

12.

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO, APPALTO DI SERVIZI, DISTACCO

MICHELE TIRABOSCHI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La regolazione di struttura. — 3. Somministrazione a termine e a tempo indeterminato. — 4. La regolazione di tipo direzionale. — 5. La disciplina dei rapporti di lavoro e le norme di tutela del lavoratore. — 6. La tutela del prestatore di lavoro sul mercato: formazione e integrazione del reddito. — 7. Le norme a garanzia della trasparenza del mercato della somministrazione di lavoro. — 8. Somministrazione e appalto di servizi. — 9. Il distacco.

1. Premessa.

Nella sistematica legislativa di attuazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30, l'istituto della somministrazione è disciplinato non solo nel Titolo III, espressamente dedicato a *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, ma anche nel Titolo II, relativo alla *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*. Disposizioni di un certo rilievo si trovano poi anche nel Titolo VIII, in merito alle *Procedure di certificazione* e, soprattutto, nel Titolo IX, contenente le *Disposizioni transitorie e finali*.

La collocazione della disciplina dell'istituto in diverse sedi è indice non solo della estrema complessità della materia, ma anche del tentativo di differenziare con una maggiore precisione — e consapevolezza analitica — le norme c.d. di struttura, e cioè le norme volte alla organizzazione del mercato della somministrazione di lavoro, dalle norme di tipo direzionale, e cioè le norme dirette a indirizzare il comportamento e le scelte delle parti contrattuali implicate in questa peculiare relazione a tre ⁽¹⁾. Obiettivo di questo breve intervento è

(1) Per il profilo della regolazione di struttura, in contrapposizione alla regolazione direzionale, cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*,

quello di delineare a grandi linee, e in via di prima interpretazione, la nuova disciplina dell'istituto e il relativo campo di applicazione (2).

2. La regolazione di struttura.

Un primo ordine di regole strutturali attiene alle restrizioni del mercato della somministrazione di lavoro (3).

Rispetto alla disciplina attualmente vigente in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro — normativa che viene integralmente abrogata (cfr. l'articolo 85, lettere *a*), *c*), *f*) — il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, amplia indubbiamente il mercato della somministrazione di lavoro. Con la piena estensione alla edilizia e alla agricoltura vengono meno, in primo luogo, le limitazioni di tipo settoriale. Un discorso a parte merita la somministrazione di lavoro nei confronti della Pubblica Amministrazione. Il precetto di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo, secondo cui “il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale” è sul punto smentito dall'articolo 86, comma 9. Nel precisare, sulla falsariga di quanto previsto dalla legge 24 giugno 1997, n. 196, che la previsione della trasformazione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore di cui all'articolo 27, comma 1, in caso di somministrazione irregolare (v. *infra*), non trova applicazione nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni, si indica altresì che la disciplina della somministrazione trova applicazione nel settore pubblico unicamente per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato. L'abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, peraltro di incerta applicazione nell'ambito del settore pubblico (4), avrebbe in effetti comportato una situazione di completa deregolazione del regime della somministrazione di lavoro precludendo, in ragione della concorrente abrogazione degli articoli 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196, il ricorso anche alla fornitura professionale di prestazioni

Giappichelli, Torino, 1999, nonché *infra* il contributo su *Regolazione del mercato e modello organizzativo* (Parte II, Sez. A).

(2) In tema cfr. altresì i contributi raccolti in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, Giuffrè, Milano, 2003.

(3) Per una valutazione più articolata di questo tipo di normazione, anche alla luce della esperienza comparata, cfr. M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 212 ss.

(4) In dottrina cfr., per tutti, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, 104 ss.

di lavoro temporaneo. In attesa di un intervento di armonizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione alle disposizioni contenute nella riforma Biagi, preannunciato dall'articolo 86, comma 8 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è stato dunque fatto salvo il regime *quo ante*.

Anche rispetto alle ipotesi in cui è vietato il ricorso alla somministrazione di lavoro si registra una significativa restrizione dei divieti contemplati nella disciplina attualmente in vigore. Sulla falsariga della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 — rispetto alla quale si cerca di delineare una perfetta simmetria ⁽⁵⁾ — il contratto di somministrazione di lavoro è ora vietato unicamente per la sostituzione di lavoratori in sciopero e da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche. Inoltre, salva diversa intesa tra le parti sociali, la somministrazione di lavoro è vietata presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione.

3. Somministrazione a termine e a tempo indeterminato.

Rispetto alle restrizioni del mercato proprie della regolazione di tipo strutturale, una volta confermato nella sostanza — seppure in un quadro normativo rinnovato in funzione dell'obiettivo della regolazione unitaria delle agenzie per il lavoro — il regime autorizzatorio ai

(5) Rispetto al regime dei divieti, la simmetria opera, a ben vedere, non solo con il contratto di lavoro a termine, ma anche con la nuova figura del lavoro intermittente che, non a caso, è costruita sulla falsariga della somministrazione di lavoro. Per questa impostazione, che vede il lavoro intermittente come un ideale sviluppo della fattispecie del lavoro intermittente tramite agenzia, cfr. M. BIAGI, *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in RIDL, 2001, 257-289, ora in L. MONTUSCHI, M. TRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *Marco Biagi. Un giurista progettuale. Scritti scelti*, Giuffrè, Milano, 2003, 149 ss.

fini della abilitazione alla somministrazione di lavoro ⁽⁶⁾, il vero profilo di novità attiene ovviamente alla apertura a forme di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*) ⁽⁷⁾. Il contratto di somministrazione di lavoro può ora essere concluso non solo a termine, come previsto nella legge 24 giugno 1997, n. 196, ma anche, in presenza di ragioni oggettive specificate dalla legge o dalla contrattazione collettiva, a tempo indeterminato.

Rispetto a quest'ultima ipotesi il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, nel tentativo di strutturare e regolarizzare prestazioni di lavoro oggi svolte in forme alquanto discutibili e prive di garanzie sostanziali per i lavoratori ⁽⁸⁾, tipizza una serie di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo che, in concorrenza rispetto all'attuale regime degli appalti di servizi, consentono *ex lege*, senza cioè ulteriori specificazioni, la somministrazione a tempo indeterminato: servizi di pulizia, custodia, portineria; servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci; gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato; costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione; l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa.

A queste ragioni se ne aggiungono altre particolarmente innovative a sostegno del sistema produttivo e delle imprese: attività specialistiche di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del

⁽⁶⁾ Rispetto al profilo dei requisiti di ordine giuridico e finanziario alla abilitazione della somministrazione di lavoro rinvio, anche in chiave comparata, a M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., spec. 229 ss.

⁽⁷⁾ Sullo schema dello *staff leasing* cfr. G. MAUTONE, *Fornitura di manodopera a tempo indeterminato: lo staff leasing negli Stati Uniti*, in *DRI*, 1999, n. 1, cui *adde*, più recentemente, L. CORAZZA, *Il modello statunitense dello Staff Leasing e la somministrazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego ecc.*, cit.

⁽⁸⁾ Tale profilo è bene evidenziato, tra i primi, da P. ICHINO, *Spazi attuali e prospettive del leasing di manodopera*, in *RIDL*, 1992, III, 119 cui *adde* ID., *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*. Relazione introduttiva e replica conclusiva alle *Giornate di studio Aidlass di Trento del 4-5 giugno 1999*, ora in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, 3 ss. e 361 ss.

personale, ricerca e selezione del personale; servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati; attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale, gestione di *call-center*, nonché tutte le attività connesse alla fase di avvio di una nuova attività nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali.

Queste attività potranno essere svolte tanto da agenzie di somministrazione di tipo generalista che, limitatamente a ciascuna singola attività, da agenzie di tipo specialistico ⁽⁹⁾. Rispetto al regime degli appalti di servizi (v. *infra*), l'indubbio maggiore costo dei servizi offerti dalle agenzie di somministrazione (a cui si applicano, in particolare, sia la trattenuta del 4 per cento sui trattamenti retributivi sia la regola della parità di trattamento) sarà probabilmente bilanciato dalla qualità del servizio offerto che, in molti casi, verrà ad assumere profili di elevatissima professionalità i quali potranno essere soddisfatti solo attraverso forza-lavoro particolarmente qualificata e formata (anche attraverso il fondo per la formazione di cui all'articolo 12 del decreto). Né può essere trascurata la circostanza che le agenzie di somministrazione di lavoro risultano esentate sia dagli oneri procedurali per i licenziamenti collettivi sia dall'obbligo di riserva per i portatori di handicap. Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, esclude inoltre la computabilità del personale avviato dal somministratore presso l'utilizzatore dal computo nell'organico di quest'ultimo, "ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto". Anche sul piano normativo il ricorso alla somministrazione di lavoro viene dunque incentivato in alternativa all'appalto di servizi.

Per questa ragione, nella nuova disciplina sono state anche introdotte delle modifiche alla impalcatura concettuale della normativa previgente, che paralizzava la possibilità per le agenzie di lavoro interinale di fidelizzare la propria forza lavoro. Alla stregua della nuova disciplina la nullità delle clausole, contenute nel contratto di lavoro ovvero nel contratto di somministrazione, e dirette a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione è stabilita unicamente nei

⁽⁹⁾ Cfr. *infra* il contributo di S. SPATTINI nella Parte II, Sez. (A).

casi di assunzione a tempo determinato. Tuttavia, anche in questi casi sarà pur sempre possibile ricorrere a dette clausole previa corresponsione al prestatore di lavoro di una adeguata indennità, secondo quando stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore.

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

Come si vede, eccetto che per le ipotesi di localizzazione di nuove attività nelle aree Obiettivo 1 e di gestione con regolari rapporti di lavoro subordinato dei *call-center*, non sarà possibile, come pure paventato da più parti (c'è chi ha impropriamente parlato di “scatole cinesi”), destrutturare e svuotare le aziende affidandole integralmente a lavoratori in affitto. La somministrazione a tempo indeterminato sarà infatti possibile solo per ipotesi marginali e normalmente già appaltate all'esterno; al di là di queste ipotesi, il ricorso allo *staff leasing* sarà invece possibile unicamente nei casi previsti dalla contrattazione collettiva (anche in questo caso, come avviene per tutto il decreto, con la riserva della abilitazione alla tipizzazione di nuove ipotesi ai soli sindacati comparativamente più rappresentativi). Vero è dunque che il nuovo regime rappresenta non solo una opportunità per le imprese rispetto alle logiche della esternalizzazione, ma anche un significativo innalzamento delle tutele dei lavoratori che, come accennato, svolgono ora gran parte di queste attività attraverso semplici appalti di servizi privi di significativa regolazione ⁽¹⁰⁾.

Anche rispetto alla somministrazione di lavoro a termine si registra una significativa novità posto che, ai sensi dell'articolo 20, comma 4, “la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore”. Alla contrattazione collettiva nazionale è invece rinviata la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della som-

⁽¹⁰⁾ Evidenzia questo profilo, con la consueta chiarezza, P. ICHINO, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, in *DRI*, 2002, n. 3, 389 ss.

ministrazione a tempo determinato in conformità, ancora una volta, con la disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Nel caso della somministrazione di lavoro a termine, la tecnica di normazione è stata dunque quella del ricorso a « clausole generali »; una tecnica a lungo osteggiata da una parte della dottrina giuslavoristica, in quanto possibile fonte di degenerazione dell'istituto, e, comunque, elemento di estrema incertezza nella applicazione del diritto tale da poter innescare — si è detto nei primi commenti a caldo ⁽¹¹⁾ — un contenzioso giudiziario dalle dimensioni imprevedibili. Una preoccupazione, quest'ultima, subito evidenziata dai primi commentatori del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 — che, come detto, e come peraltro anticipato in sede dottrinale ⁽¹²⁾, ha costituito il punto di riferimento della riforma della somministrazione a tempo determinato — secondo cui non è peraltro da escludere che in futuro, stante i variabili umori della magistratura, « il partito della liberalizzazione debba amaramente pentirsi dell'operazione oggi imposta e sostanzialmente sconfitta in linea di principio » ⁽¹³⁾.

Per arginare questo tipo di critiche, smentite peraltro nella pratica dal significativo decollo del nuovo lavoro a termine ⁽¹⁴⁾, il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, non esita ora ad affermare a chiare lettere, troncando in radice ogni possibile interpretazione di segno contrario, che « ai fini della valutazione delle ragioni di cui

⁽¹¹⁾ In questo senso cfr. P. ICHINO, *Contratti a termine un decreto trappola*, in *Il Corriere della sera* del 12 ottobre 2001, 1 e 15. Per una confutazione della tesi di Ichino cfr. M. BIAGI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, 32 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. M. BIAGI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, cit. cui adde M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego alla luce dell'articolo 1 della legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego ecc.*, cit., 24-25.

⁽¹³⁾ Così G. PERA, *Sul contratto di lavoro a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, relazione al Convegno di Trieste del 6 ottobre 2001 in ricordo di Cecilia Assanti, aderendo alle critiche sollevate da F. TOFFOLETTO ne *Il Sole 24-Ore* del 10 luglio 2001, 13 e di P. ICHINO, *Contratti a termine un decreto trappola*, cit. Per un tentativo di confutare queste tesi dottrinali rinvio al mio *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giuffrè, Milano, 2002, spec. 93 ss.

⁽¹⁴⁾ Si vedano i rapporti di monitoraggio sulle politiche della occupazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (in www.minwelfare.it).

all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore ».

In conclusione di questa breve rassegna delle norme di struttura del nuovo istituto va peraltro rilevato che non pare trovare solido fondamento la tesi della illegittimità costituzionale del nuovo quadro legale per eccesso di delega. L'abrogazione degli articoli 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196, pur non espressamente contemplata nella legge delega, è infatti coperta dall'ampio precetto di cui lettera o) dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 febbraio 2003, n. 30, che dispone la « abrogazione espressa di tutte le normative, anche se non espressamente indicate nelle lettere da a) a n), che sono direttamente o indirettamente incompatibili con i decreti legislativi emanati ai sensi del presente articolo »⁽¹⁵⁾.

In effetti la sistematica del nuovo istituto della somministrazione di lavoro ha richiesto la definizione di un disegno normativo unitario della fornitura temporanea di lavoro e della fornitura continuativa o a tempo indeterminato. In questa prospettiva, volta a incardinare lo *staff leasing* sul terreno consolidato del lavoro interinale, la disciplina di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196, è alla fine risultata incompatibile, seppure solo indirettamente, con l'impianto unitario della somministrazione di lavoro. Vero è, peraltro, che i pilastri della legge 24 giugno 1997, n. 196, sono sostanzialmente stati tutti confermati⁽¹⁶⁾, realizzando il nuovo impianto normativo un adattamento — e dunque una semplice riscrittura⁽¹⁷⁾ — dei principi e delle logiche della fornitura di lavoro temporaneo in funzione della costruzione di una figura unitaria di somministrazione di lavoro, rispetto alla quale l'elemento della temporaneità della esigenza aziendale⁽¹⁸⁾ perde valore di tratto caratteriz-

⁽¹⁵⁾ In questo senso cfr. anche R. DEL PUNTA, *Articolo 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, Somministrazione di manodopera, comando*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, 65.

⁽¹⁶⁾ Come del resto ipotizzato dalla dottrina. Cfr. M. SALA CHIRI, *Subfornitura e appalto di servizi*, in *ADL*, 2003, 244.

⁽¹⁷⁾ Anche in questo caso come ipotizzato in ambito dottrinale. Cfr. R. DEL PUNTA, *Articolo 1, comma 2, lett. m), n), o) ecc.*, cit., 65.

⁽¹⁸⁾ Elemento di cui all'articolo 1, comma 1, della legge 24 giugno 1997, n. 196.

zante, essendo ora la somministrazione a termine riferibile a ragioni oggettive relative anche « all'ordinaria attività dell'utilizzatore » (articolo 20, comma 4). Tanto è vero che non pare più corretto parlare di fornitura o somministrazione di *lavoro temporaneo* ma, semmai, di fornitura o somministrazione temporanea, e cioè a termine, di lavoro.

Rispetto all'impianto della legge 24 giugno 1997, n. 196, viene indubbiamente meno il rinvio alla contrattazione collettiva per la definizione dei casi di ricorso alla somministrazione a tempo determinato. Ma anche in questo caso non pare possibile parlare di eccesso di delega, in considerazione della concezione unitaria dell'istituto della somministrazione di lavoro. Ed in effetti, come richiede la legge 14 febbraio 2003, n. 30, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, od organizzativo, che consentono la somministrazione di manodopera sono puntualmente individuate dalla legge (nel caso della somministrazione a termine e, per ipotesi specifiche, nella somministrazione a tempo indeterminato) ovvero dalla contrattazione (nel caso della somministrazione a tempo indeterminato, al di fuori dei casi tipizzati *ex lege*), fermo restando che sarà poi compito della contrattazione collettiva individuare, con specifico riferimento alla somministrazione a termine, tetti percentuali massimi in parallelo con quanto disposto dall'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.

Vero è che, come dovrebbe oramai essere chiaro a questo punto, cambia sostanzialmente la finalità dell'istituto in ragione del fatto che, analogamente a quanto già avvenuto con riferimento al contratto di lavoro a termine, viene meno il requisito della temporaneità della prestazione (il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo di cui all'articolo 1, comma 1, legge n. 196/1997) come condizione per il ricorso alla somministrazione a termine. In altri termini, e coerentemente a quanto avvenuto con in materia di assunzioni a tempo determinato *ex* articolo 1, decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, il nostro ordinamento si orienta nuovamente verso l'originaria ispirazione antifraudolenta della disciplina del lavoro temporaneo ⁽¹⁹⁾, escludendo

Sul punto cfr. i contributi raccolti in M. BIAGI (a cura di), *Mercati e rapporti di lavoro, Commentario alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997.

⁽¹⁹⁾ Sulla originaria funzione antifraudolenta della normativa sul lavoro temporaneo cfr. G. GIUGNI, *Intervento*, in *Il lavoro a termine*, Atti delle giornate di studio di Sorrento 14-15 aprile 1978, Giuffrè, Milano, 1979, 125, che si richiama in proposito allo studio di G. BALZARINI, *La disciplina del contratto a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 1966. Con specifico riferimento alla somministrazione di manodopera cfr.

ogni opzione verso la pura e semplice rigidità nella occupazione cui avevano dato luogo le degenerazioni interpretative della legge 18 aprile 1962, n. 230, e della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, volte a imporre vincoli e condizionamenti nella gestione flessibile della forza-lavoro ⁽²⁰⁾. In questa prospettiva si spiega anche il venir meno del rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione delle ipotesi di somministrazione a termine, nel senso che viene logicamente (e giuridicamente) meno la necessità di rinviare alla contrattazione collettiva la specificazione delle esigenze di natura temporanea che consentono la fornitura temporanea di lavoro altrui.

E la stessa delega contenuta nella legge 14 febbraio 2003, n. 30, del resto, che orienta il legislatore delegato verso una ispirazione antifraudolenta della nuova disciplina, in funzione dell'obiettivo di vietare — e reprimere, mediante la nuova figura della somministrazione fraudolenta di cui all'articolo 28 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 — ipotesi di intermediazione o interposizione nei rapporti di lavoro volte a ledere i diritti dei lavoratori. Ciò su cui dunque incide il decreto, in perfetta coerenza con quanto prevede la proposta europea di regolazione del lavoro interinale ⁽²¹⁾, è invece la soppressione di tutte quelle norme finalizzate esclusivamente all'obiettivo di irrigidire in sé l'uso della manodopera, anche là dove non esistano istanze di tutela del lavoro. L'articolo 4 della proposta di direttiva europea è infatti perentorio nell'affermare che restrizioni e proibizioni alla fornitura di lavoro sono ammissibili unicamente se basate su motivi di interesse generale e, in particolare, su esigenze di tutela dei lavoratori e che, pertanto, è compito degli Stati membri eliminare ogni restrizione o proibizione che non trova una siffatta giustificazione.

invece A. CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in DL, 1961, I, 128 ss. Per la tesi volta a individuare nel sostegno alla occupazione stabile la *ratio* della disciplina sul lavoro temporaneo, cfr. tuttavia la puntigliosa argomentazione di L. MENGHINI, *Il lavoro a termine. Linee interpretative e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 1980, spec. 1-73.

⁽²⁰⁾ Sul punto, per i necessari approfondimenti, che non possono essere sviluppati in questa sede, cfr. M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit. Conferma il venir meno del requisito della temporaneità della prestazione rispetto alla apposizione del termine la recente circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

⁽²¹⁾ Cfr. M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego ecc.*, cit.

4. La regolazione di tipo direzionale.

Rispetto al secondo tipo di regolazione del mercato della somministrazione di lavoro, quella cioè di tipo direzionale, un primo ordine di regole attiene alla predeterminazione legale del regolamento negoziale⁽²²⁾. Individuati i soggetti abilitati — mediante il rilascio di apposita autorizzazione — a operare nel mercato della somministrazione di lavoro e indicati i casi e i settori per i quali è lecito il ricorso a tale tipologia di lavoro, il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, intende dunque incidere anche sul comportamento e sulle scelte di chi fornisce e di chi utilizza prestazioni di lavoro temporaneo.

Lo strumento utilizzato, a questo riguardo, è quello della predeterminazione della forma e dei contenuti del regolamento negoziale, secondo una prospettiva di regolazione delle tipologie di lavoro flessibile che, pur consapevole dei rischi di appesantimento burocratico, ha da tempo rivalutato l'importanza del formalismo giuridico⁽²³⁾.

Il contratto di somministrazione di manodopera deve dunque essere stipulato in forma scritta e deve contenere i seguenti elementi: gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; il numero dei lavoratori da somministrare; le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che consentono la somministrazione di lavoro; l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate; la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione; le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento; il

(22) Per una valutazione più articolata di questo tipo di normazione, anche alla luce della esperienza comparata, rinvio ancora a M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 212 e ss.

(23) Nel corso dei decenni passati autorevole dottrina (cfr. A. LYON-CAEN, *Le recours au travail à durée limitée*, in *DS*, 1983, spec. 15-16) si era domandata quale significato potesse avere, da questo punto di vista, la « protection d'une volonté soumise (...). Il faut croire que dans le formalisme contractuel des relations de travail, il y a beaucoup plus qu'une fonction de protection du consentement ». L'evoluzione più recente della riflessione dottrinale porta tuttavia a rivalutare il formalismo contrattuale. Cfr., in questa prospettiva, G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in G. FERRARO, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, 132-166 e spec. 141, che evidenzia come la concezione tradizionale del formalismo giuridico nel diritto del lavoro, quale « tecnica di tutela inadeguata in un rapporto in cui il potere negoziale è completamente squilibrato a favore del datore di lavoro » sia a ben vedere limitata e superficiale in quanto non solo « sottintende una concezione riduttiva e parziale del significato del formalismo giuridico, ma altresì, trascura le numerose varianti morfologiche in cui può esprimersi, e le funzioni che può assolvere ».

luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative. Ai fini della regolazione del contratto commerciale che lega l'utilizzatore alla agenzia di somministrazione di lavoro si richiede altresì di indicare nel contratto di somministrazione i seguenti elementi: l'assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali; l'assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro; la assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili; l'assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

Nell'indicare gli elementi richiesti dalle leggi le parti dovranno peraltro recepire le indicazioni contenute nella contrattazione collettiva.

Le informazioni contenute nel contratto di somministrazione, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, devono essere comunicate per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore.

In mancanza di forma scritta, con indicazione degli elementi di cui alle lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)* ed *e)* dell'articolo 21, comma 1, il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

L'intervento di tipo direzionale si manifesta tuttavia già nelle fasi antecedenti alla conclusione del contratto, con disposizioni finalizzate alla tutela del lavoratore contro pratiche o trattamenti discriminatori nell'accesso al mercato della somministrazione di lavoro e contro pubblicità ingannevoli o menzognere. Particolare attenzione è riservata alla regolamentazione delle pubblicità delle offerte di lavoro, alle tecniche di selezione del candidato, nonché al trattamento e alla elaborazione dei dati sensibili riguardanti il lavoratore.

In primo luogo, è fatto divieto alle agenzie di somministrazione di lavoro di effettuare qualsivoglia indagine o comunque trattamento di dati ovvero di preselezione di lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, alla affiliazione sindacale o politica, al

credo religioso, al sesso, all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla età, all'handicap, alla razza, all'origine etnica, al colore, alla ascendenza, all'origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro, a meno che non si tratti di caratteristiche che incidano sulle modalità di svolgimento della attività lavorativa o che costituiscano un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa. È altresì fatto divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo.

Particolarmente significative, in questa prospettiva, sono anche le disposizioni relative alla pubblicità delle attività di somministrazione di lavoro e al controllo della veridicità delle offerte di lavoro pubblicate sulla stampa. Sono infatti vietate comunicazioni, a mezzo stampa, internet, televisione o altri mezzi di informazione, in qualunque forma effettuate, se rese in forma anonima. In tutte le comunicazioni verso terzi, anche a fini pubblicitari, utilizzando qualsiasi mezzo di comunicazione, ivi compresa la corrispondenza epistolare ed elettronica, e nelle inserzioni o annunci per la ricerca di personale, le agenzie del lavoro — e, dunque, anche le agenzie di somministrazione di lavoro — dovranno indicare gli estremi del provvedimento di autorizzazione (ed eventualmente accreditamento) al fine di consentire al lavoratore, e a chiunque ne abbia interesse, la corretta e completa identificazione del soggetto stesso.

Un rilievo centrale, come visto ⁽²⁴⁾, assume poi l'obbligo di interconnessione delle agenzie di somministrazione di lavoro con la borsa continua nazionale del lavoro, che diviene uno dei requisiti per la stessa abilitazione alla somministrazione di lavoro, e il correlativo obbligo di assicurare ai lavoratori il diritto di indicare i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i propri dati devono essere comunicati, e garantire l'ambito di diffusione dei dati medesimi indicato dai lavoratori stessi, anche ai fini del pieno soddisfacimento del diritto al lavoro di cui all'articolo 4 della Costituzione.

Infine, a tutela del prestatore di lavoro è fatto divieto alle agenzie di somministrazione di lavoro di esigere o comunque di percepire, direttamente o indirettamente, compensi dal lavoratore. I contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di

(24) Cfr. M. TIRABOSCHI nella Parte II, Sez. (A).

lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale potranno comunque stabilire che tale divieto non trova applicazione per specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o per specifici servizi offerti dalla agenzie di somministrazione di lavoro.

5. La disciplina dei rapporti di lavoro e le norme di tutela del lavoratore.

Sempre nell'ambito della disciplina di tipo direzionale, indubbia centralità assume la disciplina dei rapporti di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro e, segnatamente, la regolamentazione a tutela del lavoratore.

Come già accadeva in vigenza della legge 24 giugno 1997, n. 196, l'assunzione del lavoratore può avvenire a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato. 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 ⁽²⁵⁾, salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro.

Rispetto al regime previgente si procede tuttavia a una significativa semplificazione della materia, anche in ragione della ammissibilità di somministrazioni continuative o a tempo indeterminato.

Nel caso di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono infatti soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali. Non è dunque fatto obbligo di procedere necessariamente ad assunzioni a tempo indeterminato e a tempo pieno, in quanto trovano applicazione le normali regole del diritto del lavoro. In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è invece soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dai contratti collettivi applicati

⁽²⁵⁾ Trova in questo caso applicazione la disciplina della c.d. indennità di disponibilità costruita sulla falsariga della legge 24 giugno 1997, n. 196. Cfr., da ultimo, A. NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, 285.

dal somministratore. Al di là dell'istituto della proroga saranno plausibilmente i contratti collettivi per le agenzie di somministrazione di lavoro a specificare concretamente le modalità di applicazione della disciplina del contratto di lavoro a termine nel settore della somministrazione di lavoro.

In tutti i casi di somministrazione di lavoro il prestatore di lavoro non è poi computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini della applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla materia dell'igiene e della sicurezza sul lavoro.

Rispetto alle tutele del prestatore di lavoro, il punto cardine della intera disciplina è rappresentato dalla applicazione del principio di parità di trattamento. I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno infatti diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte ⁽²⁶⁾.

Attraverso la regola della parità di trattamento si tronca in radice ogni polemica circa la mercificazione del lavoro cui darebbero luogo, come è stato sostenuto nel corso del dibattito parlamentare relativo alla approvazione della legge 14 febbraio 2003, n. 30, le agenzie di somministrazione di lavoro.

Come dimostra l'esperienza comparata ⁽²⁷⁾, negli ordinamenti dove opera la regola della parità di trattamento il ricavo netto dell'agenzia di somministrazione di manodopera non si fonda — logicamente — sulla differenza tra quanto percepito dall'impresa cliente e quanto corrisposto al lavoratore: assicurata la parità rispetto ai lavoratori dell'impresa utilizzatrice, il margine di lucro dell'impresa di somministrazione non potrà infatti che basarsi sulla capacità di fornire in modo tempestivo e professionale prestazioni di lavoro che sarebbero eccessivamente costose per la singola impresa senza l'intervento dell'intermediario, o che, comunque, si caratterizzano per particolari contenuti o qualità (per esempio in caso di qualifiche o competenze non agevolmente reperibili sul mercato o per lavori che richiedono particolare professionalità). L'utile ricavato dalla impresa di somministrazione, in questi casi, si giustifica allora come profitto in ragione della assunzione di un rischio

⁽²⁶⁾ Su questo principio, anche con valutazione di ordine comparato, rinvio al mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cui *adde*, più recentemente, A. NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, cit.

⁽²⁷⁾ Ancora M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., §§ 8.1.2.1 e 8.1.2.2.

tipico d'impresa in quanto l'impresa di somministrazione è costretta a offrire sul mercato un servizio che, dal punto di vista del prezzo della singola prestazione lavorativa, comporta un costo superiore rispetto a quello che sopporterebbe, naturalmente in astratto, l'impresa utilizzatrice se dovesse assumere direttamente il lavoratore. Tanto più che, in questi casi, opera la trattenuta del 4 per cento sulla retribuzione per alimentare il fondo per la formazione e l'integrazione del reddito dei lavoratori (v. *infra*). Per contro, il maggior costo di fatto sostenuto dalle imprese utilizzatrici che si rivolgono alle agenzie di somministrazione, unitamente alla circostanza che non tutte le responsabilità tipiche di chi utilizza una prestazione lavorativa vengono meno, dovrebbe indurre a richiedere la fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo solo in presenza di cause oggettive e reali. È per questo che la somministrazione di lavoro è ancorata alla presenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Il precetto della parità di trattamento può tuttavia non trovare applicazione con riferimento ai contratti di somministrazione conclusi da soggetti privati autorizzati nell'ambito di specifici programmi di formazione, inserimento e riqualificazione professionale erogati, a favore dei lavoratori svantaggiati, in concorso con regioni, centri per l'impiego ed enti locali ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 ⁽²⁸⁾. Si tratta di una misura promozionale, volta all'inserimento delle fasce deboli, che riflette analogo disposizione contenuta, in una ottica di promozione concreta delle pari opportunità, nella proposta di direttiva europea sul lavoro interinale ⁽²⁹⁾ di cui questa disposizione si fa per molti versi anticipatrice.

Rimangono invece sostanzialmente confermati, ed estesi alla somministrazione a tempo indeterminato, gli aspetti caratterizzanti della ripartizione di diritto, obblighi e responsabilità tra utilizzatore e somministratore che caratterizzavano la disciplina della fornitura di lavoro temporaneo *ex* articoli 1-11, legge 24 giugno 1997, n. 196: il principio di solidarietà tra utilizzatore e somministratore in relazione ai trattamenti retributivi e i contributi previdenziali, le stesse disposizioni di natura previdenziale ⁽³⁰⁾, le norme in materia di erogazioni economiche

⁽²⁸⁾ Cfr. il contributo di L. DEGAN e P. TIRABOSCHI nella Parte II, Sez. (A).

⁽²⁹⁾ Cfr. M. COLUCCI, *Verso una regolamentazione europea della somministrazione di lavoro temporaneo*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego*, cit.

⁽³⁰⁾ L'unica novità, conformemente alla delega, è che nel settore agricolo e in

correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa, la particolare disciplina prevenzionistica di attuazione peraltro di una direttiva europea (la n. 383/91/CE), le disposizioni in materia di responsabilità civile, le conseguenze in caso di impiego in mansioni superiori o comunque a mansioni non equivalenti a quelle dedotte in contratto, la disciplina del potere disciplinare, ecc. ⁽³¹⁾. Sostanzialmente confermata è anche la disciplina relativa ai diritti sindacali e alle garanzie collettive ⁽³²⁾.

6. La tutela del prestatore di lavoro sul mercato: formazione e integrazione del reddito.

Un aspetto importante, che si collega alla possibilità di forme di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, è quello relativo alla interruzione delle commesse e, conseguentemente, alla fine dei lavori. Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, stabilisce, a questo proposito, che le disposizioni di cui all'articolo 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223, non trovano applicazione nel caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione. In questo caso trovano applicazione l'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e le innovative tutele del lavoratore di cui all'articolo 12 dello stesso decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Oltre alla formazione si prevede infatti un meccanismo per alimentare un fondo a sostegno del reddito dei lavoratori assunti a tempo indeterminato in caso di fine lavori.

Rispetto alle tutele sul mercato viene in primo luogo confermato il fondo per la formazione. I soggetti autorizzati alla somministrazione di lavoro sono infatti tenuti a versare ad apposito fondo bilaterale (presumibilmente all'attuale fondo per la formazione) un contributo pari al 4 per cento della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato per l'esercizio di attività di somministrazione. Le risorse sono destinate per interventi a favore dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato intesi, in particolare, a

caso di somministrazione di lavoratori domestici trovano applicazione gli oneri previdenziali e assistenziali previsti dai relativi settori.

⁽³¹⁾ Per tutti questi profili si rinvia alla manualistica e agli studi monografici sul lavoro temporaneo. Da ultimo cfr. A. NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, cit., e *ivi* ampi riferimenti bibliografici.

⁽³²⁾ *Ibidem*.

promuovere percorsi di qualificazione e riqualificazione anche in funzione di continuità di occasioni di impiego e a prevedere specifiche misure di carattere previdenziale.

I soggetti autorizzati alla somministrazione di lavoro sono altresì tenuti — ed è questa la vera novità — a versare ad apposito fondo bilaterale un contributo pari al 4 per cento della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato. In questo caso le risorse saranno destinate a: *a)* iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori; *b)* iniziative comuni finalizzate a verificare l'utilizzo della somministrazione di lavoro e la sua efficacia anche in termini di promozione della emersione del lavoro non regolare e di contrasto agli appalti illeciti; *c)* iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le regioni; *d)* per la promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale.

Gli interventi e le misure di formazione, inserimento professionale e integrazione del reddito dei lavoratori saranno attuati nel quadro delle politiche stabilite nel contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro ovvero, in mancanza, in un decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nel predetto ambito.

I fondi destinati all'ente o agli enti bilaterali saranno attivati a seguito di autorizzazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, previa verifica — e anche questa è una novità — della congruità, rispetto alle finalità istituzionali previste dal decreto, dei criteri di gestione e delle strutture di funzionamento del fondo stesso, con particolare riferimento alla sostenibilità finanziaria complessiva del sistema. Il Ministero del lavoro e delle politiche sociali mantiene la vigilanza sulla gestione dei fondi.

7. Le norme a garanzia della trasparenza del mercato della somministrazione di lavoro.

Un gruppo specifico di norme — a cavallo tra regolazione di struttura e regolazione direzionale ⁽³³⁾ — attiene infine alla trasparenza

⁽³³⁾ Per l'impostazione del problema rinvio al mio *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, cit., 250 ss.

del mercato della somministrazione di lavoro e ai relativi profili sanzionatori.

Detto della abrogazione della legge n. 1369/1960, e dei relativi divieti in materia di intermediazione nei rapporti di lavoro contenuti nella legge n. 264/1949, il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in conformità alla delega, detta una sostanziale conferma del regime sanzionatorio civilistico e penalistico previsto per i casi di violazione della disciplina della mediazione privata nei rapporti di lavoro, prevedendo altresì specifiche sanzioni penali per le ipotesi di esercizio abusivo di intermediazione privata nonché un regime sanzionatorio più incisivo nel caso di sfruttamento del lavoro minorile.

Rispetto alle sanzioni penali si prevede, in primo luogo, che l'esercizio delle attività di somministrazione di lavoro, in assenza di apposita autorizzazione è punito con la sanzione dell'ammenda da 500 a 2.500 euro e, nelle ipotesi di caporalato, con il sequestro del mezzo di trasporto eventualmente adoperato a questo fine. Se vi è scopo di lucro, la pena è dell'arresto fino a dodici mesi e l'ammenda è aumentata fino al triplo. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.

L'esercizio della attività di somministrazione di lavoro in assenza di apposita autorizzazione è inoltre punita con la sanzione dell'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione.

Nei confronti dell'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti non autorizzati ovvero che violi le disposizioni di cui all'articolo 20, commi 1, 3, 4 e 5, e 21, commi 1, 2 e 3, sulla somministrazione di lavoro, trovano applicazioni specifiche sanzioni amministrative nonché le stesse sanzioni penali rivolte a colpire lo pseudo somministratore.

Al di là di una completa ricostruzione del quadro sanzionatorio, che non rileva in questa sede, ciò che occorre evidenziare è la previsione di due distinti regimi sanzionatori, uno rivolto alla somministrazione irregolare e l'altro, in funzione della ispirazione antifraudolenta del decreto, relativo alla somministrazione fraudolenta.

Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere *a*), *b*), *c*), *d*) ed *e*), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di chi ne ha effettivamente utilizzato la prestazione, con effetto dall'inizio della somministrazione. È questo il caso della somministrazione irrego-

lare ⁽³⁴⁾; regime innovativo che è reso possibile in quanto il decreto legislativo in esame non fornisce una definizione legale della somministrazione, ma, più semplicemente, si limita a definirne condizioni di regolare utilizzazione e di liceità. In altri termini, il rapporto interpositorio irregolare rimane pur sempre un contratto di somministrazione di lavoro, che come tale produrrà gli effetti voluti da utilizzatore e somministratore, ma questo solo se — e fino a quando — il prestatore di lavoro non ne richieda la conversione — che peraltro, come anticipato *supra*, non trova applicazione nella Pubblica Amministrazione — in un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

Quando invece la somministrazione di lavoro sia posta in essere con la *specifica finalità* di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, dispone un regime sanzionatorio assai più incisivo e dissuasivo: somministratore e utilizzatore sono infatti puniti con le robuste sanzioni penali e amministrative — contemplate negli articoli 18 e 19 (e poco sopra sintetizzate) —, a cui si aggiunge una ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione. È questo il caso della somministrazione fraudolenta.

8. Somministrazione e appalto di servizi.

Uno degli aspetti più problematici del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, almeno in termini di politica legislativa e di politica del diritto, attiene alla questione dei criteri di differenziazione tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi.

Stando alla lettera dell'articolo 29, ai fini della applicazione delle norme in materia di somministrazione, "il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del

⁽³⁴⁾ Va peraltro precisato che, in questa ipotesi, i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. 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.

potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa". E ciò coerentemente a quanto statuito all'articolo 20, comma 2, là dove si precisa che « per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore ».

L'impostazione accolta nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, comporta dunque che, per non incorrere in una ipotesi di interposizione vietata, occorrerà sempre, a conferma della genuinità dell'appalto, la presenza dei due elementi caratterizzanti della fattispecie: l'organizzazione dei mezzi necessari — mezzi che, è bene precisare ⁽³⁵⁾, possono anche essere immateriali — e la gestione dell'appalto a proprio rischio.

L'appalto genuino di servizi non può dunque che realizzarsi allorché l'appaltatore fornisca una opera o un servizio di natura imprenditoriale, con organizzazione di mezzi e gestione a proprio rischio. L'enfasi sulla titolarità del potere direttivo, contenuta nella precedente versione del decreto, ed ora (parzialmente) modificata, voleva, semmai, contribuire a fare chiarezza rispetto a un quadro normativo e a una elaborazione giurisprudenziale che già da tempo consentivano di ritenere non indispensabile una componente materiale nella gestione dell'appalto, « essendo sufficiente l'esercizio di una *organizzazione* con gestione a rischio, sostanzialmente e in via di principio affrancata dalla necessità di un supporto oggettivo e materiale » ⁽³⁶⁾. Secondo un recente insegnamento della Corte di Cassazione sono infatti già oggi leciti gli appalti di opere e servizi che, pur espletabili con mere prestazioni di manodopera, costituiscono un servizio in sé, svolto con organizzazione e gestione autonoma dell'appaltatore ⁽³⁷⁾.

In ambito non solo scientifico ma anche sindacale non è mancato chi ha proposto di distinguere l'appalto di servizi dalla somministrazione di lavoro in funzione della predominanza del costo della strumentazione materiale rispetto a quello della manodopera sostenuto

⁽³⁵⁾ In dottrina, da ultimo, R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 69-70.

⁽³⁶⁾ Così R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 45-46, e *ivi* ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁽³⁷⁾ Così, tra le tante e con riferimento a lavori di facchinaggio, Cass., 25 giugno 2001, n. 8643, in *LG*, 2001, 1175.

dall'appaltatore. Si tratta tuttavia di un criterio che, oltre a essere superato dalla più recente elaborazione giurisprudenziale, non trova fondamento nella concretezza della vita economica e che, conseguentemente, non può essere preso in considerazione come elemento distintivo della liceità dell'appalto. Così non è, infatti, per i settori che riguardano imprese ad alta intensità di lavoro e per tutte quelle attività che, svolgendosi presso le sedi del committente, devono necessariamente utilizzare attrezzature e locali di proprietà del committente stesso. Del resto, come giustamente sostenuto dalla dottrina più attenta alla concreta evoluzione dei rapporti di produzione e di organizzazione del lavoro ⁽³⁸⁾, « non è certo l'uso di uno spazzolone e di uno straccio di proprietà dell'impresa di pulizia a mutare la qualità economico-sociale del rapporto ».

È alla luce di queste considerazioni che si spiega la richiamata enfasi sulla titolarità del potere direttivo. Alla stregua della nuova disciplina, e fermi restando i requisiti di cui all'articolo 1655 del c.c., nel caso di attività *labour intensive* l'elemento che consente di distinguere l'appalto di servizi dalla somministrazione di lavoro deve dunque essere ricercato nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo dell'appaltatore nei confronti lavoratori utilizzati e nel possesso, sempre dell'appaltatore o di suo personale, della professionalità specifica relativa alle esigenze tecniche della prestazione dedotta in contratto.

Cambiando radicalmente prospettiva e impostazione, il legislatore delegato avrebbe semmai potuto procedere in maniera alquanto più drastica, realizzando una sostanziale assimilazione, anche sul piano giuridico e non solo fattuale ⁽³⁹⁾, delle ipotesi di somministrazione a quelle di appalto. La distinzione tra segmentazione del processo produttivo socialmente pericolosa ed esternalizzazione fisiologica non passa infatti attraverso "un distinguo tanto concettualmente netto quanto irrilevante sul piano economico-sociale in una infinità di casi pratici" ⁽⁴⁰⁾, quando invece il vero profilo di criticità è rappresentato dalla consistenza organizzativa e patrimoniale dell'interposto.

Piuttosto che su criteri di natura formalistica si sarebbe pertanto potuto valorizzare, in un quadro giuridico unitario delle ipotesi di

⁽³⁸⁾ Cfr. P. ICHINO, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, cit., qui 391.

⁽³⁹⁾ Cfr. P. ICHINO, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo*, cit., che giustamente rileva lo sostanziale assimilabilità, sul piano economico, tra le due figure. Nello stesso senso ID., *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, I, 384 ss.

⁽⁴⁰⁾ Così: P. ICHINO, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, cit., 391.

esternalizzazioni, il criterio assai più pregnante della dipendenza economica verificabile attraverso il criterio della mono-committenza ⁽⁴¹⁾. Sebbene questa impostazione bene si inquadri nella logica dello Statuto dei lavori ⁽⁴²⁾, si sarebbe tuttavia realizzato un regime alquanto rigido, probabilmente non ancora adatto al mercato del lavoro italiano, rispetto al quale il vero obiettivo consiste nella regolarizzazione e nella emersione di tutte le ipotesi di pseudo appalto attraverso una normativa il più possibile effettiva e leggera. L'applicazione drastica del regime di co-obbligazione solidale e del principio di parità di trattamento in tutti i casi di somministrazione legittima e di appalto in regime di mono-committenza ⁽⁴³⁾ avrebbe probabilmente contribuito a incrementare — e non a contenere e regolarizzare — le pratiche abusive.

Più realistica è stata dunque la soluzione che impone la regola di parità di trattamento unicamente nelle ipotesi di somministrazione di lavoro. In caso di appalto di servizi è invece sembrato sufficiente — rispetto all'obiettivo di regolazione del mercato e di emersione delle pratiche abusive, e in attesa della ridefinizione della intera materia attraverso la codificazione di uno Statuto dei lavori che è largamente tributario alle logiche della dipendenza economica — imporre un regime di co-obbligazione solidale per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali tra appaltatore e committente imprenditore.

9. Il distacco.

Il decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, disciplina infine anche l'ipotesi del distacco ⁽⁴⁴⁾, che trova applicazione, per la prima volta, nel campo dei rapporti di lavoro privatistico, e che si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone

⁽⁴¹⁾ Ancora P. ICHINO, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, cit., e anche M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *op. cit.*, 271 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. *amplius* M. BIAGI, *Le ragioni in favore di uno Statuto dei lavori*, in L. MONTUSCHI, M. TIRABOSCHI, T. TREU (a cura di), *op.cit.*, e anche, con specifico riferimento ai processi di esternalizzazione e alla abrogazione della legge n. 1369/1960, ID., *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., 285.

⁽⁴³⁾ In questo senso cfr. P. ICHINO, *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, cit., 394.

⁽⁴⁴⁾ In dottrina, per tutti, M. BIAGI, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?*, cit., 279, cui *adde*, più recentemente e diffusamente, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 178 ss.

temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.

A differenza di quanto rilevato *supra* con riferimento alla disciplina della somministrazione di lavoro, la temporaneità diviene, coerentemente alla elaborazione giurisprudenziale in materia, attributo essenziale del distacco, e viene a coincidere con il concetto di non definitività. Ciò, indipendentemente dall'entità della durata del periodo di distacco, e fermo restando che tale durata sia funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante. Quanto a quest'ultimo profilo, l'articolo 30 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, ne consente una interpretazione piuttosto ampia, così che il distacco può essere legittimato da qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello alla mera somministrazione di lavoro. Ciò che differenzia il distacco dalla somministrazione, infatti, è solo l'interesse del distaccante. Mentre il somministratore realizza il solo interesse produttivo della somministrazione a fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo diversamente qualificato, come l'interesse al buon andamento della società controllata o partecipata. In tale ottica, la formulazione della novella legislativa legittima pure le prassi di distacco all'interno dei gruppi di impresa, le quali corrispondono a una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo.

Quanto agli oneri relativi al trattamento economico e normativo del lavoratore in distacco, essi restano a carico del distaccante, anche se già in passato era consolidata la prassi di un loro rimborso da parte del distaccatario. Sul punto, si rammenta peraltro che la Cassazione a Sezioni Unite ⁽⁴⁵⁾, ha chiarito che il rimborso al distaccante della spesa del trattamento economico non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione del distacco genuino. In ultima analisi, poiché il lavoratore distaccato esegue la prestazione non solo nell'interesse del distaccante, ma anche nell'interesse del distaccatario, la possibilità di ammettere il rimborso rende più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi sostenuti da ogni singola società.

Innovando infine sulla elaborazione giurisprudenziale, che non prevede il consenso del prestatore di lavoro, nel decreto legislativo n. 276/2003 si dispone altresì che il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato. Va

(45) Cass., S.U. 13 aprile 1989, n. 1751.

peraltro precisato che naturalmente il consenso del lavoratore interessato sarà necessario esclusivamente nel caso in cui il distacco comporti l'assegnazione a mansioni non equivalenti rispetto a quelle precedentemente svolte, posto che, in caso contrario, non è necessario, in base al disposto dell'articolo 2103 c.c., che il lavoratore presti alcun consenso. Quando invece il distacco comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 Km da quella in cui il lavoratore è adibito, esso potrà avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

Resta in ogni caso ferma la disciplina prevista dall'articolo 8, comma 3 della legge 19 luglio 1993, n. 236 di conversione del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148.