sola associazione sindacale, anche se appartenente al novero di quelle "comparativamente più rappresentative", nel dissenso delle altre. È ben vero che anche la lettura più permissiva (quella, cioè, per cui basta il contratto stipulato da una sola associazione) è compatibile con il contenuto letterale della norma; ma l'ultima osservazione esposta mi induce a preferire la lettura più restrittiva.

Alle agenzie autorizzate l'art. 13 – secondo l'interpretazione a mio avviso preferibile - consente inoltre di avviare al lavoro presso qualsiasi utilizzatore e per lo svolgimento di qualsiasi attività, "in deroga al regime generale della somministrazione"³⁴, lavoratori "svantaggiati", cioè in condizione di particolare difficoltà nel mercato a causa di handicap fisici, psichici o sociali (come nel caso di pregiudicati o detenuti in semilibertà, ex-tossicodipendenti, extracomunitari, soggetti con gravi deficit culturali, ecc.),

comma dell'art. 20 del decreto è stata inoltre – per me inspiegabilmente - soppressa la menzione dei "servizi di assistenza e cura alla persona".

³⁴ Subito dopo l'inciso "in deroga al regime generale della somministrazione di lavoro", il primo comma, lett. *a*, dell'art. 13 contiene un inciso ("ai sensi del comma 2 dell'articolo 23"), dal quale potrebbe dedursi che la legge consenta alle agenzie autorizzate – nei casi di cui all'art. 13 – di operare derogando soltanto alla regola di cui al primo comma dell'art. 23 (parità di trattamento rispetto ai dipendenti dell'utilizzatore: v. § 19), ma non derogando alla delimitazione del loro campo di attività contenuta nell'art. 20. Se così fosse, però, la maggior parte del contenuto dispositivo dell'art. 13 si ridurrebbe a costituire una inutile duplicazione del secondo comma dell'art. 23, che esenta appunto dalla regola della parità di trattamento i rapporti di lavoro attivati per favorire l'inserimento nel tessuto produttivo dei lavoratori svantaggiati. A sostegno dell'interpretazione proposta può, per altro verso, richiamarsi l'orientamento legislativo già espresso nella legge 12 marzo 1999 n. 68 sulla promozione del lavoro dei disabili e in particolare nell'art. 12 di quella legge, che prevede la possibilità di una convenzione avente per oggetto il prestito del lavoratore disabile da parte di un'impresa a una cooperativa sociale o a uno studio professionale, in deroga al divieto generale di interposizione nelle prestazioni di lavoro: i lavori

purché “in presenza di un piano individuale di inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro, con interventi formativi idonei e il coinvolgimento di un tutore con adeguate competenze e professionalità”. In tal caso il contratto stipulato dall’agenzia con il lavoratore interessato non può avere durata inferiore a sei mesi (1° c., lett. a). Per la nozione di “lavoratore svantaggiato” si può fare utile riferimento al regolamento della Comunità Europea n. 2204/2002, in materia di incentivi all’occupazione e aiuti di Stato, nonché alla normativa italiana in materia di cooperative sociali (legge 8 novembre 1991 n. 381).

Lo stesso art. 13 consente che in questo caso, quando il contratto abbia durata di almeno nove mesi, dal trattamento retributivo del lavoratore venga detratto, per un periodo massimo di dodici mesi, quanto egli percepisca a titolo di trattamento di mobilità o di disoccupazione; e che per lo stesso periodo dai contributi previdenziali dovuti venga detratto l’ammontare dei contributi figurativi a cui il lavoratore stesso abbia diritto (1° c., lett. b). Allo stesso scopo di incentivazione economica dei programmi speciali di cui all’art. 13, il secondo comma dell’art. 23 dispone, per il caso in cui la somministrazione avvenga nell’ambito di quei programmi, una deroga alla regola della parità di trattamento fra dipendenti del somministratore e dipendenti dell’utilizzatore (sulla quale v. *infra*, § 19).

Per gli aspetti ulteriori della disciplina di questo caso di avviamento al lavoro nella forma della somministrazione, previsto in funzione della lotta contro la disoccupazione di lunga durata, si rinvia al commento di ** ***** all’art. 13.

9. - Il “giustificato motivo” di somministrazione a tempo determinato

Abbiamo visto (§ 7) come, per la somministrazione a termine, a differenza di quella a tempo indeterminato, il legislatore abbia optato per il requisito generico della sussistenza di “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore” (art. 20, 4° c.).

L’opzione identica a questa, compiuta dal legislatore per la disciplina del contratto a termine con l’art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, è stata criticata per le incertezze che ne derivano, stante l’indeterminatezza del criterio posto; ma, una volta adottata quella tecnica di controllo delle scelte gestionali dell’imprenditore in materia di contratto a termine, era ragionevole che essa venisse adottata anche per il ricorso al lavoro temporaneo fornito da agenzia specializzata, allineandosi così perfettamente tra loro le due discipline³⁵. Che questo allineamento perfetto tra le due discipline corrisponda all’intendimento del legislatore delegato è confermato dalla seconda parte del quarto comma, dove si prevede che i contratti collettivi (sempre stipulati dalle associazioni comparativamente maggiormente rappresentative) possano

preparatori mostrano come l’art. 13 si collochi nell’ambito dello stesso disegno di sviluppo degli strumenti di promozione selettiva del lavoro dei soggetti svantaggiati.

³⁵ Cfr. M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit. nella nota 2, p. 69.

disporre “limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato ... in conformità alla disciplina di cui all’articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368”.

In questo ordine di idee, dovrebbe dunque ritenersi che la “ragione” suscettibile di giustificare il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo sia esattamente la stessa che può giustificare l’assunzione diretta del lavoratore a tempo determinato: ciò che il committente deve giustificare è soltanto il carattere temporaneo dell’utilizzazione del lavoratore; non deve invece essere giustificata la scelta di ricorrere alla somministrazione, la quale diventa così una scelta gestionale in sé del tutto libera (ciò che è confermato dal terzo comma dell’art. 27: “il controllo giudiziale ... non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte... che spettano all’utilizzatore”). Senonché, così interpretato, il quarto comma dell’art. 20 si pone in contrasto con la norma delegante, che appare intesa a limitare in qualche misura quella libertà, richiedendo che sia in qualche modo giustificata proprio la scelta di fare ricorso alla somministrazione, invece che all’assunzione diretta del lavoratore (v. *supra*, § 7). E si osservi che, in materia di somministrazione a termine, a differenza della somministrazione a tempo indeterminato, è possibile individuare alcune possibili “ragioni” giustificatrici di questa scelta di organizzazione del lavoro, non costituite tautologicamente soltanto da un risparmio di costi *qualsiasi*, ma costituite da un risparmio di costi di transazione connesso con la particolarità delle circostanze: la difficoltà di reperire altrimenti lavoratori da assumere a termine nei tempi brevi necessari, o l’impossibilità di ammortizzare i relativi costi di transazione (pubblicazione di annunci, selezione dei candidati, ecc.) per la durata troppo breve del rapporto.

Detto questo, ritengo probabile che della norma in esame – se essa si salverà dalla censura di incostituzionalità per non conformità con la norma delegante - sia destinata ad affermarsi e consolidarsi l’interpretazione più coerente con l’intendimento del legislatore delegato: cioè quella per cui deve essere giustificata da una “ragione” adeguata soltanto la temporaneità dell’utilizzazione del lavoratore (che l’ultimo inciso della norma precisa essere compatibile con l’adibizione del lavoratore stesso ad attività rientranti nel ciclo produttivo normale dell’impresa), mentre non deve essere giustificato il ricorso alla somministrazione piuttosto che all’assunzione diretta. I casi di ricorso legittimo alla somministrazione di lavoro temporaneo tenderanno così a coincidere con quelli di legittima assunzione diretta a termine. E, sul piano dei risultati pratici, è probabilmente bene che le cose vadano così.

10. *Segue. Oggetto e limiti del controllo giudiziale sulla giustificazione dell’utilizzazione solo temporanea del lavoratore*

Il terzo comma dell’art. 27 precisa - con formulazione, a dire il vero, alquanto ridondante e poco confacente a un testo legislativo -, che il controllo giudiziale deve riguardare soltanto la sussistenza (“ac-

certamento dell'esistenza") delle ragioni che giustificano la somministrazione a termine³⁶, "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 ricalca la massima che ricorre con grande frequenza nella giurisprudenza di legittimità e di merito in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento o di trasferimento, secondo la quale il giudice dovrebbe limitarsi ad accertare la sussistenza effettiva dei motivi addotti dall'imprenditore a sostegno del provvedimento e delle scelte gestionali di cui esso è conseguenza, non potendo invece spingersi a valutare la bontà delle scelte stesse, stante la garanzia costituzionale della loro insindacabilità. È mia opinione, che ho cercato di argomentare approfonditamente in altra sede³⁷, quella secondo cui questa massima giurisprudenziale è priva di un significato pratico apprezzabile. L'accertamento della sussistenza dei motivi addotti non può andare disgiunta da una valutazione dei motivi stessi: se il motivo ha da costituire "ragione" apprezzabile a sostegno del provvedimento, deve pur esserci un confine tra il motivo ragionevolmente idoneo a soddisfare il requisito di legge e quello inidoneo perché di rilievo troppo scarso, o addirittura futile o capriccioso. In termini economici: la "ragione" idonea a giustificare la scelta imprenditoriale non può essere costituita da un risparmio di costi *qualsiasi*, poiché è ovvio che la scelta venga compiuta in funzione di un risparmio di costi e il giudice non può sostituirsi all'imprenditore nel valutare che cosa consenta un risparmio e che cosa no.

Se dunque la norma impone all'utilizzatore di allegare una "ragione" per giustificare il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo, è inevitabile che il giudice valuti il motivo addotto a questo fine, così come è inevitabile che, nel vigore del d.lgs. n. 368/2001, il giudice valuti il motivo addotto a giustificazione dell'apposizione del termine al contratto di lavoro³⁸. Per altro verso, abbiamo visto nel paragrafo precedente come l'interpretazione preferibile della nuova norma sia quella che attribuisce rilievo decisivo all'intendimento del legislatore di allineare perfettamente, per questo aspetto, la disciplina della somministrazione a termine rispetto a quella del contratto a termine: in questo ordine di idee la "ragione" giustificatrice del ricorso al lavoro temporaneo è la stessa, nell'un caso e nell'altro, dovendo il motivo addotto essere riferito essenzialmente alla temporaneità del rapporto e non alla scelta del ricorso alla somministrazione invece che all'assunzione diretta.

Nell'ordine di idee proposto, per l'interpretazione e applicazione della regola di cui al quarto comma dell'art. 20 vale tutto quanto elaborato in sede dottrinale e giurisprudenziale per l'interpretazione

³⁶ Si è visto nella nota 30 come, per un difetto di coordinamento finale del testo legislativo, nell'ultimo comma dell'art. 27 sia rimasto anche un riferimento alle "ragioni" giustificatrici della somministrazione a tempo indeterminato, che in fase di elaborazione del decreto erano previste nel terzo comma dell'art. 20. Ora questo riferimento è totalmente privo di significato: l'ultimo comma dell'art. 27 deve pertanto intendersi riferito soltanto alla somministrazione a tempo determinato.

³⁷ *Il contratto di lavoro*, III, Milano, 2003, pp. 435-467. In precedenza, *Sulla nozione di giustificato motivo di licenziamento*, RIDL, 2002, I, pp. 473-504.

e applicazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, in materia di contratto a termine³⁹. Nel mio studio già citato ho proposto tre interpretazioni compatibili con il contenuto letterale della norma:

- quella più severa, secondo cui l'apposizione di un termine al rapporto di lavoro deve considerarsi giustificata soltanto quando sia *ragionevolmente prevedibile* che dalla prosecuzione del rapporto oltre il termine derivi per l'azienda *una perdita di entità pari o superiore a quella che può costituire giustificato motivo di licenziamento*;

- quella intermedia, secondo cui è sufficiente che, alla data della stipulazione del contratto, sia *ragionevolmente prevedibile* che dalla prosecuzione del rapporto oltre il termine derivi per l'azienda *una perdita, quale che ne sia l'entità*;

- quella più lassista, secondo cui alla data della stipulazione del contratto, non è necessaria la ragionevole prevedibilità di una perdita, ma è sufficiente che vi sia una *incertezza oggettivamente superiore al normale* circa la possibilità che il rapporto non produca una perdita dopo la scadenza del termine. Questa, a mio avviso, fra le tre possibili è l'interpretazione giuridicamente preferibile in riferimento al contratto a termine, in quanto è la più vicina all'intendimento inequivocamente dichiarato dal legislatore, orientato su questo punto nel senso della massima liberalizzazione⁴⁰. E questa dunque deve, a mio avviso, essere anche l'interpretazione del quarto comma dell'art. 20, in riferimento alla somministrazione.

Se, invece, si propende per la tesi secondo cui la "ragione" adottata dall'utilizzatore deve riguardare non soltanto la temporaneità del rapporto, ma anche la scelta di fare ricorso alla somministrazione invece che assumere direttamente il lavoratore a termine, allora deve ritenersi necessario che il motivo allegato spieghi anche quest'ultima scelta: l'utilizzatore dovrà allora fare riferimento anche alla difficoltà di reperire direttamente il lavoratore da assumere a termine in tempi sufficientemente brevi, o all'eccessività dei relativi costi di transazione (pubblicazione di annunci, selezione dei candidati, ecc.) rispetto alla durata del rapporto. Ma – ripeto – questo orientamento interpretativo ha il difetto di obliterare tutti i passaggi del testo legislativo nei quali si manifesta l'intendimento del legislatore di allineare perfettamente la disciplina della somministrazione a termine con quella del contratto a termine.

11. – *I tre divieti generali di somministrazione di lavoro*

Il quinto comma dell'art. 20 conferma quattro dei sei divieti generali che in precedenza erano posti dal quarto comma della legge n. 196/1997:

- resta vietato somministrare lavoro per la sostituzione di lavoratori in sciopero (lett. a);

³⁸ Rinvio in proposito, anche per i riferimenti dottrinali su questo punto, a *Il contratto di lavoro*, III, cit. nella nota prec., pp. 404-411, cui adde A. TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, cit. nella nota 7, partic. pp. 470-472.

³⁹ V. nota prec.

- resta pure vietato in linea generale, ma il divieto ora può essere derogato mediante accordo collettivo, somministrare lavoro “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” (lett. *b*), oppure

- “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” (ancora lett. *b*: anche questo divieto può dunque essere derogato mediante accordo collettivo);

- è infine vietato somministrare lavoro a “imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi” a norma dell’art. 4 del d.lgs. n. 626/1994 (lett. *c*).

12. - *Forma e contenuto del contratto*

L’art. 21, c. 1° - ricalcando quasi perfettamente il contenuto dell’art. 1, c. 5°, della abrogata legge n. 196/1997 – stabilisce che il contratto di somministrazione di lavoro deve essere stipulato in forma scritta e deve contenere l’indicazione dei dati identificativi (ovvero data e numero del provvedimento) dell’autorizzazione conseguita dal somministratore a norma dell’art. 4, della data di inizio e della durata prevista del contratto, del numero, inquadramento professionale e mansioni dei lavoratori la cui prestazione costituirà oggetto della somministrazione, del luogo e tempo delle prestazioni lavorative, del loro trattamento economico e contributivo, nonché dell’assunzione dei relativi obblighi da parte del somministratore e dell’obbligo di rimborso da parte dell’utilizzatore, dell’obbligo a carico di quest’ultimo di fornire al somministratore tutte le informazioni sui trattamenti economici in atto nell’azienda per i “lavoratori comparabili” (ai fini del rispetto della regola di parità di trattamento di cui si dirà nel § 19), della coobbligazione solidale dell’utilizzatore per le retribuzioni dei lavoratori e la relativa contribuzione previdenziale⁴¹, degli eventuali rischi particolari per l’integrità e la salute dei lavoratori e delle misure adottate per neutralizzarli.

La lettera *c* del primo comma dell’art. 21 impone inoltre che il testo scritto del contratto contenga l’indicazione de “i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui

⁴⁰ V. ancora *Il contratto di lavoro*, III, cit. nella nota 37, pp. 406-407.

⁴¹ A questo proposito va rilevato un marginale difetto di coerenza tra la lettera *k* del primo comma dell’art. 21, che sembra configurare la posizione dell’utilizzatore soltanto in termini di obbligo di garanzia per il caso di inadempimento da parte del somministratore, e il terzo comma dell’art. 23, a norma del quale l’utilizzatore è invece “obbligato in solido con il somministratore” per retribuzioni e contributi: la coobbligazione solidale, infatti, comporta che il pagamento possa essere rivendicato immediatamente dal creditore nei confronti di ciascuno dei due debitori. Poiché la prima delle due disposizioni concerne soltanto i requisiti di forma del contratto, deve ritenersi che la posizione giuridica dell’utilizzatore sia senz’altro quella indicata nella seconda norma, sia cioè quella del coobbligato solidale.

ai commi 3 e 4 dell'articolo 20". Abbiamo già osservato in proposito⁴² che, poiché il terzo comma dell'art. 20 prevede soltanto una serie di "casi" di ricorso legittimo alla somministrazione a tempo indeterminato, mentre il quarto comma dello stesso articolo impone il requisito della "ragione" giustificatrice del ricorso alla somministrazione a termine, nell'art. 21, c. 1°, lett. *c* deve intendersi imposta - se questa scelta del legislatore delegato supera il vaglio di costituzionalità - nel contratto di somministrazione a tempo indeterminato l'indicazione scritta del solo "caso" (tra quelli previsti dalla legge o dal contratto), nel contratto di somministrazione a termine l'indicazione scritta della sola "ragione" giustificatrice.

Come sovente accade, la disposizione concernente la forma del contratto, e in particolare i requisiti di contenuto della relativa dichiarazione scritta, ha indirettamente anche l'effetto di limitare l'autonomia negoziale dei soggetti nella materia che è oggetto del contratto stesso. Nella norma qui in esame, il requisito della precisazione del numero dei lavoratori da somministrare (lett. *b*), oltre che delle loro mansioni, inquadramento e trattamento economico (lett. *f* e *g*), ha l'effetto di escludere indirettamente la legittimità del c.d. "contratto aperto", cioè del contratto col quale agenzia e utilizzatore concordino una serie indeterminata di forniture di manodopera. O meglio: la norma esclude che il "contratto aperto" costituisca documentazione sufficiente per una serie aperta di forniture di manodopera, dal momento che ciascuna fornitura può avvenire soltanto sulla base di uno specifico contratto scritto ad essa relativo.

L'autonomia negoziale del somministratore e dell'utilizzatore è invece piena per ciò che riguarda il regolamento dei loro reciproci interessi commerciali; quindi anche per ciò che riguarda la ripartizione del rischio delle sopravvenienze negative e in particolare degli impedimenti personali dei lavoratori coinvolti nella somministrazione. L'assetto normale del contratto accolla questo rischio interamente al somministratore; ma nulla vieta che esso venga posto invece a carico dell'utilizzatore, o ripartito tra i due soggetti secondo criteri particolari da loro convenuti.

Il secondo comma impone alle parti, nella stipulazione del contratto di somministrazione, di "recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi". La norma non pone il requisito della maggiore rappresentatività comparativa delle associazioni firmatarie dei contratti collettivi stessi, requisito posto invece da altre norme dello stesso decreto che attribuiscono funzioni determinate all'autonomia collettiva, quale ad esempio quella della fissazione di limiti quantitativi alla possibilità di ricorso alla somministrazione a tempo determinato (art. 20, c. 4°): l'omissione può spiegarsi coll'osservare come in quelle norme venga in rilievo una funzione speciale che la legge attribuisce all'autonomia collettiva, trasformando il contratto in fonte-fatto, ovvero in circostanza idonea a fornire un parametro per la determina-

⁴² Nelle note 30 e 36.

zione del contenuto del precetto legislativo⁴³; nella norma qui in esame viene invece in rilievo la tipica ed essenziale funzione del contratto collettivo, di regolazione dei rapporti individuali di lavoro, il cui campo soggettivo di efficacia deve essere individuato secondo principi e regole generali del nostro diritto sindacale.

Può dunque darsi il caso che il contratto collettivo applicabile, in virtù della libera scelta compiuta dalle parti del rapporto individuale, non sia quello stipulato dalle associazioni comparativamente maggiormente rappresentative. Dalla formulazione letterale della norma sembra trarsi, tuttavia, la necessità che un contratto collettivo sia comunque applicato.

Il difetto della forma scritta, così come il difetto dell'indicazione, nel documento, dei primi cinque elementi di cui al primo comma dell'art. 21 – cioè dei dati identificativi dell'autorizzazione del somministratore, del numero dei lavoratori da somministrare, del caso (*ex art. 20, c. 3°*) o della ragione (*ex art. 20, c. 4°*) del ricorso alla somministrazione, di eventuali rischi per la sicurezza del lavoratore o delle misure per contrastarli, della data di inizio o della durata del contratto -, è sanzionato a norma del quarto comma con la nullità del contratto medesimo e con la conseguente costituzione *ope legis* di un rapporto di lavoro subordinato in capo all'utilizzatore. Questa comminatoria mal si concilia con quella disposta dal primo comma dell'art. 27, sulla quale torneremo nel § 29.

13. - *Proroga del contratto di somministrazione a termine*

La legge tace sulla possibilità di proroga del contratto di somministrazione di lavoro a termine; ma non vi è motivo di dubitare della legittimità di una pattuizione in tal senso tra le parti del contratto originario, anche reiterata, poiché la protezione degli interessi dei lavoratori coinvolti, a questo riguardo, è interamente perseguita mediante la disciplina della durata, della cessazione e della proroga del loro contratto di lavoro con il somministratore.

Il secondo comma dell'art. 22 prevede espressamente la possibilità di proroga del contratto fra somministratore e lavoratore, con il consenso di quest'ultimo e in forma scritta, “nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore”. Qualora poi il lavoratore interessato non acconsenta alla proroga, sarà onere del somministratore reperirne un altro idoneo e disponibile a sostituire il primo, per evitare l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale in ipotesi assunta nei confronti dell'utilizzatore. Si osservi, peraltro, come il somministratore ben possa far fronte alle esigenze nascenti dalla proroga di un contratto di somministrazione utilizzando lavoratori, assunti a termine, la cui missione presso altra impresa sia cessata (se il contratto di lavoro con essi stipulato lo consenta, o comunque

⁴³ V. in proposito soprattutto G. PROIA, *Questioni sulla contrattazione collettiva. Legittimazione, efficacia, dissenso*, Milano, 1994, §§ 52-57.

essi prestino consenso alla nuova missione), oppure lavoratori assunti a tempo indeterminato la cui prestazione sia temporaneamente sospesa in attesa di nuova destinazione (§ 16).

Quanto alla forma della proroga del contratto di somministrazione, deve ritenersi senz'altro applicabile in via analogica la norma dettata dall'art. 21 che impone per il contratto originario tra le parti la forma scritta. Non mi sembra, invece, che sia ragionevole applicare all'accordo di proroga le disposizioni ulteriori contenute nell'art. 21 circa il contenuto del contratto originario; il nuovo documento dovrà contenere soltanto l'indicazione degli elementi del contratto originario che subiscono una modificazione: l'indicazione del nuovo termine finale, dunque, nonché delle eventuali modifiche circa il numero dei lavoratori interessati, o dei tempi o luoghi di svolgimento delle prestazioni.

14. – *Obblighi dell'utilizzatore nei confronti delle organizzazioni sindacali*

A norma del quarto comma dell'art. 24, l'utilizzatore è tenuto a comunicare preventivamente (oppure entro cinque giorni dalla stipulazione, quando l'urgenza impedisca la comunicazione preventiva) alle rappresentanze sindacali costituite nell'unità produttiva, o in loro mancanza alle organizzazioni sindacali territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il numero dei lavoratori la cui prestazione egli intende acquisire mediante un contratto di somministrazione e i motivi di tale opzione (lett. *a*). Inoltre, egli è tenuto a comunicare alle stesse controparti ogni dodici mesi, anche per il tramite di un'associazione imprenditoriale, il numero complessivo dei contratti di somministrazione stipulati nell'ultimo anno, la loro durata e il numero e la qualifica dei lavoratori interessati (lett. *b*).

15. – *Responsabilità civile dell'utilizzatore nei confronti dei terzi*

A norma dell'articolo 26, che ricalca il settimo comma dell'art. 6 della legge n. 196/1997, dei danni causati a terzi dal lavoratore nello svolgimento della prestazione "somministrata" è l'utilizzatore a sopportare la responsabilità oggettiva *ex art. 2049 c.c.*

Il legislatore del 2003 non ha colto l'occasione per risolvere la questione se la responsabilità risarcitoria verso i terzi si estenda anche al somministratore, sulla quale la dottrina si era divisa, sostenendosi da alcuni la tesi della responsabilità esclusiva dell'utilizzatore⁴⁴, da altri – che pure hanno avuto un ruolo di primissimo piano nell'elaborazione del nuovo testo legislativo – la tesi contraria, nel senso della corresponsabilità solidale dell'agenzia fornitrice con l'impresa utilizzatrice⁴⁵.

⁴⁴ A. LEVI, *Gli obblighi fondamentali dell'impresa utilizzatrice di prestazioni di lavoro temporaneo, ne Il lavoro temporaneo ecc.*, a cura di L. GALANTINO, Milano, 1997, pp. 257-264.

⁴⁵ M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Torino, 1999, pp. 335-340.

II - IL RAPPORTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DEL SOMMINISTRATORE

16. – *Inesistenza di un collegamento negoziale necessario fra contratto di somministrazione e contratto di lavoro*

In riferimento alla normativa previgente in materia di fornitura di lavoro temporaneo si è molto discusso del collegamento negoziale intercorrente fra il contratto stipulato dall'agenzia con l'utilizzatore e il contratto stipulato dall'agenzia con il lavoratore, giungendosi da parte di molti Autori a parlare, a questo proposito, di collegamento *necessario*⁴⁶. A me sembra che, tanto in riferimento alla vecchia normativa quanto in riferimento alla nuova, parlare di collegamento necessario sia sbagliato, se con questo si intende dire che il contratto fra somministratore e utilizzatore postuli la stipulazione di uno o più contratti di lavoro *specificamente destinati alla sua esecuzione*, o viceversa.

Il contratto di somministrazione può essere validamente stipulato e attuato anche senza che il somministratore ingaggi dei lavoratori specificamente in funzione dell'adempimento promesso con quel contratto: l'adempimento ben può avvenire – e sarà del tutto normale che avvenga - anche mediante lavoratori già assunti da tempo e già utilizzati per altre missioni; e, in circostanze particolari, potrà persino avvenire mediante il distacco temporaneo di lavoratori assunti per le esigenze amministrative interne dell'agenzia fornitrice, qualora questi vi acconsentano (con il consenso del lavoratore interessato, nulla osta a che il distacco venga utilizzato anche per la somministrazione, nei casi in cui questa sia consentita e quando il datore di lavoro vi sia debitamente autorizzato).

Per converso, anche il contratto stipulato dal somministratore con il lavoratore è idoneo a produrre i propri effetti indipendentemente dalla stipulazione o dalla concreta attuazione di un contratto di somministrazione. Questo è immediatamente evidente in riferimento al contratto di lavoro a tempo indeterminato, del quale, come vedremo a suo luogo (§ 24), è la legge stessa a disciplinare gli effetti nel caso in cui per un segmento temporale faccia difetto il contratto di somministrazione nel quale il lavoratore possa essere utilizzato, prevedendo in tal caso espressamente anche la possibilità che il lavoratore sia utilizzato da parte del somministratore per esigenze operative della sua organizzazione: col che si conferma come l'impiego in una somministrazione di lavoro costituisca soltanto un *accidentale negotii* del tipo legale generale del lavoro subordinato, suscettibile di cessazione in corso di rapporto senza che per questo cessi l'intero contratto. Ma il collegamento con il contratto di somministrazione non costituisce presupposto indispensabile neppure per la validità ed efficacia del contratto di lavoro a tempo determinato: qua-

lora venisse meno la possibilità di inviare presso un utilizzatore il lavoratore legittimamente ingaggiato a termine, secondo quanto originariamente programmato (ad esempio, per la sopravvenuta indisponibilità dell'utilizzatore a stipulare il contratto, oppure a ricevere la prestazione) il somministratore sarebbe comunque tenuto a corrispondere al lavoratore la retribuzione piena (§ 21) e ben potrebbe, a mio avviso, limitare i danni utilizzandolo direttamente nella propria organizzazione o inviarlo in missione presso un utilizzatore diverso, senza che per questo possa considerarsi affetta da "nullità sopravvenuta" l'apposizione del termine al contratto di lavoro (torneremo sul punto nei §§ 21 e 22). Può inoltre considerarsi acquisito, già in riferimento alla fornitura di lavoro temporaneo disciplinata dalla legge n. 196/1997, che è il solo contratto di lavoro, non il contratto di somministrazione, a costituire il punto di riferimento per la determinazione di diritti e obblighi del lavoratore⁴⁷.

Se tutto questo poteva essere affermato già in riferimento al vecchio assetto della disciplina della fornitura di lavoro temporaneo, ancor più lo stesso discorso vale in riferimento al nuovo ordinamento, che, riducendo drasticamente gli aspetti di specialità del contratto di lavoro stipulato dal somministratore, ne sottolinea l'autonomia genetica e funzionale rispetto al contratto di somministrazione⁴⁸.

Va osservato, in proposito, come i pochi e circoscritti elementi di specialità che la nuova legge introduce nel contratto di lavoro alle dipendenze del somministratore operino tutti sul piano della disciplina degli effetti del rapporto (nessuno di essi costituisce elemento essenziale della fattispecie) e operino soltanto dal momento in cui il lavoratore incomincia a essere destinato a lavorare presso un utilizzatore: fino a quel momento il contratto di lavoro può ignorare totalmente quella destinazione e produrre per intero i propri effetti ordinari. Lo conferma il terzo comma dell'art. 21, là dove esso prevede che la comunicazione al lavoratore delle informazioni circa il contenuto del contratto di somministrazione sia compiuta dal somministratore, alternativamente, all'atto dell'assunzione o "all'atto dell'invio presso l'utilizzatore", suscettibile di essere disposto in un momento successivo. La stessa regola, per cui la disciplina speciale incomincia a operare nel momento in cui il lavoratore viene inviato presso un utilizzatore, deve ritenersi applicabile ugualmente alla clausola circa l'indennità di disponibilità di cui al terzo comma dell'art. 22 (§ 21): l'assunzione del relativo obbligo da parte del somministratore non costituisce elemento essenziale del tipo legale, bensì conseguenza derivante inderogabilmente dall'utilizzazione del lavoratore assunto a tempo indeterminato per l'adempimento di un contratto di somministrazione.

⁴⁶ Per gli orientamenti dottrinali su questo punto, nel vigore della legge n. 196/1997, rinvio al mio *Il contratto di lavoro*, vol. I, cit. nella nota 13, pp. 475-478.

⁴⁷ V. ultimamente in questo senso (ma con motivazione per me oscura sulla questione teorica del collegamento negoziale tra i due contratti), in riferimento alla disciplina previgente, Cass. 27 febbraio 2003 n. 3020, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1787, e *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. ***, con di L. IMBERTI, *Scissione dei poteri datoriali, difformità di previsioni negoziali e prevalenza del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*: ivi gli ulteriori riferimenti sul punto specifico.

⁴⁸ Per la tesi contraria, nel senso dell'impossibilità di utilizzazione di un lavoratore assunto a termine in una somministrazione a tempo indeterminato, v. P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici ecc.*, cit. nella nota 17.

L'utilizzazione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione richiede sempre, beninteso, il consenso negoziale del lavoratore stesso: costituisce, cioè, una variante della prestazione lavorativa che non rientra nello *ius variandi* ordinario del datore di lavoro, dovendo essere pattuita. Ma tale pattuizione ben può intervenire in un momento successivo alla stipulazione del contratto, nel corso del rapporto di lavoro. Anche tale pattuizione, d'altra parte, non è necessariamente collegata a un determinato contratto di somministrazione, ben potendo essa riferirsi anche a un contratto futuro e indeterminato, oppure a una serie di contratti futuri e indeterminati. E anche dopo tale pattuizione la prestazione lavorativa può tornare a configurarsi come una prestazione ordinaria, quando la missione presso il terzo utilizzatore sia cessata e il somministratore decida di avvalersi direttamente del lavoratore nell'ambito della propria organizzazione aziendale (art. 22, c. 3°).

17. - *Natura del rapporto fra somministratore e lavoratore e del rapporto tra utilizzatore e lavoratore. Somministratore e utilizzatore come co-datori di lavoro*

Quello che si instaura fra somministratore e lavoratore è a tutti gli effetti il contratto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c.: lo confermano i primi due commi dell'art. 22 del nuovo decreto legislativo che – sia pure con una grave inesattezza di formulazione, sulla quale torneremo nel § 22 - sanciscono l'assoggettamento di questo rapporto a tutte le norme contenute nel codice civile e nelle leggi speciali in materia di lavoro subordinato.

Trova così conferma l'orientamento dottrinale favorevole alla compatibilità logica tra il tipo legale di cui all'art. 2094 e la dissociazione tra il titolare del contratto dal lato del datore di lavoro e l'utilizzatore della prestazione. Dalla formulazione letterale dell'art. 2094 non si trae argomento univoco in senso contrario a tale compatibilità, poiché la norma nulla dice circa il soggetto con il quale il lavoratore può contrarre e obbligarsi: essa dunque non esclude la possibilità che, con il contratto di lavoro subordinato, il lavoratore A si obblighi verso il soggetto B a prestare il proprio lavoro in favore e sotto la direzione del soggetto C o di una serie indeterminata di altri soggetti⁴⁹. È stato convincentemente osservato in proposito come in questa dissociazione tra titolare del contratto, dal lato del datore di lavoro, e utilizzatore della prestazione non possa in alcun modo ravvisarsi 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 terzo⁵⁰.

⁴⁹ Rinvio di nuovo, anche per i riferimenti dottrinali, al mio *Il contratto di lavoro*, vol. I, cit. nella nota 13, pp. 402-405.

⁵⁰ B. VENEZIANI, *La flessibilità del lavoro e i suoi antidoti. Un'analisi comparata*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993: “è la stessa subordinazione ad essere sublimata ... È come se nel momento in cui instaura un rapporto con un imprenditore [il lavoratore] si impegni a ‘essere a disposizione’, senza condizioni, dell'altro contraente” (p. 279). V. anche tutta la giurisprudenza in materia di distacco del lavoratore (oggetto, nelle pagine che seguono, del commento di C. ZOLI all'art. 30), secondo la quale “il distacco del lavoratore non comporta una novazione soggettiva e il sorgere di un nuovo rapporto con

Secondo lo schema già tipizzato dalla legge n. 196/1997 e ora ripreso dal decreto n. 276/2003, tra lavoratore e utilizzatore non interviene alcun contratto. Ciò non toglie che anche nel nuovo ordinamento – come già in quello previgente - tra i due soggetti, per effetto dei contratti da loro rispettivamente stipulati con l’agenzia fornitrice, sorgano alcuni degli obblighi tipicamente propri del contratto di lavoro subordinato. Deve dunque sicuramente escludersi che si tratti soltanto di un rapporto di fatto: si tratta invece di un rapporto intessuto di precisi obblighi giuridici reciproci tra queste due parti, fondato su due contratti che esse hanno rispettivamente stipulato con lo stesso soggetto: il somministratore, il quale svolge così – per così dire - un ruolo di “cerniera” contrattuale tra i due.

In virtù di quei due contratti, a carico del lavoratore sorge l’obbligo di svolgere “la propria attività nell’interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell’utilizzatore” (art. 20, c. 1°), quindi anche, in particolare, l’obbligo di svolgere la prestazione lavorativa in modo diligente e tecnicamente adeguato (art. 2104 c.c.), nonché gli obblighi di non concorrenza e di segreto aziendale di cui all’art. 2105 c.c. Sull’utilizzatore, per converso, gravano nei confronti del lavoratore tutti gli obblighi di sicurezza e protezione, ivi compresi quelli di salvaguardia della sua libertà personale e sindacale (v. *infra*, § 26) e quello di informazione sulle misure protettive particolari in ipotesi necessarie in relazione a rischi specifici e quello di una sorveglianza medica speciale, ove necessaria (v. in proposito anche la direttiva comunitaria 25 giugno 1991 n. 383, specificamente destinata alla tutela della sicurezza dei lavoratori temporanei).

Come si è già osservato in riferimento alla disciplina previgente della fornitura di lavoro temporaneo, anche in riferimento alla nuova normativa qui in esame può osservarsi un fenomeno di disaggregazione degli elementi che nel rapporto di lavoro subordinato ordinario integrano tipicamente la posizione giuridica del datore di lavoro. Nel rapporto trilatero di somministrazione di lavoro quegli elementi si scindono, venendone imputata una parte esclusivamente all’impresa fornitrice (potere disciplinare, ivi compreso quello di licenziamento per inadempimento del lavoratore; facoltà di recesso unilaterale per decorso del termine di comporta in caso di malattia del lavoratore, o per motivi oggettivi nel contratto a tempo indeterminato; obblighi amministrativi inerenti alla costituzione, svolgimento e cessazione del rapporto di lavoro), una parte esclusivamente all’impresa utilizzatrice (potere direttivo, organizzativo e di controllo sulla prestazione, con il suo corollario dello *ius variandi*; responsabilità civile verso i terzi per i danni causati dal lavoratore); una terza parte è infine suddivisa tra l’impresa fornitrice e la utilizzatrice, o imputata a entrambe contemporaneamente (obblighi retributivo e contributivo, che gravano solidalmente su entrambe; obblighi di sicurezza; obblighi corrispondenti ai diritti di riservatezza del lavoratore; obbli-

il beneficiario della prestazione lavorativa, ma solo una modificazione nell’esecuzione dello stesso rapporto, nel senso che l’obbligazione del lavoratore di prestare la propria opera viene ... adempiuta non in favore del datore di lavoro ma in favore del soggetto ... presso il quale il datore medesimo ha disposto il distacco del dipendente” (così, *ex multis*, Cass. 10 agosto 1999 n. 8567, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 569).

ghi corrispondenti ai suoi diritti sindacali). Tra gli elementi costitutivi della posizione giuridica del datore di lavoro che nel rapporto trilatero vengono imputati contemporaneamente all'uno e all'altro soggetto spicca per importanza il diritto al corretto svolgimento da parte del lavoratore della prestazione lavorativa, prestazione che costituisce oggetto al tempo stesso del contratto di lavoro temporaneo e del contratto di fornitura e della quale entrambe le imprese devono essere considerate a tutti gli effetti come creditrici.

Ne risulta pienamente confermata la costruzione del rapporto trilatero come rapporto di lavoro caratterizzato dalla “duplicazione del creditore della prestazione lavorativa”⁵¹. Ciò che trattiene tuttora, a sei anni dall'entrata in vigore della legge n. 196/1997, una parte della dottrina dal qualificare l'impresa utilizzatrice come (co-)datore di lavoro è probabilmente l'abitudine a collegare inscindibilmente alla posizione di datore di lavoro l'assunzione di un obbligo *lato sensu* assicurativo verso il lavoratore contro il rischio delle sopravvenienze negative del rapporto, mentre da quella legge in poi l'ordinamento ne esonera del tutto l'impresa “cliente”, accollando tale rischio interamente all'agenzia fornitrice. Ma una volta che si entri nell'ordine di idee che quel rischio può — nel rispetto delle opportune garanzie di trasparenza e affidabilità dei soggetti interessati — essere oggetto di una transazione commerciale, per mezzo della quale il datore di lavoro trasferisce la funzione assicurativa nei confronti del lavoratore a un soggetto specializzato nella gestione del relativo rischio, viene meno ogni ostacolo concettuale allo sdoppiamento della figura del datore di lavoro e alla configurabilità di un rapporto di lavoro caratterizzato dalla compresenza di due creditori di un'unica prestazione lavorativa, i quali sono al tempo stesso e per numerosi titoli entrambi debitori – e per la parte più importante condebitori solidali - nei confronti dell'unico prestatore.

18. - *Forma del contratto di lavoro e obblighi di informazione a carico del somministratore nei confronti del lavoratore*

L'assoggettamento del contratto fra somministratore e lavoratore alla disciplina generale del lavoro subordinato fa cadere il requisito della forma scritta, che in precedenza era posto tassativamente dal terzo comma dell'art. 3 della l. n. 196/1997 per qualsiasi assunzione da parte dell'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo. Ora, dunque, anche per l'assunzione del lavoratore destinato a essere utilizzato da un utilizzatore terzo si applica in linea generale il principio della libertà della forma, non contraddetto dagli obblighi di informazione scritta gravanti sul datore di lavoro nei confronti del lavoratore stesso, a

⁵¹ Così, già in riferimento al rapporto disciplinato dalla l. n. 196/1997, M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit. nella nota 45, partic. pp. 315-319. Sulla posizione giuridica dell'utilizzatore, nel rapporto disciplinato da quella legge, v. anche le compiute trattazioni di F. LUNARDON, *Gli obblighi dell'impresa utilizzatrice*, nel

norma del terzo comma dell'art. 21 (sul quale torneremo fra breve), dell'art. 96 disp. att. c.c. e del d.lgs. 26 maggio 1997 n. 152 (attuativo della direttiva comunitaria 14 ottobre 1991 n. 533 sui diritti di informazione dei lavoratori), o nei confronti dell'ufficio pubblico competente, a norma dell'art. 4-*bis* introdotto nel d.lgs. 21 aprile 2000 n. 181 dall'art. 6 del d.lgs. 19 dicembre 2002 n. 297 (che ha soppresso il vecchio libretto di lavoro).

Il requisito della forma scritta si applica, ovviamente, per l'apposizione del termine nel contratto a tempo determinato, a norma dell'art. 1, c. 2°, del d.lgs. n. 368/2001⁵². La menzione, nella norma, della possibilità che il termine risulti dall'atto scritto anche soltanto "indirettamente" si riferisce al caso nel quale il carattere temporaneo e la durata del rapporto si desumano dall'indicazione di un incarico delimitato, o da altre indicazioni contenute nel contratto: è proprio quanto accade quando un lavoratore viene assunto in funzione di una somministrazione a termine e dalla menzione nel contratto del carattere temporaneo della somministrazione può desumersi il carattere temporaneo del rapporto di lavoro e il suo essere destinato a cessare al termine della missione. Si osservi, tuttavia, che il difetto della forma scritta nell'apposizione del termine può incidere sull'effetto risolutivo di questa specifica clausola, ma non sulla validità del contratto di lavoro, che può e deve comunque intendersi validamente costituito a tempo indeterminato.

L'applicabilità della regola generale della libertà di forma del contratto non è contraddetta dalla disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 21, che impone al somministratore di comunicare al lavoratore "all'atto della stipulazione del contratto ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore" tutte le informazioni contenute nel contratto di somministrazione stipulato con quest'ultimo, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa che dovrà essere svolta presso il medesimo. Abbiamo visto (§ 16), infatti, come l'assunzione del lavoratore non sia necessariamente contestuale alla stipulazione del contratto di somministrazione: l'assunzione stessa ben può pertanto avvenire validamente in forma orale, o addirittura in forma tacita, ed essere seguita a distanza di qualche tempo dalla comunicazione scritta dei dati inerenti alla somministrazione nella quale il lavoratore dovrà essere coinvolto. Sulle sanzioni applicabili per il difetto di comunicazione al lavoratore in forma scritta dei dati indicati nel terzo comma dell'art. 21, v. § 31.

Un obbligo specifico di informazione nei confronti del lavoratore è posto dal quinto comma dell'art. 23 a carico del somministratore "sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività pro-

Commentario sistematico a cura di M. NAPOLI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, pp. 1235-1250; R. BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di F. LISO e U. CARABELLI, Milano, 1999, pp. 323-345.

⁵² A norma del quale l'apposizione del termine può risultare (da atto scritto) "direttamente o indirettamente". Copia dell'atto deve essere consegnata al lavoratore, anche dopo la costituzione del rapporto, purché entro il termine di cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione (c. 3°).

duttive ... in conformità alle disposizioni recate dal decreto legislativo 19 settembre 1994 n. 626 e successive modificazioni e integrazioni”.

19. - *Disciplina speciale dello svolgimento del rapporto. A) Coobbligazione solidale dell'utilizzatore con il somministratore e parità di trattamento dei dipendenti del secondo rispetto a quelli del primo*

La regola generale, come si è detto, è quella dell'assoggettamento del rapporto di lavoro alla disciplina generale del rapporto di lavoro subordinato ordinario (art. 22, cc. 1° e 2°). Il decreto detta però alcune disposizioni speciali, volte in parte a garantire una protezione aggiuntiva ai lavoratori interessati e in parte, al contrario, ad esentare il somministratore da vincoli gravanti sulla generalità dei datori di lavoro.

Tra le disposizioni speciali di natura protettiva va menzionata innanzitutto quella che obbliga l'utilizzatore in solido con il somministratore per i trattamenti retributivi e la relativa contribuzione previdenziale (art. 23, 3° c.). Coobbligazione solidale significa che, in difetto di pagamento tempestivo, lavoratori e istituti previdenziali possono agire direttamente anche contro il solo utilizzatore per il soddisfacimento dei propri crediti.

Un'altra disposizione protettiva speciale di notevole rilievo è quella che attribuisce ai dipendenti del somministratore il “diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte” (art. 23, c. 1°). Rispetto alla formulazione dell'art. 4, c. 2°, della l. n. 196/1997 per la fornitura di lavoro temporaneo, la nuova norma contiene la sola aggiunta dell'inciso “a parità di mansioni svolte”: specificazione che nella vecchia norma poteva peraltro considerarsi implicita. Va osservato in proposito come la regola della parità di trattamento, anche quando essa sia limitata al trattamento economico, comporti di necessità l'applicazione ai dipendenti del somministratore dello stesso sistema di inquadramento che si applica ai dipendenti dell'utilizzatore, poiché nessuna comparazione può compiersi se non nell'ambito di un unico insieme di criteri di individuazione degli aspetti rilevanti delle mansioni svolte e di apprezzamento della professionalità che in esse si esprime.

La norma pone qualche problema di applicazione in tutti i casi nei quali l'organico dell'impresa utilizzatrice non presenti alcuna figura di lavoratore con inquadramento e/o qualifica pari a quella del dipendente del somministratore⁵³: in questi casi deve ritenersi comunque applicabile il trattamento al quale, secondo la disciplina collettiva applicabile nell'impresa utilizzatrice, avrebbe avuto diritto il lavoratore da essa dipendente, con qualifica e mansioni uguali a quelle attribuite al dipendente del somministratore.

L'applicazione della regola della parità di trattamento è esclusa dal quarto comma dell'art. 23 in riferimento alle "erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa": in questa materia è demandato alla contrattazione collettiva stabilire "modalità e criteri per la determinazione e corresponsione" dei premi, che potranno pertanto differenziarne l'entità in considerazione – ad esempio - del carattere temporaneo dell'apporto dei dipendenti del somministratore, o della loro eventuale collocazione marginale rispetto al processo produttivo aziendale.

La regola della parità di trattamento rispetto ai lavoratori che dipendono direttamente dall'utilizzatore vale anche per gli aspetti non strettamente retributivi del trattamento del lavoratore: in particolare l'orario di lavoro e i riposi giornalieri, settimanali e annuali, la possibilità di invio del lavoratore in trasferta, il periodo di comporto per malattia, il preavviso di licenziamento: anche per questi aspetti, dunque, il somministratore non può applicare al proprio dipendente un trattamento inferiore a quello che l'utilizzatore di fatto applica ai propri dipendenti, o comunque a quello minimo che l'utilizzatore avrebbe dovuto riservare al lavoratore interessato se lo avesse assunto direttamente alle proprie dipendenze.

Piena parità deve essere assicurata ai dipendenti del somministratore, a norma della seconda parte del quarto comma dell'art. 23 (che ricalca alla lettera il quarto comma dell'art. 6 della legge n. 196/1997), anche per la fruizione dei "servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva", esclusi però "quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio".

La regola di parità di trattamento di cui si è ora detto non si applica nel caso in cui il contratto di somministrazione sia stato stipulato per la promozione dell'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati, a norma dell'art. 13 (v. in proposito *supra*, § 8).

20. – *Segue. B) Cooperazione tra utilizzatore e somministratore nell'assegnazione delle mansioni e nell'esercizio del potere disciplinare*

Abbiamo già accennato, nel § 17, allo *ius variandi* che all'utilizzatore compete, come corollario del potere organizzativo sulla prestazione lavorativa oggetto del contratto di somministrazione, a norma del secondo comma dell'art. 20. Il sesto comma dell'art. 23 prevede in proposito che l'eventuale assegnazione al lavoratore di mansioni superiori, o comunque non equivalenti, rispetto a quelle dedotte nel suo contratto con il somministratore sia comunicata in forma scritta dall'utilizzatore al somministratore;

⁵³ Questa difficoltà di applicazione è sottolineata polemicamente da P. ALLEVA nello scritto cit. nella nota 17.

e che copia di tale comunicazione sia data per conoscenza al lavoratore. L'inottemperanza a questa disposizione è sanzionata con la responsabilità esclusiva dell'utilizzatore "per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dalla assegnazione a mansioni inferiori".

Una analoga forma di cooperazione tra utilizzatore e somministratore è prevista dal settimo comma dell'art. 23 per la sanzione disciplinare contro la mancanza commessa dal lavoratore: "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 1979 n. 300". Qui, come nella fattispecie disciplinata dal comma precedente, ciò che viene posto a carico dell'utilizzatore non è un vero e proprio obbligo, ma soltanto un *onere* di comunicazione, cui deve intendersi subordinata, qui, la possibilità per lui non soltanto di ottenere che la mancanza del lavoratore sia punita, ma anche di ottenere un risarcimento dal somministratore, nel caso in cui da quella mancanza sia derivato un danno apprezzabile (risarcimento per il quale il somministratore potrà ovviamente rivalersi nei confronti del lavoratore inadempiente, anche mediante corrispondente riduzione della retribuzione).

21. – *Segue. C) Sospensione della prestazione lavorativa, indennità di disponibilità e diritto alle mansioni nel rapporto a tempo indeterminato*

Il secondo comma dell'art. 20 dispone che "nell'ipotesi in cui i lavoratori vengano assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato essi rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa presso un utilizzatore, salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro". A questa disposizione si collega quella contenuta nel terzo comma dell'art. 22, che, riproducendo esattamente quanto in precedenza disposto dal terzo comma dell'art. 4 della legge n. 196/1997, fa discendere inderogabilmente dal contratto di lavoro a tempo indeterminato l'obbligo per il somministratore di corrispondere al lavoratore una "indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, ... per i periodi nei quali il lavoratore stesso rimane in attesa di assegnazione".

Si conferma così l'elemento peculiare di specialità del rapporto di lavoro qui in esame, rispetto al rapporto di lavoro subordinato ordinario, già delineato dalla vecchia legge: il lavoratore assunto a tempo indeterminato in funzione dell'attività di somministrazione, o che nel corso di un rapporto di lavoro ordinario con un somministratore accetti di essere utilizzato in tale attività (§ 16), può vedere la propria pre-

stazione sospesa unilateralmente in conseguenza della cessazione della missione presso l'utilizzatore terzo, con conseguente riduzione del trattamento economico. La sopravvenienza presenta notevoli analogie con la sospensione della prestazione nell'impresa industriale, nei casi in cui è previsto il ricorso alla Cassa integrazione guadagni; con la differenza, però, che quest'ultima sospensione è sottoposta al filtro di procedure sindacali e amministrative, cui non è sottoposta la sospensione del dipendente del somministratore; e che là interviene un meccanismo previdenziale a garantire al lavoratore un reddito pari, almeno per le qualifiche più basse, ai quattro quinti dell'ultima retribuzione, mentre qui, per un verso, è il somministratore a pagare di tasca propria, per altro verso l'indennità può essere di molto inferiore all'ultima retribuzione: lo standard minimo affermatosi nel vigore della vecchia normativa era pari approssimativamente alla metà della retribuzione per la prestazione a tempo pieno di livello professionale minimo.

Il terzo comma dell'art. 22 prosegue stabilendo che “la misura di tale indennità è stabilita dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non è inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del ministro del Lavoro e delle politiche sociali”: è questo uno dei rari casi nei quali l'autorità statale interviene in materia di standard retributivi⁵⁴. Lo stesso terzo comma stabilisce inoltre che “la predetta misura è proporzionalmente ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorativa a tempo parziale anche presso il somministratore”. Stante la perfetta identità di queste disposizioni rispetto a quelle contenute nel terzo comma dell'art. 4 della legge n. 196/1997, può richiamarsi in proposito tutto quanto dottrina e giurisprudenza hanno elaborato in riferimento alla vecchia norma⁵⁵. È invece nuova la precisazione, contenuta ancora nel terzo comma dell'art. 22, secondo cui “l'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo”: essa, dunque, salvo il caso improbabile di diversa pattuizione collettiva o individuale, non deve essere computata nella retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto o della retribuzione per il periodo feriale, né per il calcolo della tredicesima o di eventuali mensilità aggiuntive ulteriori.

Sparisce infine la disposizione in precedenza contenuta nel quarto comma dell'art. 4 della legge n. 196/1997, che prevedeva la riduzione dell'indennità di disponibilità in relazione alla retribuzione complessivamente percepita nel corso del mese (in relazione alla quale si era parlato di una sorta di natura “carsica” del diritto all'indennità, che resta latente nei mesi in cui la retribuzione matura almeno in parte): l'indennità perde in tal modo la natura per così dire assistenziale o assicurativa che essa aveva nel vec-

⁵⁴ Tra i numerosi altri scritti in argomento v. R. DEL PUNTA, *La “fornitura di lavoro temporaneo” nella l. n. 196/1997*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, pp. 231-232; G. ZILIO GRANDI, *Prestazione di lavoro temporaneo e trattamento retributivo*, ne *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997 n. 196*, a cura di A. Gentili, Padova, 1999, pp. 226-229.

⁵⁵ Oltre agli scritti citati nella nota prec. v. C. ALESSI, *Il trattamento retributivo*, nel *Commentario sistematico* a cura di M. Napoli, cit. nella nota 51, pp. 1223-1224; V. SPEZIALE, *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, ne *Il lavoro temporaneo*, a cura di F. Liso e U. Carabelli, Milano, 1999, pp. 300-303; M. LANOTTE, *Il rapporto giuri-*

chio ordinamento, sottolineandosi invece lo stretto sinallagma contrattuale tra l'indennità stessa e il periodo durante il quale il lavoratore resta a disposizione dell'agenzia senza essere utilizzato.

Durante il periodo di sospensione il lavoratore deve, appunto, mantenersi a disposizione del somministratore: obbligo che si desume anche dalla denominazione del trattamento retributivo che gli viene riservato durante quel periodo. Non contrasta, però, con l'adempimento di tale obbligo lo svolgimento in favore di terzi di attività lavorative suscettibili di immediata interruzione in caso di chiamata da parte del somministratore. L'eventuale clausola contrattuale che escludesse lo svolgimento di tali attività dovrebbe, a mio avviso, considerarsi nulla per contrasto con il diritto costituzionale del lavoratore a procurarsi una retribuzione sufficiente. Dovrebbe invece, a mio avviso, considerarsi legittima la clausola contrattuale che escludesse l'obbligo dell'indennità di disponibilità per il periodo durante il quale il lavoratore svolga attività retribuita in favore di terzi: clausola solo apparentemente peggiorativa rispetto all'assetto altrimenti desumibile dal dettato legislativo, poiché alla riduzione della perdita per il datore di lavoro corrisponde un prolungamento del periodo durante il quale tale perdita può essergli imposta, prima che egli possa recedere unilateralmente dal rapporto (v. in proposito § 24).

Nel silenzio della legge, non è chiaro se il lavoratore in "disponibilità" abbia un diritto vero e proprio, o quanto meno un interesse in qualche modo tutelato, a fruire con precedenza rispetto ad altri delle occasioni di lavoro offerte dai contratti di somministrazione che l'agenzia via via stipula con i propri clienti, o se invece la scelta del somministratore di non avvalersi della sua prestazione sia del tutto insindacabile. Vi è da dire, a questo proposito, che, per un verso, il sotto-tipo qui in esame del rapporto di lavoro subordinato, caratterizzato dal consenso del lavoratore a essere utilizzato nell'ambito dell'attività di somministrazione svolta dall'agenzia, si caratterizza proprio per la maggior precarietà dell'assegnazione delle mansioni, rispetto al rapporto di lavoro subordinato ordinario, con una conseguente attenuazione del "diritto alle mansioni" di cui il lavoratore subordinato generalmente gode. Per altro verso, l'obbligo del pagamento dell'indennità di disponibilità genera una perdita rilevante a carico del somministratore, costituendo pertanto un potente incentivo al massimo possibile contenimento dei periodi di non utilizzazione del lavoratore: in linea generale occorre dunque presumere che, se il somministratore preferisce ingaggiare un altro lavoratore per la copertura di un posto, ciò dipenda dalla previsione che l'utilizzazione in quel posto del lavoratore "in disponibilità" non sia proficua; e una sovrapposizione della valutazione del giudice in proposito alla valutazione del somministratore configurerebbe un controllo giudiziale su scelte imprenditoriali di regola insindacabili. La soluzione preferibile mi sembra dunque quella che limita il controllo giudiziale sulla scelta compiuta in proposito dal somministratore all'accertamento del motivo illecito, di discriminazione o di rappresaglia, in ipotesi allegato dal lavoratore e in relazione al quale il la-

voratore sia in grado di offrire almeno gli indizi (o la “prova statistica”) che consentano di onerare il somministratore della prova contraria.

Né il secondo comma dell’art. 20, né il terzo dell’art. 22 chiariscono quale sia il limite temporale dell’obbligo, a carico del datore di lavoro somministratore, di mantenere alle proprie dipendenze il lavoratore non utilizzato, pagandogli l’indennità di disponibilità: questione sulla quale torneremo nel paragrafo relativo alla cessazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (§ 24). Il problema non si pone, invece, nel rapporto di lavoro a termine, poiché qui la disciplina speciale della sospensione della prestazione non si applica: qui dunque il somministratore è tenuto a corrispondere la retribuzione per intero e per tutta la durata del rapporto, anche quando per qualsiasi ragione la sua utilizzazione cessi prima della scadenza del termine pattuito.

Nella diversa disciplina dei due rapporti di lavoro, per ciò che riguarda la sospensione con riduzione del trattamento retributivo, si manifestano le due forme giuridiche più rilevanti che la flessibilità può assumere in questo campo. In entrambi i casi l’ordinamento consente all’imprenditore di azzerare o ridurre il rischio a proprio carico circa la redditività futura del rapporto di lavoro; ma nel caso del contratto a termine il trasferimento del rischio in capo al lavoratore avviene mediante la cessazione del rapporto (se, alla scadenza del termine pattuito, la prosecuzione del rapporto di lavoro mediante rinnovo del contratto si presenta in perdita, il rinnovo può essere liberamente rifiutato), mentre nel caso del contratto a tempo indeterminato il trasferimento del rischio avviene mediante la riducibilità del trattamento retributivo. Si osservi come la prima forma di trasferimento del rischio non sia sempre la più vantaggiosa per il somministratore: il contratto a termine gli vieta, infatti, drasticamente sia il licenziamento *ante tempus* per motivi economici, sia la riduzione del trattamento retributivo, accollandogli così per intero il rischio di qualsiasi sopravvenienza negativa nel periodo di durata pattuita del rapporto. In tutti i casi in cui il programma contrattuale sia di durata media o lunga potrà dunque essere preferibile per il somministratore il contratto a tempo indeterminato, con la possibilità di sospensione della prestazione e riduzione del trattamento retributivo.

22. – Disciplina della cessazione del rapporto. A) Nel contratto a tempo determinato: scadenza del termine e proroga

Dalla formulazione del secondo comma dell’art. 22 parrebbe trarsi l’indicazione secondo cui, mentre il lavoratore utilizzato per l’esecuzione di una somministrazione a tempo *indeterminato* può essere assunto con qualsiasi tipo di contratto di lavoro, anche a termine, purché nel rispetto della rispettiva

disciplina (“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”), il lavoratore utilizzato per l’esecuzione di una somministrazione a tempo *determinato* dovrebbe invece necessariamente essere assunto con contratto a termine. Questa limitazione – se davvero fosse questo il contenuto della norma – sarebbe del tutto irragionevole: non è infatti ipotizzabile alcuna ragion d’essere apprezzabile di un divieto per il somministratore di utilizzare per una fornitura di lavoro temporaneo un lavoratore assunto a tempo indeterminato attualmente inutilizzato. Del resto, la vecchia disciplina della fornitura di lavoro temporaneo prevedeva esplicitamente la possibilità che l’agenzia specializzata svolgesse quell’attività anche mediante lavoratori assunti a tempo indeterminato (l. n. 196/1997, art. 3, c. 1°, lett. *b*), così tipizzando la figura del c.d. *jolly*, cioè del lavoratore la cui professionalità specifica consiste proprio nella ecletticità e capacità di adattarsi di volta in volta a un nuovo ambiente di lavoro e a nuove mansioni; e non si vede perché mai il legislatore del 2003, in contrasto con il proprio intendimento dichiarato 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.

La norma contenuta nel secondo comma dell’art. 22 può forse salvarsi dalla censura di irragionevolezza e conseguente incostituzionalità, se la si legge nel senso che essa si limita a disciplinare il caso in cui il lavoratore, utilizzato in una somministrazione a termine, sia anche assunto a termine. Letta in questo modo, la norma non escluderebbe la possibilità che il lavoratore sia invece assunto stabilmente alle dipendenze dell’agenzia; e si coniugherebbe assai bene con la norma contenuta nel comma successivo, che prevede l’erogazione al lavoratore assunto a tempo indeterminato di una “indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie ... per i periodi nei quali il lavoratore stesso rimane in attesa di assegnazione” (v. in proposito *supra*, § 21).

A norma del secondo comma dell’art. 22, per l’assunzione del lavoratore a termine, così come per lo svolgimento del conseguente rapporto (ma non per la proroga del termine: v. in proposito *infra* in questo paragrafo), si applica in tutto e per tutto la disciplina generale dettata dal d.lgs. n. 368/2001: l’apposizione del termine deve dunque essere sorretta da una “ragione di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”, secondo la regola generale posta da quel decreto, delle cui interpretazioni possibili si è detto nel § 9.

La durata del contratto può, certo, essere legittimamente correlata alla durata di una singola fornitura di lavoro pattuita a termine dal somministratore con un utilizzatore; così come essa può essere correlata alla durata di più forniture di lavoro consecutive che il somministratore prevede di poter mettere in agenda. Deve ritenersi in proposito che, quando la ragione indicata per l’apposizione del termine al

contratto di lavoro sia costituita dalla prevista cessazione di un contratto di somministrazione, l'eventuale difetto della ragione del ricorso alla somministrazione da parte dell'utilizzatore (§ 9) e la conseguente imputazione a quest'ultimo del rapporto di lavoro (§ 29) producano automaticamente il venir meno della ragione dell'apposizione del termine al contratto di lavoro. Questo effetto, però, si verifica solo nel caso in cui il lavoratore si attivi per far valere la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore (a norma dell'ultimo comma dell'art. 21 o del primo comma dell'art. 27: v. ancora § 29); in caso contrario, restando il rapporto imputato al somministratore, l'apposizione del termine al contratto conserva la sua ragion d'essere originaria, riferita al suo interesse a evitare la perdita derivante dall'inutilizzabilità del lavoratore; a meno che non si possa provare la consapevolezza originaria dello stesso somministratore circa l'invalidità del contratto di somministrazione.

Un discorso diverso va fatto per la proroga del contratto di lavoro a termine, per la quale il secondo comma dell'art. 22 detta una disciplina speciale, escludendo l'applicabilità delle limitazioni poste dai commi terzo e quarto del d.lgs. n. 368/2001 (in proposito v. anche quanto osservato *supra*, nel § 13). Stante il tenore letterale della norma, non pare dubbio che il campo di applicazione di questa disciplina speciale sia limitato ai contratti di lavoro stipulati in funzione di un contratto di somministrazione a termine: in questo caso, e solo in questo, la proroga è consentita "in ogni caso", anche più di una volta, purché con il consenso del lavoratore e per atto scritto (forma, questa, che non è richiesta per la proroga del contratto a termine secondo la disciplina generale, della quale si dirà tra breve), nei limiti stabiliti dal contratto collettivo applicato dal somministratore. La norma ripete quasi letteralmente quanto disposto in materia di proroga del contratto di lavoro dal quarto comma dell'art. 3 della legge n. 196/1997: non sembra dunque esservi alcun motivo per dubitare che nel primo periodo di applicazione della nuova norma continui ad applicarsi anche la disciplina della materia contenuta nei contratti collettivi stipulati in riferimento alla norma previgente.

Sulle conseguenze dell'invalidità del contratto di somministrazione a termine (o della sua proroga: sulla quale v. § 13), che sia stato indicato come ragione della proroga del contratto fra somministratore e lavoratore, valgono le stesse considerazioni svolte in questo paragrafo a proposito del primo termine apposto al contratto di lavoro.

Quando invece il contratto a termine non sia stipulato in funzione di un contratto di somministrazione a termine (v. in proposito § 16), in applicazione del primo comma dell'art. 22 la relativa proroga deve considerarsi soggetta alla disciplina generale, posta per questa materia dall'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001. La proroga necessita dunque anche in questo caso del consenso del lavoratore, ma non della forma scritta. Essa è consentita "solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni" e comunque in modo che questo limite massimo di durata complessiva non venga superato; ma è consenti-

ta per una sola volta e “a condizione che sia richiesta da ragioni oggettive e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato” (art. 4 citato, c. 2°).

23. *Segue. B) Il licenziamento collettivo nel contratto a tempo indeterminato*

Un rilevante elemento di specialità rispetto alla disciplina generale viene introdotto dal decreto delegato in materia di licenziamento collettivo di lavoratori assunti a tempo indeterminato e inviati presso un terzo utilizzatore, quando il relativo contratto di somministrazione a tempo indeterminato venga a cessazione: il quarto comma dell'art. 22 esclude esplicitamente l'applicabilità della procedura di cui all'art. 4 della legge 23 luglio 1991 n. 223 in questo caso; ma la formulazione della norma induce a ritenere che l'applicazione di quella procedura sia esclusa anche in qualsiasi altro caso di lavoro somministrato a tempo indeterminato. Tale esclusione – in relazione alla quale sorge una questione di compatibilità con la disciplina comunitaria dei licenziamenti collettivi, ora riordinata nella direttiva 20 luglio 1998 n. 59 - consente al somministratore e all'utilizzatore di dismettere una parte anche assai rilevante della forza lavoro impiegata nell'azienda, e persino di sostituirla con l'assunzione di lavoratori diversi, senza dover sottoporre questa scelta gestionale al filtro preventivo delle procedure di esame congiunto in sede sindacale e in sede amministrativa e senza sopportare il costo del relativo contributo previdenziale per il finanziamento del trattamento speciale di mobilità (neppure quando l'attività svolta si collochi in un settore nel quale quel trattamento sia garantito, in caso di licenziamento collettivo, ai lavoratori assunti mediante contratto di lavoro ordinario). L'esenzione è però compensata, per esplicita disposizione del quarto comma dell'art. 22, dall'assoggettamento del licenziamento collettivo al controllo giudiziale *ex post* sulla sussistenza del giustificato motivo, come nella generalità dei casi di licenziamento individuale, sulla cui applicazione nel rapporto di lavoro con il somministratore torneremo nel paragrafo che segue.

Va inoltre osservato che della disciplina dettata dalla legge n. 223/1991 soltanto la parte procedimentale di cui all'art. 4 non si applica al somministratore; restano applicabili invece le altre norme e in particolare quelle relative ai criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e al rispetto della proporzione tra lavoratori e lavoratrici precedentemente occupati (art. 5), nonché in generale i divieti di discriminazione diretta e indiretta. In tutti i casi nei quali il somministratore operi per una pluralità di committenti si porrà pertanto la questione dell'applicazione di quelle regole e criteri non soltanto nell'ambito del gruppo dei lavoratori finora utilizzati dal committente col quale cessa il contratto di fornitura, ma nell'ambito di tutti i lavoratori che il somministratore ha in carico: anche di quelli impegnati presso altri committenti. Si porrà, cioè, una questione analoga a quella se – in conformità all'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente e senz'altro condivisibile – al criterio delle esigenze tecnico-produttive debba o no attribuirsi carattere prioritario rispetto a quelli dell'anzianità di servizio e dei carichi di famiglia, presiedendo esso

all'individuazione del gruppo professionale omogeneo nell'ambito del quale i lavoratori da licenziare devono essere scelti; inoltre una questione analoga a quella se i suddetti criteri vadano applicati in riferimento all'intera organizzazione aziendale, come il testo dell'art. 5 della legge n. 223/1991 lascerebbe intendere, oppure in riferimento alla singola sede o unità produttiva facente capo allo stesso datore di lavoro, oppure ancora – soluzione che mi sembra preferibile – in riferimento all'ambito territoriale ragionevolmente confacente alle esigenze aziendali, dovendo l'imprenditore motivarne adeguatamente la delimitazione⁵⁶. Se la questione verrà risolta nel senso dell'applicazione dei criteri di scelta all'insieme dei lavoratori impiegati dallo stesso somministratore presso committenti dislocati entro un ambito territoriale ragionevolmente delimitato, ma pur sempre suscettibile di contenere diverse imprese committenti con le quali l'agenzia sia impegnata in un rapporto di somministrazione, si porrà la questione ulteriore del peso che – ai fini della scelta dei lavoratori da licenziare - deve essere attribuito al gradimento espresso dall'utilizzatore nei confronti del singolo lavoratore e all'eventuale insofferenza del somministratore stesso nei confronti della sostituzione del lavoratore a lui gradito, quando i criteri dell'anzianità di servizio (alle dipendenze del somministratore) o dei carichi di famiglia favoriscano un altro lavoratore che finora ha lavorato altrove.

L'alternativa al licenziamento collettivo è la sospensione della prestazione - ovvero, come oggi si usa dire, la collocazione in *stand-by* - di quei lavoratori, con pagamento dell'indennità di disponibilità (§ 21), fino a quando non si offra la possibilità di una loro utilizzazione in altra somministrazione. E anche qui si porrà una questione analoga a quella, amplissimamente dibattuta in dottrina e in giurisprudenza, circa i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in Cassa integrazione⁵⁷.

Insomma il somministratore avrà comunque i suoi grattacapi quando si troverà a dover licenziare o sospendere dal lavoro un gruppo di lavoratori a causa della cessazione del contratto di somministrazione con un committente: il licenziamento collettivo, ancorché non soggetto ai vincoli procedurali di cui all'art. 4 della legge n. 223/1991, resta comunque soggetto ai vincoli posti dall'art. 5 della stessa legge e al controllo giudiziale *ex post* sul giustificato motivo. D'altra parte, è proprio su questo terreno che, se e quando la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato prenderà piede, le agenzie maggiori potranno far valere la loro superiore capacità di assorbire le eccedenze di personale destinate a manifestarsi presso i singoli committenti, offrendo a questi ultimi il vantaggio di un agevole ridimensionamento degli organici, realizzato mediante il puro e semplice recesso dal contratto di somministrazione, e offrendo nel contempo ai lavoratori il vantaggio della prospettiva di una maggiore stabilità, assicurata

⁵⁶ Devo, per ovvi motivi di spazio, rinviare alla trattazione della questione svolta nel mio *Il contratto di lavoro*, vol. III, cit. nella nota 37, pp. 547-554: ivi anche gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁵⁷ Devo, anche qui, rinviare alla trattazione della questione svolta e ai riferimenti dottrinali e giurisprudenziali menzionati nel libro citato nella nota precedente, pp. 36-39.

dall'ampiezza dell'attività di somministrazione gestita dall'agenzia. Un rilevante rischio, in proposito, a carico dell'agenzia di *staff leasing*, sarà comunque ineliminabile; ed esso potrà essere da questa sopportato soltanto mediante l'esazione di un "premio" corrispondente a carico dell'utilizzatore.

24. – *Segue. C) Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo nel contratto a tempo indeterminato*

In materia di licenziamento individuale, la sola norma speciale rinvenibile nel d.lgs. n. 276/2001 è quella collocata – per la verità un po' disordinatamente - nel secondo comma dell'art. 20, secondo la quale i lavoratori assunti a tempo indeterminato e non utilizzati presso un cliente dell'agenzia vedono sospesa la propria prestazione lavorativa ma restano alle dipendenze del somministratore, "salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro": inciso dal quale si desume agevolmente che la pura e semplice cessazione del contratto di somministrazione, alla cui esecuzione il lavoratore sia stato adibito in precedenza, non basta perché si configuri né la giusta causa, né il giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

In altre parole, perché il licenziamento sia giustificato non basta la prospettiva che, stante il diritto del lavoratore all'indennità mensile di disponibilità, della quale si è detto a suo luogo (§ 21), il rapporto di lavoro prosegua per un certo periodo in perdita secca per il somministratore. Questo non significa, tuttavia, che dal secondo comma dell'art. 20 possa trarsi la conseguenza secondo cui il licenziamento del lavoratore non utilizzato sarebbe inibito al somministratore *sine die*: la regola del giustificato motivo obiettivo esclude che una perdita *qualsiasi* conseguente alla prosecuzione del rapporto possa costituire valida ragione per il licenziamento, ma comporta pur sempre che, quando quella perdita superi una certa soglia ragionevole, il datore di lavoro possa porre fine al rapporto⁵⁸. Deve dunque esservi un limite oltre il quale il perdurare della perdita (ovvero dello stato di non utilizzazione del lavoratore, al quale deve essere tuttavia corrisposta l'indennità di disponibilità) giustifica il recesso unilaterale del datore. Ma quale sia questo limite la legge non dice.

La soluzione del problema può forse trarsi, in via analogica, dalla norma che regola la situazione ricorrente nel rapporto di lavoro subordinato ordinario, quando la prestazione lavorativa è impedita da una malattia e tuttavia il rapporto deve proseguire - ancorché in pura perdita per il datore di lavoro, su cui grava il trattamento indennitario in favore del lavoratore infermo – fino alla scadenza di un termine di comparto (art. 2110 c.c.). La durata del periodo di conservazione del posto con indennità di disponibilità dovrebbe, secondo logica, essere inferiore al periodo di comparto per malattia, poiché nel caso qui in esame non si manifesta l'esigenza di protezione di un lavoratore infermo ed è invece opportuno che non

⁵⁸ Per questa nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento v. ancora op. cit. nella nota 56, pp. 435-467.

siano eccessivamente disincentivate né l'assunzione a tempo indeterminato da parte del somministratore per il timore del verificarsi dell'impossibilità di utilizzazione, né – verificatasi quell'impossibilità - la ricerca da parte del lavoratore di altra occupazione, per la quale egli non soffre di alcun impedimento fisico. Sarà ovviamente molto opportuno che il termine di conservazione del posto sia stabilito dal contratto collettivo applicabile ai dipendenti del somministratore; in difetto di tale previsione esso dovrà a mio avviso essere stabilito dal giudice secondo equità (ancora in analogia a quanto disposto dall'art. 2110 c.c. per il caso della malattia, che ben può considerarsi come un caso particolare di giustificato motivo di licenziamento tipizzato e regolato dalla legge).

Al licenziamento per superamento del periodo massimo di conservazione del posto il lavoratore può opporre la possibilità di proficua utilizzazione diretta nell'ambito dell'organizzazione aziendale del somministratore, oppure la possibilità di proficua utilizzazione indiretta nell'ambito di un contratto di somministrazione nella cui esecuzione l'agenzia sia attualmente impegnata: la valutazione che il giudice dovrà dare di questa possibilità alternativa al licenziamento, prospettata dal lavoratore⁵⁹, non sarà dissimile da quella che il giudice compie nella materia del c.d. *repêchage*, nell'ambito delle controversie concernenti il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel contratto di lavoro ordinario⁶⁰.

25. – Il divieto derogabile della clausola che inibisce all'utilizzatore di assumere direttamente il lavoratore alle proprie dipendenze. Legittimazione del ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo in funzione sostitutiva del periodo di prova

L'ottavo comma dell'art. 23 vieta, sotto pena di nullità, la clausola “diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione”, quando si tratti di contratto di somministrazione a tempo determinato. Due disposizioni mirate alla stessa finalità di tutela della libertà professionale del lavoratore erano contenute, rispettivamente, nel sesto comma dell'art. 1 e nel sesto comma dell'art. 3 della legge n. 196/1997, che comminavano la nullità per la clausola limitativa inserita nel contratto di fornitura o in quello di lavoro. Anche ora, nonostante che la nuova norma appaia dettata soltanto in riferimento al contratto di somministrazione, la nullità deve intendersi comminata anche in riferimento alla clausola limitativa inserita contratto di lavoro. E la regola così posta consente, oggi come nel vigore della vecchia legge, di considerare legittima l'utilizzazione - ampiamente diffusa - del contratto di fornitura di lavoro temporaneo al fine principale di sperimentare il

⁵⁹ Nel senso dell'assoggettamento del lavoratore all'onere di allegare e provare la possibilità dell'utilizzazione alternativa in azienda v. Cass. 15 novembre 2002 n. 16141, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, fasc. 4, con nota di R. MUGGIA, *Sul repêchage del lavoratore inidoneo alla mansione: aggiustamenti o inversione di rotta?*

⁶⁰ V. sul punto ultimamente Cass. 16 maggio 2003 n. 7717, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, fasc. 4, con nota di V.A. POSO, *Brevi osservazioni sull'obbligo di repêchage nell'ambito del gruppo di società in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.*

lavoratore per un periodo più lungo rispetto a quanto consentirebbe il periodo di prova⁶¹, con la conseguente trasformazione sostanziale della fornitura di lavoro temporaneo in una fase del collocamento della forza-lavoro. Questa possibile funzione “collocativa” del lavoro temporaneo tramite agenzia ben si coniuga, del resto, con l’abolizione del vincolo che in precedenza impediva all’agenzia stessa di svolgere anche attività di collocamento, disposta dall’art. 4⁶².

Una differenza assai rilevante rispetto alla vecchia norma sta invece nella previsione, contenuta nel nono comma dell’art. 23, della possibilità di deroga al divieto mediante pattuizione collettiva, che disponga in favore del lavoratore di una “adeguata indennità”. In altre parole, l’esclusione della possibilità per il lavoratore di farsi assumere dall’utilizzatore al termine della missione può essere pattuita nel contratto individuale, purché ciò sia previsto dal contratto collettivo applicabile al somministratore e sia previsto un compenso adeguato per il sacrificio della libertà professionale imposto al lavoratore. In difetto di previsione di un compenso equo, il tenore letterale della norma mi induce a preferire la tesi secondo cui il giudice non può adeguare il compenso secondo equità: quel difetto è causa di nullità della clausola collettiva.

Stante la regola generale posta dall’ottavo comma, e in considerazione della larga diffusione della prassi della stabilizzazione, alle dipendenze dell’utilizzatore, del lavoratore sperimentato temporaneamente mediante il contratto di fornitura, deve ritenersi scorretto il comportamento del somministratore che non informi l’utilizzatore, all’atto della stipulazione del contratto di somministrazione, dell’inserimento nel contratto di lavoro di un divieto per il lavoratore di farsi assumere dall’utilizzatore stesso al termine della missione.

26. - I diritti sindacali del lavoratore verso il somministratore e verso l’utilizzatore. Obblighi di informazione dell’utilizzatore verso le rappresentanze sindacali

Il primo comma dell’art. 24 accomuna i “lavoratori delle società o imprese di somministrazione e degli appaltatori” in una enunciazione unitaria che - ripetendo letteralmente il dettato del primo comma dell’art. 7 della legge n. 196/1997 – attribuisce loro “i diritti sindacali previsti dalla legge 20 maggio 1970 n. 300, e successive modificazioni”. Pleonastica nella parte in cui si riferisce ai dipendenti degli appaltatori, la norma è invece ora troppo sintetica per la parte relativa ai dipendenti delle imprese di somministrazione, dove sarebbe stata utile qualche indicazione circa le modalità di costituzione delle rappre-

⁶¹ Sulla funzione di fatto sostitutiva del periodo di prova, svolta nella maggior parte dei casi dal contratto di fornitura di lavoro temporaneo nel vigore della legge n. 196/1997, v. la ricerca econometrica di A. ICHINO, F. MEALLI e T. NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia: trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?* rapporto finale della ricerca su “Il lavoro interinale in Italia”, 2003, finanziata dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali, in corso di pubblicazione in volume per i tipi del Mulino, Bologna.

sentanze sindacali aziendali nel caso di somministrazione a tempo indeterminato o *staff leasing*. In particolare, sarebbe stato opportuno precisare se e come i lavoratori interessati possano costituire proprie rappresentanze sindacali presso la sede dell'agenzia che li ha ingaggiati e gestisce il loro rapporto di lavoro, oppure presso l'utilizzatore, o in entrambe le sedi. Nel silenzio della legge su questo punto, la soluzione preferibile mi sembra quella secondo cui, se la materia non è diversamente disciplinata in sede collettiva, le rappresentanze sindacali dei dipendenti del somministratore sono di regola costituite presso quest'ultimo, salvo che un gruppo di più di quindici lavoratori sia permanentemente impiegato presso un'impresa utilizzatrice nell'ambito dello stesso comune: in questo caso essi possono costituire le proprie rappresentanze nel luogo abituale di lavoro, a norma dell'art. 35 St. lav.

I due commi successivi ripetono letteralmente il dettato dei commi secondo e terzo dell'art. 7 della legge n. 196/1997 in riferimento al diritto di assemblea, che può essere esercitato dai dipendenti del somministratore sia presso la sede di questo, “con le modalità specifiche determinate dalla contrattazione collettiva” (c. 3°), sia col “partecipare alle assemblee del personale dipendente dalle imprese utilizzatrici” (c. 2°). Non viene precisato quale debba essere il trattamento economico riservato ai lavoratori impegnati in rapporti di somministrazione di lunga durata i quali, nell'arco dell'anno, partecipino sia alle assemblee indette dalle proprie rappresentanze sindacali presso il somministratore, sia a quelle indette dalle rappresentanze sindacali dei dipendenti dell'utilizzatore; salvo diversa disposizione collettiva più favorevole, appare ragionevole riconoscere al dipendente del somministratore il diritto alle dieci ore annue di retribuzione previste dall'art. 20 St. lav., distribuite a sua scelta in relazione alla sua partecipazione ad assemblee indette presso il somministratore stesso o presso l'azienda utilizzatrice.

Il quarto comma dell'art. 24 riproduce esattamente il quarto comma dell'art. 7 della legge del 1997, in materia di obblighi di informazione, preventiva e a consuntivo annuale, dell'utilizzatore nei confronti delle rappresentanze sindacali aziendali o – in difetto di queste – nei confronti delle associazioni sindacali territoriali di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, circa il ricorso alla somministrazione di lavoro.

27. – Esenzione del somministratore dal vincolo della quota di organico in favore dei disabili e non computabilità dei lavoratori dipendenti dal somministratore ai fini della determinazione delle dimensioni dell'azienda utilizzatrice

Abbiamo già visto (§ 4) come il sesto comma dell'art. 22 esenti il somministratore dal riservare una quota delle assunzioni operate in funzione di somministrazioni di lavoro – stabile o temporaneo che

⁶² G. SUPPIEJ, *La nuova disciplina del mercato del lavoro*, cit. nella nota 28, p. 25, parla in proposito addirittura di “identità di funzione del collocamento e del lavoro temporaneo”.

esso sia - alle categorie protette dalla legge 12 marzo 1999 n. 68. La stessa norma esenta il somministratore anche dall'obbligo di riservare quote di quelle assunzioni in favore di "particolari categorie di lavoratori a rischio di esclusione sociale", nei casi in cui tale riserva sia stata disposta dalla Regione, a norma dell'art. 4-bis, c. 3°, del d.lgs. 21 aprile 2000 n. 181, come integrato ad opera del d.lgs. 19 dicembre 2002 n. 297.

Deve ritenersi che l'esenzione non operi in riferimento all'organico dei lavoratori che il somministratore utilizza direttamente nella propria organizzazione aziendale. Qualche problema di determinazione della quota riservata può sorgere in conseguenza del fatto che – come pure si è visto (§ 16) – l'organico aziendale dell'agenzia è suscettibile di variazioni in conseguenza dell'utilizzazione diretta in seno ad esso di lavoratori originariamente assunti in funzione di contratti di somministrazione, o, viceversa, per l'utilizzazione in contratti di somministrazione di lavoratori originariamente destinati a far parte dell'organico dell'agenzia; il problema è tuttavia di natura meramente pratica, poiché sul piano teorico non vi è dubbio che il computo periodico debba essere compiuto soltanto in riferimento ai lavoratori utilizzati direttamente dal somministratore per il funzionamento dell'agenzia.

I lavoratori utilizzati nell'ambito di contratti di somministrazione si computano invece sempre nell'organico dell'agenzia ai fini di tutte le altre norme la cui applicazione sia condizionata al superamento di una determinata soglia dimensionale: in particolare ai fini della disciplina limitativa dei licenziamenti individuali. Viceversa, i lavoratori stessi non si computano mai – per espressa disposizione contenuta nel quinto comma dell'art. 22 - nell'organico dell'utilizzatore, salvo che per l'applicazione delle norme in materia di igiene e sicurezza del lavoro.

28. – Disciplina previdenziale e contributo per la formazione

Il primo comma dell'art. 25 conferma l'inquadramento ai fini previdenziali del somministratore e di tutti i rapporti di lavoro di cui egli è titolare nel settore terziario, indipendentemente dall'inquadramento del soggetto presso il quale i lavoratori vengono inviati a svolgere la loro prestazione, in conformità con quanto già disposto dal primo comma dell'art. 9 della legge n. 196/1997.

Sempre in conformità con la vecchia norma testè citata, il primo comma dell'art. 25 conferma l'assoggettamento a contribuzione previdenziale dell'indennità di disponibilità di cui all'art. 22, c. 3° (§ 21), nonché l'esclusione dell'applicabilità del limite minimo giornaliero del contributo dovuto.

Il terzo comma dell'art. 25 riproduce esattamente il contenuto del secondo comma dell'art. 9 della legge n. 196/1997 in materia di assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali e di relativa contribuzione, che continua pertanto a essere determinata in relazione al tipo di attività a cui i lavoratori sono adibiti e al relativo rischio.

Il terzo comma dell'art. 25 riproduce il contenuto del comma 3-*bis* aggiunto all'art. 9 della legge n. 196/1997 dall'art. 117, c. 1°, lett. *b*, della legge 23 dicembre 2000 n. 388, confermando l'estensione alla somministrazione di lavoro domestico della disciplina previdenziale del rapporto di lavoro domestico; e detta norma analoga in riferimento alla somministrazione di lavoro agricolo.

L'importo dei contributi pagati dal somministratore all'istituto previdenziale, così come quello delle retribuzioni, deve di norma essergli rimborsato dall'utilizzatore, a norma dell'art. 21, c. 1°, lett. *i*, essendo confermata l'esenzione di tale rimborso dall'imposta sul valore aggiunto a norma dell'art. 26-*bis* della legge n. 196/1997 (non abrogato dall'art. 85 del decreto delegato: esso è, al contrario, esplicitamente richiamato dal settimo comma dell'art. 12).

Infine il secondo comma dell'art. 25 riproduce il contenuto del comma 3-*ter* del vecchio art. 9 della legge n. 196/1997 (aggiunto anche questo dall'art. 117, c. 1°, lett. *b*, della legge n. 388/2000), confermando l'esenzione del somministratore dal contributo di cui all'art. 25, c. 4°, della legge-quadro sulla formazione professionale 21 dicembre 1978 n. 845. Il somministratore resta invece assoggettato, a norma dei primi due commi dell'art. 12 (che sostanzialmente riproducono la norma in precedenza contenuta nell'art. 5 della legge n. 196/1997), al “contributo per la formazione” pari al 4 per cento della retribuzione corrisposta ai lavoratori impiegati in contratti di somministrazione, siano essi assunti a termine o a tempo indeterminato: contributo destinato al finanziamento di un apposito “fondo bilaterale”, a norma del quarto comma dello stesso articolo (sul quale v., *supra*, il commento di ** *****).

29. – Le norme transitorie che sanciscono la continuità concettuale tra la fattispecie disciplinata dalla legge n. 196/1997 e quella disciplinata dagli artt. 20 e seguenti del decreto

I commi quarto e quinto dell'art. 86 – sui quali v. *infra* il commento di ** ***** - indicano una serie di norme originariamente riferite alla fattispecie disciplinata dagli artt. 1-11 della legge n. 196/1997, per chiarire che esse devono ora “intendersi riferite alla disciplina della somministrazione”: col che si conferma che la scelta lessicale compiuta dal legislatore del 2003, di sostituire il termine “somministrazione” al termine “fornitura”, non è indicativa di un mutamento sostanziale della fattispecie considerata: ciò che muta è soltanto la relativa disciplina.

29. – *L'intendimento originario di sanzionare con l'annullabilità la somministrazione irregolare, con la nullità la sola somministrazione fraudolenta. La drastica riduzione della rilevanza pratica della distinzione nel testo legislativo definitivo*

La netta distinzione fra somministrazione di lavoro meramente irregolare, ossia fornitura di lavoro al di fuori dei limiti oggettivi e soggettivi fissati dalla legge ma nel rispetto delle norme che regolano il rapporto di lavoro e previdenziale, e somministrazione fraudolenta, ossia fornitura di lavoro posta in essere dalle parti per violare gli standard di trattamento posti inderogabilmente a protezione del lavoratore⁶³, è stata introdotta con l'intendimento originario di differenziare nettamente le sanzioni civili applicabili nei due casi, secondo il modello francese: annullabilità su iniziativa del lavoratore interessato nel primo caso, nel secondo nullità, rilevabile anche su iniziativa dell'istituto previdenziale⁶⁴. Di tale intendimento resta traccia ben visibile nel primo comma dell'art. 27, dove si prevede la *costituzione* di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto *ex tunc* su iniziativa del solo lavoratore interessato, ma non dell'istituto previdenziale: sanzione, questa, che, così strutturata, nel sistema delle sanzioni civili corrisponde appunto a una situazione di annullabilità del contratto⁶⁵.

La collocazione della disposizione nel primo comma dell'art. 27 - così come il suo riferirsi al solo caso della somministrazione irregolare perché "al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, lettere *a, b, c, d* ed *e*" - avrebbe conservato il significato originario preciso di cui si è detto se la sanzione della nullità, con imputazione *ope legis* del rapporto all'utilizzatore, fosse stata comminata soltanto per la somministrazione fraudolenta e per il difetto della forma scritta del contratto. Questa sanzione, invece, nel testo definitivo del decreto delegato, per un verso non viene comminata esplicitamente contro la somministrazione fraudolenta, dovendo qui pertanto essere desunta dai principi generali dell'ordinamento⁶⁶; per altro verso viene comminata dall'ultimo comma dell'art. 21 contro l'irregolarità formale consistente nel difetto di indicazione scritta, nel contratto stesso, dei dati relativi

⁶³ La nullità del contratto è comminata, secondo i principi generali, per il contratto stipulato per una finalità fraudolenta comune alle parti, a norma del combinato disposto degli artt. 1344 (o 1345) e 1418, 2° c., c.c.: v. in proposito anche la nota 56.

⁶⁴ A questa idea si ispirava la bozza di articolato che inviai a Michele Tiraboschi nell'aprile scorso, di cui ho fatto cenno nel § 1. Da quella bozza sono tratti, senza alcuna variazione testuale, i primi due commi dell'art. 27.

⁶⁵ Cfr. sul punto M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, cit. nella nota 2: "il rapporto interpositivo irregolare rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro, che come tale produrrà gli effetti voluti da utilizzatore e somministratore, ma questo solo se – e fino a quando – il prestatore di lavoro non ne richieda la conversione ... in un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore" (p. 75).

⁶⁶ La comminatoria della nullità con conseguente imputazione del rapporto di lavoro all'utilizzatore per il caso della somministrazione fraudolenta non compare né nell'art. 28, né in alcuna altra parte della legge. La nullità del negozio, quando esso sia posto in essere da entrambe le parti "con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicabili al lavoratore", può tuttavia desumersi dal combinato disposto dell'art. 1344, o dell'art. 1345, e del secondo comma dell'art. 1418: cfr. nota 53. Quando invece la finalità di elusione di protezioni inderogabili del lavoratore sia imputabile al solo utilizzatore (come nel caso in cui questi abbia nascosto al somministratore l'applicabilità di benefici particolari previsti da un accordo aziendale), deve ritenersi – nel silenzio della legge - che non si

all'autorizzazione rilasciata al somministratore, al numero dei lavoratori cui il contratto si riferisce, al rispetto dei limiti oggettivi e alle ragioni del ricorso alla somministrazione, agli eventuali rischi per la sicurezza del lavoratore e relative misure di prevenzione adottate, nonché infine alla collocazione e all'estensione temporale della somministrazione. Ne consegue innanzitutto la inevitabile nullità – e non soltanto annullabilità su iniziativa del lavoratore interessato - di tutti i contratti stipulati con un somministratore non debitamente autorizzato; inoltre la inevitabile nullità (originaria o sopravvenuta in corso di rapporto) dei contratti con somministratore debitamente autorizzato ma stipulati o attuati al di fuori dei casi o in difetto delle ragioni di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 20. Il risultato pratico è che la nullità continua a colpire la quasi totalità dei casi di somministrazione irregolare, ancorché non fraudolenta. Pare altresì logicamente prospettabile la nullità, per difetto del requisito di cui all'art. 21, lett. *e*, della proroga verbale o tacita del contratto di somministrazione rispetto al termine originariamente pattuito.

Il regime di annullabilità su iniziativa esclusiva del lavoratore, di cui al primo comma dell'art. 27, resta dunque in concreto applicabile soltanto nel caso, del tutto residuale, di contratto stipulato correttamente in forma scritta, con tutte le indicazioni di cui all'ultimo comma dell'art. 21, da somministratore debitamente autorizzato, ma in violazione di uno dei divieti di cui al quinto comma dell'art. 20, lett. *b* o *c*, in quanto i lavoratori siano destinati a unità produttiva interessata da licenziamenti collettivi nei sei mesi precedenti, o interessata attualmente da un intervento della Cassa integrazione guadagni, oppure a un'unità produttiva priva di rischi specifici per i lavoratori ma nella quale la relativa valutazione non sia stata formalizzata a norma del d.lgs. n. 626/1994 (§ 11).

Detto questo, e constatata così la sostanziale conservazione in vita, in riferimento alla quasi totalità dei casi, dell'apparato sanzionatorio civilistico proprio dell'ordinamento previgente, la disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 27 resta tuttavia assai rilevante sul piano teorico-sistematico: ne risulta infatti confermato che anche al di fuori dei limiti posti dalla legge il contratto di somministrazione non è di per sé logicamente incompatibile con il contratto di lavoro subordinato, né è necessariamente soggetto alla sanzione della nullità e dell'imputazione *ex lege* del rapporto di lavoro all'utilizzatore⁶⁷: il legislatore ben può limitare la sanzione civile all'annullabilità (o “nullità relativa”, come dicono i francesi) del contratto, consentendo che esso produca interamente gli effetti normalmente propri del tipo legale, fino a che il lavoratore non vi si opponga mediante una apposita azione giudiziale. È vero, dunque, come è stato rilevato⁶⁸, che l'ultimo comma dell'art. 21 ha direttamente o indirettamente l'effetto di far “risor-

applichi né la sanzione della nullità, né quella dell'annullabilità, bensì soltanto quella della responsabilità dell'utilizzatore per la differenza di trattamento a cui il lavoratore ha diritto e per la relativa contribuzione previdenziale.

⁶⁷ Per la tesi della necessità dell'applicazione di questa sanzione civile v. soprattutto gli scritti di O. MAZZOTTA e di R. DEL PUNTA cit. nella nota 3.

⁶⁸ V. soprattutto R. DEL PUNTA, *Somministrazione di lavoro, appalti, distacco*, in corso di pubblicazione in AA.VV., *Come cambia il lavoro*, cit. nella nota 9.

gere dalle ceneri” l’art. 1 della legge n. 1369/1960, cioè di far rivivere qualche cosa di molto simile al vecchio divieto drastico dell’interposizione, con l’effetto civilistico che gli è stato proprio per quarant’anni, in quasi tutta l’area della somministrazione di lavoro irregolare; ma è anche vero che il primo comma dell’art. 27 sancisce il carattere non necessario di quel vecchio modo d’essere del divieto: il legislatore può modulare diversamente l’apparato sanzionatorio, differenziandolo in relazione alla qualità dei soggetti del rapporto e al grado di irregolarità della fattispecie.

In altre parole: si può anche sostenere che una regola molto simile a quella un tempo dettata dall’art. 1 della legge n. 1369/1960 rimane applicabile nella maggior parte dell’area della somministrazione di lavoro irregolare; ma occorre riconoscere che la nuova regola è priva dell’aura di sacralità sistematica nella quale la vecchia era rimasta avvolta per oltre quattro decenni, anche dopo la riforma del 1997.

Della disposizione contenuta nel primo comma dell’art. 27 va infine menzionato un aspetto di rilievo processuale sul quale si erano registrati in passato orientamenti giurisprudenziali divergenti. A conferma dell’orientamento più recente espresso sul punto dalle Sezioni Unite⁶⁹, nel procedimento avente per oggetto la costituzione del rapporto di lavoro in capo all’utilizzatore con effetto *ex tunc* (previo annullamento del contratto di somministrazione), la norma, consentendo al lavoratore di proporre⁷⁰ il proprio ricorso anche soltanto nei confronti dell’utilizzatore, esclude il litisconsorzio passivo necessario tra quest’ultimo e il somministratore. Deve a mio avviso desumersene l’inesistenza del litisconsorzio passivo necessario tra utilizzatore e somministratore anche nel procedimento nel quale il lavoratore chieda la sentenza di accertamento del rapporto di lavoro in capo al primo previa dichiarazione di nullità del contratto nel caso di somministrazione fraudolenta o di somministrazione irregolare per difetto della forma scritta, a norma dell’ultimo comma dell’art. 21.

30. – *Il contratto di lavoro: imputabilità all’utilizzatore degli atti compiuti dal somministratore irregolare*

Secondo una parte della dottrina, nel vigore della vecchia disciplina della materia, la sanzione della nullità avrebbe colpito non soltanto il contratto fra interponente e interposto, ma anche il contratto tra interposto e lavoratore. Altra parte della dottrina riteneva invece che, in considerazione del principio di conservazione del negozio, ben potesse considerarsi valido il contratto di lavoro stipulato dall’interposto,

⁶⁹ Cass. S.U. 22 ottobre 2002 n. 14897, in *Arch. civ.*, 2003, 2, p. 147. Nello stesso senso v. ultimamente Cass. 11 settembre 2003 n. 13373, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2004.

⁷⁰ Porto qualche responsabilità del fatto che nel testo legislativo compaia l’espressione impropria “notificato” (“ricorso giudiziale ... *notificato* anche soltanto al soggetto ...”), invece che “proposto”, poiché questo comma dell’art. 27, così come il successivo, nasce da una mia proposta: v. nota 64.

salva la modificazione soggettiva operata dalla legge nel senso dell'imputazione del contratto stesso all'interponente⁷¹. Quest'ultima costruzione consentiva, senza alcuna forzatura rispetto alla lettera e allo spirito della legge, di evitare la conseguenza davvero illogica per cui – come sovente accadeva – l'istituto previdenziale restituiva all'interposto i contributi da lui versati, contemporaneamente addebitando all'interponente gli stessi contributi con interessi e sanzioni per la pretesa omissione del pagamento: prassi, quest'ultima, che oltretutto contrastava con l'orientamento giurisprudenziale prevalente nel senso della piena responsabilità anche dell'interposto, in virtù dell'apparenza del diritto e dell'affidamento dei terzi di buona fede, per tutte le obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro⁷². La costruzione in esame consentiva infine di conservare gli effetti di una eventuale pattuizione di per sé valida fra interposto – in qualità di datore di lavoro putativo – e lavoratore, di un termine finale, di un periodo di prova, di un obbligo di non concorrenza successivo alla cessazione del rapporto, di un trattamento – retributivo o di altro genere – migliorativo rispetto ai minimi collettivi: pattuizioni tutte che invece venivano travolte ogni volta che, essendo dichiarato nullo il contratto fra lavoratore e interposto, quest'ultimo veniva considerato come un terzo estraneo rispetto al rapporto fra lavoratore e interponente⁷³.

Ora il secondo comma dell'art. 27 risolve la questione prendendo nettamente partito per l'orientamento dottrinale a mio avviso preferibile, in quanto meglio corrispondente a logica ed equità: in caso di somministrazione irregolare “tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione [e che si considera titolare del rapporto di lavoro fin dall'inizio] dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata”. Inoltre, “Tutti 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”. Nel bene e nel male: se da quegli atti derivano responsabilità civili o amministrative, anche queste devono imputarsi all'utilizzatore; così, ad esempio, nel caso del demansionamento professionale prolungato, o del licenziamento illegittimo intimato dal somministratore irregolare, sarà l'utilizzatore irregolare a dover

⁷¹ G. BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione ecc.*, cit. nella nota 14, pp. 1538-1540; nello stesso senso, più recentemente, R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, pp. 653-654.

⁷² Per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali rinvio al mio *Il contratto di lavoro*, I, cit. nella nota 13, pp. 465-469.

⁷³ In particolare, dottrina e giurisprudenza prevalenti qualificavano il licenziamento intimato al lavoratore dal soggetto interposto come “licenziamento di fatto”, quindi senz'altro sempre illegittimo e inefficace. V. in questo senso soprattutto O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, pp. 361-363; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, 1995, pp. 129-133. In giurisprudenza, nello stesso senso, tra le molte altre, Cass. 16 giugno 1998 n. 5995, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 184; può leggersi anche in *Foro it.*, 1998, I, c. 3582, e in *Dir. lav.*, 1999, II, p. 485, con nota di F. PETRUCCI, *Inefficacia del licenziamento intimato dal datore di lavoro interposto*; nel senso, invece, dell'inesistenza del licenziamento intimato dall'interposto, Cass. 21 marzo 1997 n. 2517, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 705, con nota di M.T. CARINCI, *Questioni in ordine all'applicazione della legge sul divieto di intermediazione nei rapporti di lavoro ecc.*

risarcire il danno al lavoratore e, se del caso, a dovergli corrispondere l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

Resta da chiedersi se la regola dettata dal secondo comma dell'art. 27 si applichi soltanto nel caso della somministrazione irregolare o anche in quello della somministrazione fraudolenta. A me sembra che quella regola, nascente da una costruzione dottrinale riferita a entrambi i casi, sia suscettibile di applicarsi in via analogica anche al caso della somministrazione fraudolenta. In senso contrario potrebbe sostenersi che il legislatore abbia inteso escludere l'applicazione di quella regola alla somministrazione fraudolenta al fine di inasprire, in questo caso, le conseguenze sanzionatorie a carico dell'utilizzatore; ma questo risultato verrebbe perseguito al prezzo assurdo dell'attribuzione di un premio indebito al somministratore, il quale si vedrebbe restituire i contributi versati all'istituto previdenziale e potrebbe persino ripetere le retribuzioni nei confronti del lavoratore. Mi sembra difficile attribuire al legislatore questo intendimento.

31. – *Le sanzioni amministrative e penali*

La distinzione tra somministrazione meramente irregolare e somministrazione fraudolenta, rilevante sul piano civile solo in casi marginali, come si è visto nel § 29 - assume invece sempre qualche rilievo sul piano penale, stante la sanzione generale aggiuntiva che, in caso di somministrazione fraudolenta, colpisce somministratore e utilizzatore a norma dell'art. 28 (ammenda di 20 euro per ogni lavoratore e ogni giorno di somministrazione) e la sanzione ulteriore che, a norma del secondo comma dell'art. 18, colpisce l'utilizzatore colpevole di sfruttamento di lavoratori minorenni mediante somministrazione da parte di soggetto non debitamente autorizzato (ammenda da 5 a 30 euro per ogni minore e ogni giorno di utilizzazione dello stesso, nonché arresto fino a 18 mesi: qui non è chiaro il motivo della non equiparazione tra i due soggetti che hanno cooperato nel reato).

In tutti i casi di somministrazione illecita, sia essa fraudolenta o meramente irregolare, si applicano invece:

- a carico del solo utilizzatore, a norma del secondo comma dell'art. 18, la sanzione penale dell'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore e ogni giorno di utilizzazione mediante contratto di somministrazione stipulato con somministratore non debitamente autorizzato (§ 6);

- a carico di entrambi i soggetti, utilizzatore e somministratore, la sanzione amministrativa dell'ammenda da 250 a 1250 euro, comminata dal terzo comma dell'art. 18 per il contratto stipulato in violazione dell'art. 20, commi 1°, 3°, 4, o 5°, oppure in violazione dell'art. 21, commi 1° o 2°; ne risulta il cumulo di sanzione penale (secondo comma) e sanzione amministrativa (terzo comma) a carico dell'utilizzatore che si è avvalso di somministratore non debitamente autorizzato;

- a carico del solo somministratore la sanzione amministrativa dell'ammenda da 250 a 1250 euro comminata dal terzo comma dell'art. 18 per la violazione dell'obbligo di comunicazione scritta al lavoratore circa i contenuti del contratto di somministrazione, di cui all'art. 21, c. 3°.

IV - IL RAPPORTO DI LAVORO NELL'APPALTO DI SERVIZI

32. – *La coobbligazione solidale tra committente e appaltatore di servizi. La distinzione tra appalto di servizi e appalto d'opera*

Della distinzione tra somministrazione di lavoro e appalto si è detto nel § 3. Resta da dire della nuova disciplina del rapporto tra appaltatore e lavoratore suo dipendente: disciplina per la quale perde ogni rilievo la vecchia – quanto discussa - distinzione, posta dall'art. 3 della legge n. 1369/1960, tra appalto “interno” e appalto “esterno” rispetto all'azienda del committente, mentre assume rilievo cruciale la distinzione tra appalto *di opere* e appalto *di servizi*. Una protezione speciale – consistente nella coobbligazione solidale del committente con l'appaltatore per il pagamento delle retribuzioni e dei relativi contributi previdenziali - è ora disposta per i soli lavoratori utilizzati in un appalto di servizi, non per i lavoratori utilizzati in un appalto di opere. Viene invece del tutto soppressa, in questo campo, l'altra protezione speciale dettata dalla vecchia norma per gli appalti “interni”, che consisteva nella parità di trattamento fra dipendenti dell'appaltatore e dipendenti del committente.

La possibilità che un appalto abbia per oggetto l'esecuzione di un'opera oppure un servizio è enunciata esplicitamente nell'art. 1655 del codice civile, che però detta una definizione unitaria del tipo legale, senza ricollegare a quella distinzione alcuna differenza di disciplina. Negli articoli successivi dedicati alla disciplina dell'appalto questa distinzione sembra perdersi, venendo utilizzato sempre soltanto il termine “opera” per indicare l'oggetto della prestazione dell'appaltatore. Soltanto nell'ultimo, l'art. 1677, ricompare la menzione dell'appalto di *servizi* - significativamente al plurale - in funzione della disciplina del caso particolare nel quale la prestazione dell'appaltatore assume il carattere della durata: il legislatore adotta in questo articolo la scelta terminologica - che sarà di lì a poco consacrata dalla nostra dottrina civilistica⁷⁴ - consistente nella distinzione tra il contratto di appalto di servizi avente per oggetto “prestazioni continuative”, ovvero prestazioni di mera attività illimitatamente divisibili in ragione del tempo nel quale si estende la loro esecuzione, e il contratto di appalto di servizi avente per oggetto “pre-

⁷⁴ G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 143-180 e 227-250; 1944, I, pp. 17-46; in particolare, sulla possibilità che una prestazione di lavoro autonomo possa assumere il carattere della “periodicità”, quando il contratto prevede l'esecuzione di una serie di *opere* in sé indivisibili in ragione del tempo, oppure il carattere della “continuativi-

stazioni periodiche”, che è quanto dire una pluralità di prestazioni che si susseguono nel tempo, ciascuna in sé indivisibile in ragione del tempo.

Per la determinazione del campo di applicazione della disciplina speciale contenuta nel secondo comma dell’art. 29 del decreto qui in esame può a mio avviso farsi utile riferimento all’art. 1677 c.c.: può, in particolare, trarsene conferma della possibilità di ricomprendere nella nozione di “appalto di servizi” non solo il contratto che abbia per oggetto una prestazione o una serie di prestazioni “continuative” in senso tecnico (ad esempio: un servizio di vigilanza o di guardiania, un servizio di *call centre*), ma anche il contratto che abbia per oggetto prestazioni periodiche. Così, ad esempio, può ricomprendersi in quella nozione anche l’appalto di pulizia, o di manutenzione di impianti, la cui prestazione consista in una serie di segmenti quotidiani, settimanali o mensili, considerati contrattualmente come in sé indivisibili in ragione del tempo (la pulizia quotidiana dei locali di un ufficio; l’intervento mensile volto a garantire il buon funzionamento di un impianto).

Né l’art. 1677, né l’art. 1655 c.c., però, forniscono alcuno spunto utile per la distinzione tra “opera” e “servizio” come oggetto del contratto di appalto. Occorre pertanto, a questo fine, fare riferimento al significato che le due parole assumono nel linguaggio comune: per “opera” si intenderà dunque il risultato della prestazione dell’appaltatore che si concreta in un manufatto nuovo, materialmente inesistente prima della prestazione stessa (ad esempio una costruzione edile, un impianto elettrico, uno *spot* televisivo), per “servizio” il risultato della prestazione dell’appaltatore che reca una utilità al committente senza concretarsi in un manufatto nuovo a sé stante (ad esempio la pulizia dei suoi uffici, il buon funzionamento del suo impianto, il collaudo dei suoi prodotti, un determinato trattamento informatico di dati, la fornitura telefonica di informazioni al pubblico mediante *call centre*).

Così definito, il campo di applicazione della regola della coobbligazione solidale tra committente e appaltatore appare per un verso irragionevolmente esteso: esso comprende infatti un gran numero di appalti in relazione ai quali è difficile ravvisare una esigenza di protezione speciale dei lavoratori coinvolti. È questo il caso degli appalti di servizi ad alta intensità di capitale, affidati a imprese operanti per lo più all’esterno dell’azienda del committente e in condizioni di sostanziale indipendenza da esso: si pensi, ad esempio, all’appalto di un servizio di trattamento informatico di dati svolto da una *software house* mediante il proprio centro di elaborazione, o all’appalto di un servizio di collaudo di prodotti industriali. Per altro verso, il campo di applicazione di quella regola appare irragionevolmente ristretto, restandone escluse tutte le mille diverse forme giuridiche diverse dall’appalto, nelle quali può realizzarsi la segmentazione del processo produttivo (dalla “subfornitura” al trasporto, all’agenzia, alla commissione, al *franchising*, ecc.): forme di segmentazione che ben possono dar luogo a situazioni di dipendenza economica

tà”, avendo per oggetto una mera attività (*operae*) giuridicamente suscettibile di suddividersi illimitatamente in ragione

del fornitore dal committente e quindi di squilibrio di potere contrattuale che può meritare l'intervento correttivo del legislatore⁷⁵.

La disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 29 concernente la coobbligazione solidale del committente per i debiti retributivi e contributivi dell'appaltatore di servizi, di cui si è detto sopra, si distingue da quella contenuta nell'art. 1676 c.c., che – disciplinando la generalità dei contratti di appalto – prevede soltanto una responsabilità del committente per le retribuzioni dei dipendenti dell'appaltatore *nei limiti del debito* del primo verso il secondo (“fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore *nel tempo in cui essi propongono la domanda*”). Questa regola generale è – per me inspiegabilmente – richiamata dal secondo comma dell'art. 32 soltanto in riferimento al 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”. La regola generale, proprio in quanto tale, resta comunque, a mio avviso, applicabile anche al di fuori del caso dell'appalto conferito all'acquirente in seguito a trasferimento di ramo d'azienda. Inoltre, poiché il richiamo dell'art. 1676 c.c. nel secondo comma dell'art. 32 non può essere inteso come finalizzato a ridurre la protezione dei lavoratori interessati, deve ritenersi che anch'essi godano della più ampia tutela disposta dal secondo comma dell'art. 29 in tutti i casi in cui il ramo d'azienda ceduto, dal quale essi dipendono, sia utilizzato per l'esecuzione di un appalto *di servizi*.

La coobbligazione solidale del committente può essere fatta valere - dal lavoratore o dall'istituto previdenziale – soltanto entro il termine di un anno dalla cessazione dell'appalto. L'imposizione di questo termine di decadenza si pone in sostanziale continuità con quella dettata dall'art. 4 della legge n. 1369/1960 in riferimento alla posizione dei lavoratori utilizzati in un appalto “interno”.

33. – *L'esclusione del passaggio di lavoratori dall'appaltatore cessante a quello subentrante dalla nozione di trasferimento di azienda e la questione della sua compatibilità con il diritto comunitario*

Nel precisare il campo di applicazione della disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento di azienda, il quinto comma dell'art. 2112 c.c., come novellato dal d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, non soltanto stabiliva esplicitamente l'irrilevanza del tipo di contratto utilizzato dalle parti per attuare il trasferimento della gestione di un'attività, bensì faceva rientrare nella fattispecie disciplinata anche il trasferimento determinato da un “provvedimento”: il legislatore del 2001 intendeva con questo uniformarsi alla giurisprudenza della Corte di Giustizia tendente a ricomprendere nella fattispecie soggetta alla disciplina

del tempo, v. op. cit., 1943, pp. 233-234.

⁷⁵ Questa critica veniva mossa anche alla vecchia norma contenuta nell'art. 3 della legge n. 1369/1960: rinvio in proposito, anche per i riferimenti dottrinali, alla mia relazione al congresso di Trento cit. nella nota 1 e ora al mio scritto cit. nella nota 13, pp. 506-509.

lavoristica speciale anche la successione tra imprenditori nella titolarità di una concessione o autorizzazione amministrativa per lo svolgimento di determinate attività, o in un appalto di servizi a carattere continuativo o periodico⁷⁶. Doveva tuttavia considerarsi in ogni caso come elemento imprescindibile della fattispecie, in adesione alla stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, quando non vi fosse trasferimento di un insieme organizzato rilevante di mezzi strumentali, almeno la successione tra i due gestori nella titolarità di una parte quantitativamente e qualitativamente apprezzabile della manodopera utilizzata per lo svolgimento del servizio.

A due soli anni di distanza, con il terzo comma dell'art. 29 del decreto in esame, il legislatore torna parzialmente sui suoi passi escludendo la qualificabilità come trasferimento di azienda o di ramo di azienda, e quindi anche l'applicabilità della relativa disciplina *ex art.* 2112 c.c., dell'“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 di appalto”.

La nuova disposizione ha il merito di superare una questione di non facile soluzione che si era posta in seguito alla novella del 2001: l'imprenditore che, avendo perduto un appalto o concessione amministrativa per lo svolgimento di un servizio, comunicava nelle forme dovute e del tutto legittimamente il licenziamento ad alcuni dei propri dipendenti in precedenza utilizzati per tale attività, rischiava di veder dichiarare una sorta di illegittimità o inefficacia di tali licenziamenti per difetto sopravvenuto della procedura preventiva di esame congiunto del trasferimento di azienda, nel caso in cui l'imprenditore subentra nello stesso appalto o concessione avesse assunto alle proprie dipendenze “una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti”⁷⁷. Superata quella questione con l'entrata in vigore della nuova norma, ora si pone il problema della non conformità della nuova disciplina nazionale rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia testè

⁷⁶ V. soprattutto C. Giust. 14 aprile 1994 nella causa n. 392/92, *Christl Schmidt c. Spar und Leibkasse*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 608, con nota di P. LAMBERTUCCI, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*; C. Giust. 11 marzo 1997, nella causa n. 13/1995, *Süzen c. Zehnacker*, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 437, con nota di R. COSIO, e in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 651, con nota di C. FALERI, *I giudici comunitari rivedono la nozione di trasferimento di azienda* (dove la Corte ha ritenuto che si configuri la fattispecie disciplinata dalla direttiva sul trasferimento di azienda in tutti i casi in cui la nuova appaltatrice utilizzi per l'esecuzione del servizio “una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti”); e più recentemente C. Giust. 26 settembre 2000 nella causa C-175/99 (su di un caso di ripresa da parte di un'amministrazione comunale, di attività di pubblicità e informazione, precedentemente svolta per incarico dell'amministrazione stessa da un'associazione senza fini di lucro); C. Giust. 14 settembre 2000 nella causa C-343/98 (su di un caso di successione tra aziende nella gestione di un servizio di telecomunicazioni in concessione); C. Giust. 25 gennaio 2001 nella causa C-172/99, dove si conferma che la direttiva n. 187/1977 sul trasferimento di azienda è “applicabile in assenza di vincolo contrattuale diretto tra due imprese a cui un ente morale di diritto pubblico ha successivamente assegnato, in esito a un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico ... un servizio ecc.” (v. però la precisazione ulteriore, contenuta in questa sentenza e citata *supra* nella nota 20, circa il rilievo che deve essere attribuito alla titolarità dei mezzi materiali, nel caso in cui l'attività appaltata abbia carattere *capital intensive*). Per esigenze di brevità devo fare ancora una volta rinvio, anche per i riferimenti alla giurisprudenza ulteriore della Corte di Giustizia e alla dottrina in proposito, alla trattazione svolta nel mio *Il contratto di lavoro*, III, 2003, cit. nella nota 37, pp. 571-600.

⁷⁷ V. la sentenza della Corte di Giustizia *Süzen c. Zehnacker*, cit. nella nota prec.

citata; va tuttavia osservato in proposito che la direttiva 12 marzo 2001 n. 23, recante il testo unico delle norme comunitarie in materia di trasferimento di azienda, disattendendo per questo aspetto quella giurisprudenza, torna a richiedere per l'applicabilità della disciplina speciale che il trasferimento si fondi su di una "cessione contrattuale" stipulata fra vecchio e nuovo titolare dell'attività, oppure su di un atto di fusione societaria⁷⁸, in tal modo escludendo il vincolo per il legislatore nazionale di ricomprendere nella fattispecie il subentro di un nuovo appaltatore al vecchio, quando tra i due non sia stato stipulato alcun accordo. Deve dunque, a mio avviso, concludersi nel senso della piena compatibilità del terzo comma dell'art. 29 con la direttiva comunitaria, con l'auspicio di un *révirement* della Corte di Giustizia.

L'esclusione del passaggio di lavoratori dall'appaltatore cessante a quello subentrante dalla nozione di trasferimento di azienda opera, ovviamente, soltanto quando tra i due soggetti non sussista una cessione di beni materiali e/o immateriali che possa essere sussunta in quella fattispecie, secondo la definizione generale che ne è data dall'art. 2112 e in particolare dal suo quinto comma, come ora novellato dall'art. 32 del decreto in esame: sul quale v. nelle pagine che seguono il commento di MARESCA.

⁷⁸ V. in proposito l'ampia trattazione di R. FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002, pp. 198-263.