



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI ECONOMIA

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO SINDACALE, DEL
LAVORO E DELLA PREVIDENZA SOCIALE**

XXI CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

LA SUBORDINAZIONE DISSOCIATA

Anna Grillo

Anno Accademico 2008/2009

Tutor:

Chiar.mo Prof. Antonio Pileggi

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Sergio Magrini

INDICE

CAPITOLO PRIMO

Dall’originario divieto di interposizione alle prime deroghe giurisprudenziali e legali

Introduzione.....	pag. 5
1. Unicità del datore di lavoro nel contratto di lavoro subordinato.....	pag. 11
2. Il divieto assoluto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: contenuti e sanzioni.....	pag. 17
2.1 La distinzione tra interposizione di manodopera (vietata) e l’appalto di opere e servizi (genuini).....	pag. 26
3. Verso le prime creazioni di “tipo giurisprudenziale” di mere prestazioni di lavoro lecite: gli appalti cd. “tecnologici”.....	pag. 28
3.1 Il distacco.....	pag. 39
4. L’interposizione autorizzata dalla Legge: il lavoro temporaneo tramite Agenzia.....	pag. 44

CAPITOLO SECONDO

La riforma Biagi ed il rilancio dei nuovi modelli della subordinazione “dissociata”: disciplina vigente, questioni e novità normative

1. La somministrazione di lavoro.....	pag.50
1.1 Il quadro attuale: abolizione dello staff leasing.....	pag. 56
1.2 Il ricorso alla somministrazione a termine.....	pag. 60
2. La definizione e i tratti caratterizzanti del contratto (e del rapporto) di lavoro tra somministratore e prestatore.....	pag. 64

2.1 Il contratto di lavoro e le peculiarità del rapporto a tempo determinato.....	pag. 69
2.2 Il contratto di lavoro e le regole speciali del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.....	pag. 71
3. La ripartizione dei poteri datoriali tra somministratore e utilizzatore.....	pag. 76
4. Il dibattito dottrinario sul fenomeno della dissociazione della figura datoriale - L'ipotesi della codatorialità.....	pag. 83
4.1 (segue) Sulla crisi dell'eterodirezione quale elemento di qualificazione del contratto di "lavoro subordinato altrui"....	pag. 93
5. I criteri distintivi tra appalto e somministrazione.....	pag. 98
6. Il trasferimento di ramo d'azienda connesso all'appalto.....	pag. 110
7. L'attuale disciplina legislativa del distacco	pag. 120

CAPITOLO TERZO

Tecniche di corresponsabilizzazione a garanzia del prestatore di lavoro

1. La solidarietà del somministratore e dell'utilizzatore.....	pag. 128
1.2 La parità di trattamento e diritti sindacali ai dipendenti sommministrati.....	pag. 136
2. I punti di continuità e profili di discontinuità in materia di responsabilità solidale negli appalti.....	pag. 142
2.1 L'ulteriore ampliamento della solidarietà in favore dei dipendenti dei subappaltatori.....	pag. 150
2.2 L'obbligo solidale dell'appaltatore e del subappaltatore nei confronti degli enti previdenziali e del fisco.....	pag. 154
3. La suddivisione delle responsabilità datoriali in materia di salute e sicurezza.....	pag. 159

CAPITOLO QUARTO

Le sanzioni penali/amministrative e la tutela civile del lavoratore interposto

1. La mancanza della forma scritta del contratto di somministrazione
e la conversione del rapporto di lavoro.....pag. 168
2. La stabilità del posto in caso di somministrazione irregolare...pag. 178
 - 2.1 (Segue) La stabilità del posto in caso di appalto non genuino
e distacco illecito.....pag. 184
3. Somministrazione, appalto e distacco fraudolento.....pag. 188

CONCLUSIONI..... pag. 191

BIBLIOGRAFIA.....pag. 197

INTRODUZIONE

Negli ultimi anni il rapporto di lavoro subordinato si è arricchito di tipologie contrattuali che si sono aggiunte alle numerose già esistenti.

Ma il quadro complessivo è piuttosto articolato anche in considerazione delle forti differenze nelle discipline, ed, a volte, nelle strutture dei diversi "modelli" di subordinazione.

Com'è noto, l'attuale codice civile non contempla il contratto di lavoro tra i contratti tipici del libro IV, bensì, definisce il prestatore di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) nell'ambito della disciplina del lavoro nell'impresa (titolo II del libro V cod.civ.).

L'art. 2094 c.c., nel suo inciso fondamentale, decreta come prestatore di lavoro subordinato colui che si "*obbliga*" a fronte di una retribuzione, a "*collaborare nell'impresa*", prestando il proprio lavoro alle "*dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*". L'imprenditore inteso gerarchicamente come "*capo*" (art. 2086 c.c.), dal quale dipendono i collaboratori, è colui che impartisce le direttive per "*l'esecuzione e la disciplina del lavoro*" (art. 2104, comma 2 c.c.) ed organizza i fattori della produzione stipulando, per l'elemento personale, i necessari contratti di lavoro (art. 2082 c.c.). Datore di lavoro, dunque, è solo colui che utilizza direttamente la prestazione lavorativa con l'esercizio del potere direttivo, e che, in quanto parte del contratto in senso formale, ha la titolarità in via diretta dell'organizzazione del lavoro.

Fino a qualche decennio fa, quindi, sulla base della sola definizione del tipo legale contenuta nell'art. 2094 c.c, non era possibile ipotizzare alcun tipo di dissociazione tra formale datore di lavoro ed effettivo beneficiario ed utilizzatore della stessa.

Donde, in questo ordine di idee, l'impossibilità di sussumere nel tipo legale il contratto fra datore e prestatore avente per oggetto un'attività lavorativa destinata a essere utilizzata da un soggetto terzo.

Secondo tale prospettiva, la Legge n. 1369 del 1960 si sarebbe limitata a confermare un principio indisponibile, già interno allo schema sottostante il tipo delineato dall'art. 2094 c.c., secondo cui chi utilizza le prestazioni di lavoro altrui in certe condizioni (sottoposizione al potere direttivo, continuità, assenza di mezzi di produzione, ecc.) ne è inequivocabilmente e necessariamente il datore di lavoro; schema, che sarebbe, dunque, incompatibile con qualsivoglia alterazione in favore di terzo. Nel vigore della sopraindicata Legge del 1960, tuttavia, rimane(va), la centrale questione sulla distinzione tra appalto genuino e pseudoappalto di mere prestazioni lavorative vietate: una questione estremamente complessa, come testimonia anche solo la mole degli interventi e degli sforzi ricostruttivi della dottrina e della giurisprudenza. Allo scopo di "salvare" operazioni ritenute evidentemente espressione non contrastabile dello sviluppo economico la giurisprudenza, forzando il dato letterale-sistematico del divieto di interposizione, ha creato un "tipo" di appalto di prestazioni di lavoro lecito, valorizzando il profilo organizzativo (know how, potere direttivo e gerarchico) dell'appaltatore nella fase di esecuzione del contratto.

Ma a partire dagli anni '80 in poi, le innovative e radicali forme organizzative dell'impresa, che vedono la diffusione fisiologica di forme di utilizzo del lavoro subordinato altrui, ma anche la comparazione con gli altri ordinamenti, spingono il legislatore ad intervenire per favorire l'integrazione nel sistema di queste nuove forme di utilizzo di prestazioni altrui, ritenuto ora compatibile con il tipo contrattuale delineato dall'art. 2094 cod. civ.; infatti, trova la sua

prima stabile regolamentazione nella normativa italiana il cd. “lavoro temporaneo tramite agenzia”.

Nel 2003, all'interno dell'area della subordinazione, la cd. "legge Biagi" irrompe con una moltiplicazione di figure contrattuali, con un impatto incisivo sulla stessa nozione di datore di lavoro e sulle caratteristiche della subordinazione (i poteri di direzione e controllo del lavoro non sono più un elemento costitutivo della subordinazione e sono collocati dalla legge in capo a soggetti diversi dal datore di lavoro).

Nel presente lavoro, dunque, verranno prese in considerazione le parti della riforma di cui al d.lgs. n. 276 del 2003, (di attuazione della legge delega n. 30 del 2003), in vigore dal 24 ottobre 2003 da qualcuno definite “ultraflessibili” (in contrapposizione alla parte ultrarigida della riforma, diretta a spingere tutti i lavoratori senza progetto all’interno della subordinazione), e, precisamente, le *“disposizioni per favorire i processi di esternalizzazione e l’acquisizione di lavoratori dall’esterno, mediante appaltatori di servizi o agenzie di somministrazione di lavoro”* (tit. III e IV, artt. 20 – 32)

Ed è in questa parte della riforma che si gioca la fondamentale partita del processo di dissociazione del lavoro dall'impresa, la cui novità risiede nel fatto che lo stesso legislatore sembra prendere atto di (e voler favorire) legami tra fenomeni economici un tempo rigorosamente distinti (il trasferimento d'azienda e l'appalto, l'appalto e la somministrazione, la somministrazione ed il distacco).

Alla tradizionale bilateralità della relazione di lavoro, dunque, si sostituisce una struttura triangolare o multipolare che sdoppia il datore di lavoro in molteplici figure.

Mentre da un lato permane il datore di lavoro in quanto parte del contratto di lavoro, dall’altro emerge la figura dell’imprenditore in quanto soggetto che agisce sul mercato attraverso transazioni

commerciali con altre imprese procurandosi il fattore lavoro senza assumere dipendenti.

La suddetta riforma ha suscitato un vastissimo dibattito, articolato in una varietà di opinioni dottrinali assai differenziate, che, senza alcuna pretesa di completezza, verrà analizzato, dandosi conto delle posizioni più rappresentative tra quelle contrappostesi.

Una domanda cruciale, onde comprendere l'effettiva portata della riforma, è se, ed in base a quale meccanismo giuridico, fosse possibile, già nel vigore della precedente disciplina, attribuire il potere direttivo ad un soggetto diverso dal datore di lavoro, *stricto sensu*, cioè l'utilizzatore che non è, appunto, la controparte contrattuale del lavoratore. Ed una siffatta domanda ne suscita altre, più generali, e cioè se l'art. 2094 c.c. sia ancora in grado di svolgere una funzione di identificazione del "tipo" lavoro subordinato, e se abbia senso una siffatta identificazione.

Come accennato, la riforma si propone di regolare in modo organico le esternalizzazioni dei processi produttivi, soprattutto, con l'ulteriore intervento sulla tormentata nozione di trasferimento di ramo d'azienda (art. 32) e con l'introduzione di una specifica nozione lavoristica dell'appalto di servizi, che ora potrà avere ad oggetto la fornitura di solo personale, purché organizzato dall'appaltatore (art. 29), consentendo anche (art. 84) una certificazione della genuinità dell'appalto. La tendenza legislativa ad assecondare i profondi mutamenti intervenuti nei sistemi economici e produttivi, con l'arricchimento delle tipologie contrattuali, pone, però, questioni di carattere più generale che toccano il "cuore" del diritto del lavoro e della sua finalità di tutela di soggetti giuridicamente ed economicamente deboli.

Il legislatore, pur con gli andirivieni, conseguenti alla successione delle maggioranze, si è preoccupato così di aumentare e di differenziare le tutele dei lavoratori coinvolti in tali operazioni, introducendo norme compensative, per così dire, che, pur operando per lo più sul terreno delle garanzie economiche, influenzano, sdrammatizzandola, la questione relativa alla individuazione del datore di lavoro. Ci riferiamo alla responsabilità solidale negli appalti, istituto già previsto, in generale, dall'art. 1676 del codice civile, nonché, per gli appalti interni, dall'art. 3 della legge 1369/1960, oggi sostituito dall'articolo 29, comma 2, del d.lgs. 276/2003 (obbligazione in solido tra committente, appaltatore e subappaltatori per i trattamenti retributivi e contributivi dei dipendenti delle imprese appaltatrici), ed applicabile anche nel caso di trasferimento di un ramo d'azienda seguito da un successivo contratto di appalto tra cedente e cessionario (art. 2112, ultimo comma, cod. civ.). Erano state anche introdotte una serie di importanti disposizioni in materia di appalti che introducevano, oltre alla responsabilità solidale, anche altre tecniche finalizzate sempre a garantire i lavoratori coinvolti. Successivamente, però, molte di queste disposizioni sono state abrogate, essendo rimasto in vigore soltanto l'articolo 35, comma 28, (legge 4 agosto 2006 n. 248), che prevede la responsabilità in solido dell'appaltatore e del subappaltatore in materia di ritenute fiscali e versamento dei contributi previdenziali ed assicurativi. Il legislatore ha poi previsto una condivisione di responsabilità in materia di igiene e sicurezza per i lavoratori degli appaltatori e dei subappaltatori che operino all'interno (ma, a volte, anche all'esterno) dell'impresa.

Ma quando non si riscontri la copertura di un appalto genuino, e la responsabilità solidale non basta, per così dire, il legislatore continua ad intervenire con fermezza per impedire e sanzionare le ipotesi di illecito ricorso ai rapporti interpositori, prevedendo ora un'ipotesi meno grave

(“somministrazione irregolare”, ex art. 27 o “somministrazione non autorizzata”, ex art. 18), ed un’ipotesi più grave, quando si configuri in concreto “la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo” (“somministrazione fraudolenta”, ex art. 28).

La medesima sanzione civile prevista dall’art. 27, inoltre, è contemplata per l’ipotesi di distacco o appalto non conformi alle previsioni di cui agli articoli art. 29 e 30, del dlgs. n. 276/03, con applicazione sia delle sanzioni “civili” ivi previste, sia delle sanzioni penali previste dall’art. 18, comma 5-*bis*, sia i rimedi di carattere amministrativo previsti dall’art. 19 (inserito dal D. Lgs. n. 251/2004) e sia dell’art. 28 del medesimo decreto.

Così delineato il quadro di riferimento, obiettivo dell’indagine è quello di verificarne se, come e quando le sopra rilevate novità legislative abbiano inciso sul difficile bilanciamento tra garanzie dei diritti dei lavoratori ed esigenze di flessibilità organizzativa dell’impresa.

CAPITOLO PRIMO

Dall'originario divieto di interposizione alle prime deroghe giurisprudenziali e legali

1. Unicità del datore di lavoro nel contratto di lavoro subordinato

Come noto, l'attuale codice civile non contempla il contratto di lavoro tra i contratti tipici del libro IV, ma definisce il prestatore di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) nell'ambito della disciplina del lavoro nell'impresa (titolo II del libro V cod.civ.).

L'art. 2094 c.c., nel suo inciso fondamentale, individua come prestatore di lavoro subordinato colui che si “*obbliga*” a fronte di una retribuzione, a “*collaborare nell'impresa*”, prestando il proprio lavoro alle “*dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”.

L'imprenditore inteso gerarchicamente come “*capo dell'impresa*” (art. 2086 c.c.), dal quale dipendono i collaboratori, è colui che impartisce le direttive per “*l'esecuzione e la disciplina del lavoro*” (art. 2104, comma 2 c.c.) ed organizza i fattori della produzione stipulando, per l'elemento personale, i necessari contratti di lavoro (art. 2082 c.c.). Ciò sia attraverso la determinazione delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, sia attraverso la gestione, il coordinamento e la disciplina della forza lavoro. In questo modo, il datore regola le singole prestazioni d'opera nel rispetto delle “*mutevoli esigenze di tempo e di luogo dell'organizzazione imprenditoriale*”¹

Potere cui corrisponde, specularmente, l'obbligo di obbedienza del lavoratore, il quale deve osservare le disposizioni impartite dal datore di lavoro per “*l'esecuzione e per la disciplina del lavoro*”², e deve porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative “*nella loro indifferenziata materialità*”, con “*permanenza*” del suo “*conseguente assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore stesso*”³.

¹ Cass. 28 luglio 1999, n. 8187, in *Riv. It. Dir.lav.*, 2000, II, 280, con nota di PISANI.

² M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, 2005, Tomo II, pagg. 1009.

³ Cass. 25 febbraio 2000, n. 2171, in *Riv.it.dir.lav.*, 2001, II, 212, con nota di PONARI.

Requisito di configurabilità del lavoro subordinato è, dunque, l'eterodirezione dell'attività, nel senso che la prestazione deve essere svolta nel modo imposto dal datore di lavoro, mediante ordini che il lavoratore è obbligato a rispettare.

In tale ambito l'art. 2086 c.c. precisa il contenuto della subordinazione qualificandola come dipendenza *gerarchica* dell'imprenditore, in quanto capo dell'impresa e come tale investito di un potere di supremazia e di disciplina della comunità di lavoro operante nell'impresa⁴. Inoltre, «la funzione di elemento organizzativo dell'impresa assume una rilevanza integrativa del rapporto di lavoro con posizioni di comando e soggezione non giustificate dalla logica paritaria del contratto e fondate nella struttura gerarchica dell'impresa»⁵.

Nel codice civile, quindi, il datore di lavoro imprenditore ha una posizione centrale quale titolare dell'impresa nella quale il lavoratore si inserisce attraverso il contratto di lavoro subordinato. In questo contesto, il contratto di lavoro è lo strumento giuridico che consente all'imprenditore di acquisire un fattore della produzione che egli provvede poi ad organizzare nell'impresa, intesa sia nella sua versione dinamica (l'attività), sia in quella statica (l'azienda).

La legge, dunque, assume un modello contrattuale di riferimento come prototipo sul quale conformare la disciplina dei rapporti di lavoro⁶. Il rapporto "universale" è quello subordinato a tempo indeterminato, con un rinvio non solo alla disciplina del codice civile, ma a tutta la normativa prevista dalle leggi speciali.

Nella struttura del rapporto di lavoro, quindi, si identifica, in capo all'imprenditore, unico datore di lavoro, la costruzione del binomio tra titolarità del rapporto, (a favore del quale il prestatore profonde le proprie energie lavorative obbligandosi in cambio di un corrispettivo), e titolarità dei poteri, intesi come esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare⁷.

Datore di lavoro è solo colui che utilizza direttamente la prestazione lavorativa con l'esercizio del potere direttivo, e che, in quanto parte del contratto in senso formale, ha la titolarità in via diretta dell'organizzazione del lavoro.

⁴ L. MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*. Riv. Soc., I, 1965, p. 434.

⁵ A. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in RIDL, I, 2007, p. 8 – 9.

⁶ Utilizzo in questo caso la nozione di "prototipo" espressa da GHEZZI, ROMAGNOLI, 1987, 38 ss., che mi sembra la più adeguata a cogliere l'essenza del fenomeno che si sta analizzando.

⁷ A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992,

Di conseguenza, la coincidenza tra titolarità del contratto ed esercizio delle prerogative da esso derivanti in capo al datore di lavoro, viene inizialmente ad essere considerata come uno degli elementi essenziali e qualificanti della fattispecie di cui all'art. 2094 c.c.⁸. Essa riflette il rapporto sociale squilibrato che si instaura tra il datore di lavoro ed il prestatore d'opera, evidenziando la situazione di subordinazione socio-economica e tecnico funzionale di quest'ultimo, ovverossia l'architettura gerarchica dell'impresa. Pertanto, se da un lato l'impostazione contrattualistica legittima il vincolo di soggezione tipico del lavoro subordinato, dall'altro apre la strada alla determinazione legale e collettiva delle condizioni di lavoro, che riporta ad equità il contenuto di un contratto tra soggetti in posizione di disuguaglianza sostanziale.

L'apparato protettivo attorno al modello normativo del lavoro subordinato, dunque, è stato costruito sul presupposto della coincidenza tra lavoratore dipendente e soggetto debole nel rapporto e sul mercato. Pertanto la qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato costituisce la chiave esclusiva di accesso a tutele fondamentali⁹ sia nei confronti del datore di lavoro, sia sul piano previdenziale.

Lo scopo è quello di proteggere il lavoratore subordinato contro la sua stessa libertà negoziale, abbandonando il mito liberale della eguaglianza formale dei contraenti e della conseguente naturale equità del contenuto del contratto per prendere atto della disuguaglianza sostanziale delle parti¹⁰.

Sulla base della sola definizione del tipo legale contenuta nell'art. 2094 c.c., in base al quale chi utilizza le prestazioni di lavoro altrui in certe condizioni (sottoposizione al potere direttivo, continuità, assenza di mezzi di produzione, ecc.) ne è inequivocabilmente e necessariamente il datore di lavoro¹¹, ne discende, dunque, l'incompatibilità di qualsivoglia alterazione in favore di terzo¹².

⁸ O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, 315 ss.

⁹ Tutele riguardano principalmente: - oneri economici indiretti per l'imprenditore (aliquota è di circa del 44%); - rigidità del trattamento normativo inderogabile (ad esempio, disciplina dell'orario e delle altre pause del lavoro; limitata immodificabilità delle mansioni; limiti al potere di controllo ecc.) - vincolo della stabilità del rapporto di lavoro subordinato derivante dalle limitazioni al potere di licenziamento

¹⁰ A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Vol. II, *Il rapporto di lavoro*, CEDAM, 2005, pag. 4.

¹¹ O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, op.cit., p. 263; Hanno riaffermato la sostanziale incompatibilità tra tipo ex art. 2094 e la scissione delle posizioni attive e passive del rapporto, da ultimo, anche A. VALLEBONA, in *La riforma dei lavori*, Padova 2004, pag. 88, il quale ribadisce che laddove il terzo "effettivamente utilizzi la prestazione lavorativa si realizza la fattispecie inderogabile dell'art. 2094 cod. civ. che attiene non solo al tipo ma anche ai soggetti con conseguente travolgimento, già in base a questa norma generale, della volontà privata contraria

Come è noto, l'impostazione tendente ad escludere dal novero dei possibili rapporti di lavoro subordinato, il rapporto fra il lavoratore e il soggetto interposto, avente per oggetto una prestazione utilizzata da un terzo soggetto è alla base delle teorie acontrattualistiche¹³, elaborate dalla dottrina prima degli anni '60.

Donde, in questo ordine di idee, l'impossibilità di sussumere nel tipo legale del contratto di lavoro subordinato nell'impresa il contratto fra datore e prestatore avente per oggetto un'attività lavorativa destinata a essere utilizzata da un soggetto terzo; quest'ultimo contratto si configurerebbe pertanto come contratto atipico e, laddove esso fosse utilizzato al fine di eludere o vanificare norme imperative di tutela del lavoratore, quindi, in funzione di interessi non meritevoli di tutela, esso dovrebbe considerarsi per questo aspetto escluso anche dal novero dei contratti cui l'ordinamento riconnette gli effetti voluti dalle parti¹⁴.

Senza pretesa di completezza alcuna su un tema così rilevante e dibattuto (che "impatta", per così dire, sulla nozione stessa di subordinazione e sulla struttura del rapporto di lavoro), si sottolinea, per contro, che altra parte della dottrina aveva,

alla instaurazione del rapporto con il reale beneficiario della prestazione") e R. DE LUCA TAMAJO, Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione, in Riv. It. Dir. Lav., 2003, I, pag. 182 e ss. il quale, seppur prima dell'attuazione della delega contenuta nella Legge n. 30 del 2003 con il D. Lgs. n. 276 del 2003, ribadisce che – "a tutt'oggi" – costituirebbe "principio immanente dell'ordinamento giuslavoristico [...] la imputazione del rapporto di lavoro a chi effettivamente eserciti i poteri direttivi e di coordinamento nei confronti dei lavoratori.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte – a quanto si comprende – sembrano, ancora di recente, aver confermato di recepire positivamente tale iniziale impostazione; v. Cass., S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Guida al lavoro*, n. 45, pagg. 20 e ss., la quale, dopo aver precisato che *"la struttura del rapporto di lavoro subordinato quale risulta dalla normativa sostanziale (art. 2094 c.c.) è bilaterale e non plurilaterale"*, ribadisce la sussistenza nell'ordinamento di una *"regola generale giuslavoristica secondo la quale in relazione ad identiche, anche per quanto riguarda ai periodi temporali, prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro dovendosi considerarsi, come parte datoriale solo colui su cui fa carico il rischio economico dell'impresa nonché l'organizzazione produttiva nella quale di fatto è inserito con carattere di subordinazione il lavoratore, e l'interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo, con la conseguenza che chi utilizza dette prestazioni deve adempiere tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo nascenti dal rapporto di lavoro"* sottolineando che tale *"principio di carattere generale"* non ha *"perduto consistenza giuridica"* neppure a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

¹² A. CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, Milano, 1959, p.87-89. Questa tesi verrà fatta propria poco più tardi nella relazione alla Camera sulla nuova legge in materia di interposizione nei rapporti di lavoro L. n. 1369/60.

¹³ L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1935, vol. I, p. 181; P. GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p. 38, nt. 10.

¹⁴ P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relazione al Convegno "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 3-4 giugno 1999, Milano.

invece, affermato la piena compatibilità tra il tipo contrattuale delineato dall'art. 2094 cod. civ. e la deviazione della prestazione in favore di un terzo¹⁵.

Secondo tale autorevole dottrina, nel vigore del solo codice civile, la destinazione della prestazione di lavoro a favore di un terzo non era di per sé astrattamente incompatibile con il tipo legale del lavoro subordinato di cui all'art. 2094 cod.civ.

¹⁵ S. MAGRINI, *Lavoro (contratto)*, in *Enc. Dir.*, Tomo XXIII, Giuffrè, 1973, pag. 394: *“In linea di principio non può [...] escludersi che parte del contratto di lavoro sia persona diversa dal titolare dell'impresa nella quale viene effettivamente utilizzata la prestazione di lavoro, salvo che la scissione non si inquadri in un negozio di interposizione vietato [...]. Il fenomeno della prestazione di lavoro a favore di terzo, specialmente rilevante nelle ipotesi di comando [...] lascia immodificata la situazione del datore di lavoro come soggetto del contratto, cioè centro di imputazione delle posizioni soggettive contrattuali, anche se nella fase della esecuzione siano concretamente esercitate dal terzo. Esso pone tuttavia il problema delle riferibilità anche a quest'ultimo di quelle posizioni soggettive che non presuppongono necessariamente la qualità di datore di lavoro, ma traggono la loro ragion d'essere dal fatto oggettivo, in sé considerato, della effettuazione di prestazioni lavoro nell'ambito di una certa organizzazione aziendale, come ad esempio, per l'obbligo di tutela della integrità fisica e della personalità morale del lavoratore”*.

Vedi per la dottrina più recente, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Vol. XXVII, t. 2, Giuffrè, 2000, pagg. 403 e ss.; nello stesso senso M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in *Il Codice Civile. Commentario*. Art. 2127, diretto da SCHLESINGER, Giuffrè 2000, pag. 362 e ss., la quale sottolinea *“In conclusione, si deve ammettere che la struttura tipica del contratto di lavoro non risulta alterata dallo svolgimento della prestazione in favore di un soggetto diverso dal datore di lavoro; l'art. 2094 tollera lo svolgimento della prestazione a favore di un soggetto (creditore) diverso rispetto alla controparte contrattuale”*; di recente, v. anche M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004, pagg. 103 e ss.

Sul tema “compatibilità” o meno tra scissione degli obblighi correlati alla prestazione lavorativa ed il tipo delineato dall'art. 2094 cod. civ. e sulla – “(presunta)” – indisponibilità dello stesso, v. altresì L. CORAZZA, *“Contrattual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, CEDAM, 2004, pag. 19 e ss., la quale, tra l'altro, precisa che: *“La questione circa la compatibilità tra lo schema del lavoro subordinato nell'impresa posto dall'art. 2094 c.c. e l'interposizione nelle prestazioni di lavoro” è “ulteriormente complicata dal problema se il nostro ordinamento contempli un tipo di lavoro subordinato, non disponibile ad opera dell'autonomia individuale o – qualora ad esso si attribuisca valenza costituzionale – dello stesso legislatore”* ed afferma che l'indisponibilità del tipo – soprattutto sotto il profilo della indisponibilità della imputazione del rapporto – è una tecnica di tutela da considerarsi superata *“la diversificazione delle prestazioni di lavoro che caratterizzano la società post industriale”*, nella quale *“pullulano forme di lavoro nuovo le quali, lungi dal presentare profili «oggettivamente» o «effettivamente» qualificabili nell'ambito della subordinazione, sfuggono ai canoni classificatori e pongono l'ordinamento giuridico di fronte ad un radicale ripensamento dei criteri di redistribuzione delle tutele del lavoro, richiedendo uno sforzo che ha costituito, negli ultimi dieci anni, il fulcro della riflessione scientifica e politica del diritto del lavoro. Come il lavoro si declina «al plurale», così si moltiplicano le forme dei datori di lavoro ed i modi con cui l'impresa si procura il lavoro altrui”*. Sulla disponibilità del tipo v. R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, pag. 95 e ss. B. VENEZIANI, *La flessibilità del lavoro e i suoi antidoti. Un'analisi comparata*, in *DLRI*, 1993, p. 279: *“è la stessa subordinazione ad essere sublimata [...] E' come se nel momento in cui [il lavoratore] instaura un rapporto (contratto) con un imprenditore si impegni ad essere a disposizione, senza condizioni, dell'altro contraente”*. Non si tratta affatto, a ben vedere, di una negazione della subordinazione, ma, al contrario, di una accentuazione del vincolo stesso di subordinazione, che si estende qui all'obbligo per il lavoratore di assoggettarsi anche al potere direttivo di un soggetto terzo.

Il solo limite era costituito dal divieto, per il datore di lavoro, di affidare ai propri dipendenti lavori a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro da essi direttamente assunti e retribuiti (art. 2127, c.1, cod. civ.).

Si trattava, però, solo di un caso particolare del più ampio fenomeno interpositorio, poiché la ricordata disposizione riguardava solo il lavoro a cottimo e solo l'interposizione realizzata mediante soggetti a loro volta dipendenti dell'imprenditore. Inoltre la conseguenza della violazione di questo divieto era soltanto la responsabilità dell'imprenditore per i crediti dei lavoratori assunti dal proprio dipendente (art. 2127, c. 2, cod. civ.), non essendo prevista la più radicale imputazione *ex lege* del rapporto di lavoro all'imprenditore medesimo e neppure la parità di trattamento con il personale di quest'ultimo¹⁶.

Tale norma però risultò ben presto eludibile ed incompleta poiché sanzionava l'imprenditore solo nel caso in cui l'interposto fosse un dipendente e, quindi, bastava assoldare come interposto un soggetto che non fosse proprio dipendente¹⁷.

Il risultato fu che, a metà del ventesimo secolo, si andavano diffondendo soluzioni gestionali, finalizzate a realizzare una dissociazione tra il titolare dei rapporti di lavoro e il beneficiario della prestazione lavorativa prevalentemente in funzione elusiva della normativa a tutela dei lavoratori.

Tant'è che proprio per contrastare tale fenomeno, il legislatore provvedeva ad introdurre, con la legge n. 1369/1960, (ora abrogata dall'art. 85, c. 1, lett. c, d. lgs. n. 276. del 2003) un generale divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, che assorbiva anche la disposizione codicistica, al fine di un'efficace garanzia dei crediti del lavoratore e (al fine) di evitare lo sfruttamento di manodopera a basso costo.

¹⁶ O. DESSI, *Titolarità del contratto e potere organizzativo del datore:dissociazione*, in *Dir. Prat.Lav.* n. 34/2007, p.2096.

¹⁷ G. PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 1980, pag. 424.

2. Il divieto assoluto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: contenuti e sanzioni

E' constatazione sinanche banale che il divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro abbia conosciuto diverse stagioni nel corso di una incessante evoluzione, dapprima giurisprudenziale e poi legislativa, pur rimanendo sempre un punto fermo dell'ordinamento giuslavoristico.

Prima di seguire una siffatta evoluzione, si ritiene utile affrontare il problema da un punto di vista generale.

Per "interposizione di manodopera" si intendono (come del resto chiarito dall'art. 1 della Legge n. 1369 del 1060) tutte quelle molteplici situazioni nelle quali un datore di lavoro (cd. "committente" o "interponente"), anziché assumere direttamente il personale di cui ha bisogno per la propria attività, si avvale della forza lavoro fornita da un terzo soggetto (cd. "appaltatore" o "interposto"), i cui dipendenti (assunti e retribuiti da quest'ultimo) svolgono però la propria prestazione a favore del primo (detto attualmente anche "utilizzatore").

Il fenomeno, rappresentato figurativamente dal classico triangolo "interponente/interposto/prestatore", è caratterizzato dall'esistenza di due rapporti negoziali: quello tra il lavoratore e l'intermediatore (di regola un contratto di lavoro subordinato da eseguirsi a favore e sotto le dipendenze di un diverso soggetto utilizzatore); e quello tra l'imprenditore/utilizzatore e l'interposto (che può assumere la specie di un contratto di appalto, o di una mera somministrazione di manodopera, oppure di un distacco temporaneo di manodopera).

Si parla, a tal proposito di "decentramento produttivo", volto ad identificare "tutte le pratiche volte a dislocare al di fuori dell'azienda fasi più o meno rilevanti del ciclo produttivo di una impresa, che vengono affidate ad altre imprese, di dimensioni normalmente minori, o anche a singoli prestatori di lavoro, come nel caso del lavoro a domicilio"¹⁸.

In sostanza, l'utilizzazione del lavoro altrui non avviene sempre necessariamente attraverso la stipula di contratti di lavoro subordinato "diretti" tra imprenditore e singoli lavoratori, oppure – laddove possibile – mediante contratti di lavoro

¹⁸ M. BIAGI, *Competitività e risorse umane:modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in L. MONTUSCHI, T. TREU, M. TIRABOSCHI (a cura di), *M. Biagi: un giurista progettuale*, Milano, Giuffré Editore, 2003, 176.

autonomi, quantunque in forma coordinata e continuativa; l'imprenditore, in taluni casi, può ricorrere alla collaborazione di altri soggetti avvalendosi del cd. "rapporto interpositorio".

L'interposto, a sua volta, può essere un appaltatore, quando esso fornisca un'opera o un servizio, ed a tal fine diriga i lavoratori ivi addetti, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (ex art. 1655 c.c.; nonché ora art. 29 del d.lg. 10 settembre 2003, n. 276).

In altri casi, invece, l'interposto può limitarsi a fornire solo la manodopera al committente, mettendogli a disposizione i lavoratori che eseguiranno l'attività indicata – anche in via mediata – da quest'ultimo e sotto la sua direzione. In tal caso, l'interposizione viene in genere svolta da apposite agenzie costituite appositamente per la fornitura di lavoro in modo periodico o continuativo (cd. somministrazione), nei casi previsti dalla legge (le agenzie di lavoro temporaneo o intermittente, ai sensi della l. 24 giugno 1997, n. 196, sono state ora sostituite dalle agenzie di somministrazione di lavoro, di cui agli artt. 20-28, del d.lg. 10 settembre 2003, n. 276).

Ma l'interposto può anche essere una figura occasionale di cui ci si avvalga *una tantum*, o addirittura appositamente cercata o fittiziamente creata (la cd. "testa di paglia") al solo fine di simulare una situazione apparente (appalto o somministrazione o distacco) diversa da quella reale (utilizzo di manodopera propria), ossia per "aggirare" regole e divieti imposti dalla legge, e generalmente in danno dei lavoratori interposti (si parla, in tal caso, di "interposizione fraudolenta"). La materia dell'interposizione di manodopera è stata per lungo tempo disciplinata dalla (ora abrogata) legge 23 ottobre 1960, n. 1369 ("divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e servizi"), e quindi vietata in quanto tale.

La Legge n. 1369/60 venne preceduta da un'indagine, svolta da un'apposita commissione parlamentare di inchiesta¹⁹, sulle condizioni dei lavoratori in Italia. Si era, infatti, riscontrato che la divaricazione, tipica dell'interposizione, fra la posizione formale di datore di lavoro/contraente (ovvero parte del contratto di lavoro e dunque titolare di tutte le posizioni attive e passive derivanti dal contratto) e la posizione sostanziale di utilizzatore del lavoro (beneficiario della prestazione di

¹⁹ v. Indagine Commissione Rubinacci, *Le condizioni dei lavoratori in Italia*, IV, *Il lavoro in appalto*, in *Rass. Lav.*, 1958, I, 171 ss..

lavoro, in quanto divenuto titolare – in tutto o in parte – delle sole posizione attive connesse al contratto di lavoro, ma non delle posizione passive, quali l’obbligo retributivo, l’obbligo di sicurezza ecc.) molto spesso pregiudicava gli interessi personali e patrimoniali dei lavoratori. Era frequente infatti, da una parte, che l’utilizzatore risparmiasse sul costo del lavoro, per esempio utilizzando lavoratori meno pagati dei suoi, oppure evitando di adottare le misure di sicurezza relative alle attività demandate ai lavoratori utilizzati ma non assunti; d’altronde il fornitore di manodopera era portato a riconoscere ai lavoratori assunti ed utilizzati dal terzo bassi salari, quindi a sfruttare il lavoro, per poter ritagliare il proprio margine di utile rispetto al compenso pattuito con l’utilizzatore.

La relazione pone poi in rilievo la pluralità di situazioni che vengono riassunte nella formula generica ed equivoca di “appalto di manodopera”. Su tale base afferma l’esigenza di una distinzione fondamentale, precisando che il fenomeno genericamente definito “lavoro in appalto” in realtà comprende due diverse e distinte situazioni, cioè “l’appalto di pura e semplice manodopera” e “l’appalto di opere e servizi”.

Questa contrapposizione, sulla quale è basato l’intero sistema della relazione, trova poi suggello nella Legge che suddivide in due parti le diverse fattispecie: una prima comprendente i divieti di interposizione (art. 1, commi 1 e 3) e, per i casi di inosservanza, le relative sanzioni penali (art. 2) e civili (art. 1, comma 5); una seconda parte comprendente le norme sugli appalti di opere e servizi (art. 3 e 5).

In questa sede però prendiamo in considerazione, solo, gli elementi costitutivi della fattispecie vietata.

La legge n. 1369/1960, infatti, stabiliva il divieto per l’imprenditore di affidare in appalto o subappalto (o in qualsiasi altra forma), l’esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall’appaltatore o dall’intermediario, qualunque fosse la natura dell’opera o del servizio cui le prestazioni si riferivano (art.1, commi 1 e 2).

Dal punto di vista sistematico, si è discusso in dottrina, se la Legge contemplasse un caso di negozio in *fraudem legis*, ovvero di negozio *contra legem*; a tal proposito c’era chi propendeva per la tesi della fraudolenza²⁰, presentando la legge in questione come mera applicazione del principio contenuto nell’art. 1344 c.c., e

²⁰ A. CESSARI, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Dir. Lav.*, I, 1961, p. 129.

chi collocava il negozio fra quelli *contra legem*²¹, affermando che l'art. 1, essendo norma primaria, contenesse un esplicito precetto.

Le Sezioni Unite della Cassazione²², a distanza di trent'anni, sono intervenute sul contrasto giurisprudenziale, sorto in merito alle diverse questioni, aderendo a questo secondo orientamento.

La conseguenza dell'interposizione vietata, oltre alla sanzione penale per imprenditore e interposto, (art. 2) era che i lavoratori così occupati venivano «*considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore, che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni*» (art.1, c. 5).

L'imputare un rapporto di lavoro ad un terzo soggetto, permetteva infatti al datore di lavoro effettivo, di eludere il sistema di garanzie poste a tutela del lavoratore, e di escludere la sua responsabilità patrimoniale per i crediti del lavoratore e degli enti previdenziali.

La ratio del divieto²³ era dunque sia quella di tutelare gli interessi individuali, personali (quali per es. salute, integrità psico-fisica) e patrimoniali (garanzia del credito di lavoro), dei lavoratori coinvolti nelle fattispecie interpositive, sia di garantire l'interesse pubblico all'inderogabilità delle norme protettive, legali e contrattuali, poste a tutela del lavoro subordinato.

Come evidenziato dalla dottrina, la sanzione civilistica era (quanto meno) duplice: da un lato, la nullità di qualsivoglia accordo avente ad oggetto la "fornitura" di mere prestazioni di lavoro tra "committente" e "fornitore di mere prestazioni

²¹ Fra i primi commentatori A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1962, pag. 279; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano 1995, p. 67. Tesi che sarà ribadita da tutta la dottrina successiva. F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1987, p. 179; *Un'ipotesi di frode alla legge si aveva nel cd. pseudoappalto, prima che la legge lo vietasse [...]* Ora la legge [...] vieta direttamente il pseudoappalto, diventato così *contra legem*";

²² Cass., S. U., 21 marzo 1997, n. 2517, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, nota di CAMMALLERI: "il divieto d'intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro (art. 1, l. 23 ottobre 1960 n. 1369) opera oggettivamente, prescindendo da un intento fraudolento o simulatorio".

²³ *In terminis*, Cass., S.U., 21 marzo 1997, n. 2517, *cit.*, pag. 705: illustrava la ratio e le finalità del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro nei seguenti termini: *Il divieto d'intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro (art. 1 l. 23 ottobre 1960 n. 1369), il quale è volto ad evitare che la dissociazione fra l'autore dell'assunzione e l'effettivo beneficiario delle prestazioni lavorative si risolva in un ostacolo al diritto del lavoratore di pretendere il più vantaggioso trattamento che gli sarebbe spettato se assunto direttamente da tale beneficiario*, *cit.* "In dottrina, da ultimo, v. R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, op.cit., pag. 188: "ferma deve restare la regola di trasparenza secondo cui – al di fuori di ben governate eccezioni di somministrazione di lavoro – i rapporti di lavoro si radicano in capo a chi effettivamente, secondo lo schema dell'art. 2094, dirige la (e sovrintende alla) prestazione, quale che sia il contesto organizzativo e relazionale nel quale il rapporto si inserisce".

lavorative” e, dall’altro, la previsione della “riconduzione” del rapporto di lavoro in capo all’imprenditore committente²⁴.

Tale secondo effetto sanzionatorio della fattispecie vietata era condizionato alla “effettiva utilizzazione²⁵”, da parte dello stesso imprenditore, delle prestazioni lavorative.

Questo principio fondato dall’art. 1, comma 5, della L. n. 1369/60 risultava innovativo: in base alle sole regole del diritto civile (artt. 2094 c.c. e 2127 c.c), nulla avrebbe impedito all’imprenditore ed al non imprenditore di ricevere prestazioni di lavoro di dipendenti altrui; in essi si può individuare solo la manifestazione di un disfavore dell’ordinamento nei confronti dell’interposizione, ma non ancora una univoca definizione del rapporto di lavoro subordinato incompatibile con l’interposizione²⁶.

L’art. 2094 cod. civ., infatti, non preclude di per sé l’applicazione di istituti di carattere generale, quali la cessione del credito o il contratto a favore di terzi; né avrebbe potuto argomentarsi in termini generali dell’illiceità di un contratto atipico di fornitura di lavoro altrui.

In questo contesto il divieto d’interposizione si poneva su un piano distinto e parallelo rispetto alla nozione di subordinazione, con la quale non si confonde.

Infatti, mentre la subordinazione costituisce il criterio per individuare se la disciplina protettiva inderogabile debba essere applicata, a prescindere ed eventualmente in contrasto con la volontà espressamente manifestata dalle parti al momento della conclusione del contratto, la regola posta dall’art. 1, della l. n. 1369/1960, determina inderogabilmente a chi facciano capo gli obblighi che scaturiscono dalle norme di tutela.

²⁴ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, op.cit., pagg. 438 e ss.; v. anche A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1962, pagg. 278 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, op.cit., pag. 179.

²⁵ O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, op.cit., p. 367 ss. l’A. individua l’essenza della fattispecie esclusivamente al comportamento fattuale dei suoi titolari; l’interprete di fronte al caso concreto dovrà indagare quale sia l’impresa che ha utilizzato le prestazioni...indagare se l’impresa abbia usufruito direttamente delle prestazioni... o dell’opera nella quale le prestazioni si inseriscono. In questi termini l’accertamento dell’interposizione finirebbe con il coincidere con l’accertamento della subordinazione, e una volta accertata la subordinazione, sarebbe accertato anche il rapporto direttamente intercorrente tra il prestatore e chi di fatto utilizza la prestazione. Il rapporto di lavoro che si costituiva con l’imprenditore committente era a tempo indeterminato e non limitato al solo periodo di effettiva utilizzazione (Cass. 4 febbraio 1988 n. 1144, *FI*, 1988, I, 1561; Cass. 19 maggio 1990 n. 4551, *MGL*, 1990, suppl., 88. *Contra* Cass. 5 febbraio 1980 n. 818, *FI*, 1980, I, 2551).

²⁶ P. ICHINO, in *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, op.cit., p. 37.

Insomma il divieto d'interposizione puntella dall'esterno, completandolo, il modello protettivo che si coagula intorno alla nozione di subordinazione: impedisce che la disciplina inderogabile sia elusa, non negando la natura del rapporto, bensì devianandone gli effetti in capo ad un soggetto diverso dall'effettivo utilizzatore.

Molteplici erano le ipotesi ricostruttive di tale sanzione²⁷ e, anche in ragione di esse, era discussa la disciplina del rapporto di lavoro tra "committente" e lavoratore e, in particolare, era dibattuto quale fosse la linea contrattuale da applicare ad esso; quale fosse la sorte degli atti eventualmente compiuti dall'«appaltatore» o nei confronti di esso (quali il licenziamento, le dimissioni, i pagamenti); quale fosse il regime della responsabilità dell'«appaltatore» rispetto alle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

La giurisprudenza maggioritaria qualificava la "costituzione" del rapporto in capo al "committente", in linea generale, come *"novazione legale del rapporto mediante sostituzione dell'interponente all'interposto e determinazione del contenuto economico e normativo con riferimento a quello tipico dei contratti di lavoro intercorrenti con il reale utilizzatore delle prestazioni lavorative, considerandosi, il rapporto stesso come se si fosse fin dall'inizio costituito con l'interponente, assumendone tutte le caratteristiche e garanzie e senza che, ai fini della*

²⁷ Senza alcuna pretesa di completezza, si può ricordare, in estrema sintesi, che una parte della dottrina aveva ricondotto il fenomeno ad un caso di *"sostituzione legale del negozio invalido"* ed aveva affermato che ai sensi dell'art. 1 della Legge n. 1369 del 1969 lo stesso contratto di lavoro tra "appaltatore" e prestatore doveva considerarsi nullo, F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, op. cit., pag. 179; cfr. A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1962, pagg. 278 che aveva ricondotto il fenomeno a *"quello della inserzione automatica del regolamento legale imperativo al regolamento contrattuale, ai sensi dell'art. 1339"*. Altra parte ancora affermava che il comma 5 dell'art. 1 Legge n. 1369 del 1960 integrava un'ipotesi di *"surrogazione soggettiva ex lege"* attraverso la quale venivano *"radicalmente frustrate le finalità dell'interposizione, assicurandosi la coincidenza tra soggetto datore di lavoro e soggetto beneficiario della prestazione lavorativa"*, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, op. cit., CEDAM, 2005, pag. 509; cfr. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, op.cit., pagg. 464 e ss.. Altra parte aveva escluso la riconduzione del comma 5 dell'art. 1 ad un caso di surrogazione soggettiva, sottolineando che l'effetto delineato dal comma 5 dell'art. 1 Legge n. 1369 del 1960, integrava *"una ipotesi [...] di rapporto di lavoro a fattispecie non contrattuale [...] anzi l'unica"*; e ciò, anche considerato che *"non è detto che l'assunzione del lavoratore da parte dell'intermediario sia temporalmente coincidente con la effettiva utilizzazione presso l'imprenditore (né con la stipulazione del patto di intermediazione"*, S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pag. 75; nello stesso senso anche, in *Enc. Dir.*, voce *Lavoro (contratto)*, Tomo XXIII, op.cit., pag. 416. Di recente, la dottrina ha ricostruito il fenomeno quale del *"trasferimento ex lege"* del contratto di lavoro in capo all'utilizzatore con *"continuazione"* del rapporto instaurato con l'interposto, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 130.

*quantificazione delle differenze retributive per l'effetto spettanti al lavoratore, possano assumere rilievo circostanze attinenti al rapporto fittizio*²⁸.

Si riteneva, dunque, applicabile il contratto collettivo dell'interponente²⁹ ed il rapporto si considerava "costituito" a tempo indeterminato, essendo ritenuta irrilevante l'eventuale apposizione del termine operata dall'«appaltatore»³⁰.

Quanto alla sorte degli atti intercorsi durante il rapporto, si affermava che il licenziamento e le dimissioni fossero valide ed efficaci solo se intimati dal "committente" o rassegnate ad esso³¹.

I pagamenti effettuati dall'«appaltatore» al lavoratore o all'ente previdenziale erano considerati liberatori nei confronti del "committente" (tanto da chi riteneva che l'«appaltatore» fosse responsabile e parte del rapporto di lavoro, tanto da chi riteneva lo stesso estraneo alle obbligazioni nascenti dal rapporto di lavoro) ai sensi dell'art. 1180 cod. civ.³².

Più dibattuta era la questione della sussistenza di una responsabilità dell'«appaltatore» rispetto alle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, e solo di recente le Sezioni Unite della Suprema Corte l'hanno risolta escludendola³³.

Per espressa previsione di Legge, ai fini dell'integrazione della fattispecie vietata, era del tutto irrilevante il tipo contrattuale impiegato dalle parti per realizzare la fattispecie vietata del c.d. *appalto di mere prestazioni di lavoro*³⁴, così come era

²⁸ cfr. Cass., 20 aprile 1990, 3289, in *Not. Giur. Lav.*, 1990, pagg. 320 e ss.; per una differente ricostruzione in termini negoziali v. Cass., 7 dicembre 2006, 26976 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040, ambedue in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pagg. 932 e ss., con nota di A. PILEGGI, *Riforma del mercato del lavoro, appalto di manodopera e ordine pubblico internazionale*.

²⁹ cfr. Cass., 19 maggio 1990, n. 455, in www.utetgiuridica.it.

³⁰ cfr. Cass., 27 maggio 1996, n. 4862, in www.utetgiuridica.it.

³¹ Vedi in generale, Cass., S.U., 21 marzo 1997, n. 2517, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 705 e ss. con nota di M.T. CARINCI, *Questioni in ordine alla applicazione della legge sul divieto di intermediazione nei rapporti di lavoro, con particolare riferimento alle ferrovie*.

³² cfr. Cass., 9 ottobre 1995, n. 10556, in www.utetgiuridica.it.

³³ Cass., S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, cit.. La Cassazione nega il pregresso orientamento che sosteneva la sussistenza, nel caso di specie, di una responsabilità solidale dell'interponente con l'interposto e pone a carico del solo interponente la responsabilità per le prestazioni contributive e previdenziali, in quanto solo costui, concretamente, beneficia delle prestazioni lavorative, e solo in capo a lui è rinvenibile la costituzione *ex lege* di un rapporto di lavoro, seppur di fatto, con tutti gli obblighi imposti all'effettivo datore di lavoro.

³⁴ Come visto l'art. 1 della Legge n. 1369 del 1960 conteneva un'elencazione dal valore esemplificativo dei tipi contrattuali vietati. Tale elencazione si apriva con il riferimento all'appalto. È stato da subito – autorevolmente – sottolineato, al riguardo, che la legge del 1960 "parla un altro linguaggio" rispetto a quello del codice civile, in quanto "*l'appalto è definito dall'art. 1655 c.c. come il contratto con il quale si assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro; pertanto l'appalto di mere prestazioni di lavoro è una contraddizione in termini*", F. CARNELUTTI, *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in *Riv. Dir. Civ., Commenti*, 1961, pag. 500; sulla "*improprietà della definizione*" recata dall'art. 1 comma 1 della Legge n. 1369 del 1960 v. anche A.

considerata irrilevante la tipologia contrattuale attraverso la quale il c.d. *appaltatore* si procacciava le prestazioni lavorative, purché si trattasse di prestazioni di lavoro subordinato³⁵. Parimenti, in base allo stesso dato positivo, era irrilevante il tipo di attività (l'opera o il servizio) oggetto delle prestazioni lavorative dedotte nel c.d. *appalto di mere prestazioni di lavoro*.

A ciò conseguiva che la ricorrenza della fattispecie vietata prescindeva dall'inquadramento professionale del lavoratore coinvolto; in particolare, nonostante la lettera della Legge facesse riferimento alla "manodopera", la fattispecie vietata si riferiva anche all'ipotesi in cui il lavoratore coinvolto nel fenomeno interpositorio fosse addirittura un dirigente chiamato ad espletare attività ad altissimo livello di autonomia e responsabilità³⁶.

ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, op.cit., pagg. 278 e ss.: "in sostanza ciò che l'articolo 1 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 vuole vietare [...] è la somministrazione di lavoro subordinato da parte di terzi intermediari [...] inteso in concetto di somministrazione in senso atipico rispetto alla definizione del contratto di somministrazione dell'art. 1559 che contempla solo la prestazione continuativa o periodica di cose. La qualificazione data dalla legge n. 1369 del contratto di appalto o subappalto avente ad oggetto «mere prestazioni di lavoro» è quindi impropria perché l'appalto o il subappalto ha per definizione come oggetto la prestazione di un opus ottenuto dall'appaltatore con una propria organizzazione autonoma di capitali e di lavoro, non la prestazione di operae"); tuttavia per un'opinione parzialmente contraria, nella dottrina più recente, v. R. DEL PUNTA, *La «fornitura» di lavoro temporaneo nella l. n. 196/197*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pag. 205. Sulla irrilevanza della tipologia negoziale adottata dalle parti ai fini della individuazione della fattispecie vietata v. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op.cit., pag. 47 e ss. la quale, nel ribadire che l'art. 1 della Legge n. 1369 del 1960 è "norma primaria contenente un proprio precetto: il divieto di interposizione", sottolinea che l'art. 1 della Legge n. 1369 del 1960 ha "un raggio di applicazione diretta così ampio" da "dettare un divieto agganciato all'oggetto di una serie indefinita di contratti atipici [...]", conclude (pagg. 67 e ss.) che "si può affermare che l'art. 1, l. n. 1369/1960 individua e tipizza – vietandolo – un contratto fino ad allora atipico, caratterizzato dall'oggetto, a prescindere dal nomen iuris adottato dalle parti come dalle eventuali obbligazioni accessorie pattuite. L'interpretazione si basa, oltre che sulle caratteristiche intrinseche dei contratti leciti, che lo dissimulano – specie l'appalto –, sul dato letterale, costituito dalla formula aperta di cui all'art. 1, comma 1°, («è vietato ... di affidare in appalto o subappalto o in qualsiasi altra forma»); in giurisprudenza di recente v. Cass., 8 aprile 2004, n. 6896, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 124: "il richiamo contenuto nel primo comma dell'art. 1 alle figure dell'appalto o subappalto è meramente descrittivo ed esemplificativo [...] in pratica, secondo i principi generali propri del diritto del lavoro, è del tutto inutile ricorrere ad artifici o a contratti tipici diversi da quelli specificamente indicati nel primo comma dell'art. 1 per eludere il divieto legale".

³⁵ V. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, op.cit., pagg. 422 e ss.; v. anche M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op.cit., pag. 72 e ss.; in giurisprudenza per un'ipotesi di esclusione del divieto (anche) in ragione della accertata natura autonoma delle prestazioni, v. Cass., 8 aprile 2004, n. 6896, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 125: "In ogni caso, tuttavia, ciò che deve sussistere [...] è un rapporto di lavoro subordinato riferibile al lavoratore che agisce nei confronti dell'appaltante, ai sensi della Legge n. 1369/1960".

³⁶ V. da ultimo Cass., 21 agosto 2004, n. 16551, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pagg. 837 e ss., con nota (critica) di RUGGIERO, *Interposizione illecita e dirigenti: un'inclusione non del tutto convincente*.

A ciò conseguiva, altresì, che la ricorrenza della fattispecie vietata prescindeva dall'inerenza, o meno, all'attività produttiva dell'imprenditore beneficiario delle prestazioni lavorative rese dal lavoratore³⁷.

Erano, inoltre, considerati privi di rilievo, ai fini dell'integrazione dalla fattispecie vietata, sia il carattere oneroso o gratuito dell'accordo tra (formale) datore di lavoro e terzo³⁸, sia la natura fraudolenta e/o simulatoria, o meno, dello stesso³⁹.

³⁷ M.T. CARINCI, *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo*, in *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, n. 22, Direzione F. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, UTET, 1999, pag. 124, la quale sottolinea, da un lato, come “la nozione di ciclo produttivo è già di per sé assolutamente sfuggente riuscendo pressoché impossibile definire quale sia l'attività tipica dell'impresa che ben può modificarsi nel tempo” e, dall'altro, che “il legislatore non ha inteso lasciare vuoti di tutela collegati alla natura dell'attività [...] ammettendo che fattispecie non qualificabili come appalto, ma consistenti nella pure fornitura di manodopera, sfuggano al divieto”. Si può ricordare come negli originari progetti normativi precedenti alla Legge n. 1369 del 1960 il divieto era limitato ad opere e/o servizi “inerenti all'attività aziendale” dell'interponente, vedi ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, op. cit. pag. 408, nt. 55, il quale sottolinea come tale impostazione fosse coerente con la ricostruzione dottrina – da attribuire a CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, op. cit. – del divieto medesimo in termini di frode, contratto atipico, nullo in quanto elusivo delle norme inderogabili a protezione del lavoratore; dottrina sulla cui base – ricorda l'Autore – si è radicata la tesi della incompatibilità tra modello delineato dall'art. 2094 cod. civ. e scissione tra formale datore di lavoro ed effettivo beneficiario utilizzatore delle prestazioni lavorative. Si può altresì ricordare che la delimitazione del campo di applicazione del divieto interpositorio alle sole attività inerenti l'organizzazione e la produzione del “committente”, costituisce una delle possibili opzioni di una futura convenzione o raccomandazione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, op. cit. pag. 408.

³⁸ Sul punto v. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op.cit. pag. 68, la quale sottolinea: “nessun rilievo riveste, ai fini dell'individuazione del contratto vietato, la causa: la fornitura di manodopera, sia essa a titolo oneroso, sia essa a titolo gratuito, entra comunque nel divieto. Certo tipizzare il contratto di fornitura non solo in base all'oggetto, ma anche alla causa – quindi richiedere lo scambio fra lavoro subordinato e corrispettivo – può risultare a prima vista più conforme allo spirito di [...] legge [...]. Tuttavia, l'inequivoco dato letterale (in qualsiasi altra forma), unito alla considerazione che introdurre questo ulteriore requisito implica in concreto pretendere, volta a volta, la prova della pattuizione di un compenso alla fornitura di manodopera e quindi fornire una facile via di fuga dalla proibizione, induce senza esitazioni alla conclusione opposta”.

³⁹ La dottrina ha da subito sottolineato che con l'entrata in vigore della Legge n. 1369 del 1960 ha perduto rilevanza la natura fraudolenta (o meno) del c.d. appalto di mere prestazioni di lavoro, con conseguente superamento dell'opinione (maggioritaria) affermata prima della predetta Legge secondo la quale tale ipotesi era da ricondurre al vizio di cui all'art. 1344 cod. civ.: v. F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, op.cit., pag. 163: “Un'ipotesi di frode alla legge si aveva nel c.d. pseudoappalto, prima che la legge lo vietasse [...] Ora la legge [...] vieta direttamente il pseudoappalto, diventato così *contra legem*”; nello stesso senso A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, op.cit., pagg. 279. Per la dottrina successiva v. S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op.cit., pag. 47, il quale, dopo aver precisato che “[...] l'interposizione fittizia di persona nel contratto di lavoro deve ritenersi assorbita – al pari dell'interposizione reale con finalità di frode – nell'ampia fattispecie dell'appalto di mere prestazioni di lavoro e nella relativa valutazione legale del patto di intermediazione come negozio direttamente *contra legem*”, conclude nel senso che: “Tale disciplina (art. 1 legge 23 ottobre 1960, n. 1369), riguardata nei suoi riflessi sulla prestazione di lavoro a favore di un terzo, pare chiudere ogni spazio all'indagine sul carattere fittizio o fraudolento del patto con il quale la prestazione è deviata dalla sua normale destinazione”; sempre per l'irrelevanza dell'intento eventualmente elusivo o fraudolento, v. anche M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro*

2.1 La distinzione tra interposizione di manodopera (vietata) e l'appalto (genuino) di opere e servizi

Si è osservato che se il Legislatore del 1960 vietava la “segmentazione del contratto di lavoro subordinato, cioè l’interposizione”, non vietava però “la possibile segmentazione dell’impresa, cioè la facoltà dell’imprenditore di affidare ad altra organizzazione imprenditoriale una parte del processo produttivo”⁴⁰; in altre parole: la Legge del 1960 non imponeva in modo assoluto “all’imprenditore alcuna struttura produttiva predefinita”⁴¹.

L’imprenditore poteva legittimamente affidare a terzi, mediante contratto di appalto (art. 1655 c.c.), il compimento di un’opera o di un servizio, ma non l’esecuzione di mera attività lavorativa, poiché la legge imponeva che l’imprenditore effettivo beneficiario di tale attività assumesse anche in proprio la qualifica di datore di lavoro⁴². In pratica, l’ambito di applicazione della sopra sintetizzata disciplina era delimitata soggettivamente dal fatto che il committente dovesse essere un imprenditore (titolare di un’azienda all’interno della quale era prevista l’esecuzione

altrui, *Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op.cit., pag. 44 e ss. In giurisprudenza, v. Cass., S.U., 21 marzo 1997, n. 2517, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, II, pag. 705 e ss. con nota di M.T. CARINCI, *Questioni in ordine alla applicazione della legge sul divieto di intermediazione nei rapporti di lavoro, con particolare riferimento alle ferrovie*: “E’ sufficiente, per realizzare la fattispecie legale [vietata dall’art. 1 della Legge n. 1369 del 1960, n.d.r.], una situazione effettiva di lavoro prestato a favore e sotto il potere direttivo del datore interponente, destinata a prevalere sulla situazione formale, costituita dal contratto stipulato con l’assuntore, restando così esclusa ogni rilevanza di un intento fraudolento delle parti. La più recente dottrina pone in luce la portata puramente oggettiva del divieto, ossia la non necessità di un intento negoziale delle parti avente ad oggetto l’interposizione di persona fra imprenditore e prestatore di lavoro, ed afferma la ravvisabilità di un rapporto, fra assuntore e lavoratore, contra legem, negando quello in frauem legem.

⁴⁰ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU MESSINEO, continuato da MENGONI, Vol. XXVII, t. 2, Giuffrè, 2000, pag. 503.

⁴¹ M.T. CARINCI (*La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in *Il Codice Civile. Commentario. Art. 2127*, diretto da SCHLESINGER, Giuffrè 2000, pag. 91): “l’imprenditore può decidere se svolgere in proprio una (qualsiasi) attività o metterla all’esterno; se compie questa seconda scelta deve avvalersi di un imprenditore vero e proprio, non può in nessun caso ricorrere ad un mero fornitore di manodopera. La l. n. 1369 non impone all’impresa alcuna struttura produttiva predefinita”. La stessa Autrice, tuttavia, sottolinea (pag. 20) che “la l. 1369/1960, che impone all’impresa di acquisire lavoro subordinato solo tramite lo schema della subordinazione e cerca di disincentivare o almeno rende più costoso lo scorporo di fasi e spezzoni del ciclo produttivo, presuppone ed indirettamente consolida” un “modello di organizzazione imprenditoriale” proprio della “grande impresa industriale”, la quale “svolge al suo interno l’intero ciclo produttivo, trasformando le materie prime nel prodotto finale, si organizza in modo gerarchico e si avvale al suo interno dell’attività indistinta di lavoratori subordinati”; “così come” per la “nozione giuridica di subordinazione” che “si modella sulla falsariga del tipo sociale dell’operaio-massa della grande impresa industriale”.

⁴² Il divieto riguarda solo prestazioni di lavoro subordinato, sicché non opera con riferimento a lavoratori effettivamente autonomi: Cass. 7 ottobre 2000 n. 13338, *RIDL*, 2001, II, 402

dell'appalto) e dal fatto che i collaboratori, concretamente utilizzati per l'esecuzione dell'appalto medesimo, fossero lavoratori subordinati.

In secondo luogo, l'ambito di applicazione era delimitato dal tipo contrattuale utilizzato dalle parti, attesa la natura eccezionale della disciplina ⁴³.

Inoltre, come visto, la disciplina si applicava unicamente agli appalti da eseguirsi all'interno dell'azienda del committente.

Tuttavia, il Legislatore del 1960, nell'intento di evitare che il ricorso al decentramento produttivo potesse rappresentare un mezzo per abbattere i costi del lavoro in pregiudizio dei lavoratori dell'appaltatore, destinati a prestare la propria attività "fianco a fianco" al personale del committente e nell'ambito degli stessi ambienti produttivi ⁴⁴, prevedeva una particolare disciplina per gli appalti destinati ad essere eseguiti *"all'interno delle aziende, con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore"* (art. 3, comma 1), c.d. endoaziendali.

In particolare, l'art. 3 citato sanciva che l'imprenditore committente era *"tenuto in solido"* con l'appaltatore *"a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare u trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori"* dipendenti dal committente medesimo.

La disciplina posta dall'art. 3 della Legge del 1960 andava ad aggiungersi a quella già apprestata in via generale per tutte le ipotesi di appalto dall'art. 1676 cod. civ. a mente del quale: *"coloro che alle dipendenze dell'appaltatore hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto da loro dovuto, fino a concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda"*⁴⁵.

⁴³ A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1962, pagg. 281.

⁴⁴ L. CORAZZA, *"Contrattual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, CEDAM, 2004, pag. 157, la quale citando da Cass., 22 aprile 2000, n. 5296, sottolinea che: *"l'obiettivo del legislatore era quello di omogeneizzare il trattamento dei dipendenti del committente e dell'appaltatore, con l'effetto di condizionare il prezzo dell'appalto, nell'ottica di «impedire che l'appalto costituisca un disconoscimento di quei diritti dei lavoratori dell'appaltatore, dei quali essi diventerebbero titolari se dipendessero direttamente dal committente»*. V. anche Cass., S.U., 20 gennaio 1996, n. 446.

⁴⁵ D. RUBINO, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile. Libro Quarto. Delle obbligazioni*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1961, pagg. 336 e ss.; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in *Il Codice Civile. Commentario. Art. 2127*, diretto da SCHLESINGER, Giuffrè 2000, pagg.

La dottrina ricostruiva la regola della parità di trattamento quale modifica legale del contenuto del contratto individuale del personale dell'appaltatore⁴⁶ ("attualmente") impiegato nell'appalto sino alla sua "conformazione", per tutta la durata dell'adibizione del lavoratore all'appalto medesimo (e solo per essa), ad una "soglia minima", rappresentata dai trattamenti economici e normativi goduti dal personale del committente di pari mansioni a prescindere dalla fonte dei trattamenti medesimi⁴⁷.

E difatti, l'interpretazione del concetto della "endoaziendalità – principale nodo della normativa in questione⁴⁸ – negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Legge è stato incentrato sul criterio c.d. topografico⁴⁹.

Tuttavia, i mutamenti degli assetti organizzativi e produttivi sopra sintetizzati – ma, in particolare, l'avvento delle nuove tecnologie, che hanno sostituito al "coordinamento spazio-temporale" tra i fattori produttivi un "coordinamento informatico e telematico" – hanno ampiamente ridotto la rilevanza dell'indicato criterio topografico, ai fini della distinzione tra ciò che è "interno" e ciò che è "esterno" all'azienda⁵⁰.

Pertanto, la difficoltà di distinguere in concreto l'opera o servizio, svolto con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, dalla mera prestazione di lavoro, aveva indotto il legislatore a prevedere una insuperabile presunzione assoluta, secondo cui era "*considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, laddove l'appaltatore facesse utilizzo di capitali, macchine e*

15; 474 e ss.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pagg. 1090, 1091.

⁴⁶ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in *Il Codice Civile. Commentario. Art. 2127*, diretto da SCHLESINGER, Giuffrè 2000, pag. 525, che parla di "meccanismo" simile alla previsione di cui all'art. 1374 cod. civ.

⁴⁷ Proprio sulla base del rilievo che la regola paritaria ha per oggetto il rapporto di lavoro e non la disciplina collettiva ad esso applicabile, la Corte Costituzionale ha rigettato la questione di incostituzionalità proposta in riferimento alla riserva di cui all'art. 39 Cost.: Corte Cost., 9 luglio 1963, n. 120. Secondo parte della dottrina la regola avrebbe esteso al personale dell'appaltatore l'intera disciplina goduta dal personale del committente, ma tale impostazione urta contro il dettato letterale.

⁴⁸ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, in *Il Codice Civile. Commentario. Art. 2127*, diretto da SCHLESINGER, Giuffrè 2000, pag. 491.

⁴⁹ A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1962, pagg. 278 e ss., il quale, peraltro, trae tale conclusione anche sulla base della considerazione che altrimenti il comma 2 dell'art. 3 non si potrebbe giustificare, atteso che contempla appalti destinati ad essere eseguiti fisicamente all'eterno dell'azienda del committente.

⁵⁰ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da CICU MESSINEO, continuato da MENGONI, Vol. XXVII, t. 2, Giuffrè, 2000, pag. 510.

attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venisse corrisposto un compenso all'appaltante"⁵¹ (art.1, comma 3).

Tale disposizione concorreva alla "delimitazione" della fattispecie vietata e, unitamente all'art. 3 della Legge, alla sua distinzione rispetto alle ipotesi dell'appalto lecito; distinzione, che costituiva questione centrale nel giudizio di accertamento della fattispecie vietata.

Tale norma – oggetto di una dibattuta e complessa questione teorica⁵² – era interpretata (formalmente) dalla giurisprudenza quale "presunzione legale assoluta"; e, dunque, a rigore, insuperabile (norma di natura sia sostanziale che processuale⁵³). In tale rigorosa prospettiva, dunque, la disposizione positiva "ampliava" l'area del divieto di appalto di mere prestazioni lavorative rispetto alla nozione di appalto "ordinario", colpendo – in funzione antielusiva⁵⁴ – con la sanzione della illiceità anche potenziali ipotesi di vero e proprio appalto⁵⁵ per la (sola) presenza di un apporto materiale fornito dal committente, qualunque ne fosse la natura ed il rilievo rispetto alla complessiva "economia" dell'appalto stesso e del suo oggetto. In effetti, la formulazione ambigua dell'art. 1, della l. n. 1369/60 poteva portare alla conclusione che il divieto d'interposizione si dirigesse ad una particolare ipotesi di appalto, riducendo così l'area di liceità di quel contratto; la

⁵¹ E' importante segnalare, come già in sede di elaborazione della l. n. 1369/1960, si fossero sollevati dubbi e perplessità sull'applicazione del divieto, anche in relazione a quegli appalti caratterizzati da una bassa o bassissima organizzazione di fattori materiali, e da un'alta rilevanza della manodopera in essi contenuta, che rappresentava l'essenza dell'appalto stesso.

⁵² In dottrina sulla questione dei rapporti tra il comma 1 ed il comma 3 dell'art. 1 si riscontrano svariate posizioni. V. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op.cit., pagg. 92 e ss; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, op.cit., pagg. 427; L. CORAZZA, *"Contrattual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore"*, op.cit., pag. 14). In via generale e sintetica: secondo alcuni la previsione del comma 3 dell'art. 1 sarebbe stata da collocare nell'unica ed unitaria fattispecie delineata dal comma 1 ed avrebbe indicato (solo) un criterio sintomatico dell'assenza di imprenditorialità; secondo altri, la previsione del comma 3 dell'art. 1 avrebbe costituito una fattispecie vietata autonoma, ulteriore e separata rispetto a quella generale, ed avrebbe introdotto vincolo "aggiuntivo" rispetto al divieto delineato dall'art. 1 diretto a sanzionare l'ipotesi in cui l'appaltatore, pur titolare di una propria organizzazione imprenditoriale, avesse utilizzato e coordinato i beni del committente.

⁵³ C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, II, *Il processo di cognizione*, Giappichelli, 2002, p. 186.

⁵⁴ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, op. cit., pag. 425, il quale precisa: "Il legislatore ha voluto impedire che la natura imprenditoriale della prestazione dell'interposto possa essere simulata mediante l'artificio di farlo apparire come autore e titolare di un'organizzazione produttiva predisposta in realtà dall'imprenditore interponente".

⁵⁵ Cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro op. cit.*, pag. 559 che precisa "il vero valore aggiunto della disciplina della legge n. 1369 del 1960 consiste nella ricordare presunzione assoluta che colpisce ogni apporto dell'imprenditore committente all'organizzazione dell'appaltatore, riconducendo così all'interposizione vietata penalmente sanzionabile anche situazioni altrimenti difficilmente qualificabili o comprovabili come tali".

dottrina pressoché unanime e la giurisprudenza hanno invece chiarito che fra appalto e interposizione esistono sostanziali diversità.

La linea di confine tra appalto lecito e appalto illecito (alias interposizione), era basata sul concetto classico (e come vedremo oramai superato) di organizzazione, tipicamente agganciata ai riferimenti materiali quali le macchine, le attrezzature e i capitali. Il *quid pluris* alla mera fornitura di lavoratori (vietata) si rinveniva nell'apparato strumentale dell'appaltatore, ritenendosi che, in assenza di questo, non si potesse parlare di una autonoma impresa dell'appaltatore

In altri termini, con riferimento al contratto di fornitura, la sua distinzione rispetto al contratto di appalto disciplinato dagli art. 1655 c.c. era soprattutto il contenuto dell'obbligazione tipica: di dare (lavoro altrui) quella propria del contratto di fornitura, di fare (organizzando capitali, beni materiali e immateriali, lavoro) quella propria del contratto di appalto.

Nel primo caso (vietato) il fornitore di manodopera si limitava a mettere il lavoratore da lui assunto a disposizione dell'utilizzatore, affinché lo utilizzasse secondo le proprie esigenze; nel secondo caso (lecito), invece, l'appaltatore organizzava i fattori della produzione (tra cui il fattore lavoro) per realizzare e fornire al committente l'opera o servizio promessi⁵⁶.

In (estrema) sintesi, dunque, al fine di integrare – in positivo – la fattispecie vietata dall'art. 1 della Legge n. 1369 del 1960 – e far operare la sanzione contemplata al comma 5 della medesima norma – erano sufficienti, e necessari, i seguenti tre “elementi strutturali”: un contratto tra (formale) datore di lavoro e terzo avente ad oggetto la fornitura di mere prestazioni lavorative subordinate; un contratto tra (formale) datore di lavoro e lavoratore avente ad oggetto prestazioni di lavoro dipendente; l'adempimento di ambedue i contratti con l'effettiva utilizzazione del lavoratore da parte del terzo⁵⁷; e ciò, a prescindere dalle tipologie negoziali (formalmente) utilizzate dalla parti, dagli “intentì” e dalle “finalità” sottostanti il fenomeno “interpositorio”.

⁵⁶ A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, op. cit., pagg. 279; di recente, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pagg. 62, 82 e ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di DE LUCA TAMAJO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 41, 4

⁵⁷ V. M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, IPSOA, Tomo II, 2003, pag. 7.

Alla luce di quanto sopra, per tutta la vigenza “piena” della Legge n. 1369 del 1960, era – quanto meno formalmente – escluso che il datore di lavoro mettesse a disposizione in favore di terzi lavoratori da esso assunti e retribuiti in assenza di un proprio, autentico interesse produttivo e/o organizzativo a tale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato del personale.

Pertanto, ogni contratto di fornitura di mere prestazioni di lavoro e ogni rapporto di lavoro svolto in esecuzione dello stesso era destinato a ricadere nell’ipotesi vietata, ossia avrebbe integrato una fattispecie *contra legem* ed i lavoratori coinvolti sarebbero stati considerati, *tout court*, alle dipendenze del terzo utilizzatore⁵⁸.

La legge n. 1369/1960, però, si modellava sulla falsariga del tipo sociale dell’operaio-massa della grande impresa industriale⁵⁹.

L’unità di riferimento lavoristica era l’impresa come si strutturava nella realtà socio-economica italiana di quegli anni: essa svolgeva al suo interno l’intero ciclo produttivo, trasformando le materie prime nel prodotto finale, si organizzava in modo gerarchico e si avvaleva al suo interno dell’attività indistinta di lavoratori subordinati poco professionalizzati, di qualifica medio-bassa.

In questo ambito, la suddetta legge imponeva all’impresa di acquisire lavoro subordinato solo tramite lo schema della subordinazione e cercava di disincentivare o almeno rendere più costoso lo scorporo di fasi e spezzoni del ciclo produttivo.

Ma già a partire dalla prima metà degli anni ’70 la situazione cambia: in Italia vi è una crescente diffusione della strumentalizzazione e della cultura informatica, la struttura produttiva viene sempre più investita dall’innovazione, che automatizza il lavoro in ufficio, flessibilizza la fabbrica, muta la relazione fra la grande e la medio/piccola realtà produttiva, sviluppa tutto un nuovo terziario.

Comune è la prevalente attenzione per la situazione di una grande/media industria che decentra, denuncia una crescente esuberanza di manodopera, rivela una sempre maggior difficoltà di tenuta produttiva e occupazionale⁶⁰.

L’innovazione informatica e l’evoluzione organizzativa, infatti, affermano sulla ribalta imprenditoriale nuove realtà produttive caratterizzate da scarsa (o addirittura

⁵⁸ F. CARNELLUTTI, all’indomani dell’entrata in vigore della Legge della 1960, sintetizzava la sostanza del divieto posto dall’art. 1 con la formula “è vietato il noleggio della manodopera altrui” , *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in *Riv. Dir. Civ., Commenti*, 1961, pag. 501.

⁵⁹ GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1992, p.36

⁶⁰ Cfr. F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, p. 212.

nulla) pregnanza dei profili strutturali e da prevalenza di beni immateriali o di momenti puramente organizzativi della manodopera.

Escludere a priori tali realtà imprenditoriali “smaterializzate” dall’ambito degli appalti leciti sarebbe stato palesemente iniquo.

3. Verso le prime creazioni di “tipo giurisprudenziale” di mere prestazioni di lavoro lecite: gli appalti cd. “tecnologici”

In base al divieto di appalto di mere prestazioni lavorative posto dall’art. 1 della Legge n. 1369 del 1960 (e delineato in negativo dalla nozione di appalto di servizi genuino), era, dunque, impedita qualsivoglia interposizione nel rapporto di lavoro, idonea a determinare una divaricazione tra le posizioni (attive e passive) formali e sostanziali del rapporto medesimo.

La distinzione tra le due fattispecie dell’interposizione e dell’appalto si basava infatti su un concetto ormai arcaico di organizzazione, che faceva riferimento al modello imprenditoriale di impostazione fordista, e che vedeva l’organizzazione dell’impresa, espressa in termini di “capitali, macchine e attrezzature”.

I tre parametri legislativi di riferimento, scontavano quindi un’inevitabile obsolescenza di fronte alla crescente diffusione dell’economia dei servizi e alla progressiva smaterializzazione del lavoro determinata dall’introduzione di nuove tecnologie. Lo stesso concetto di attività d’impresa⁶¹ aveva cominciato a superare la

⁶¹ V. L. CORAZZA, *“Contrattual integration e rapporti di lavoro, op. cit., pag. 30 e ss. ove si sottolinea il parallelo “frantumarsi” della rilevanza della componente materiale tanto nella identificazione del requisito organizzativo dell’appalto, quanto nella identificazione dello stesso ramo d’azienda (ed anche nella ricostruzione commercialistica di impresa ed azienda; v. in particolare pag. 55 e ss.: “muta il rapporto tra le prestazioni richieste ad un’impresa: a seguito del progressivo aumento delle prestazioni di fare, tutte quelle attività che comportano un servizio assumono importanza centrale anche nei settori della produzione e della distribuzione. Ma ciò che cambia è soprattutto il rapporto tra i diversi fattori produttivi, tra i capitali intesi come beni materiali e tutti quei beni con un contenuto in senso lato immateriale, come il sapere scientifico e le sue applicazioni alla produzione. Di conseguenza il valore aggiunto che determina l’essenza della competitività dell’impresa è composto principalmente dall’utilizzabilità del sapere scientifico sotto forma di scienza vera e propria, di sapere tecnologico, o di mera tecnica. In tale contesto [...] i beni materiali sono sempre meno in grado di indicare la composizione dell’apparato organizzativo e l’organizzazione materiale di cui dispone un imprenditore non fornisce sufficienti indicazioni sulla solidità economica dell’impresa [...]”. “Il requisito organizzativo, soprattutto se inteso come un insieme di beni, risulta un elemento di difficile percezione e appare dotato di scarsa valenza espressiva”. Conseguentemente, non solo “nella ricerca del vero imprenditore, ma “anche nella delimitazione del campo di applicazione dell’art. 2112 c.c. l’identificazione dell’organizzazione ha dato luogo a non poche difficoltà ermeneutiche, soprattutto con riferimento a quelle imprese che operano al di fuori dei tradizionali settori industriali dove la componente immateriale del*

tradizionale impostazione incentrata sull'organizzazione di mezzi patrimoniali e materiali, consistente nella gestione dei mezzi della produzione "interni", è stata viepiù "sostituita" dalla "funzione" di gestire rapporti commerciali "esterni" (la c.d. impresa-rete⁶²). Tale processo innovativo è emerso in relazione a realtà profondamente diverse tra loro. Da un lato, le imprese a bassa intensità organizzativa materiale (cd. leggere) – come le imprese di pulizia o di facchinaggio – che si limitano, di fatto, ad un mero coordinamento dei propri dipendenti.

Dall'altro, le imprese ad elevata qualità tecnologica, che non sono caratterizzate da attività di lavoro prevalentemente manuale ed elementare, ma da prestazioni che richiedono notevoli conoscenze ed alta professionalità, quali tipicamente, i servizi informatici⁶³. La dottrina e la giurisprudenza – nel necessario confronto con tali crescenti realtà economico-organizzative, di fatto sempre più radicate nella tipicità sociale hanno dovuto, dunque, adeguare l'interpretazione della disciplina ai mutati contesti.

La sussistenza di quanto sopra accennato non ha infatti impedito alla giurisprudenza la creazione di un vero e proprio «tipo giurisprudenziale⁶⁴» di appalto di mere prestazioni di lavoro lecite.

Nel distinguere l'appalto dall'interposizione, in particolare negli appalti di servizi a bassa intensità organizzativa, in cui l'utilità fornita consiste essenzialmente nell'attività dei lavoratori, pur coordinata dall'appaltatore, la giurisprudenza⁶⁵ si è

patrimonio aziendale supera la consistenza dei beni in senso tecnico". L'Autrice conclude: "come in un gioco di specchi, a seconda del settore di attività in cui opera l'impresa, l'organizzazione materiale appare e scompare [...] Ed è proprio di fronte a questa, dematerializzata, nozione di organizzazione che l'interprete ha l'impressione di avere a che fare con elementi sfuggenti, che si dissolvono, come bolle di sapone, nello spiegarsi delle molteplici attività imprenditoriale".

⁶² Con l'intensificazione di rapporti di produzione integrati, tanto che il Legislatore, come si sottolineerà, ha inteso apprestare una disciplina commerciale protettiva per le imprese stesse coinvolte: Legge 18 giugno 1998, n. 192 (su cui v. ALPA – LECCESE, *La subfornitura*, in *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, Tomo III, diretto da RESCIGNO, UTET, 1999, pag. 132 e ss.

⁶³ O. BONARI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori. Divieto di interposizione e lavoro interinale*, p. 131, 1995; es: i contratti di *management*, con i quali si affida ad una società specializzata lo svolgimento delle funzioni dirigenziali di un'impresa, nonché i contratti stipulati con società di *engineering*, il cui scopo è quello di studiare, progettare, costruire, vendere e mettere in opera impianti o parti di impianti di rilevante complessità tecnica.

⁶⁴ L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, *Dir. Rel. Ind.*, II, 2004, p. 9; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *RTDPC*, 1966, 785 ss.

⁶⁵ Cass. civ., 18 ottobre 1983, n. 6093 in Foro It., 1984, I, 1025, nota di O. MAZZOTTA: *"la tutela apprestata dalla legge, non trova applicazione allorché la posizione soggettiva del lavoratore, malgrado la dissociazione fra datore di lavoro apparente e beneficiario della prestazione lavorativa, non subisce deterioramento di alcun genere"*. Cass. 13 luglio 1998 n. 6860 in *RIDL*, 1999, con nota di M.L. DE MARGHERITI dove si legge che *"non è dato configurare l'ipotesi vietata dalla Legge ove ricorra nel caso concreto una prestazione lavorativa strettamente connessa con il*

incentrata sul problema della sussistenza, nei singoli casi concreti specie di esternalizzazione di attività interne, di una ipotesi di “appalto genuino” (lecito), al fine di discriminare le fattispecie ammesse da quelle illecite.

Tale genuinità era ricavabile dagli artt. 3 e 5 della medesima Legge – che disciplinavano espressamente proprio alcune ipotesi di appalto di opere o servizi (inerenti al ciclo produttivo del committente, cd. appalti endoaziendali), ed aventi ad oggetto attività a modestissimo contenuto materiale (se non addirittura coincidente con il solo impiego della forza lavoro⁶⁶) – né essa era (ed è) esclusa dal tipo delineato dall’art. 1655 cod. civ., atteso che da tale tipo negoziale non può desumersi né un’indispensabile “componente materiale” dei fattori produttivi impiegati nell’appalto, né la necessaria prevalenza del peso economico dell’organizzazione dei mezzi materiali rispetto a quello della forza-lavoro impiegata; l’art. 1655 cod. civ. richiede (soltanto) che vi sia un’organizzazione e gestione a rischio dell’appaltatore – sia essa composta di mezzi o persone – il cui “valore” ecceda quello del lavoro dell’appaltatore stesso”⁶⁷.

Dunque, l’indagine volta a verificare se il presunto appaltatore si comporti da vero imprenditore nel prestare il proprio servizio non si esaurisce più nella sola valutazione dell’organizzazione di beni materiali ed immateriali utilizzati nell’esecuzione dell’opera dall’appaltatore, ma ove l’oggetto dell’appalto consista nel prestare o far prestare personalmente il servizio (es. appalto di pulizie, vigilanza, custodia ecc.), il criterio discrezionale tra appalto (lecito) e interposizione (illecita) si sposta inevitabilmente sull’organizzazione e direzione dei lavoratori⁶⁸.

processo produttivo specifico dell'imprenditore committente, né di quella attività complementari e sussidiarie...”

⁶⁶ Basti considerare i lavori di facchinaggio, pulizia e di manutenzione (comma 1) e quello di installazione e lettura di contatori (comma 2). E difatti, come illustrato dalla dottrina, la previsione espressa nelle disposizioni di cui agli artt. 3 e 5 di tali attività è stata dettata dall’esigenza di “salvataggio” delle stesse una rispetto all’assolutezza del divieto: P. ICHINO *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pag. 411.

⁶⁷ A conferma, sotto altro e parimenti interessante profilo, v. anche L. CALCATERRA, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di DE LUCA TAMAJO, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pag. 137, 138.

⁶⁸ Cass. 21 maggio 1998 n. 5087 in *RIDL*, 1999, II, con nota di M.T. CARINCI che ha ritenuto sufficiente per escludere l’interposizione vietata in un caso di appalto con scarso apporto di mezzi materiali da parte del fornitore del servizio, il fatto che quest’ultimo esercitasse il potere direttivo sui lavoratori adibiti al servizio stesso presso l’impresa committente. Cass., 29 agosto 2003, n. 12664 e Cass., 22 agosto 2003, n. 12363, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pag. 50 e ss. con nota di L. CALCATERRA, *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*; nello stesso Cass., 8 aprile 2004, n. 6898, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 125: “ Si tratterà di valutare, di volta in volta, se l’appaltatore sia provvisto di una propria organizzazione di impresa (con

In altri termini, il baricentro garantistico dell'art. 1 si attesta sull'elemento dell'organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore e questa, sempre più spesso registra una sorta di evaporazione degli elementi materiali⁶⁹.

Ne esce così valorizzato un criterio sintomatico della liceità dell'appalto, fondato sul concreto esercizio dei poteri organizzativi, direttivi, di controllo e gerarchici da parte dell'appaltatore, rispetto a quello più tradizionale fondato sull'impiego di strumenti e impianti di proprietà dell'appaltatore.

Di conseguenza, la tesi del carattere decisivo "*dell'effettiva utilizzazione*", ai fini dell'accertamento dell'interposizione vietata, viene sostanzialmente ridimensionata in considerazione delle nuove forme in cui l'appalto legittimo può manifestarsi, disapplicando più o meno drasticamente la presunzione di cui al terzo comma dell'art. 1 della L.n. 1969/60.

All'affermazione della assolutezza del divieto di appalto avente ad oggetto mere prestazioni lavorative, incentrato su un modello di impresa "pesante" (delineato dall'art. 1 della Legge n. 1369 del 1960), si affianca, dunque, nel diritto vivente, l'affermazione della liceità di appalti aventi ad oggetto prevalentemente mere attività lavorative, purché organizzate e gestite in servizio a sé e con assunzione di rischio (secondo la formula dell'art. 3 della Legge medesima), incentrato sul un modello di impresa "leggera"⁷⁰.

I problemi evidenziati nei casi di appalti cd. "leggeri" (labour intensive) risultavano particolarmente evidenti anche nel settore dei servizi forniti dalle imprese informatiche.

Anche in questi casi si poneva (e continua a porsi) il problema di verificare se i lavoratori fossero "effettivamente utilizzati" dal committente in assenza di strumenti materiali procurati dall'appaltatore o, addirittura in presenza sì di attrezzature (per esempio il computer), ma fornite dal committente.

riferimento allo specifico contratto), se si sia impegnato a fornire all'appaltante un'opera o un servizio determinato, affrontando l'alea economica insita in ogni attività produttiva veramente autonoma, se infine i lavoratori impiegati per il raggiungimento di tali risultati siano effettivamente da lui diretti ed agiscano realmente alla sue dipendenze e nei di lui interesse".

⁶⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, op. cit., pag. 48 e ss., in partic., pag. 54.

⁷⁰ Per la terminologia "impresa pesante" e "impresa leggera" v. L. CORAZZA, "*Contrattual integration*" e rapporti di lavoro, op. cit., pag. 30 e ss.

Il rigore normativo, nell'interpretazione del comma 3 dell'art. 1 della L. n. 1369/60, è stato attenuato da una nota sentenza delle Sezioni Unite⁷¹, che – in un caso di prestito, da parte di una *software house*, ad un'impresa di altro settore, di programmatori informatici che lavoravano anche stabilmente nei locali di quest'ultima – ha configurato la fattispecie come appalto legittimo di servizi informatici quando, pur facendo difetto l'impiego di una apprezzabile organizzazione di mezzi materiali, la prestazione stessa sia resa possibile da un rilevante elemento di capitale immateriale del quale soltanto l'impresa fornitrice dispone e non la committente.

La Suprema Corte, in un passaggio interessante della motivazione, oltre a riconoscere l'importanza del settore dei servizi, dà particolare rilievo, con riferimento agli “apporti immateriali” a due elementi specifici, il *software* (elaboratori elettronici) e il *know how* (“saper come fare”).

La giurisprudenza, pertanto, riteneva leciti gli appalti di servizi informatici, laddove i lavoratori utilizzassero gli strumenti messi a disposizione dal committente⁷².

La prestazione stessa era resa possibile da un rilevante elemento di capitale immateriale costituito dal *know how* specifico, del quale solo l'impresa fornitrice disponeva e non il committente, cosicché l'oggetto della prestazione fornita dalla *software house* è in tal caso un'attività lavorativa di cui quel *know-how* costituisce un elemento intrinseco.

In pratica l'elaboratore o il computer non vengono considerati strumenti ma costituiscono il bene a cui l'attività dell'appaltatore si applica per renderlo (o mantenerlo) idoneo all'uso richiesto dall'appaltante.

Con riguardo al *know how* (“saper come fare”), invece – sia esso industriale o commerciale – il ragionamento della Corte persuade, infatti, si ritiene necessario ancorare la rilevanza della conoscenza, non “*al semplice sapere specialistico*”, nel

⁷¹ Cass, Sezioni Unite del 19 ottobre 1990, n. 10183 in *GI*, 1991, p. 281 con nota di F. SCARPELLI. In dottrina P. ICHINO, op. cit. 2000, 443: “*La realtà è che le stesse Sezioni Unite si rendono conto degli effetti socialmente indesiderabili che sarebbero prodotti da una applicazione rigorosa di quel divieto in tutta una gamma, sempre più ampia ogni giorno che passa, di casi nei quali il contratto di somministrazione di manodopera non soltanto non presenta rilevanti aspetti di pericolosità sociale, ma al contrario è sovente indispensabile per la migliore valorizzazione di determinate professionalità specifiche dei lavoratori, oltre che per la riduzione dei costi di transazione delle imprese utilizzatrici, in un tessuto produttivo sempre più mobile, complesso, segmentato e bisognoso di canali sofisticati di comunicazione fra domanda e offerta di lavoro*”.

⁷² In tal senso, Cass. S.U. 19 ottobre 1990, n. 10183, cit.: ha escluso che gli elaboratori forniti dal committente fossero “strumenti di lavoro”, considerandoli invece come l'oggetto sul quale interviene l'attività dei lavoratori.

senso di tipica di un certo settore di attività, ma al suo essere “segreta”, quindi, con riferimento anche ad un gruppo o ad un’area territoriale, “razionale e definita”, cioè trasmissibile ad altri”⁷³

Rispetto a tali appalti resta tuttora dibattuto in dottrina quale sia l’effettivo criterio cui fare riferimento per valutare la rilevanza e l’idoneità dell’apporto “immateriale” dell’appaltatore ad integrare un appalto “genuino” e, in particolare, se esso debba rivestire i caratteri attribuiti dalla giurisprudenza commercialistica al *know how* (quale conoscenza tendenzialmente segreta, razionale, definita ed evidenziabile in bilancio⁷⁴), oppure sia sufficiente che l’appaltatore offra al committente un “generico” sapere specialistico consistente in “un bagaglio di conoscenze tecniche, produttive ed organizzative, reti di conoscenze, ecc.” non altrimenti qualificate⁷⁵.

La giurisprudenza della Suprema Corte, prima ancora dell’entrata in vigore del D. Lgs. n. 276 del 2003, aderisce a tale seconda impostazione⁷⁶.

Ciò posto la giurisprudenza, pur continuando a qualificare la disposizione come “presunzione legale assoluta”, affermava la possibilità di valutare i tre elementi previsti dalla stessa – “*capitali macchine ed attrezzature*” – disgiuntamente e, soprattutto, affermava la possibilità di una valutazione comparativa tra l’eventuale apporto materiale del committente rispetto al complessivo valore del lavoro organizzato dall’appaltatore, giungendo alla conclusione della liceità dell’appalto in tutti i casi di “*apporto materiale del committente avente carattere del tutto*

⁷³ Questa è del resto l’accezione oggi accolta dal Regolamento CEE n. 240/96, in tema di accordi di trasferimento di tecnologia che all’art. 10 definisce il *know how* come “*un insieme di informazioni tecniche, segrete, sostanziali ed identificate in una qualsiasi forma appropriata*”, in Riv. Dir. ind., 1997, III, p.128. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pagg.100 e ss. L’Autrice precisa che la sopra sintetizzata “nozione ristretta” di *know how* consente di “distinguere tra” quest’ultimo ed “il sapere individuale dei singoli lavoratori” ed inoltre, permette di intendere il medesimo *know how*, non come un bene immateriale, ma come “*bene economico, suscettibile di trasferimento e di integrare una posta in bilancio*” valutabile, dunque, “*come elemento che garantisce la genuinità dei rapporti fra le due imprese*”.

⁷⁴ In questo senso M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pagg.100 e ss. L’Autrice precisa che la sopra sintetizzata “nozione ristretta” di *know how* consente di “distinguere tra” quest’ultimo ed “il sapere individuale dei singoli lavoratori” ed inoltre, permette di intendere il medesimo *know how*, non come un bene immateriale, ma come “*bene economico, suscettibile di trasferimento e di integrare una posta in bilancio*” valutabile, dunque, “*come elemento che garantisce la genuinità dei rapporti fra le due imprese*”.

⁷⁵ In questo senso R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, op. cit., pag. 44 e 45; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., pagg. 458 e, in particolare, pag. 460 ove per *know how* sembra intendersi “*capitale immateriale*” dell’appaltatore; L. CALCATERRA, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, op. cit., pag. 131 e ss.

⁷⁶ cfr. Cass., 29 agosto 2003, n. 12664 e Cass., 22 agosto 2003, n. 12363, in Riv. It. Dir. Lav., 2004, II, pagg. 48 e ss., nota di L. CALCATERRA, *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*, l’A. afferma che tali due pronunzie avrebbero smentito la tesi della necessaria accezione “tecnica” del *know how*.

marginale ed accessorio rispetto all'opera o al servizio appaltati” ovvero limitato a “*contributi logistico-organizzativi [...] inevitabilmente connessi con la collocazione dell'attività appaltata all'interno degli ambienti d pertinenza dell'appaltante*”⁷⁷.

La creazione di un «tipo giurisprudenziale» di appalto di mere prestazioni di lavoro si è inserita, dunque, in un più vasto fenomeno di utilizzo del metodo tipologico in funzione espansiva della fattispecie appalto. Laddove una operazione di qualificazione del contratto solo sulla base del suo oggetto avrebbe condotto ad escludere la qualificazione dell'operazione come appalto *ex* 1655 o 1677 c.c. nonché ad una pronuncia di illiceità dell'operazione in virtù del divieto dell'art. 1 della legge n. 1369, si è preferito valorizzare il profilo organizzativo dell'appaltatore identificandolo – in mancanza di elementi materiali dell'attività di impresa – nel possesso di un, più o meno definito, *know how* e/o nell'esercizio del potere direttivo e gerarchico esercitato dall'appaltatore nella *fase di esecuzione del contratto*. L'operazione di qualificazione condotta ha pertanto legittimato operazioni negoziali poste in essere da imprenditori genuini, ma aventi in concreto ad oggetto niente altro che mere prestazioni di lavoro, così – di fatto – modificando i tratti originari della fattispecie codicistica⁷⁸.

⁷⁷ Cass., 8 aprile 2004, n. 6896 e Cass., 19 novembre 2003, n. 17574, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pagg. 116 e ss. con nota di MORTILLARO.

⁷⁸ L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori*, op. cit., p. 7

4. Il distacco

Sotto la vigenza della Legge n. 1369 del 1960 (e prima dell'entrata in vigore della Legge n. 196 del 1997)⁷⁹, l'unica ipotesi ammessa di dissociazione tra posizione formale datore di lavoro ed effettivo beneficiario – ed utilizzatore – delle prestazioni lavorative, era frutto dell'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale, operata sulla scorta degli istituti del comando e del distacco, previsti nel diritto pubblico⁸⁰ e che, con altrettante zone grigie, è poi tracimato nel diritto del lavoro privato. In via preliminare è bene chiarire ciò che distingue il c.d. distacco proprio da quello improprio⁸¹; quest'ultimo altro non è che un appalto genuino (o un contratto d'opera o altro tipo contrattuale). Questa ipotesi può verificarsi nel caso di attività svolta da un lavoratore dipendente di un'azienda di servizi presso il committente. Il terzo (committente) risulta sì beneficiario del risultato produttivo dell'attività lavorativa, ma non ha la disponibilità della prestazione del lavoratore di conseguenza non si pone alcun problema di compatibilità con il divieto di interposizione, perché la posizione del beneficiario del risultato economico della prestazione assume una rilevanza di mero fatto rispetto al contratto ed al rapporto di lavoro, non influenzandone in alcun modo né la struttura soggettiva, né il regime

⁷⁹ Per completezza occorre ricordare che, pur sotto la vigenza della Legge n. 1369 del 1960 e prima dell'entrata in vigore della Legge n. 197 del 1996, era previsto dall'art. 2139 cod. civ. che “*Tra piccoli imprenditori agricoli è ammesso lo scambio di manodopera o di servizi secondo gli usi*” (Secondo Pret. Padova del 14 febbraio 1974, in *Foro It.*, 1975, I, c. 1039, peraltro, “*lo scambio di manodopera deve ritenersi illegittimo perché già ai sensi dell'art. 2139 cod. civ. lo scambio di manodopera era ammesso soltanto fra piccoli imprenditori agricoli, articolo del resto abrogato tacitamente dall'art. 1 Cost., che riconosce il lavoro come fondamento della Repubblica Italiana e quindi non suscettibile di essere ridotto a cosa o oggetto di scambio*”. Anche parte della dottrina, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 124) ha sostenuto l'intervenuta abrogazione dell'art. 2139 cod. ma a seguito del “*generale divieto posto dall'art. 1 l. 1369*”. *Contra*, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pagg. 404, il quale, tra l'altro, precisa che “*a seconda dell'opzione teorica di fondo, la norma può essere letta come corollario di una regola generale di compatibilità del rapporto interpositorio con il tipo legale del lavoro subordinato nell'impresa o come eccezione ad una regola generale di contenuto opposto*”. L'unico esplicito riferimento del legislatore, invece, è quello contenuto nell'art. 8, 3° comma della Dl 20 maggio 1993, n. 148, convertito in Legge n. 236 del 19 luglio 1993 in materia di accordi sui licenziamenti collettivi io, dove, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il “comando o il distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad altra per una durata temporanea”.

⁸⁰ Sul punto C. ZOLI, *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, op. cit., pag. 20, il quale, sulla base degli art. 56 e 47 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, definisce il comando nel pubblico impiego come “*il provvedimento con il quale l'impiegato civile dello Stato, in presenza di determinati presupposti e condizioni, veniva inviato a prestare servizio presso altra amministrazione statale o presso enti pubblici (art. 56, 1° co.), alla cui dipendenza, dal punto di vista gerarchico, era collocato, senza che venisse meno il suo rapporto d'impiego originario, tanto che la relativa spesa rimaneva a carico dell'amministrazione di appartenenza (art. 57, 2° co.)*”.

⁸¹ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva*, op. cit. 61 ss.

giuridico. Nel distacco proprio, invece, il terzo è reso beneficiario, non di qualunque utilità derivante pure direttamente dall'attività del lavoratore, bensì della prestazione di lavoro.

In tale ipotesi, il terzo “dispone” di (alcuni) poteri⁸² propri del datore di lavoro nei confronti del lavoratore, a partire da quello direttivo⁸³.

Il fondamento giuridico della liceità del distacco nel settore privato era dibattuto, tanto che secondo alcune opinioni il fenomeno doveva addirittura considerarsi compreso *tout court* nel divieto interpositorio⁸⁴.

In mancanza di base normativa, e per evitare la collisione con il divieto legale, la giurisprudenza ha elaborato una nozione, al fine soprattutto, di fornire qualche tutela a lavoratori coinvolti in processi di mobilità individuale nell'ambito di gruppi societari⁸⁵, individuando il distacco nel caso in cui un imprenditore, pur rimanendo

⁸² Alcuni, in linea con la ricostruzione della vicenda in termini di mera modifica delle modalità esecutive del rapporto, hanno ricondotto la posizione del terzo a quella del “destinatario del pagamento” di cui all'art. 1188 cod. civ.. P. MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, CEDAM, 1976, pag. 208; altri, sul presupposto che il potere direttivo sia inscindibilmente legato alla titolarità del rapporto, hanno ipotizzato di ricorrere all'istituto della “delega condizionata” da parte del datore di lavoro al terzo: M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, 2005, Tomo II, pag. 1012; altra parte della dottrina ha fatto ricorso allo schema del contratto a favore di terzi: M. ESPOSITO, *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1996, pagg. 134, 143; di recente parte della dottrina ha proposto il ricorso allo schema generale della “sostituzione nell'attività giuridica altrui” M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op. cit., pag. 116 e ss.

⁸³ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 55, il quale chiarisce: *dalla disponibilità del comportamento lavorativo non può infatti che desumersi l'attribuzione al terzo delle posizioni soggettive con tale disponibilità imprescindibilmente connesse: anzitutto il potere direttivo – non solo nel suo aspetto organizzativo, ma anche nel suo aspetto di determinazione delle modalità concrete della prestazione*. In giurisprudenza, v. Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, la quale dopo aver ricordato “come elemento caratterizzante del distacco del lavoratore è l'interesse dell'ente distaccante a che le prestazioni del lavoratore siano rese presso un soggetto diverso dal datore di lavoro” precisa che “Irrilevante, invece è la mancanza di potere direttivo o disciplinare, posto che inerisce alla natura stessa del distacco che gli stessi si trasferiscano presso il destinatario della prestazione, cioè a chi è in grado di organizzarla ai fini produttivi”.

⁸⁴ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui* op. cit., pag. 181 e ss.: “Non ci si sottrae all'impressione che questa scissione fra posizioni attive (in particolare il potere direttivo e di controllo[...]) e passive [...] finisca col ricadere nel divieto posto dall'art. 1, l. n. 1369/1960.; [Cass., Sez. III Pen., 30 luglio 1992, n. 8546] che ha ritenuto che il comando ricada in toto nel divieto di interposizione”. La tesi non è stata accolta dalla giurisprudenza e, come si vedrà, è prevalsa l'opinione secondo la quale l'interesse al distacco sia da ricondurre alla causa del contratto del lavoro e non al contratto di fornitura. Nel senso della sostanziale comprensione del fenomeno del distacco nella fattispecie interpositoria vietata *tout court*, anche A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, op. cit., pag. 512: “Nel divieto di interposizione dovrebbe ricadere anche il fenomeno del comando (distacco) del lavoratore da un'impresa ad un'altra, poiché anche qui si verifica una dissociazione tra il soggetto titolare del rapporto che retribuisce il lavoratore ed il soggetto che beneficia della prestazione esercitando il potere direttivo”.

⁸⁵ G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, op. cit. p. 278.

titolare del rapporto, “invia temporaneamente le prestazioni lavorative di un proprio lavoratore presso un terzo per soddisfare un proprio interesse (necessariamente) organizzativo o produttivo”.

In buona sostanza, primo (e di fatto principale) presupposto di legittimità del distacco era che lo stesso fosse sostenuto da un oggettivo interesse organizzativo o produttivo (“imprenditoriale”) del datore di lavoro (distaccante)⁸⁶ – da valutare, dunque con riferimento al concreto espletamento delle attività da questi esercitata⁸⁷ – e che doveva persistere lungo tutto lo svolgimento del rapporto in regime di distacco⁸⁸. Accanto all’interesse del datore di lavoro – come sottolineato dalla dottrina⁸⁹ – nella normalità dei casi concorreva nel distacco un interesse del terzo distaccatario che – tuttavia – la giurisprudenza considerava sostanzialmente irrilevante e, anzi, motivo di illegittimità del distacco se preminente rispetto a quello del datore di lavoro⁹⁰.

Era, inoltre, considerato ulteriore presupposto del distacco la natura temporanea dello stesso⁹¹. Tale secondo presupposto, tuttavia, non era interpretato dalla giurisprudenza nel senso che la durata del distacco dovesse necessariamente essere predeterminata *ab origine*, né nel senso che la durata medesima fosse lunga o breve. In particolare, si riteneva “rispettata” la temporaneità del distacco ogni volta che risultava permanere l’interesse al distacco medesimo⁹².

Conseguentemente, era opinione diffusa che tale presupposto avesse perduto la propria autonoma rilevanza, finendo per coincidere con il requisito dell’interesse organizzativo del distaccante⁹³.

⁸⁶ C. ZOLI, in *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, op. cit., pag. 332.

⁸⁷ Cfr. Cass., 2 novembre 1999, n. 12224, in www.utetgiuridica.it.

⁸⁸ Cass., 26 maggio 1993, n. 5907: “*Il venir meno dell’interesse [al distacco, n.d.a.] estingue il rapporto originario ed instaura un rapporto diretto con il distaccatario*”; v., altresì, implicitamente Cass., S.U., 21 marzo 1997, n. 2517; Cass. S.U. 13 aprile 1989, n. 1751, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2496.

⁸⁹ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 60.

⁹⁰ Cfr. Cass., 2 novembre 1999, n. 12224; cfr. altresì da ultimo (resa tuttavia dopo l’entrata in vigore del D. Lgs. n. 276, Cass., 26 aprile 2006, n. 9557; cfr. M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell’art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003*, op. cit., pagg. 1009).

⁹¹ Cass., 17 marzo 1998, n. 2880; In dottrina la necessità del carattere “occasionale”, “eccezionale” e “temporaneo” del distacco è stata sostenuta da M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Giuffrè, 1972; di recente, in dottrina, ribadisce la rilevanza autonoma della temporaneità, F. SCARPELLI, *Distacco*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 443.

⁹² Cass., 13 giugno 1995, n. 6657, in www.utetgiuridica.it.

⁹³ Così MAGRINI-PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in *Sviluppo e occupazione nel mercato globale. Stravolgimenti economici, competizione dei sistemi locali, metamorfosi del lavoro*, a cura di FERRARO, Giuffrè, 2004, pag. 194; M.T. CARINCI, *La fornitura di*

Questa costruzione giurisprudenziale era basata, in alcune sentenze dichiaratamente, in altre comunque come fondamento logico delle decisioni, sull'applicazione proprio dell'art. 2104. c.c.⁹⁴.

Il distacco lecito veniva, quindi, costruito come un esercizio normale, fisiologico e non fraudolento del potere direttivo, proprio in funzione della sussistenza di un interesse oggettivo dell'imprenditore⁹⁵.

Secondo l'impostazione maggioritaria, pertanto, tale fondamento era individuato nel fatto che il distacco era diretto a realizzare "*l'interesse contrattuale del datore di lavoro a disporre organizzativamente del comportamento del lavoratore*", mentre "*nell'intermediazione illecita la destinazione della prestazione all'imprenditore committente non soddisfa altro interesse che quello al corrispettivo*"⁹⁶.

In tale prospettiva, dunque, il fondamento di liceità della dissociazione tra datore di lavoro e beneficiario delle prestazioni lavorative (sottostante il fenomeno del distacco) era ricondotto alle "vicende interne del contratto di lavoro" ed alla relativa causa che, dunque, continuava ad operare senza alterazioni funzionali; il distacco poteva essere, quindi, qualificato come espressione del potere direttivo del datore di lavoro, inteso tanto nel suo aspetto gerarchico-organizzativo, quanto nel suo aspetto di determinazione delle modalità concrete della prestazione⁹⁷.

lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti, op. cit., pag. 183. In giurisprudenza, Cass., 17 marzo 1998, n. 2880. *Contra*, F. SCARPELLI, *Distacco*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, op. cit., pag. 443

⁹⁴ In giurisprudenza, v. di recente Cass., 21 febbraio 2007, n. 4003, la quale precisa testualmente che il distacco è "*espressione di un potere unilaterale pieno dell'imprenditore riconducibile all'art. 2094 c.c.*" 4 che tale potere è "*sindacabile solo in caso di abuso o contrarietà a buona fede*". V. altresì Cass., 16 aprile 1984, n. 2471 in *Giust. Civ.*, 1985, I, pagg. 142 e ss., con nota di GHINOY: "*E' vero che con il comando il lavoratore passa alle dipendenze gerarchiche del terzo beneficiario del distacco [...] ma ciò dipende dal fatto che l'obbligazione fondamentale di prestare la propria opera che lega l'impiegato al datore di lavoro distaccante, viene adempiuta nel periodo del comando, non più a favore del distaccante ma, per disposizione di costui, a favore del terzo, presso il quale è stato distaccato, attuandosi in tal modo solo una modificazione del modo di esecuzione della prestazione*".

⁹⁵ Fra le molte Cass., 12 agosto 1992, n. 9517 in *Not. Giur.lav.*, 1993, p.42; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, cit., p. 296.

⁹⁶ Così S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op.cit., pag. 59 e ss.

⁹⁷ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., pag. 489 il quale precisa che il "requisito" dell'interesse del distaccante "*ha la funzione logica di sottrarre la figura del distacco al divieto generale di interposizione: il datore di lavoro distaccante può non essere considerato come un mero interposto proprio in quanto egli ha un proprio interesse specifico alla prestazione lavorativa, ancorché questa sia svolta nell'ambito di una sfera organizzativa diversa da quella dell'azienda di cui egli è titolare*" e puntualizza, dunque, che l'interesse medesimo doveva avere "*ad oggetto la prestazione svolta dal dipendente*"; v. ancora F. SCARPELLI, *Distacco*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, op. cit., pag. 442: "*Centrale, dunque, è il ruolo dell'interesse al distacco da parte del datore di lavoro, unico elemento atto a dimostrare che il lavoratore, pur essendo*

In merito a tale ricostruzione, parte della dottrina aveva a più riprese segnalato che l'incidenza sul rapporto di lavoro di una vicenda così significativa, quella cioè di lavorare a favore di un terzo, essendo assoggettati al potere direttivo di questo, comportava una modifica così rilevante del contenuto del rapporto stesso da rendere necessario il consenso del lavoratore⁹⁸.

Ma trattasi di tesi che non ha trovato riscontro in giurisprudenza, per cui nel distacco, il terzo rimane beneficiario non del "risultato produttivo" delle prestazioni lavorative, bensì *"del comportamento lavorativo in sé considerato quale bene e, come tale assunto ad oggetto del contratto di lavoro"*.

tecnicamente a disposizione del distaccatario, è ancora in realtà utilizzato dal proprio datore di lavoro per realizzare un proprio interesse". In giurisprudenza, v. Cass., 7 giugno 2000, n. 7743: "La dissociazione fra il soggetto che ha proceduto all'assunzione del lavoratore e l'effettivo beneficiario della prestazione (fattispecie c.d. di distacco o comando) in forza del principio generale che si desume dall'art. 2127 cod. civ. e dalla legge n. 1369 del 1960 [...] è consentita soltanto a condizione che continui ad operare, sul piano funzionale, la causa del contratto di lavoro in corso con il distaccante. La regola si trova espressa nella costante giurisprudenza della Corte che richiede la sussistenza di un preciso interesse del datore di lavoro derivante dai suoi rapporti con il terzo. In altri termini, il distacco deve realizzare uno specifico interesse imprenditoriale che consenta di qualificare il distacco quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone, così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa ed il conseguente carattere non definitivo".

⁹⁸ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 63 e ss., il quale dopo aver sottolineato: *quando invece il distacco determina l'insorgenza di un ulteriore rapporto obbligatorio fra il lavoratore ed il terzo, la relativa fattispecie costitutiva non può che ravvisarsi in una convenzione modificativa degli effetti naturali del contratto di lavoro, cioè un patto di distacco del quale parte stipulante è, necessariamente, anche il lavoratore"*.

5. L'interposizione autorizzata dalla Legge: il lavoro temporaneo tramite agenzia

Dagli inizi degli Anni novanta si discuteva molto sulla opportunità o meno di mantenere fermo ed assoluto il rigido divieto di fornitura di lavoro altrui.

All'esito di un *“intenso dibattito, che ha avuto come protagonisti il Governo, le forze sindacali, nonché la dottrina giuslavoristica”*⁹⁹, e di alcuni tentativi legislativi degli inizi anni novanta non andati a buon fine, veniva introdotta con L. n. 196 del 24 giugno 1997, nota ai più come “pacchetto Treu” la disciplina del *“lavoro temporaneo tramite agenzia”*; disciplinata e strutturata in parte secondo le “linee guida” concordate tra Governo e Partiti sociali nel Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione del 23 luglio 1993 (punto 3, lett. d).

A tal proposito, si evidenzia l'approccio di stampo europeo della legge, la quale rivelando la sua natura di “legge concertata”, realizzava una forma di compromesso tra le istanze di flessibilità provenienti dal mondo imprenditoriale e le esigenze del garantismo radicate nella cultura del movimento sindacale¹⁰⁰.

L'aspetto caratterizzante dell'istituto, anche se solo per eccezionali ragioni di carattere temporaneo, è la separazione dei poteri del datore di lavoro e l'attribuzione del potere direttivo e di controllo ad un soggetto diverso dal datore di lavoro formale (art. 1 e 3, legge n. 196/97).

In via puramente descrittiva, la L. n. 196/97 prevedeva la possibilità che *“imprese di fornitura di lavoro temporaneo”* (c.d. agenzia) – autorizzate dal Ministero del Lavoro in presenza di certi requisiti di stabilità patrimoniale, nonché di professionalità e di onorabilità dei vertici aziendali e sottoposte alla vigilanza ed al controllo del Ministero medesimo (art. 2) – assumessero lavoratori subordinati con *“contratto per prestazioni di lavoro temporaneo”* (art. 3), sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, e li ponessero *“a disposizione di un'impresa”* (c.d. utilizzatrice) *“che ne utilizzi la prestazione lavorativa”* (art. 1, comma 1).

Tale messa a disposizione poteva avvenire solo nell'ambito di un *“contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporanee”* (art. 1) tra la prima impresa e la seconda, la cui “conclusione” era ammessa (eccettuato che per le qualifiche

⁹⁹ Così M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 206.

¹⁰⁰ C.CHISARI, *Lavoro interinale e contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Arg. Dir. lav.*, 1998, fasc. 1, p. 67.

dirigenziali, art. 11, comma 1) solo in determinate ipotesi (commi 2 e 3)¹⁰¹ e vietato in altre (comma 4)¹⁰².

Si configurava, così, per la prima volta nel nostro ordinamento, una ipotesi di lecita mediazione privata nell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, superando gli angusti ambiti del divieto di interposizione nonché del monopolio pubblico del collocamento (l. n. 264/1949)¹⁰³.

Come emerge da tali cenni, il rapporto triangolare che lega questi tre soggetti si articolava in due distinti rapporti contrattuali: da un lato abbiamo un contratto di lavoro a tempo determinato o indeterminato tra l'impresa fornitrice e il lavoratore, avente ad oggetto l'assunzione dello stesso lavoratore alle dipendenze dell'impresa fornitrice, la quale riveste il ruolo di datore di lavoro "formale" (contratto di prestazioni di lavoro temporaneo); dall'altro lato abbiamo un contratto di natura commerciale tra impresa fornitrice e l'impresa utilizzatrice (contratto di fornitura di lavoro), con il quale la prima mette a disposizione della seconda un certo numero di lavoratori da impiegare per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo (e temporanee, dunque, dovevano intendersi tutte le condizioni oggettive legittimanti il ricorso alla fornitura di lavoro)¹⁰⁴; con la conseguenza che era da

¹⁰¹ Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporanee era consentito nei casi previsti dai contratti collettivi nazionali della categoria dell'impresa utilizzatrice stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi; nei casi di temporanea utilizzazione del lavoratore in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali; nei casi di sostituzione di lavoratori assenti. Era infine prevista l'introduzione in via sperimentale nei settori dell'agricoltura e dell'edilizia previa intesa collettiva.

¹⁰² Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporanee era vietato: per mansioni individuate dai contratti collettivi nazionali della categoria dell'impresa utilizzatrice stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con particolare riguardo alle mansioni più pericolose per la sicurezza del lavoratore; per la sostituzione di lavoratori in sciopero; presso unità produttive interessate, nei dodici mesi precedenti, da licenziamenti collettivi riguardanti lavoratori adibiti a mansioni oggetto della fornitura (salva la sostituzione dei lavoratori assenti con diritto alla conservazione); presso unità produttive interessate da sospensioni o riduzioni d'orario con integrazione salariale riguardanti lavoratori adibiti a mansioni oggetto della fornitura; in favore di imprese che non avevano dimostrato alla Direzione Provinciale del Lavoro l'effettuazione della valutazione dei rischi ex art. 4 D. Lgs. n. 626 del 1994.

¹⁰³ G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2002, p. 250.

¹⁰⁴ C.ZOLI, *Il lavoro temporaneo: il contratto di fornitura*, in *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 22, Direzione F. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, UTET, 1999, pag. 141 secondo il quale "la causa del contratto consisterebbe nella messa a disposizione di uno o più lavoratori per il soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo dell'impresa utilizzatrice"; O. MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pag. 185: "La causa del contratto di fornitura [...] si risolve proprio nella soddisfazione di un interesse temporaneo di lavoro nell'impresa utilizzatrice"; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 265. Vedi anche Trib. Torino 1 febbraio 2002 in *Guida al lavoro*, 2002, n. 23, p.38: il giudice ha affermato che requisito indefettibile del contratto di lavoro temporaneo è la necessaria temporaneità delle esigenze della stessa impresa utilizzatrice, con la conseguenza che non

escludere la legittimità di un contratto di fornitura di prestazioni lavorative a tempo indeterminato¹⁰⁵. La Legge imponeva la forma scritta tanto al contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporanei, quanto al contratto di lavoro per prestazioni di lavoro temporaneo, dettando anche un contenuto minimo di ambedue (art. 1, comma 5 e art. 3, comma 3).

Durante la missione – che il lavoratore aveva il diritto di terminare (art. 3, comma 4) – il prestatore era inserito nella struttura organizzativa dell'impresa utilizzatrice, pur non essendo computato nel relativo organico (salvo che per la disciplina sulla igiene e sicurezza, comma 6, art. 5), ed era soggetto al potere direttivo (art. 3, comma 3; art. 4, comma 1) dell'impresa utilizzatrice, la quale poteva adibirlo a mansioni anche superiori (art. 6, comma 2) previa “informazione” all'impresa fornitrice (in difetto della quale, l'impresa fornitrice restava l'unica responsabile per le relative differenze retributive, art. 6, comma 3).

Il potere disciplinare era conservato dall'impresa fornitrice, che lo esercitava sulla base degli “elementi oggetto della contestazione” comunicati dall'impresa utilizzatrice (art. 5, comma 6).

L'impresa utilizzatrice era responsabile del pagamento diretto del trattamento economico dovuto al lavoratore – che doveva essere (almeno) non inferiore a quello spettante ai dipendenti “di pari livello” dell'impresa utilizzatrice (art. 4, comma 2) – e del versamento dei contributi previdenziali (art. 1, comma 5, lett. d).

Tanto gli oneri retributivi quanto quelli previdenziali i dovevano essere, tuttavia, rimborsati dall'impresa fornitrice (art. 1, comma 5, lett. e) la quale era responsabile in solido degli obblighi retributivi e contributivi non adempiuti dall'impresa fornitrice (art. 6, comma 3).

è legittima l'apposizione del termine laddove si accerti che tali esigenze non siano temporanee, impreviste, imprevedibili ma derivano da carenze strutturali dell'organizzazione dell'impresa.

¹⁰⁵ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 265: “Poiché il secondo comma dell'art. 1, l. n.196 tipizza un elemento causale della fornitura, il suo essere strutturalmente a termine, inevitabilmente questo elemento – nonostante la carenza di indicazioni normative esplicite – dovrà risultare dal testo del contratto, a pena di ricadere nel generale divieto di interposizione”. Il concetto è ribadito (in prospettiva critica rispetto alla somministrazione a tempo indeterminato) da ultimo in *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, op. cit., pag. 10 ove si precisa che “era soprattutto la necessaria temporaneità del contratto di fornitura [...] ad evidenziarne l'obiettivo finale: proprio imponendo quel requisito si voleva evitare che l'utilizzatore potesse stabilmente avvalersi di lavoro subordinato assunto da altri o, in altre parole, impedire che questa forma di lavoro finisse per sostituirsi al lavoro subordinato standard già in forza presso l'utilizzatore” Contra: ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., pag. 485; A. TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro a termine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, pag. 451 e ss., in partic, 463.

Nel caso di assunzione con contratto per prestazioni di lavoro temporanee a tempo indeterminato, il prestatore, nei periodi in cui non svolgeva la propria prestazione presso un'impresa utilizzatrice restava, "a disposizione" dell'impresa fornitrice (art. 3, comma 2) e aveva diritto ad un'indennità "di disponibilità" il cui importo era fissato dal contratto individuale (art. 4, comma 3).

La misura di tale indennità era stabilita da contratto collettivo ma comunque non poteva essere inferiore a quello stabilito dal contratto collettivo o, comunque, (art. 4, comma 2). Era nullo ogni patto diretto a limitare l'assunzione del lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice dopo la scadenza del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo (art. 3, comma 6).

Molteplici sono state le ricostruzioni elaborate intorno alla qualificazione giuridica del contratto di fornitura¹⁰⁶.

In realtà, conformemente a quanto sostenuto da larga parte della dottrina, l'espressa definizione legale della fattispecie (art. 1, comma 1, l. n. 196/97), da taluno giudicata finanche ridondante¹⁰⁷, hanno qualificato il contratto di fornitura come contratto nominato¹⁰⁸, dotato di una propria regolamentazione ed avente ad oggetto lavoro subordinato altrui.

¹⁰⁶ Per un quadro delle diverse ricostruzioni e delle relative critiche V. NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Torino, 2003, p. 50.

¹⁰⁷ O. MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro*, Napoli, 2001, p.236.

¹⁰⁸ G. PERA, *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, in Riv. It. Dir. Lav., 1998, I, pag. 280; O. MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, op. cit., pag. 184: "si tratta di un nuovo contratto tipico che rende lecito ciò che era vietato nel regime della legge del '60, cioè la messa a disposizione (id est: la cessione) di energie lavorative altrui"; M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Torino, Giappichelli, 1999, pagg. 301; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 253; C. ZOLI, *Il lavoro temporaneo: il contratto di fornitura*, op. cit., pag. 137; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., pagg. 479. Vi erano, tuttavia, anche differenti posizioni. Secondo altra parte della dottrina infatti il contratto di fornitura integrava un "tipo speciale di contratto di appalto di servizi", DEL PUNTA, *La «fornitura» di lavoro temporaneo nella l. n. 196/197*, in Riv. It. Dir. Lav., 1998, I, pag. 205, il quale – peraltro – precisa: "forse non era vero che l'espressione «appalto» fosse utilizzata, nell'art. 1 della l. 1369/1960 in senso atecnico: la questione non era che l'appalto di mere prestazioni di lavoro non fosse un appalto riconducibile alla nozione dell'art. 1655 cod. civ. (la fornitura di manodopera non può essere un servizio esercitabile «con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio»?), ma che fosse radicalmente illecito"; per considerazioni simili v. le considerazioni di ICHINO, in *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, di MONTUSCHI, LISO, PEDRAZZOLI, ICHINO, MARESCA, ZOLI, ROMEI, DEL PUNTA, TULLINI, NOGLER, BELLOCCHI, Zanichelli, 2004, pag. 264; altri ancora qualificavano il contratto di fornitura come "somministrazione" (MASSI) o "somministrazione d'uso" (CORAZZA).

In ogni caso, ciò che appare particolarmente significativo è che la Legge del 1997 costituiva solo una “deroga”¹⁰⁹, seppur rigidamente e dettagliatamente regolamentata, alla Legge del 1960 che restava per il resto totalmente “confermata”¹¹⁰.

In particolare, in caso di fornitura di lavoro temporaneo posta in essere da soggetti non autorizzati ovvero al di fuori dei casi consentiti, la Legge prevedeva espressamente che avrebbe continuato a trovare applicazione la Legge n. 1369 del 1960 (art. 10, comma 1).

In caso di difetto di forma scritta al contratto di fornitura, il lavoratore che avesse prestato la propria attività a favore dell’impresa utilizzatrice si “considerava” assunto con contratto a tempo indeterminato da quest’ultima (art. 10, comma 2); in caso di mancanza della forma scritta del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – o di mancanza dell’indicazione della data iniziale e finale dell’invio dello svolgimento dell’attività lavorativa presso l’impresa utilizzatrice – il contratto si “trasformava” in contratto a tempo indeterminato¹¹¹ (art. 10, comma 2).

La prestazione di lavoro subordinato, in quanto eterodiretta, poteva essere, quindi, utilmente impiegata dal datore di lavoro per il soddisfacimento di esigenze produttive variabili e diverse, e, segnatamente, ai fini della produzione di una pluralità indefinita di risultati materiali.

In tale cornice sociale, economica politica e culturale, la dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro non era più in contrasto con l’identificazione del tipo normativo di cui all’art. 2094 c.c.

¹⁰⁹ O. MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, op. cit., pag. 182: “la legge non ci propone una sorta di liberalizzazione tuot court del contratto di lavoro subordinato altrui, ma solo un’ipotesi di deroga, sottoposta rigorosi limiti, al divieto di cui all’art. 1 della l. n. 1369/1960, che, per altro verso, continua a mantenere la propria centralità nell’ordinamento lavoristico.

¹¹⁰ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., pagg. 449, secondo il quale la Legge del 1997 non solo sarebbe una conferma della Legge del 1960, ma conterrebbe implicito l’invito del Legislatore a Giudici ed operatori ad interrompere il lento e progressivo processo di disapplicazione della stessa, nonché l’abbandono di qualsivoglia costruzione del divieto in termini di frodolenza, atteso la complessità, il rigore e l’oggettività delle condizioni di legittimità previste per la fornitura di lavoro temporaneo. In giurisprudenza Cass. 9 aprile 2001, n. 5232, in *DPL*, 2001, 20, 1363; Cass. 8 luglio 2003 in *DPL*, 2003, 38, 2634.

¹¹¹ Questo è quanto risulta dalla sentenza della Corte Cost., 6 febbraio 2006, n. 58, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 492 e ss. con nota di GIAPPICHELLI, *Ragionevolezza e tutela nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell’art. 117, primo comma let. c) della Legge 23 dicembre 2000, n. 388 per violazione del principio di ragionevolezza; disposizione che aveva previsto che la “trasformazione” del rapporto avvenisse in rapporto “a tempo determinato”; invero, la dottrina aveva da subito sottolineato che il risultato di tale intervento normativo (seppur condivisibile nel fine) fosse una norma “senza senso”: A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, op. cit., pag. 520.

A seguire si offrirà, pertanto, una generale sintesi del nuovo quadro normativo, introdotto con il Dlgs. n. 276/03, mediante l'esame delle fattispecie positive della somministrazione di lavoro, dell'appalto, del trasferimento di ramo d'azienda connesso all'appalto e del distacco, che legittima a pieno titolo la dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro, dando vita al fenomeno del "datore di lavoro al plurale"¹¹²,

¹¹² M. MARAZZA, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op.cit., p. 103.

CAPITOLO SECONDO

La riforma Biagi ed il rilancio dei nuovi modelli della subordinazione “dissociata”: disciplina vigente, questioni e novità normative

1. La somministrazione di lavoro

Con l’obiettivo dichiarato di creare migliori e più numerosi posti di lavoro, la riforma dedica quasi venti articoli alla somministrazione di lavoro (parte principale dettata dagli artt. 20-28, d.lgs. n. 276/2003 e da varie previsioni sparse nel decreto), da realizzarsi in un contesto normativo rigoroso, sia sul versante dei soggetti abilitati e del regime autorizzatorio predisposto, sia sul piano delle ipotesi e della disciplina applicabile¹¹³.

Essa si è da subito imposta come tipologia contrattuale centrale nell’ambito del novellato quadro normativo sul lavoro decentrato, altresì costituito, come noto, dai rinnovati istituti del distacco, del trasferimento d’azienda e dello stesso contratto d’appalto. L’appello¹¹⁴ dell’istituto è da ricondurre ad un semplice motivo, che ne costituisce al contempo la sua stessa ragion d’essere: qualificarsi come rinnovata tipologia di impiego temporaneo e flessibile.

Con la previa abrogazione degli artt. 1-11 della l. n. 196 del 1997, cd. pacchetto Treu (abrogazione non espressamente prevista dalla legge delega), il decreto amplia le ipotesi di somministrazione a tempo determinato, che potrà avvenire per una qualsiasi ragione tecnico, organizzativa e produttiva, anche se riferibile alle ordinaria attività dell’utilizzatore (art. 20, comma 4), nonché attraverso l’introduzione della somministrazione a tempo indeterminato o staff leasing, in una serie di ipotesi (art. 20, comma 3). Su tale composita disciplina, però, è intervenuta

¹¹³ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, p.315, essa risulta modulata in particolare sulle esigenze delle imprese «e certamente non sembra favorire «i tassi di occupazione» o «la qualità e stabilità del lavoro» che sono tra gli obiettivi fondamentali del decreto delegato (art. 1)»; considerazioni analoghe anche in P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n. 276/03*, Bari, Cacucci, 2004, 107

¹¹⁴ M. R. LAMBERTI, *Somministrazione di manodopera e lavoro a chiamata: simbologia, prassi e tecnica nelle recenti novità normative*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT 2008, n. 70*, in www.lex.unict.it

la Legge di attuazione del Protocollo sul welfare (art. 1, co. 46, l. n. 247/2007), la quale ha contemplato l'integrale abolizione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato.

Nonostante il D. Lgs. n. 276 del 2003 esordisca con la consueta tecnica delle definizioni di apertura (al pari di tante altre recenti normative specie di matrice comunitarie¹¹⁵), la fattispecie "somministrazione di lavoro" non risulta compiutamente delineata nell'art. 2 a mente del quale (lettera a) è tale la "fornitura professionale di manodopera, a tempo a tempo indeterminato o a termine ai sensi dell'art. 20".

Né sussiste, come accadeva sotto la Legge n. 196/97, un'unica disposizione idonea ad individuare la fattispecie negoziale della "fornitura di lavoro"¹¹⁶.

Pur in assenza di un'unitaria definizione di Legge, si può, tuttavia, affermare che il rapporto di somministrazione è un contratto con il quale il somministratore fornisce all'utilizzatore lavoratori subordinati¹¹⁷ assunti e retribuiti in proprio (art. 21, comma 1, lett. h), i quali "per tutta la durata della somministrazione svolgono la propria attività nell'interesse, nonché sotto la direzione dell'utilizzatore" (art. 20, comma 2). La funzione economico-sociale del negozio è individuata (ed individuabile sulla base della disciplina di Legge) nella fornitura professionale di manodopera verso corrispettivo¹¹⁸.

È stato sottolineato, peraltro, che accanto a tale funzione (legal-tipica), la fornitura di manodopera svolge anche quella di "sperimentare il lavoratore per un periodo più lungo rispetto a quanto consentirebbe il periodo di prova" e che tale "funzione collocativa del lavoro temporaneo tramite agenzia ben si coniuga, del resto, con

¹¹⁵ P. LAMBERTUCCI, *Disposizioni generali. Definizioni*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 59.

¹¹⁶ L. GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di MAGNANI e VARESI, Giappicchelli, 2005, pag. 301.

¹¹⁷ È da ritenere fermo quanto desunto sotto la vigenza della Legge n. 196: la somministrazione di lavoro riguarda solo il lavoro subordinato e non anche quello autonomo e/o parasubordinato che resta, dunque, libera; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 255. Certo non si può escludere che le Agenzie assumano anche la funzione di "fornire" lavoratori a progetto ed anzi di fatto risulta che le agenzie procedono anche al "collocamento" di lavoratori parasubordinati.

¹¹⁸ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pagg. 297, il quale definisce in tal modo la "causa" del contratto, sulla base della ricostruzione da attribuire a BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di PERLINGERI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002, pagg. 181 e ss..

l'abolizione del vincolo che in precedenza impediva all'agenzia stessa di svolgere attività di collocamento"¹¹⁹. Il rilievo è assolutamente riscontrabile nella realtà ed è riferibile anche ad altre forme di lavoro "flessibile" in uscita (lavoro a termine, contratto di inserimento, apprendistato).

Seppur risulti una questione evidentemente più teorica che pratica, si discute se si tratti di un negozio necessariamente oneroso o gratuito; depone per la prima opzione la previsione del necessario rimborso degli oneri retributivi e contributivi previsto dall'art. 21, comma 1, lett. i)¹²⁰.

L'oggetto della (principale) obbligazione del somministratore viene individuato dalla dottrina precipuamente nella effettiva e puntuale esecuzione delle prestazioni di lavoro dei dipendenti somministrati e non nel semplice "invio" di lavoratori, siano essi determinati in modo impersonale (per qualifiche), siano essi individuati nominativamente¹²¹. E ciò, sulla base della finalità propria dell'istituto, che è sintetizzata nel "garantire all'utilizzatore la stessa prestazione che sarebbe fornita da un lavoratore se direttamente assunto"¹²².

Non è escluso, ovviamente, che vi siano pattuizioni delle parti che caratterizzino, nel concreto, in modo (parzialmente) differente l'oggetto della (principale) obbligazione del somministratore e che prevedano, ad esempio, l'invio di uno o più ben determinati lavoratori¹²³. In ultima analisi, nell'ambito della struttura delineata

¹¹⁹ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 313; v. con riferimento al lavoro temporaneo ICHINO, *Il contratto di lavoro*, op. cit., pag. 479. *Contra* M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, op. cit., pag. 294, 295 il quale, seppur sotto la vigenza della Legge n. 196 sottolinea che la fattispecie non può "essere intesa, neppure sul piano fattuale, alla stregua di una mera forma di collocamento, che permette ai datori di lavoro una prova lunga [...]" atteso che "il contratto che intercorre tra l'impresa fornitrice e l'impresa utilizzatrice deve essere stipulato per soddisfare reali esigenze lavorative". Tale rilievo è formalmente corretto (art. 20); tuttavia, non si vede quale impedimento vi sia al fatto che accanto alle esigenze lavorative l'imprenditori "sfrutti" anche la possibilità di una più lunga "sperimentazione" del lavoratore. E ciò è quello che peraltro accade nella prassi.

¹²⁰ M.T. CARINCI *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, op. cit., pag. 26; *contra* SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pagg. 297, 298.

¹²¹ M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op.cit., pag. 25. *Contra* seppur con riferimento alla Legge n. 196 M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, op. cit., pagg. 292 e ss., 310, afferma che oggetto della prestazione del fornitore sono le "energie lavorative" dei prestatori.

¹²² V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op.cit., pagg. 293. il quale sottolinea che l'esattezza dell'adempimento del somministratore dipenderà dall'esattezza dell'adempimento da parte del lavoratore con "traslazione in capo al fornitore degli obblighi che, nella subordinazione, gravano direttamente sul lavoratore".

¹²³ A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, coordinato da F. CARINCI, IPSOA, Tomo II, 2003, pag. 57; M.T. CARINCI *La somministrazione di*

dalla Legge, dipenderà (come per qualsiasi altro negozio giuridico) dall'interpretazione del titolo stabilire quale sia stato l'effettivo bene dedotto dalla parti come dovuto dal somministratore. E da essa dipenderà, dunque, la valutazione degli eventuali inadempimenti del somministratore e/o delle impossibilità della prestazione. Alla luce di ciò, risulta corretto (anche ai fine della distinzione tra somministrazione di lavoro e l'appalto di servizi) ricondurre l'obbligazione principale del somministratore – che caratterizza il rapporto – all'area delle obbligazioni di “dare”¹²⁴.

Un “dare” che si caratterizza dall'essere eseguito mediante prestazioni (lavorative) di “fare” (operae) che entrano nella sfera di disponibilità e che sono gestite autonomamente dall'utilizzatore; e in ciò sta la profonda contiguità, ma anche la differenza, con l'appalto a bassa intensità organizzativa, che integra un'obbligazione di “fare” diretta ad un risultato predeterminato¹²⁵ che pure si esegue (prevalentemente) mediante prestazioni (lavorative) di “fare”, (ma) organizzate e gestite in autonomia dall'appaltatore.

Fermo restando che, accanto a tale principale obbligazione, il somministratore è chiamato a compiere anche prestazioni “di fare” e, segnatamente, tutte quelle connesse alla fase “preparatoria” dell'adempimento (la prestazione del lavoratore) quali, ad esempio, la selezione e l'avviamento al lavoro del personale somministrato¹²⁶.

Del resto, in via generale, il confine tra obbligazioni di “dare” e “fare” mai può dirsi netto¹²⁷, e ciò, non può che valere a fortiori nell'ambito delle obbligazione assunte con un contratto d'impresa.

Quanto sopra rappresenta (in positivo) l'area in cui è “autorizzata” la somministrazione di lavoro, alla definizione della quale – tuttavia – concorre anche

lavoro altrui, op.cit. pag. 26. In giurisprudenza cfr. Trib. Milano, 22 dicembre 2001, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, pag. 284 e ss., che, sotto la vigenza della Legge n. 1369 del 1960, ha affermato: “nello stabilire quale oggetto dell'obbligazione dell'impresa fornitrice il porre uno o più lavoratori a disposizione di un'impresa utilizzatrice, la legge [...] non prevede limiti, né disciplina il modo in cui i lavoratori debbano essere reclutati da parte dell'impresa fornitrice; non è pertanto vietata la segnalazione da parte dell'utilizzatrice di una persona in un momento antecedente alla effettiva assunzione” con ciò ammettendo peraltro la previa identificazione dello specifico lavoratore da parte dell'utilizzatore.

¹²⁴ Da ultimo, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op.cit, pag. 13, 14.

¹²⁵ M. COSTANZA, *L'appalto privato*, in *I grandi temi*, trattato diretto da COSTANZA, Utet, 2000, pag.1.

¹²⁶ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 263; SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pagg. 289.

¹²⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, pag. 107.

il comma 5 dell'art. 20 che sancisce (in negativo) l'area in cui la fornitura di lavoro è, per converso, vietata.

Ai sensi di tale disposizione la somministrazione di lavoro è sempre vietata:

- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- b) salva espressa previsione degli accordi sindacali presso unità produttive nelle quali nei sei mesi precedenti si sia proceduto a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione o che abbiano in corso sospensioni o riduzioni dell'orario con integrazione salariale che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni del contratto di somministrazione;
- c) da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi.

Si tratta delle stesse ipotesi già previste dalla Legge n. 196 del 1997 (cfr. art. 1, comma 4, lett. b), c), d) ed e) e attualmente vigenti (anche) nell'ambito della disciplina del lavoro a termine (art. 3 D. Lgs. n. 368 del 2001) *“a dimostrazione di come la somministrazione, pur configurando un rapporto negoziale tra imprese, abbia un'anima lavorista”*¹²⁸.

La finalità sottostante alla lettera a) è chiara: garantire l'effettività del diritto di sciopero ed impedire, dunque, una forma (tipica) di c.d. crumiraggio esterno.

La lettera b) si applica esclusivamente alle ipotesi di riduzione di personale realizzate mediante vero e proprio licenziamento collettivo e, dunque, non si applica in caso di esodi incentivati, risoluzioni consensuali, dimissioni incentivate ecc., che, del resto, secondo la giurisprudenza non rilevano neppure ai fini dell'applicazione della Legge n. 223 del 1991¹²⁹. Il divieto, peraltro, è superabile mediante “accordi sindacali” da intendersi, con tale espressione, quelli conclusi ex art. 4 della citata Legge n. 223¹³⁰.

La lettera c) si pone a tutela della integrità e della salute del prestatore ed è stata criticata in quanto non è espressamente richiesto all'utilizzatore di fornire la prova circa l'effettivo compimento della valutazione dei rischi; ancora di più è stata

¹²⁸ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 327.

¹²⁹ Cfr. Cass., 16 ottobre 2003, n. 13751.

¹³⁰ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labor intensive*, in *Lavoro e diritti*, a cura di CURZIO, Cacucci Editore, 2006, pag. 129; *contra* M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, IPSOA, Tomo II, 2003, pag. 32, secondo la quale il divieto potrebbe essere rimosso da accordi “di qualunque livello”.

critica la mancata riproduzione del divieto di somministrazione “*per lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale o per lavori particolarmente pericolosi*”, prevista dall’art. 1, comma 4, lettera f) della Legge n. 196 del 1997¹³¹.

In aggiunta ai sopra indicati limiti oggettivi, la conclusione del contratto di somministrazione è circoscritta anche da un punto soggettivo.

Il contratto di somministrazione di lavoro è definito comunemente contratto commerciale, o anche “contratto d’azienda”, in quanto normalmente diretto a procacciare all’impresa (parte della) forza lavoro¹³².

La veste di somministratore di lavoro può essere assunta solo da un imprenditore autorizzato (previo accertamento di una serie di requisiti giuridici e finanziari), controllato pubblicamente (art. 20, comma 1).

Il somministratore non è (più) legato al vincolo dell’oggetto sociale esclusivo (art. 1, comma 2, lett. i), Legge n. 30 del 2003) e, dunque, oltre all’attività di fornitura di lavoro, potrà compiere anche altre attività.

Dal lato dell’utilizzatore – ad eccezione della Pubblica Amministrazione, legittimata solo al ricorso alla somministrazione a termine (art. 86, comma 9)¹³³ – non sussistono preclusioni per il ricorso alla somministrazione da parte di qualunque soggetto privato, imprenditore e non, a qualsiasi settore produttivo appartenga, inclusi quelli dell’edilizia e dell’agricoltura, in precedenza, per contro, oggetto di una disciplina limitativa e solo “sperimentale”¹³⁴.

¹³¹ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op.cit.pag. 331.

¹³² V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op.cit. 2004, pag. 287. A ciò consegue che tale contratto dovrebbe circolare assieme all’azienda dell’utilizzatore ex art. 2558 cod. civ. salvo non lo si possa qualificare come *intuitus personae*; peraltro, la circolazione del contratto sarebbe indiretto ed ulteriore rafforzamento della continuità dei rapporti di lavoro interessati: la somministrazione continuerebbe *tout court* in capo all’acquirente dell’azienda “somministrata” (salvo, tuttavia il recesso).

¹³³ La norma sancisce da un lato la non applicazione della sanzione della trasformazione del rapporto ex art. 27 verso la Pubblica Amministrazione – con la medesima *ratio* di tutela del principio concorsuale che informa l’art. 36 D. Lgs. n. 165/2001 – e, d’altro, circoscrive per la medesima Pubblica Amministrazione l’applicazione della disciplina della somministrazione solo a quella a termine; parte della dottrina ha denunciato come incostituzionale tale norma; v. CARINCI M.T., *La somministrazione di lavoro altrui*, op.cit., pag. 20.

¹³⁴ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 273.

1.1 Il quadro attuale: abolizione dello staff leasing

Come noto, in base alla Legge delega, il dlgs.n. 276/03 prevedeva anche la somministrazione a tempo indeterminato (art. 20, comma 3).

In ciò consisteva la maggiore innovazione della riforma¹³⁵, atteso che l'elemento della temporaneità rappresentava requisito necessario ed intrinseco della fornitura di lavoro, diretta, infatti, a soddisfare esigenze unicamente temporanee dell'impresa utilizzatrice. Per contro, con il riconoscimento della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (indicato anche con l'espressione staff leasing), era possibile ricorrere a personale somministrato senza assumere la diretta titolarità del rapporto anche per far fronte ad occasioni di lavoro stabili, destinate a soddisfare interessi e bisogni dell'impresa utilizzatrice durevoli¹³⁶.

Attualmente, però, la Legge di attuazione del Protocollo sul welfare¹³⁷ (art. 1, co. 46, l. n. 247/2007), ha disposto l'abolizione del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (il c.d. staff leasing), con decorrenza dal 1° gennaio 2008, che, si ribadisce, costituiva una delle novità introdotte dal D. Lgs. n. 276/2003 rispetto alla precedente disciplina del lavoro temporaneo.

Detto contratto, già noto agli ordinamenti anglosassoni, poteva essere stipulato in diverse ipotesi, tassativamente individuate dall'art. 20, comma 3¹³⁸, del medesimo

¹³⁵ MAGRINI-PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in *Sviluppo e occupazione nel mercato globale. Stravolgimenti economici, competizione dei sistemi locali, metamorfosi del lavoro*, a cura di FERRARO, op.cit., pagg. 192.

¹³⁶ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pag. 314. v. anche M.L. DE MARGHERITI, *La somministrazione a tempo indeterminato*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di MAGNANI e VARESI, Giappicchelli, 2005, pag. 320, secondo la quale si legittima una dissociazione "permanente tra titolare del contratto ed utilizzazione della relativa prestazione lavorativa".

¹³⁷ Cfr. art. 1, co. 94, l. n. 247/2007, entrata in vigore il 1° gennaio 2008, fatto salvo quanto previsto dal precedente co. 92, che rinvia l'efficacia delle sole disposizioni che determinano nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni relative all'istituzione del Fondo per il finanziamento del Protocollo del 23 luglio 2007 previste dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008).

¹³⁸ Art. 20 comma 3:

a) servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione, la manutenzione di reti, siti, sistemi incluso il caricamento dati;
b) servizi di pulizia, custodia, portineria;
c) servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto e movimentazione
d) gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini e servizi di economato;
e) attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e "cambiamento", ricerca, selezione e gestione del personale;
f) attività di marketing, analisi di mercato e organizzazione della funzione commerciale;
g) gestione di call-center e avvio di nuove iniziative nelle aree "Obiettivo 1";

D. Lgs. n. 276/03, in forza del quale era possibile somministrare lavoro altrui a tempo indeterminato, solo nelle ipotesi indicate dalla Legge o quelle individuate dalla contrattazione collettiva, con un impianto normativo simile a quello che caratterizzava il precedente assetto della disciplina del lavoro a termine (Legge n. 230 del 1962; legge n. 57 del 1987).

Invero, come osservato da autorevole dottrina, l'elencazione comprendeva attività lavorative, sia di alto, che di basso profilo professionale¹³⁹ (lettere b e c), ed anche del lavoro autonomo parasubordinato (si pensi alle attività di consulenza di mercato e di organizzazione della funzione commerciale)¹⁴⁰, di attività connesse a funzioni aziendali strettamente collegate all'attività produttiva esercitata dall'utilizzatore (lettera e ed f) e di attività non direttamente funzionali ad essa (lettera b) o solo ancillari ad essa (lettera d).

L'ipotesi prevista dalla lettera g) poi era collegata unicamente a finalità occupazionali. Ma lo staff leasing nasceva già con pesanti penalizzazioni, perchè molti dei casi in cui era consentito risultavano inconcepibili e fuori dalla realtà. Il legislatore considerava, infatti, ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato quelle che prima erano ipotesi di appalto interno legittimate dalla giurisprudenza (lett. a, con riferimento agli appalti informatici), o previste dalla legge (lett. b, relativa agli appalti di pulizia già previsti dall'art. 3, l. n. 1369 del 1960); o addirittura venivano considerate come ipotesi di mera somministrazione di lavoro quelle che erano ipotesi di vero e proprio appalto esterno, ai sensi dell'art. 5, l. n. 1360 del 1960, ad esempio, trasporti da e per lo stabilimento (lett. c), costruzioni edilizie all'interno dello stabilimento, installazione e montaggi di impianti, e particolari attività produttive, con riferimento all'edilizia ed alla cantieristica navale che richiedano più fasi successive di lavorazione (lett. h).

L'ambito di autorizzazione dello staff leasing, così come veniva disciplinato dalla

h)costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, installazioni "smontaggio" di impianti e macchinari per particolari attività produttive che richiedono per fasi di lavorazioni successive l'impiego di manodopera specializzata;

i)in tutti i casi previsti dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative.

¹³⁹ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit. pag. 269 che sottolinea come il Legislatore del 2003 abbia compiuto un'operazione inversa a quella del Legislatore del 1960: nel 1960 all'art. 5 vennero "aggiunti" ipotesi di appalto al limite della mera fornitura di manodopera; nel 2003 sono state menzionate le medesime ipotesi per considerarle oggetto di possibile *staff leasing*. Sia consentito aggiungere che anche per tale ragione non è possibile ipotizzare una distinzione tra area lecita dell'appalto e della somministrazione radicata sulla base dell'oggetto delle attività.

¹⁴⁰ MAGRINI-PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, op.cit., pag. 192.

legge, era oggettivamente assai confuso e ciò perché il legislatore configurava ipotesi consentite di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato che erano (o sembravano) ipotesi di vero e proprio appalto, lasciando molti dubbi in merito alla propria genuinità. In tale contesto non era possibile indicare un comune denominatore delle tipologie di attività elencate nel comma 3 dell'art. 20: rispetto ad essi doveva riconoscersi una piena fungibilità non solo tra l'istituto della somministrazione e del contratto di lavoro subordinato, ma anche tra somministrazione, appalto di servizi e contratto di lavoro a programma o progetto¹⁴¹, e ciò non trovava alcun fondamento positivo.

La dottrina (in modo pressoché unanime) già da tempo sottolineava che, in tale quadro, la somministrazione era destinata a cedere nell'ambito della "concorrenza" con gli istituti dell'appalto e del lavoro a progetto, attesi i maggiori vincoli e costi della prima rispetto agli altri suddetti istituti del lavoro parasubordinato e dell'appalto (specie a seguito dell'eliminazione del principio della parità di trattamento nella disciplina del lavoro in appalto).

Il decollo della fattispecie, infatti, non c'è stato, nonostante essa sia stata normativamente inquadrata nella contemporanea riforma del mercato del lavoro (artt. 3-19, d.lgs. n. 276/2003) e nell'abrogazione del risalente divieto di interposizione nei rapporti di lavoro di cui alla l. n. 1369/1960 (art. 85, co. 1, lett. c, d.lgs. n. 276/2003).

Da qui l'intervento della legge n. 247 del 2007, che ha il pregio di restituire coerenza all'impianto della riforma del 2003, riportando l'istituto nei confini di cui alla legge n. 196 del 1997 e, quindi, confermando il rapporto tra regola (stabile) ed eccezione (temporanea)¹⁴².

Alla luce della modifica introdotta (art. 1, co. 46, l. n. 247/2007), è interessante soffermarsi sulla scelta terminologica del legislatore, il quale ha utilizzato l'espressione «abolizione» in luogo della «abrogazione», differentemente da quanto disposto con riferimento al lavoro a chiamata, mentre, non dispone alcunché in merito ai contratti di lavoro già stipulati dalle agenzie di somministrazione con i lavoratori per effetto del medesimo contratto di somministrazione professionale di manodopera, né in relazione ai rapporti giuridici sorti tra utilizzatori e lavoratori

¹⁴¹ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit, pag. 269.

¹⁴² A. PESSI, *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro. Dalla riforma Biagi alla "legge sul welfare"*, in *Arg. Dir. lav.*, 2008, p.410.

medesimi¹⁴³. Da un punto di vista concettuale, l'opzione per l'abolizione, lungi dall'apparire tecnicamente appropriata, rivela la chiara valenza simbolica della misura prevista, quasi a volere significare la soppressione, ovvero l'annullamento della somministrazione a tempo indeterminato¹⁴⁴.

Dal momento che l'art. 1, co. 46, l. n. 247/2007, non dispone altro, sembra in proposito possibile affermare che ciò che sparisce dal quadro normativo sul lavoro decentrato è soltanto ed unicamente la parte del d.lgs. n. 276/2003 espressamente riservata al contratto commerciale di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, ovvero le condizioni di liceità disciplinate dall'art. 20, co. 3; la riforma non travolge, invece, il rinvio alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali previsto dall'art. 22, co. 1 per la disciplina dei rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro, che riguarda i contratti di lavoro e non i contratti di natura commerciale, i quali possono essere instaurati nell'ipotesi di somministrazione a termine¹⁴⁵.

La legge si è limitata ad abolire il contratto di somministrazione a tempo indeterminato, lasciando inalterata la parte del d.lgs. n. 276/2003 espressamente dedicata alle agenzie di somministrazione cd. specialistiche e alla sezione dell'Albo istituito presso il Ministero del lavoro. Le suddette agenzie dovrebbero continuare ad operare sul mercato del lavoro, ma al contempo esse dovranno in futuro abilitarsi per l'unica forma lecita di somministrazione, ovvero per quella a termine¹⁴⁶.

I contratti di somministrazione a tempo indeterminato stipulati entro la data del 31

¹⁴³ M.L. LAMBERTI, *Somministrazione di manodopera e lavoro a chiamata*, op.cit., p.10

¹⁴⁴ F.R.GRASSO, *Comma 46. Abolizione dell'istituto della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, in M. PERSIANI, G. PROIA (a cura di), *La nuova disciplina del welfare*, p. 140, l'utilizzo dell'espressione abolizione al posto dell'abrogazione è dovuto al fatto che, dal momento che la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è disciplinata non solo dalla legge ma anche dai contratti collettivi, soltanto l'utilizzo della prima espressione «consente di espungere dall'ordinamento ogni fattispecie di somministrazione a tempo indeterminato, qualunque sia la fonte istitutiva che la regolamenta».

¹⁴⁵ In proposito C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" n. 68/2008, p. 30 in www.lex.unict.it/eurolabor.; C. TREVES, *La legislazione sul lavoro dopo il varo della legge sul welfare*, in LG, 2008, 128, nonché la recente circolare del Ministero del lavoro (cir. 25 marzo 2008, n. 7, pubblicata in *Guida al Lavoro*, n.14/2008, p. 19, con nota di D. PAPA, *Legge Welfare e periodo transitorio: chiarimenti dal Ministero*), che ha precisato che l'abolizione dello staff leasing non incide sulle tipologie contrattuali instaurabili con i lavoratori somministrati.

¹⁴⁶ In senso conforme D. PAPA, *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, in *Guida al Lavoro*, n. 2/2008, p. 124 ss; sul punto v. anche cir. Min. lavoro n. 7/2008, cit., la quale, nel precisare che l'abolizione della somministrazione a tempo indeterminato interessa indirettamente anche l'art. 4, co. 1, lett. b, d.lgs. n. 276/2003 sull'Albo delle Agenzie (sezione delle agenzie cd. specialistiche), ha affermato che esse possono continuare ad operare somministrando lavoratori a tempo determinato, con espressa salvaguardia dei rapporti commerciali instaurati entro il 31 dicembre 2007.

dicembre 2007, ovvero prima della data di entrata in vigore della l. n. 247/2007 (1° gennaio 2008), continueranno ad essere efficaci fino a quando non intervenga un'ipotesi di recesso di una delle due parti, trattandosi di contratti di natura commerciale stipulati a tempo indeterminato tra agenzie di somministrazione e soggetti utilizzatori¹⁴⁷.

In pratica, viene previsto una sorta di regime transitorio de facto, indispensabile per garantire il perdurare delle obbligazioni scaturenti dalla sottoscrizione del contratto di natura commerciale, il quale, nel senso già indicato, ha ripercussioni immediate sia sui contratti di lavoro stipulati dalle agenzie e dai lavoratori somministrati, sia sui rapporti di lavoro che sorgono tra soggetti utilizzatori e lavoratori stessi¹⁴⁸.

A voler tracciare alcune coordinate operative del lavoro decentrato dopo l'ultimo intervento di riforma, può, dunque, ritenersi che la somministrazione di lavoro continui ad operare, nella versione a tempo indeterminato, e che essa sia destinata a protrarsi sino a che non intervenga una causa di risoluzione dei contratti in essere.

1.2 Il ricorso alla somministrazione a termine

Accanto alla disciplina sinteticamente richiamata, la riforma Biagi altresì (conteneva e tuttora) contiene una specifica disciplina in materia di somministrazione a tempo determinato, consentita a fronte delle medesime ragioni che legittimano il ricorso al lavoro a termine (il c.d. "causalone"¹⁴⁹); l'art. 20, comma 4, tuttavia, precisa che tali ragioni ossia "tecniche, produttive, organizzative e/o sostitutive" sono valide anche se "riferite all'ordinaria attività dell'utilizzatore"(inciso esteso di recente anche all'articolo 1, comma primo, del decreto legislativo n. 368 del 2001, dall'art. 21 comma 1 del decreto legge n. 112

¹⁴⁷ Sulla medesima linea interpretativa, ed in contrasto con la teoria volta a ritenere i contratti in corso automaticamente illegittimi e invalidi in considerazione dell'assenza di una disciplina transitoria, appare altresì orientato il Ministero del lavoro, il quale ha di recente affermato che i contratti stipulati entro il 31 dicembre 2007, lungi dal potersi considerare inefficaci o convertiti in altra fattispecie contrattuale, vanno considerati tuttora validi ed efficaci sulla base «dei principi generali (art. 11 disp. att. c.c.) secondo cui la legge non può avere effetto retroattivo ma "dispone solo per l'avvenire"». Così cir. Min. lavoro n. 7/2008, cit.

¹⁴⁸ M. R. LAMBERTI, *Somministrazione di manodopera e lavoro a chiamata: simbologia, prassi e tecnica nelle recenti novità normative*, op.cit., p. 70, G. FERRARO E M. CINELLI, *Mercato del lavoro, competitività, pensioni. Le riforme della XV° legislatura*, Utet, Torino, 2008.

¹⁴⁹ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labor intensive*, in *Lavoro e diritti*, a cura di CURZIO, Cacucci Editore, 2006, pag. 120.

del 2008, così come modificato dalla legge di conversione n. 133 del 2008).

Si discute in dottrina sulla necessità o meno del requisito della temporaneità della ragione legittimante il ricorso alla somministrazione a termine al fine di integrare la fattispecie consentita; attualmente più che mai, sembra prevalere la soluzione negativa¹⁵⁰ e, sulla base di essa, dunque, è ammessa la fornitura di personale a tempo determinato in presenza di qualunque “stabile attività”¹⁵¹, purché avente “durata determinata o determinabile”¹⁵².

La conseguenza di tale impostazione è che (anche) la somministrazione di lavoro a termine può dirsi “acausale”, nel senso di essere svincolata da esigenze aziendali tipiche e precostituite; dunque, qualunque ragione “non arbitraria, non illecita”, secondo le determinazioni dell’imprenditore, può legittimare il ricorso a tale forma di fornitura di lavoro¹⁵³.

La recente Direttiva sul lavoro interinale (2008/104/CE), ad esempio, conferma l'attuale assetto della somministrazione già prevista in Italia, ma la fonte europea presuppone l'esecuzione di prestazioni temporanee, che, secondo l'opinione prevalente, non sono invece caratteristiche del contratto previsto dall'articolo 20, comma 4, delle d.lgs. 276/2003. Questa nuova normativa, gerarchicamente sovraordinata rispetto a quelle nazionali, dovrebbe sollecitare ad un’interpretazione

¹⁵⁰ Sostengono la non necessaria natura temporanea della ragione legittimante il ricorso alla somministrazione a termine, A.VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, op. cit., pag. 101; R. ROMEI, *Somministrazione, appalto e trasferimento d'azienda*, in *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, a cura di MARINUCCI, Bologna 2006, pag. 170, 171, che afferma possibili anche ragioni “soggettivamente temporanee”; CARINCI M.T., *La somministrazione di lavoro altrui*, op.cit., pag. 27. P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op.cit., pagg. 119, 120.

All’opposto, affermano la necessità della natura temporanea V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op.cit., pagg. 320 e ss.; P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 285, il quale argomenta anche sulla base dell’oggettivo “intendimento del legislatore di allineare perfettamente la disciplina della somministrazione a termine con quella del contratto a termine” e propone, dunque, lo stesso criterio valutativo secondo il quale ad integrare la temporaneità è sufficiente che “vi sia una incertezza obbiettivamente superiore al normale circa la possibilità che il rapporto non produca una perdita dopo la scadenza del termine”.

¹⁵¹ G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in *Adapt Working Paper*, n. 78/2009, p.5: Per il lavoro a termine, ai sensi dell’articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001, così come modificato dall’articolo 21, comma 1 del decreto legge n. 112 del 2008 (convertito dalla legge n. 133 del 2008) è previsto che le “ragioni” di carattere “tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo” possono essere riferite anche “alla ordinaria attività del datore di lavoro”, quindi consentono di ritenere che queste ragioni possono essere ravvisate anche in situazioni nelle quali il datore di lavoro ha un’esigenza di lavoro stabile o, comunque, non sa, *ex ante*, se l’esigenza sarà o no temporanea.

¹⁵² R. ROMEI, *Somministrazione, appalto e trasferimento d'azienda*, in *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, op. cit., pag. 172.

¹⁵³ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op.cit., pag. 120.

«adeguatrice» della disciplina italiana della somministrazione nel senso della temporaneità¹⁵⁴. Alla contrattazione collettiva, ma solo quella intervenuta in sede nazionale tra le organizzazioni maggiormente comparative¹⁵⁵, è affidata l'individuazione, anche in maniera non uniforme, dei limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato, secondo quanto previsto dall'art. 10 D. Lgs. n. 368 del 2001.

In assenza di altra indicazione positiva, la dottrina ha individuato nei contratti collettivi dell'utilizzatore la fonte di riferimento della disposizione¹⁵⁶ ed ha precisato che l'eventuale violazione dei limiti posti dagli stessi integra la fattispecie della somministrazione irregolare ai sensi dell'art. 27 D. Lgs. n. 276 del 2003¹⁵⁷.

Quanto sopra rappresenta (in positivo) l'area in cui è "autorizzata" la somministrazione di lavoro, alla definizione della quale – tuttavia – concorre anche il comma 5 dell'art. 20 che sancisce (in negativo), come già sopra indicato, l'area in cui la fornitura di lavoro è, per converso, vietata.

La dottrina¹⁵⁸ ha enucleato numerose ipotesi di clausole negoziali apponibili al contratto di somministrazione, le quali sono state – quasi tutte – recepite nella prassi¹⁵⁹. Tra di esse le più rilevanti sono: la pattuizione di un'iniziale prova del rapporto; le clausole di gradimento del personale somministrato (anche a prescindere dall'esistenza di inadempimenti del lavoratore¹⁶⁰); le clausole di sostituzione del personale "sgradito" o del lavoratore impedito (per malattia, infortunio); le clausole che impediscono al somministratore di inviare il lavoratore

¹⁵⁴ V. SPEZIALE, *La figura del datore di lavoro-articolazioni e trasformazioni*. Relazione al Convegno: *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, AIDLASS, Catania, 21-23 maggio 2009, p. 18.

¹⁵⁵ Sottolinea P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 289 che in questo caso "la legge attribuisce all'autonomia collettiva" una "funzione speciale [...] trasformando il contratto in fonte-fatto, ovvero circostanza idonea a fornire un parametro per la determinazione del contenuto del precetto legislativo"

¹⁵⁶ M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op.cit., pag. 31.

¹⁵⁷ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op.cit., pag. 325.

¹⁵⁸ In particolare: A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, IPSOA, Tomo II, 2003, pag. 57 e ss.; V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 294 e ss.

¹⁵⁹ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 294.

¹⁶⁰ A seguito della mancata riproduzione del comma 4 dell'art. 3 della Legge n. 196 recante il diritto del lavoratore a terminare la "missione", come si dirà anche oltre, l'eventuale operatività della clausola di gradimento non avrà ripercussioni risercitorie in danno del somministratore.

presso imprese concorrenti rispetto all'utilizzatore a tutela della complessiva capacità concorrenziale dello stesso; (come accennato) le clausole che indichino specificamente il lavoratore, o i lavoratori, da somministrare.

Parimenti, le parti possono disciplinare, con ampia autonomia, le condizioni e le modalità di "interruzione" del vincolo contrattuale contratto così come di "prosecuzione" del rapporto a termine.

È possibile, dunque, prevedere ampie facoltà di recesso (incluso il recesso senza giusta causa ma solo con preavviso nel contratto a tempo terminato), così come condizionare la sorte del contratto agli andamenti produttivi dell'utilizzatore o a vicende che ne modifichino la struttura o gli assetti interni (fusioni, scissioni, modifiche nella composizione azionaria, ecc.).

Nella somministrazione a termine, inoltre, si potrà prorogare il termine del contratto inizialmente pattuito; la proroga dovrà avere forma scritta¹⁶¹ e dovrà essere giustificata (sempre per iscritto) da una delle ragioni indicate dall'art. 20, comma 4, atteso che la sussistenza di una di esse costituisce condizione "di liceità" della somministrazione (art. 27)¹⁶².

In ogni caso, si deve sottolineare che la cessazione del rapporto di somministrazione non comporta di per sé (almeno secondo la dottrina che si condivide e che appare maggioritaria) l'estinzione del contratto di lavoro (cfr. art. 20, comma 2, art. 22, comma 4)¹⁶³; e, parimenti, la cessazione del rapporto di

¹⁶¹ P. ICHINO (*Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, a cura di MONTUSCHI, LISO, ICHINO, MARESCA, ZOLI, ROMEI, DEL PUNTA, TULLINI, NOGLER, BELLOCCHI, Zanichelli, 2004, pag. 290.

¹⁶² Cfr. la Circolare ministeriale n. 7 del 22 febbraio 2005 secondo la quale la proroga del contratto di somministrazione deve essere giustificata da ragioni oggettive – da valutare, peraltro, con riferimento all'originaria esigenza che ha sostenuto la conclusione del contratto stesso, anche desumibili dall'organizzazione dell'utilizzatore – nonché riferirsi alle attività per le quali il contratto medesimo era stato concluso. *Contra*: CHIECO (*Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, in *Lavoro e diritti*, a cura di CURZIO, Cacucci Editore, 2006, pag. 144, nt. 159) secondo il quale tale impostazione sarebbe il frutto di una sovrapposizione concettuale tra contratto commerciale e contratto di lavoro.

¹⁶³ P. ICHINO (*Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, a cura di MONTUSCHI, LISO, ICHINO, MARESCA, ZOLI, ROMEI, DEL PUNTA, TULLINI, NOGLER, BELLOCCHI, Zanichelli, 2004, pag. 292 e 310; v. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 308 e ss.; L. GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di MAGNANI e VARESI, Giappicchelli, 2005, pag. 317, 318; M.L.DE MARGHERITI, *La somministrazione a tempo indeterminato*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di MAGNANI e VARESI, Giappicchelli, 2005, pag. 337, 338; in senso parzialmente difforme CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in

lavoro non comporterà – di regola¹⁶⁴ – la cessazione del rapporto di somministrazione. Fermo quanto sopra, resta, in ogni caso, un obiettivo “collegamento” tra il contratto di somministrazione ed il contratto di lavoro subordinato del somministratore con il lavoratore.

2. La definizione e i tratti caratterizzanti del contratto (e del rapporto) di lavoro tra somministratore e prestatore

Come detto, a differenza della Legge n. 196 del 1997, il D. Lgs. n. 276 del 2003 non “nomina” il contratto di lavoro del prestatore alle dipendenze del somministratore.

Il D.Lgs. n. 276/03 stabilisce al comma 1 dell’art. 22 che “in caso di somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali”.

Il successivo comma 2 statuisce che “in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all’art. 5, commi 3 e 4. 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 dal contratto collettivo applicato dal somministratore”.

Si è accennato che secondo la dottrina maggioritaria – che si condivide – tale ultima disposizione non impone che nella somministrazione a tempo determinato il lavoratore sia assunto dal somministratore necessariamente a tempo determinato.

È stato sottolineato, infatti, che una simile interpretazione della norma sarebbe irragionevole – in quanto di fatto limitativa di possibilità occupazionali stabili¹⁶⁵ –

Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, coordinato da F. CARINCI, IPSOA, Tomo II, 2003, pag. 84 secondo la quale: “L’art. 22, comma 4, considera l’estinzione del contratto di somministrazione a tempo indeterminato di per sé idonea a giustificare il recesso dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, prescrivendo però particolari modalità con le quali il recesso è applicabile”.

¹⁶⁴ Si può dare in contrario il caso (peculiare) della somministrazione di un dipendente specificamente individuato.

¹⁶⁵ In particolare P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 146.

ed incoerente con la previsione di cui al comma 2 dell'art. 20, a mente della quale “nell'ipotesi in cui i lavoratori vengano assunti con contratto a tempo indeterminato essi rimangono a disposizione del somministratore per periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa”¹⁶⁶.

L'ambito di applicazione della disposizione è stato, dunque, circoscritto all'ipotesi in cui il lavoratore sia assunto con contratto a termine per dare esecuzione ad un contratto di somministrazione a tempo determinato¹⁶⁷.

Parimenti, secondo la dottrina maggioritaria – che si condivide – non sussiste alcuna preclusione all'utilizzo da parte del somministratore di lavoratori assunti a termine (nel rispetto del D. Lgs. n. 368 del 2001 e, dunque, con apposita giustificazione in termini di esigenze tecniche, sostitutive, organizzative o produttive, art. 1 nell'ambito di una somministrazione a tempo indeterminato¹⁶⁸, anche se questa ipotesi dal 1° gennaio 2008 non sarà più possibile a seguito dell'abolizione dello staff leasing.

Sulla base di tali rilievi, larga parte della dottrina sottolinea che il D. Lgs. n. 276 del 2003 ha “ricondotto” il contratto (ed il rapporto) di lavoro del prestatore con il somministratore nell'ambito del tipo generale di cui all'art. 2094 cod. civ.

Tale aspetto che aveva caratterizzato già il cd. lavoro interinale, anche se solo per eccezionali ragioni di carattere temporaneo, aveva messo in discussione il dogma della titolarità del potere direttivo come criterio tipizzante del rapporto di lavoro subordinato. Quanto sopra significa, inoltre, che il somministratore, nell'esercizio

¹⁶⁶ V. in particolare S.CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, IPSOA, Tomo II, 2003, pagg. 71; *contra* F. BANO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 344 e ss. seguente secondo il quale l'interpretazione indicata “*incontra un ostacolo nel tenore letterale del comma 2 [dell'articolo 22] che non lascia invero spazi all'integrazione per via interpretativa: nella somministrazione a termine il rapporto di lavoro è soggetto alla disciplina del lavoro a termine. Si darebbe pertanto una interpretazione abrogatrice della prima parte del comma secondo*) e A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, op.cit., pag. 103.

¹⁶⁷ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 306; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op.cit., pag. 74.

¹⁶⁸ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 306. v. tuttavia le osservazioni di P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op.cit., pag. 148 e ss., il quale sottolinea che: “*possono insorgere non poche difficoltà per l'agenzia di somministrazione ad individuare una propria, effettiva e non arbitraria, ragione tecnica, produttiva o organizzativa (art. 1. 1 d. lgs. n. 368/2001) idonea a giustificare l'utilizzazione di diversi contratti a tempo determinato per l'esecuzione di una somministrazione a tempo indeterminato. In tal caso, infatti, si realizza una evidente disconnessione tra il contratto di lavoro e la causa a tempo indeterminato dello staff leasing*”. Un'ipotesi di ricorso all'assunzione a termine per eseguire uno *staff leasing* che appare ipotizzabile è quella della necessità di sostituire altro dipendente del somministratore assente con diritto alla conservazione del posto.

della propria attività di impresa (ormai tipizzata e consentita dall'ordinamento), potrà assumere¹⁶⁹ ed “utilizzare” i lavoratori al pari di ogni altro imprenditore; anzi, rispetto ai lavoratori assunti a tempo indeterminato, come si vedrà, potrà farlo con maggiore flessibilità quanto al “diritto alle mansioni” dei singoli¹⁷⁰.

E dunque, il somministratore (salvo che non sussistano limitazioni previste dal contratto individuale) potrà utilizzare (o non utilizzare) i lavoratori assunti a tempo indeterminato presso determinate missioni o anche impiegarli direttamente presso la propria organizzazione; ma potrà, altresì, se necessario, impiegare i lavoratori che operano presso la propria organizzazione (c.d. diretti) in missioni, siano esse a tempo determinato che a tempo indeterminato¹⁷¹. In caso di assunzione a termine, l'utilizzazione dei lavoratori sarà, come per ogni datore di lavoro, condizionata dalle specifiche ragioni legittimanti l'assunzione a termine; tuttavia, se l'assunzione dovesse essere legata ad una determinata missione divenuta impossibile, secondo una certa dottrina, il somministratore ben potrebbe o impiegare il prestatore presso la propria organizzazione o inviarlo presso altra missione, onde limitare i danni

¹⁶⁹ Il somministratore potrà dunque assumere indifferentemente a tempo pieno e tempo parziale (art. 1 D. Lgs. n. 61 del 2000). Stante l'ampiezza del rinvio contenuto nel primo comma dell'art. 22, peraltro, parte della dottrina ha affermato che sarebbe possibile ricorrere anche a tutte le forme di lavoro subordinato contemplate dallo stesso D. Lgs. n. 276 del 2003, quali il contratto di inserimento, il lavoro a coppia, il lavoro ripartito e persino l'apprendistato; cfr. CASSANETTI, FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, a cura di M. TIRABOSCHI Giuffrè, 2006, pag. 178. E nella prassi già capita di assistere ad assunzioni da parte del somministratore ad esempio con contratto di inserimento. La circolare ministeriale n. 7 del 22 febbraio 2005 appare confermare la possibilità per il somministratore di assumere con contratto di apprendistato o di inserimento nel caso di *staff leasing* “*purché le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro consentano la realizzazione delle finalità di formazione ovvero di adattamento delle competenze professionali del lavoratore a un determinato contesto lavorativo tipiche di questi contratti*”. In effetti, il rinvio alla disciplina generale e speciale contenuto nel comma 1 dell'art. 1 sembra non possa essere diversamente inteso. Tuttavia, sommerso avviso di chi scrive, deve essere sottolineato che la legittimità di assumere con contratto di apprendistato dipenderà dalla normativa secondaria e collettiva prevista sia dall'art. 48 che dall'art. 49; inoltre, in caso di assunzione con contratto di apprendistato (ammessane la possibilità) o con contratto di inserimento, il somministratore non potrà certamente esercitare alcun potere di richiamo atteso il collegamento che tra lavoro e formazione, essenziale nel contratto di apprendistato, ma, quanto meno formalmente, presente anche nel contratto di inserimento.

¹⁷⁰ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 304 che conclude affermando la sostanziale insindacabilità della scelta del somministratore di utilizzare o meno il lavoratore a tempo indeterminato salvo che per motivi illeciti (comprovabili anche solo su indizi).

¹⁷¹ M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op.cit., pagg. 112. Afferma il contrario la circolare del Ministero del Lavoro n. 7 del 22 febbraio 2005, secondo la quale la fornitura di lavoratori assunti per svolgere attività interne all'impresa di somministrazione (c.d. *diretti*) sarebbe addirittura inammissibile. Tale indicazione ministeriale appare tuttavia priva di fondamento positivo e soprattutto insostenibile laddove si ammetta – come pare voluto dal Legislatore – che il rapporto di lavoro alle dipendenze del somministratore è da ricondurre all'ambito ordinario.

connessi alla persistenza di un rapporto legato ad una utilizzazione divenuta irrealizzabile (e, dunque, improduttiva)¹⁷².

Parte della dottrina ha precisato che l'utilizzazione del lavoratore per una determinata somministrazione esige, in ogni caso, la prestazione del consenso da parte del lavoratore medesimo (che può intervenire anche nel corso del rapporto); e ciò, in quanto tale impiego costituisce "una variante della prestazione lavorativa che non rientra nello ius variandi del datore di lavoro" che deve essere, dunque, pattuita. Ciò appare corretto – e, in ogni caso, giusto – atteso che la deviazione della prestazione ad un terzo (seppur nell'ambito di un rapporto che il Legislatore ha inteso "ancorare" al tipo ordinario del "lavoro subordinato") integra (quanto meno) una modificazione non solo delle mansioni del lavoratore ma anche dei suoi obblighi (che si dirigono anche verso un terzo) e comporta di fatto l'inserimento dello stesso in un'altra organizzazione imprenditoriale¹⁷³ (e, difatti, conduce all'applicazione della disciplina "speciale" che regge il rapporto di lavoro "somministrato" di cui si dirà oltre). Ci si permette di osservare che il Legislatore avrebbe potuto, sulla base di ciò, specificare positivamente la regola del consenso alla missione (anche per chiarire l'ambito delle prerogative datoriali del somministratore soprattutto nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato); stante l'identità "materiale" della fattispecie e degli interessi coinvolti, avrebbe potuto altresì compiere la medesima scelta anche in materia del distinto istituto del distacco (secondo i risalenti rilievi di parte della dottrina¹⁷⁴).

Per contro, tale profilo della gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti del somministratore (assegnazione della missione) non è frutto di alcuna

¹⁷² P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 292.

¹⁷³ Ci sembrano al riguardo rilevare le osservazioni formulate dalla dottrina con riferimento al lavoro interinale nell'ambito della tesi che riconduceva il fenomeno ad un "sottotipo", secondo le quali il fenomeno medesimo "realizza un duplice effetto di organizzazione dell'attività del lavoratore, e comunque un duplice profilo di alienità della prestazione dal risultato e di inserimento nell'organizzazione altrui: sia nei confronti dell'impresa fornitrice (che, mediante quella attività svolge la sua attività di «affitto di manodopera» e, per questo conserva limitati poteri di amministrazione del rapporto), sia nei confronti dell'impresa utilizzatrice (che, mediante il potere direttivo attribuitogli dalla Legge, rende quella prestazione utile ai propri fini". Vedi G. PROIA, *Flessibilità e tutele «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, pag. 423, 424. Tali osservazioni sono riprese di recente da CASSANETTI, FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, op.cit., pag. 181) i quali, proprio sulla base di esse (e sull'adesione alla nozione di causa del contratto di lavoro quale "inserimento ed integrazione dell'attività lavorativa in un'organizzazione di impresa del datore di lavoro") concludono, tuttavia, per la "specialità" del rapporto di lavoro somministrato.

¹⁷⁴ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 65 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, op. cit., pag. 180.

regolamentazione positiva; rispetto ad esso, l'unica norma rinvenibile nella riforma è l'obbligo, sanzionato peraltro unicamente con una "pena" pecuniaria (art. 18, comma 3) ed imposto al (solo) somministratore, di comunicazione per iscritto al lavoratore degli elementi "essenziali" ex lege del contratto di somministrazione (con inevitabili incertezze non solo teoriche ma soprattutto applicative).

Ai sensi dell'art. 22, comma 5 il lavoratore somministrato non si computa nell'organico dell'utilizzatore, salvo che per la disciplina in materia di igiene e sicurezza. In base a tale disposizione, dunque, il lavoratore somministrato non solo non sarà rilevante ai fini della individuazione della tutela applicabile al licenziamento viziato, ma anche ai fini delle previsioni sul superamento delle 48 ore di lavoro settimanale ex art. 4, comma 5, D. Lgs. n. 66 del 2003 nelle unità produttive dieci lavoratori ¹⁷⁵ e, altresì, ai fini dell'art. 35 St. Lav. Resta fermo che il lavoratore pur se utilizzato in somministrazioni è sempre da computare nell'organico dell'agenzia ai fini di tutte le norme la cui applicazione è condizionata al requisito dimensionale numerico ¹⁷⁶.

È da notare che con la circolare n. 7 del 22 febbraio 2005, il Ministero del Lavoro "anticipa" che i lavoratori somministrati "potranno essere computati ai fini della valutazione della consistenza organizzativa dell'imprenditore quale requisito di carattere tecnico nell'ambito, per esempio, di una procedura selettiva per appalti pubblici". È stata dichiarata incostituzionale – in quanto irragionevole e priva di delega – la previsione di cui al successivo comma 6 che in caso di somministrazione escludeva l'applicazione della disciplina in materia di assunzioni obbligatorie e la riserva di cui all'art. 4 bis, comma 3, del decreto legislativo n. 181 del 2000¹⁷⁷.

¹⁷⁵ F. BANO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 348, il quale sottolinea che tale disposizione "meglio di altre mette a fuoco il problema il problema della separazione del lavoro dall'impresa realizzabile alla luce del d. lgs. n. 276 del 2003". Per una valutazione assai critica di tale scelta legislativa G. SUPPIEJ, *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, 2005, Tomo II, pag. 1286 secondo il quale tale norma "può altresì contribuire a rendere meno stabili tutti i rapporti alle dipendenze delle imprese che vi fanno ricorso"; e ciò, in quanto "è possibile prevedere che in futuro si abbia un ulteriore aumento del ricorso alla somministrazione [...] conseguentemente si avrebbe un'ulteriore diminuzione dei rapporti di lavoro con stabilità reale, per l'aumento delle unità produttive che rimangono al di sotto della soglia dei quindici dipendenti in virtù dell'esclusione dal computo dei lavoratori somministrati"

¹⁷⁶ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 315, 316.

¹⁷⁷ Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 50, in www.utetgiuridica.it

2.1 Il contratto di lavoro a termine e le peculiarità del rapporto

La disciplina speciale del contratto a termine è dettata dall'art. 22, comma 2, in base al quale, come visto, "il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'art. 5, commi 3 e 4. Il termine inizialmente posto al contratto potrà essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore".

Tale disposizione legittima, dunque, possibili rinnovi e proroghe del contratto di lavoro¹⁷⁸, ma solo nel caso in cui il contratto stesso sia stato finalizzato ad una somministrazione a termine.

Secondo la dottrina, invero, la speciale disciplina si applica solo nel caso di contratto stipulato "in funzione" di un contratto di somministrazione a termine¹⁷⁹.

La ratio di tale disposizione è stata individuata nel fatto che nell'ipotesi di somministrazione a termine la previsione di limiti per proseguire nei rapporti di lavoro con il personale impiegato nella stessa ed assunto a tempo determinato potrebbe risolversi in danno dei lavoratori stessi "impedendo una continuità di impiego che il Legislatore invece vuole senz'altro evitare"¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Art.42 del CCNL del 24 luglio 2008 per i lavoratori in somministrazione prevede possibili 6 proroghe nell'arco di 36 mesi; se vengono utilizzate massimo 2 proroghe nei primi 24 mesi, le proroghe residue potranno portare ad una durata complessiva del contratto di 42 mesi. Il primo contratto è compreso nel periodo complessivo dei 36 o 42 mesi. In vigore dal 1° novembre 2008 per tutti i contratti in essere. *La maggiore flessibilità nelle proroghe è sintomo della riconosciuta validità, da parte delle Parti sociali, della somministrazione come strumento principe di flessibilità tutelata, anche rispetto al lavoro a termine che prevede un solo rinnovo e il vincolo del diritto di precedenza non previsto per i contratti di somministrazione.*

¹⁷⁹ P.ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 307; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 74.

¹⁸⁰ Vedi, tuttavia, le osservazioni critiche di F.BANO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 345 secondo cui: "le parti hanno quindi piena libertà di reiterare e concatenare contratti di lavoro a termine senza i vincoli normativi. È del tutto evidente che, in tal modo, il rinvio [alla disciplina di cui al D. lgs. n. 368 del 2001, n.d.a.] venga parzialmente svuotato di significato, dal momento che proprio il problema della successione di contratti a termine con lo stesso prestatore di lavoro rappresenta uno dei problemi fondamentali nella regolamentazione del lavoro a termine. Già a livello comunitario, infatti, la direttiva 1999/70/Ce impone agli Stati membri di introdurre misure per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato (clausola 5)"; cfr. per la rilevanza centrale del problema della successione dei contratti nel lavoro a termine, nella giurisprudenza comunitaria, Corte di Giustizia, 4 luglio 2006, n. 212/04, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pagg. 736 e ss.; in senso ancora più critico G. SUPPIET, *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma*, op. cit., pag. 1285 secondo il quale l'esclusione dell'applicazione dei commi 3 e 4 dell'art. 5 D. Lgs. n. 368 del 2001 significherebbe che "un lavoratore somministrato potrebbe lavorare, per lo stesso imprenditore, tutta la vita con contratti a

Atteso il (doppio) richiamo al D. Lgs. n. 368 del 2001, dunque, il contratto di lavoro dovrà essere stipulato in forma scritta e contenere la specificazione, parimenti scritta, delle ragioni (tecniche, organizzative, produttive o sostitutive) legittimanti l'assunzione; ragioni che dovranno essere, come accennato, autonomamente riferibili al somministratore.

Certo è che, nella gran parte, dei casi le ragioni del contratto di somministrazione saranno quelle determinanti la medesima assunzione a termine del lavoratore¹⁸¹.

L'estinzione del rapporto di lavoro a termine seguirà le regole ordinarie e, dunque, sarà possibile ante tempus solo per giusta causa (art. 2119 cod. civ.). Anche in caso di richiamo da una missione, dunque, il somministratore sarà tenuto a corrispondere la retribuzione piena¹⁸² al lavoratore sino alla scadenza del termine nonché a risarcire eventuali danni¹⁸³; come visto, nel caso di impossibilità di adibire il lavoratore alla missione per sopravvenuta "impossibilità" della stessa, il somministratore potrà richiedere al lavoratore assunto a termine di prestare attività lavorativa direttamente in proprio favore, onde circoscrivere i danni connessi alla persistenza del rapporto (divenuto privo della propria giustificazione)¹⁸⁴.

termine continuamente rinnovati. Qui l'arretramento di tutela risale a prima del 1942, perché già l'art. 2097, secondo comma, Cod. Civ. proteggeva efficacemente il lavoratore contro l'apposizione di termine fraudolenta".

¹⁸¹ Cfr. sul punto F. BANO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 345, il quale sottolinea che "le ipotesi nella quali si stipula un contratto a termine con l'agenzia dovrebbero essere regolate ai sensi del d. lgs. n. 368 del 2001, ma di fatto esse vengono modellate sulle ipotesi – analoghe ma concettualmente distinte – di ricorso alla somministrazione a termine [...] e conclude che anche questo dimostra una "accentuata funzionalizzazione delle norme giuslavoristiche al contratto commerciale".

¹⁸² F. BANO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 359.

¹⁸³ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit.pag. 292. Ovviamente il risarcimento dei danni sarà imponibile solo se effettivamente sussistenti e solo se di essi potrà dirsi responsabile il somministratore. Nel caso in cui il lavoratore non comprovasse specifiche voci di danno (cfr., Cass., S.U., n. 6572 del 2006) ovvero al somministratore non fosse riconducibile una responsabilità a titolo di colpa (o dolo), a sommosso avviso di chi scrive, non vi sarebbe alcun risarcimento dovuto.

¹⁸⁴ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 292; ma si veda in senso parzialmente difforme l'opinione di P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 150, nt. 180, secondo il quale addirittura il mero richiamo del lavoratore a termine dalla missione potrebbe considerarsi un caso di impossibilità sopravvenuta dell'oggetto del contratto. La possibilità di configurare la impossibilità sopravvenuta come causa di cessazione del rapporto di lavoro a termine è ammessa da una parte della giurisprudenza nella quale è riscontrabile la massima secondo cui "La disciplina della risoluzione dei rapporti di lavoro a tempo determinato o per i quali sia assicurata una temporanea stabilità per mezzo di una clausola di durata minima, va individuata tenendo conto non solo della norma specifica di cui all'art. 2119 c.c., ma anche delle norme generali sulla risoluzione dei contratti a prestazioni corrispettive. In particolare, è rilevante, così come in genere nei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, l'impossibilità della prestazione

2.2 Il contratto di lavoro e le regole speciali del rapporto di lavoro a tempo indeterminato

La disciplina ed il rapporto di lavoro a tempo indeterminato presenta i maggiori tratti di specialità rispetto alla normativa generale¹⁸⁵.

Le regole speciali del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, nell'ambito della somministrazione, sono dettate, da un lato, dagli artt. 20, comma 2 (secondo periodo) e 22, comma 3 e, dall'altro, dall'art. 22, comma 4.

L'art. 20 comma 2 (secondo periodo) statuisce che “nell'ipotesi in cui i lavoratori vengono assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato essi rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono attività lavorativa presso un utilizzatore, salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro”.

L'art. 22, comma 3 prevede che: “Nel caso in cui il prestatore di lavoro sia assunto con contratto a tempo indeterminato, nel medesimo è stabilita la misura dell'indennità mensile di disponibilità¹⁸⁶, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali il lavoratore stesso rimane in attesa di assegnazione. La misura di tale indennità è stabilita dal contratto collettivo applicabile alla somministrazione e comunque non è inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del Ministro del Lavoro [...]. La

*(anche se non può operare il raccordo, per altre ipotesi delineato, tra impossibilità sopravvenuta e giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 604 del 1966), e in relazione ad essa la legittimità del recesso del datore di lavoro va stabilita in base all'esistenza o meno di un interesse apprezzabile alle future prestazioni lavorative, da valutarsi obiettivamente, avendo riguardo sia alle caratteristiche, anche dimensionali, dell'azienda, sia al tipo di mansioni affidate al dipendente, mentre non rileva la imprevedibilità del fatto sopravvenuto, che può essere causa di risoluzione del contratto anche se prevedibile, purché l'evento non fosse comunque evitabile” (cfr. Cass., 3 agosto, 2004, n. 14871); tuttavia, a sommo avviso di chi scrive, deve essere sottolineato che la cessazione di una somministrazione rientra nei rischi fisiologici che assume il somministratore e, dunque, tale evento non pare configurabile quale “situazione impeditiva dell'adempimento che il debitore non è in grado di superare né prevenire con la diligenza richiestagli”, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, 1993, pag. 528 e ss.).*

¹⁸⁵ Tanto che, come accennato, la stessa dottrina che afferma la piena riconduzione del lavoro con il somministratore al paradigma dell'ordinario rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 cod. civ., se non si erra, la qualifica espressamente in termini di “sottotipo”; P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 304.

¹⁸⁶ Tale disposizione prevede espressamente che il contratto individuale stabilisca la misura della indennità di disponibilità. Tale elemento negoziale risulta essere dunque necessario nel contratto a tempo indeterminato. La norma rappresenta un'ulteriore regola contrattuale “specificata” del contratto a tempo indeterminato nell'ambito della somministrazione. In caso di mancanza di tale previsione individuale, peraltro, è da ritenere che il contenuto del contratto sia integrabile tramite la contrattazione collettiva o la normativa secondaria ministeriale.

predetta misura è proporzionalmente ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorativa presso a tempo parziale anche presso il somministratore. L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto".

La disciplina in parola riguarda sia le ipotesi di cessazione (per qualunque causa) del rapporto di somministrazione, sia le ipotesi di interruzione (per qualunque causa) della missione da parte del singolo lavoratore¹⁸⁷.

In tali casi, il lavoratore, salvo sussista una giusta causa o un giustificato motivo di recesso, dunque, è obbligato a restare a disposizione ed a mantenersi reperibile per rispondere alla chiamata del somministratore (anche per la frequentazione di eventuali iniziative di formazione professionale), nonché a rispettare gli obblighi di riservatezza e non concorrenza di cui all'art. 2105 cod. civ.¹⁸⁸; gli è consentito di svolgere attività lavorative in favore di terzi (non in concorrenza) purché possa tempestivamente interromperle onde dare seguito alla richiesta di prestazione del somministratore¹⁸⁹, inclusa quella – come si è detto – di lavorare presso la propria organizzazione. Secondo la dottrina, inoltre, il prestatore durante i periodi di disponibilità dovrebbe preservare la propria capacità lavorativa, in forza della diligenza richiestagli nella c.d. fase preparatoria della prestazione¹⁹⁰ (al pari di quanto afferma la giurisprudenza rispetto al lavoratore in malattia).

Come visto, non è stato riprodotto il c.d. diritto alla missione, già previsto dal comma 4 dell'art. 3 della Legge n. 196 del 1997, ed il somministratore, salva la regola del consenso del lavoratore, gode, dunque, di ampi margini di libertà nella assegnazione del personale ad una determinata somministrazione.

Secondo la dottrina, in particolare, non sussiste un diritto del lavoratore ad essere inviato presso un utilizzatore e la relativa scelta del somministratore resta insindacabile, salvo il controllo su un eventuale motivo illecito, discriminatorio ecc.¹⁹¹. Tutto ciò significa che il somministratore può (di fatto in ogni momento)

¹⁸⁷ S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 82

¹⁸⁸ F. BANO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 347.

¹⁸⁹ P. ICHINO, P., *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 303, il quale precisa che un eventuale clausola del contratto individuale che prevedesse il divieto per il lavoratore di prestare attività lavorativa in favore di terzi nelle fasi di mancata esecuzione della prestazione presso un utilizzatore dovrebbe considerarsi nulla per contrasto con il diritto costituzionale al lavoro; per contro, l'Autore ritiene valida l'eventuale clausola che prevedesse la riduzione dell'indennità in caso di attività lavorativa del lavoratore presso terzi.

¹⁹⁰ CASSANETTI-FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, op. cit., pag. 99.

¹⁹¹ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 304. Si può ipotizzare in aggiunta a tale sindacato sulla eventuale illiceità delle scelte datoriali, anche un sindacato fondato sul rispetto della regola di correttezza che, secondo la ricostruzione che si condivide, integra il

unilateralmente determinare una “sospensione” del rapporto a tempo indeterminato con (conseguente) riduzione del trattamento retributivo e mantenere “in quiescenza” il prestatore a trattamento retributivo ridotto¹⁹² (sino a differente determinazione). La dottrina ha in via descrittiva ravvisato nel fenomeno analogie con la “sospensione della prestazione nell’impresa industriale, nei casi in cui è previsto il ricorso alla Cassa integrazione guadagni”, con la (significativa) differenza che il potere datoriale, in questo caso, è esercitabile senza alcuna delle garanzie (sindacali, amministrative) proprie delle procedure per l’ammissione al trattamento di integrazione salariale¹⁹³ e pure in assenza delle garanzie salariali per i lavoratori, eccettuate quelle indicate dall’art. 12 del D. Lgs. n. 276 del 2003.

Proprio in ciò si ravvisa (a ragione) un tratto assolutamente “speciale” del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con il somministratore¹⁹⁴ (tratto che avvicina il rapporto “sospeso” al “lavoro intermittente” con obbligo di disponibilità, che rappresenta altro istituto di assoluta novità della riforma del 2003).

La Legge non stabilisce il tempo massimo di conservazione del rapporto nel periodo di non utilizzazione del lavoratore; si limita a sancire che esso resti in situazione di disponibilità sino a che non intervenga una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento. Parte della dottrina, tuttavia, ha sottolineato che tale disposizione non significa che il rapporto sia destinato a proseguire *sine die* ed ha affermato che, in caso di superamento di un considerevole periodo di tempo dopo la data di cessazione dell’ultima “missione”, è consentito il recesso al datore di lavoro¹⁹⁵.

contenuto del contratto ed impone a “ciascuna parte di salvaguardare l’utilità dell’altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio”; BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, op. cit., pag. 472 e ss., pag. 477. In tale prospettiva, dunque, il mancato invio in missione del lavoratore oggettivamente idoneo alla stessa potrebbe rappresentare un illecito contrattuale, se imputabile ad una scelta del somministratore non rispettosa del suddetto obbligo di buona fede.

¹⁹² P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 150

¹⁹³ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 302.

¹⁹⁴ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 304, che sintetizza il fenomeno in termini di “maggiore precarietà dell’assegnazione delle mansioni” del prestatore. Se si aderisce a quella dottrina che “ha esteso l’ambito dei contratti speciali di lavoro anche a figure di lavoro nell’impresa, nelle quali si riscontra un’accentuata deviazione dalla disciplina generale”, sulla quale cfr. le indicazioni di S. MAGRINI, *Lavoro (contratto)*, op. cit., pag. 392) si potrà dunque, ipotizzare si tratti di rapporto di lavoro speciale.

¹⁹⁵ In particolare P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 311, che richiama la propria ricostruzione del giustificato motivo oggettivo secondo la quale quando il rapporto genera una perdita superiore ad una soglia di ragionevolezza, il datore di lavoro è legittimato a recedere; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, op. cit. pagg. 439 e ss.. Lo stesso Autore afferma che la soluzione della individuazione del limite oltre il quale sarebbe consentito recedere dal

Quanto all'indennità di disponibilità, ne è condivisa in dottrina la natura retributiva per essere il corrispettivo della posizione (passiva) di disponibilità in cui versa il lavoratore; opinione, del resto, confermata dall'assoggettamento dell'indennità medesima a contribuzione, seppur in deroga ai minimali contributivi (art. 25, comma 1)¹⁹⁶. Accanto alla natura retributiva è riconosciuta all'indennità anche una funzione assistenziale diretta a garantire al lavoratore un reddito minimo durante i periodi di disponibilità¹⁹⁷.

Conseguentemente – nonostante la mancata riproduzione del comma 4 dell'art. 4 della Legge n. 196 del 1997, che imponeva al fornitore di corrispondere al lavoratore la differenza tra retribuzioni percepite nel mese ed ammontare dell'indennità di disponibilità – appare corretto riconoscere al prestatore la possibilità di agire nei confronti del somministratore nel caso in cui, a causa di assegnazione a brevi missioni, non riuscisse a conseguire una retribuzione mensile pari all'indennità di disponibilità stabilita con decreto¹⁹⁸.

L'indennità è, tuttavia, esclusa per Legge dal computo di ogni istituto di Legge o di contratto. L'altra disposizione speciale posta dal D. Lgs. n. 276 del 2003 per il contratto di lavoro a tempo indeterminato con il somministratore è stabilita dall'art. 22, comma 4 a mente del quale: "Le disposizioni di cui all'art. 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223, non trovano applicazione anche nel caso di fine lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato. In questo caso trovano applicazione

rapporto, si potrebbe trarre in via analogica dalle regole del comparto (i cui termini sarebbero, peraltro, da ridurre attesi i differenti interessi da tutelare nelle due ipotesi); M.L. DE MARGHERITI, *La somministrazione a tempo indeterminato*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di MAGNANI e VARESI, Giappichelli, 2005, pag. 338.

¹⁹⁶ Si discute se l'indennità di disponibilità sia soggetta alla valutazione secondo i criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza ex art. 36 Cost. La questione è assai complessa, al pari di quella (analogica) che pone l'indennità di disponibilità nel lavoro intermittente con obbligo di risposta (v. solo a titolo di esempio le differenti posizioni di D. GOTTARDI, *Lavoro intermittente*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 389, e di R. ROMEI, *Lavoro intermittente*, in *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, a cura di MONTUSCHI, LISO, ICHINO, MARESCA, ZOLI, ROMEI, DEL PUNTA, TULLINI, NOGLER, BELLOCCHI, Zanichelli, 2004, pag. 429. In dottrina si riscontrano differenti posizioni; secondo alcuni, considerata la natura sinallagmatica dell'indennità, la misura della stessa sarebbe soggetta alla valutazione in termini di proporzionalità e sufficienza, F. BANO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 347); secondo altri, per contro, difettando la prestazione, l'unico parametro utilizzabile sarebbe quello della sufficienza e, anche in ragione della funzione assistenziale di garanzia di un reddito minimo, sarebbe dunque possibile operare una verifica (unicamente) sul carattere della sufficienza, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 82 e 83.

¹⁹⁷ *Contra* P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 303.

¹⁹⁸ S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 82, 83.

l'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e le tutele del lavoratore di cui all'art. 12". Sussistono differenti posizioni interpretative della disposizione. Ed anche differenti giudizi sulla sua legittimità; una parte della dottrina ha sottolineato, infatti, che tale disposizione è priva di alcuna copertura nell'ambito della Legge delega e, in ogni caso, contrastante con la disciplina comunitaria in materia di licenziamenti collettivi, atteso che la fine dei lavori ed il lavoro interinale non rientrano nelle tre ipotesi tassative di esclusione poste dalla Direttiva 98/59 CE del 20 luglio 1998¹⁹⁹.

In particolare, secondo una parte della dottrina, la norma tipizzerebbe un caso di giustificato motivo oggettivo, nel senso che la cessazione del rapporto di somministrazione a tempo indeterminato legittimerebbe sempre il recesso dal rapporto di lavoro del lavoratore utilizzato per quel medesimo rapporto di somministrazione; secondo la medesima dottrina, peraltro, la disposizione qualificherebbe l'eventuale recesso del datore di lavoro come recesso per giustificato motivo oggettivo plurimo e, dunque, comporterebbe l'esclusione non solo dell'art. 4 della Legge n. 223 del 1991, ma anche dell'art. 5 in materia di criteri di scelta, di indennità di mobilità²⁰⁰.

All'opposto, altra parte della dottrina afferma che la norma rappresenterebbe la conferma che la fine dei lavori non costituisce di per sé causa per il licenziamento, il quale, per converso, deve essere comunque fondato su un giustificato motivo, atteso l'espresso richiamo di cui all'art. 3 della Legge n. 604²⁰¹; d'altro lato, è stato precisato che l'esclusione contemplata dalla norma riguarda solo l'art. 4 della Legge n. 223, restando, per contro, pienamente vincolanti i criteri di scelta di cui all'art. 5 della Legge n. 223 del 1991²⁰². Ambedue tali ultime impostazioni appaiono condivisibili e preferibili: da un lato, il richiamo all'art. 3 della Legge n. 604 del 1966 appare ribadire la necessità del giustificato motivo "anche" nel caso di fine lavori (invero, se il Legislatore avesse inteso considerare il fine lavoro come

¹⁹⁹ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative*, op. cit., pag. 160. Sottolinea la questione della compatibilità dell'art. 20, comma 4 con la disciplina comunitaria in materia di licenziamenti collettivi anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 308.

²⁰⁰ S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 84 e ss.

²⁰¹ M.L. DE MARGHERITI, *La somministrazione a tempo indeterminato*, op. cit., pag. 336: "il legislatore non ha inteso introdurre una presunzione di giustificatezza del licenziamento in caso di fine lavori, ma ha solo inteso affermare che il licenziamento connesso a tale evenienza si qualifica sempre come licenziamento individuale indipendentemente dal numero di lavoratori che vi sono coinvolti".

²⁰² P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op.cit., pag. 308 e ss.

motivo di legittimo recesso avrebbe “scritto” “in questo caso il somministratore può recedere dal rapporto di lavoro con preavviso”); dall’altro lato, l’esclusione della disciplina dettata dalla Legge n. 223 del 1991 (anche in ragione della dubbia conformità di essa all’ordinamento comunitario) deve essere circoscritta alla sola ipotesi espressamente prevista e, dunque, solo all’art. 4 della Legge n. 223 del 1991; peraltro, il rispetto dei criteri di cui all’art. 5 è anche opportuno al fine di consentire un minimo di controllo sulla trasparenza delle scelte del somministratore. L’estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, dunque, sarà sempre soggetta alla regola della giusta causa o del giustificato motivo²⁰³; in caso di giustificato motivo connesso alla fine di una somministrazione a tempo indeterminato, il somministratore sarà tenuto, peraltro, (anche) al rispetto dei criteri di scelta indicati all’art. 5 della Legge n. 223 del 1991.

In tutti i casi a fondare il giustificato motivo oggettivo concorrerà la prova della impossibile utilizzazione aliunde del lavoratore e appare corretto riferire l’ambito di applicazione del c.d. *repêchege*, all’intero complesso aziendale e, dunque, all’insieme delle somministrazioni in atto²⁰⁴.

3. La ripartizione dei poteri datoriali tra somministratore e utilizzatore

Il contratto di somministrazione è destinato ad essere eseguito mediante un contratto di lavoro subordinato (a termine ed a tempo indeterminato) e che, dunque, l’adempimento del primo coincide (quanto meno di regola) con l’adempimento del secondo. Proprio nello svolgimento del rapporto tra utilizzatore e lavoratore si individua, da parte della dottrina, la “cerniera”²⁰⁵ tra gli altri due

²⁰³ In caso di licenziamento per giustificato motivo in corso di somministrazione il termine di preavviso potrebbe essere non quello previsto dalla disciplina del rapporto applicata dal somministratore, ma quello previsto dalla disciplina applicata dall’utilizzatore in base alla regola della parità di trattamento. Discusso, come si vedrà, è il criterio da seguire, se quello del conglobamento o della comparazione istituto per istituto. Sostiene la prevalenza in ogni caso del preavviso previsto dalla disciplina applicata dall’utilizzatore se più favorevole: P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit. pag. 300; *contra* S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 86 secondo la quale dovrebbe sembrare applicarsi il termine previsto dalla contrattazione del somministratore; e ciò, in ragione del fatto che la fattispecie è “caratterizzata dalla speciale versatilità di impiego della manodopera”.

²⁰⁴ S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 86; cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 312.

²⁰⁵ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 295.

elementi (il contratto di somministrazione ed il contratto di lavoro) della fattispecie somministrazione di lavoro, fattispecie, cui è riconosciuta, come già accadeva per la fornitura di lavoro temporaneo, struttura trilatera.

Necessarie conseguenze di tale assetto sono, da un lato, il fatto che il lavoratore, presti la propria attività “nell’interesse” dell’utilizzatore e, dall’altro, che vi sia la traslazione di alcuni dei poteri datoriali in favore dell’utilizzatore, affinché questi possa “utilizzare” la prestazione lavorativa effettivamente nel “proprio interesse” e secondo le esigenze del proprio contesto produttivo ed organizzativo.

E difatti, l’art. 20, comma 2 statuisce che il lavoratore “per tutta la durata della somministrazione” svolge “la propria attività nell’interesse nonché sotto la direzione ed il controllo dell’utilizzatore”.

Il lavoratore, dunque, è soggetto nei confronti dell’utilizzatore agli obblighi di diligenza (art. 2104, comma 1, cod. civ.) e di fedeltà (art. 2105 cod. civ.); obblighi che, tuttavia, dovrà continuare a rispettare anche verso il somministratore.

A tale riguardo, la dottrina ha precisato che la diligenza (art. 2104, comma 1, cod. civ.) richiesta al prestatore verso l’utilizzatore deve essere rapportata alla “perizia esigibile” dai lavoratori “comparabili” dell’utilizzatore medesimo e dovrà essere valutata secondo le esigenze dello stesso; mentre, la diligenza verso il somministratore avrà rilievo soprattutto nei momenti di disponibilità e si estrinsecherà precipuamente rispetto alle c.d. fase preparatoria l’adempimento (con conseguente dovere del prestatore di salvaguardare la propria capacità lavorativa).

Il dovere di fedeltà del prestatore verso l’utilizzatore viene ricondotto principalmente all’obbligo di astensione dal compiere atti suscettibili di arrecare pregiudizio all’organizzazione aziendale dello stesso, soprattutto, sotto il profilo della divulgazione di possibili informazioni sull’organizzazione del lavoro, di know how, ecc., di cui venga a conoscenza a qualsiasi titolo in ragione del lavoro prestato; nei confronti del somministratore, il dovere di fedeltà è riducibile precipuamente nell’obbligo di non concorrenza.

Dall’altro lato, come detto, all’utilizzatore sono attribuiti parte dei poteri datoriali.

Innanzitutto il potere direttivo ed organizzativo e, in secondo luogo, il potere di controllo (art. 20, comma 2).

E dunque, in base al potere direttivo l'utilizzatore potrà "dirigere la prestazione"²⁰⁶ lavorativa del lavoratore somministrato, conformarla ed organizzarla secondo le proprie esigenze organizzative e produttive; in base al potere di controllo potrà sorvegliare sulla corretta esecuzione della prestazione lavorativa medesima²⁰⁷ (come, del resto, accade in linea generalissima in ogni rapporto di lavoro).

Si è visto che tali poteri debbono essere esercitati dall'utilizzatore nel rispetto dei diritti e delle libertà sancite dalla Legge n. 300 del 1970²⁰⁸, e, dunque, l'utilizzatore non potrà effettuare controlli, visite personali, indagini sulle opinioni sui prestatori di lavoro dipendente, se non nei limiti ed alle condizioni previste dagli artt. 4, 6 e 8, e non potrà compiere atti discriminatori, ecc²⁰⁹.

L'attribuzione dei suddetti poteri datoriali, tuttavia, non è piena ed integrale: anche dal lato delle posizioni attive del rapporto si assiste ad una sorta di (ulteriore) "scissione". E difatti, la dottrina ha sottolineato che in capo al somministratore residuano "una parte" tanto del potere direttivo, quanto del potere di controllo.

Sotto tale ultimo aspetto, in particolare, si è sottolineato che al somministratore restano assegnati i poteri di controllo sulle cc.dd. obbligazioni accessorie²¹⁰ e, dunque, anche i controlli sulla malattia del lavoratore²¹¹.

Sotto il primo profilo, si è sottolineato che il somministratore conserva, in ogni caso, la titolarità del potere direttivo (quanto meno) dell'assegnazione del lavoratore. Ma non solo! E' stato sottolineato che il potere direttivo del somministratore si è assai ampliato, a seguito della (più volte segnalata) mancata riproduzione del comma 4 dell'art. 3 della Legge n. 196 del 1997; e difatti, in assenza della predetta disposizione al somministratore deve riconoscersi il potere di

²⁰⁶ M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 426.

²⁰⁷ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 152.

²⁰⁸ Invero, come si dirà a breve, è la stessa Legge a prevedere un'ipotesi di possibile deviazione da diritti posti da un'importante norma dello Statuto, l'art. 13, che – come è noto – ha "novellato" l'art. 2103 cod. civ.

²⁰⁹ Rispetto agli artt. 4 e 6 sembra poter sorgere una rilevante (ed ardua) questione circa l'efficacia soggettiva degli accordi con le rappresentanze interne rispetto ai lavoratori somministrati. Questione già di per sé complessa limitatamente ai lavoratori diretti: A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, op. cit., pag. 187; v. anche P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pag. 238.

²¹⁰ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 390.

²¹¹ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 152. Secondo l'Autore spetterebbero al somministratore più in generale tutti i controlli sulla mancata effettuazione della prestazione lavorativa; e ciò in quanto il bene dovuto dal somministratore non sarebbe il mero invio del lavoratore, ma l'esecuzione di prestazioni lavorative. Ad avviso di chi scrive la soluzione è corretta, salve differenti conclusioni in base alle previsioni del singolo contratto di somministrazione.

richiamo del lavoratore e, peraltro, come visto, tale potere non appare incontrare più alcun limite²¹², salva la sindacabilità dell'atto datoriale sotto il profilo dell'eventuale motivo illecito o discriminatorio e, sotto il profilo della correttezza nell'esecuzione negoziale, intesa, come accennato, quale dovere di salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio²¹³. Corollario dell'attribuzione del potere direttivo ed organizzativo all'utilizzatore è il riconoscimento in capo allo stesso del c.d. *ius variandi*²¹⁴.

L'attribuzione di tale potere si ricava dall'art. 23, comma 6 a mente del quale nel caso in cui l'utilizzatore "adibisca il lavoratore a mansioni superiori o comunque a mansioni non equivalenti a quelle dedotte in contratto, l'utilizzatore deve darne immediata comunicazione scritta al somministratore consegnandone copia al lavoratore medesimo. Ove non abbia adempiuto all'obbligo di informazione, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dalla assegnazione a mansioni inferiori".

Da tale ultima specificazione circa l'eventuale assegnazione a mansioni inferiori, larga parte della dottrina afferma che la disposizione comporterebbe una deroga all'art. 2103 cod. civ. e, in particolare, ammetterebbe l'assegnazione a mansioni inferiori a fronte del semplice pagamento dell'eventuale risarcimento del danno²¹⁵; una parte della dottrina ha infatti qualificato il fenomeno in termini di "monetizzazione delle mansioni"²¹⁶.

²¹² Il potere di richiamo come visto rappresenta un momento di autonomia tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro; la particolarità che sembra di poter notare è che in questa ipotesi è il contratto di lavoro a prevalere; e difatti, laddove il somministratore richiamasse il lavoratore contro la volontà dell'utilizzatore tale atto integrerebbe (o potrebbe integrare) un inadempimento, ma non sembra possa esplicare effetto alcuno rispetto al rapporto di lavoro (salva una differente volontà del lavoratore).

²¹³ C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, op. cit., pag. 472 e ss., pag. 477. Sembra, altresì, ipotizzabile – anche sulla base della giurisprudenza che ammette la reintegrazione "reale" nelle mansioni – che il lavoratore, chiesto l'accertamento dell'illiceità dell'atto datoriale (ad esempio perché nullo in quanto discriminatorio) possa anche chiedere la condanna del somministratore (non opponibile ovviamente all'utilizzatore) di essere nuovamente adibito alla somministrazione.

²¹⁴ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 300.

²¹⁵ S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op.cit., pagg. 100 e ss.; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, op. cit., pag. 104. Seppur in senso dubitativo P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 151 e ss.; CASSANETTI, FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, op. cit., pag. 185.

²¹⁶ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 151, nota 184, nella quale è – tra l'altro – sottolineato il fatto che l'eventuale "demansionamento" del lavoratore somministrato non può in nessun caso comportare l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 27.

Il dato letterale della disposizione sembra confermare tale opinione²¹⁷. Per tale ragione, da più parti si sono sollevate notevoli critiche alla norma ed anche il dubbio in ordine alla sua legittimità costituzionale²¹⁸.

È discusso se la responsabilità per i danni sia esclusiva dell'utilizzatore ovvero concorra con essa la responsabilità (anche) del somministratore; per la maggiore tutela del lavoratore e per il principio della responsabilità solidale, appare preferibile la soluzione che ammette anche la responsabilità del somministratore²¹⁹.

L'obbligo di comunicazione scritta al somministratore è funzionale all'eventuale adattamento del trattamento retributivo connesso al mutamento di mansioni; dunque, si ritiene non sussista (alcun obbligo di comunicazione) in caso di mutamento di mansioni, ma operato nell'ambito dell'equivalenza.

Nel caso di assegnazione, senza comunicazione al somministratore, del prestatore a mansioni superiori per un periodo superiore a tre mesi (ovvero il diverso superiore termine indicato dal contratto collettivo da applicare in base alla regola paritaria) il lavoratore acquista (salvo che l'adibizione sia stata disposta per sostituire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto) il diritto alla promozione automatica ex art. 2103 cod. civ.; secondo la dottrina maggioritaria (e condivisibile) tale diritto è esercitabile solo all'interno della missione in cui tale promozione è stata conseguita, con la conseguenza che al termine di essa il prestatore "ripartirà da

²¹⁷ Laddove così fosse si sarebbe di fronte ad un'ulteriore deroga ai principi dettati dall'art. 2103 cod. civ. presente nella disciplina "speciale" del lavoro somministrato; l'altra, è stata segnalata, P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 300, nell'ambito del lavoro a tempo indeterminato con riferimento alla sua possibile "sospensione" e "collocamento in disponibilità" del lavoratore; nel caso di cui all'art. 23, comma 6, peraltro, la deroga avrebbe "portata generale": varrebbe tanto per il contratto di lavoro a tempo determinato, quanto per il contratto di lavoro a termine. Non può non sottolinearsi, sotto altro profilo, che proprio l'art. 2103 cod. civ. sia uno degli istituti "incriminati" di obsolescenza o inadeguatezza nell'ambito dell'intenso dibattito sulla complessiva riforma del diritto del lavoro; G. PROIA, *Verso uno Statuto dei lavori?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, pagg. 61 e ss., v. pag. 65: l'Autore precisa di non esprimere sul punto alcuna valutazione e tanto meno adesione.

²¹⁸ In particolare, P. CHIECO *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti di lavoro intensive*, op. cit., pag. 151 e ss., il quale parla di "abbattimento" di un "vero e proprio caposaldo del trattamento normativo inderogabile del lavoratore, per giunta per effetto dell'esercizio di poteri gestionali da parte di un soggetto diverso dal suo datore di lavoro" e di "mancanza di qualsivoglia motivazione o giustificazione a tale diverso regime sostanziale e sanzionatorio" con "palese illegittimità" della norma per violazione dell'art. 3 Cost.; v. altresì F. BANO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare*, op. cit., pagg. 361 che afferma parimenti l'inspiegabilità della disposizione e ne trae la illegittimità costituzionale anche sulla base della riconduzione del lavoro somministrato al lavoro subordinato ordinario. Una parte della dottrina ha affermato che la deroga prevista dall'art. 23, comma 6, sarebbe assimilabile alle altre già positivamente previste dall'ordinamento; S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pagg. 100.

²¹⁹ CASSANETTI, FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, op. cit., pag. 187; S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pagg. 100.

zero” senza diritto alla qualifiche “acquisita”²²⁰.

Si ritiene, dunque, che il lavoratore acquisti la qualifica definitivamente solo qualora l’adibizione a mansioni superiori avvenga con il consenso del somministratore²²¹. Il lavoratore, oltre ad essere obbligato ad usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta o dall’interesse dell’impresa utilizzatrice, è altresì tenuto ad osservare le disposizioni “per l’esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall’utilizzatore o dai collaboratori che da questi gerarchicamente dipendono”²²²; e ciò, in linea con la previsione già contenuta nell’art. 4 comma 1 della Legge n. 196 del 1997 (previsione che, secondo parte della dottrina, non sarebbe stata riprodotta in quanto già desumibile dal citato comma 2 dell’art. 20). Il base all’art. 23, comma 7 “Ai fini del potere disciplinare, che è riservato al somministratore, l’utilizzatore comunica al somministratore gli elementi che formeranno oggetto della contestazione ai sensi dell’art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300”. Secondo una parte della dottrina “la mancata comunicazione di inadempimenti del lavoratore, o la comunicazione intempestiva, costituiscono [...] a loro volta precisi inadempimenti dell’utilizzatore, con conseguente obbligo risarcitorio”²²³; secondo altra parte della dottrina, per contro, la predetta comunicazione non integra un obbligo ma un mero “onere”, il cui mancato assolvimento preclude all’utilizzatore di azionare eventuali pretese risarcitorie verso il somministratore per gli eventuali danni connessi a mancanze del

²²⁰ R. DEL PUNTA, *La «fornitura» di lavoro temporaneo nella l. n. 196/197*, op. cit., pag. 230. Contra M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Op. cit.*, pag. 432.

²²¹ Secondo una parte della dottrina, tale consenso sembrerebbe potersi desumere anche implicitamente ogni volta che l’utilizzatore adempia all’obbligo di comunicazione preventiva e ad essa non segua un dissenso dell’agenzia: M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, op. cit.*, pag. 430, 432.

²²² V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pagg. 293 il quale afferma che “il potere disciplinare [...] è parte integrante sia del contratto commerciale sia del contratto di lavoro e dimostra come la prestazione debba rispondere sia sotto il profilo soggettivo (caratteristiche personali) ed oggettivo (contenuto della prestazione) agli standard qualitativi attesi da chi decide di farsi somministrare lavoro altrui. La dottrina formatasi sotto la Legge n. 196 del 1997 ha sottolineato che l’esercizio del potere disciplinare è esercitato dall’agenzia “nel proprio interesse” precisando che “nella fattispecie del lavoro temporaneo, l’interesse creditorio del fornitore a ricevere la (esatta) prestazione del lavoratore si modella (per lo più, salvo che nei periodi di disponibilità per il contratto a tempo indeterminato) sul distinto e parallelo interesse creditorio dell’utilizzatore (situato sul diverso piano del contratto di fornitura) a ricevere” le prestazioni lavorative. “In altre parole, l’interesse creditorio del fornitore – sul piano del contratto di lavoro – ha identico contenuto dell’interesse creditorio dell’utilizzatore – che opera sul distinto piano del contratto di fornitura”, M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, op. cit.*, pag. 388, 389.

²²³ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 388.

lavoratore somministrato²²⁴. Ad avviso di chi scrive, tale seconda impostazione è da condividere, atteso che non è desumibile dalla Legge la natura obbligatoria della comunicazione; d'altro canto, sembra che laddove in concreto si verificasse un danno ingiusto in capo al somministratore a causa della mancata o intempestiva comunicazione dell'illecito disciplinare del prestatore da parte dell'utilizzatore, questi (quanto meno ex art. 2043 cod. civ.) dovrebbe ritenersi soggetto a responsabilità risarcitoria.

È, altresì, discusso se debba farsi riferimento al codice disciplinare del somministratore²²⁵ oppure a quello dell'utilizzatore²²⁶; sembra preferibile la conclusione secondo la quale è ragionevole considerare che possano rilevare "congiuntamente", fermo che il codice dell'utilizzatore sarà quello di riferimento²²⁷. Conclusione, che appare essere stata confermata dalla prassi collettiva in materia di lavoro temporaneo, recante il rinvio alle disposizioni previste dalla contrattazione collettiva dell'utilizzatore²²⁸.

Secondo la dottrina l'esercizio del potere disciplinare è pienamente discrezionale da parte dell'utilizzatore e, dunque, la valutazione dell'illecito e la conseguente iniziativa sanzionatoria sono rimessi alla valutazione del somministratore, da considerare del tutto autonoma: sia sul "se" adottare un provvedimento disciplinare, sia su "quale" provvedimento irrogare; e ciò, a prescindere da qualunque "proposta" dell'utilizzatore²²⁹.

²²⁴ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 301.

²²⁵ In questo senso sotto la vigenza della Legge n. 196 del 1997, CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 389.

²²⁶ F. BANO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare*, op. cit., pag. 360.

²²⁷ M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, op. cit., pag. 320.

²²⁸ F. BANO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare*, op. cit., pag. 360.

²²⁹ In particolare, M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Op. cit.*, pag. 321 il quale, seppur con riferimento alla Legge n. 196 del 1997, a fondamento della tesi precisa: "anche nel lavoro [...] tramite agenzia la previsione in astratto della sanzione disciplinare pare [...] strumentale all'esatto adempimento della prestazione lavorativa che[...] rileva direttamente soltanto sul piano dei rapporti tra lavoratore e impresa fornitrice [...]"; l'interesse dell'impresa utilizzatrice tutelato dalla norma non è tanto quello della effettiva applicazione della sanzione quanto piuttosto quello relativo all'esatto adempimento del contratto di fornitura [...] rispetto al quale il lavoratore temporaneo rimane formalmente estraneo. L'erogazione o meno della sanzione [...] è strumentale, in altri termini, all'interesse dell'agenzia di lavoro [...] a cui è subordinato l'esatto adempimento del contratto di fornitura". S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pagg. 101.

4. Il dibattito dottrinario sul fenomeno della dissociazione dei tipici poteri datoriali. L'ipotesi della codatorialità

Il D.Lgs. n. 276 del 2003, all'art. 85, comma 1, lett. c) ha sancito l'abrogazione, espressa ed integrale, della Legge n. 1369 del 1960; all'art. 85, comma 1 lett. f) ha abrogato gli artt. da 1 ad 11 della Legge n. 196 del 1997²³⁰; agli articoli da 20 a 28 ha dettato la (principale parte della) disciplina della somministrazione di lavoro"; all'art. 29 ha "chiarito" la distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro, ponendo la disciplina di tutela del lavoro nell'appalto; all'art. 30 ha definito la disciplina del distacco.

L'idea di garantire alle imprese una varietà assai ampia di contratti per "flessibilizzare" un sistema ritenuto eccessivamente rigido ha determinato, però, una situazione di vera e propria alterazione funzionale dei modelli contrattuali che, oltre ad essere in numero eccessivo, vengono usati per ragioni molto diverse da quelle che sono le loro finalità originarie.

È stato, peraltro, evidenziato che l'art. 22, comma 1 – sancendo positivamente la soggezione del rapporto di lavoro alla disciplina del lavoro "ordinario", salve le specifiche disposizioni poste in ragione dell'oggettiva peculiarità del rapporto di lavoro somministrato – ha di fatto ridotto la questione ad un ambito solo sistematico²³¹. Da un punto di vista "sistematico", la scelta del Legislatore appare confermare la piena compatibilità logico-formale tra il tipo delineato dall'art. 2094 cod. civ. e la deviazione delle prestazioni lavorative del dipendente in favore del

²³⁰ Un parte della dottrina ha ritenuto che l'abrogazione della Legge n. 196 non sia legittima in quanto non prevista dalla Legge delega P. CHIECO *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labor intensive*, op.cit., 2006, pag. 106 e ss. Invero, anche prima dell'esercizio della delega, si ipotizzava autorevolmente che la legge n. 196 dovesse continuare a "convivere" con la nova somministrazione; 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, pag. 272. A sostegno della legittimità della abrogazione, si è addotto che l'art. 1, comma 2, lett. o) della Legge n. 30 del 2003 prevede l'abrogazione di tutte le norme, anche se non espressamente indicate, che sono direttamente o indirettamente incompatibili con i con gli emanandi decreti e la disciplina della somministrazione riguarda l'intera materia sul lavoro temporaneo, V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op.cit., pagg. 286 e ss.); cfr. M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco, in La riforma Biagi del mercato del lavoro, Prime interpretazioni e proposte di lettura del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, a cura di M. TIRABOSCHI, Giuffrè, 2004, pag. 212.

²³¹ S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 69.

terzo. Si dibatte – ovviamente – sulla effettiva portata della riforma²³² e, in particolare, sulla base di quale meccanismo giuridico fosse possibile, già nel vigore della precedente disciplina, attribuire il potere direttivo ad un soggetto diverso dal datore di lavoro, stricto sensu, cioè l'utilizzatore che non è, appunto, la controparte contrattuale del lavoratore.

Molteplici sono le ricostruzioni dirette a sistemare il fenomeno in base al quale si realizza la sopra sintetizzata dissociazione delle posizioni giuridiche del rapporto di lavoro ed inquadrare il rapporto corrente tra lavoratore ed utilizzatore. Sul punto, senza alcuna pretesa di completezza, si può osservare quanto segue.

Larga parte della dottrina (seppur con argomentazioni in parte differenziate) tende ad escludere la possibilità che il fenomeno possa essere ricondotto ai “tradizionali” istituti (nominati dal codice civile) della rappresentanza, del contratto per persona da nominare, della cessione del credito, della cessione del contratto e del contratto a favore di terzi.

Ed invero, quanto all'ipotesi della rappresentanza e del contratto per persona da nominare, si osserva che il somministratore, non opera in nome altrui (quale mero collocatore di manodopera), ma è parte sostanziale del contratto e rimane costantemente coinvolto nell'esecuzione del programma negoziale, accollandosene peraltro i rischi connessi all'inadempimento ed alla impossibilità della prestazione da parte del prestatore²³³; quanto all'ipotesi della cessione del credito si osserva che

²³² Basti considerare che secondo alcuni la riforma introdurrebbe “una profonda trasformazione del diritto del lavoro”, P. CHIECO *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative*, op. cit., pag. 105 e ss., che di fatto rende possibile interrompere “il legame tra lavoratore e datore di lavoro”; V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pagg. 279), attribuendo “una rilevanza giuridica organica a istituti che si pongono in rapporto di alternativa funzionale al contratto di lavoro”, R. ROMEL, *Somministrazione, appalto e trasferimento d'azienda*, op. cit., pag. 179, secondo il quale “la nuova disciplina conferisce per la prima volta; per contro, secondo altri, la riforma cambia (complessivamente) “poco e male”; A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, op. cit., pag. I) e, in ogni caso, resterebbe anche a seguito della riforma – e dovrebbe restare in forza del disegno costituzionale – la assoluta centralità del contratto ex art. 2094 cod. civ. quale strumento necessario e generale per l'impiego di forza lavoro nel sistema dell'organizzazione del lavoro; O. MAZZOTTA, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione*, op. cit., pag. 163.

²³³ M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*. Op. cit., pag. 295 e ss., per la stessa ragione l'Autore esclude la riconducibilità del fenomeno al contratto per persona da nominare; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 351. La tesi della rappresentanza è di G. SUPPIET, *L'interposizione brevettata*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, pagg. 26 e ss.; di recente ribadita in *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, 2005, Tomo II, pag. 1284. Sulla non riconducibilità del fenomeno della deviazione della prestazione lavorativa in favore di un terzo agli istituti della rappresentanza e del contratto per persona da nominare v. in generale già S. MAGRINI,

tale istituto integra un contratto ad effetti reali rispetto al quale è del tutto estraneo il debitore ceduto²³⁴, a differenza di quanto accade nella peculiare fattispecie della fornitura di lavoro²³⁵; quanto all'ipotesi della cessione del contratto, si sottolinea che tale istituto non configura un fenomeno di dissociazione contrattuale, in quanto la titolarità del contratto e tutte le posizioni giuridiche restano attribuite esclusivamente ad una parte²³⁶ (il cessionario, che subentra nella "stessa posizione contrattuale del cedente"²³⁷); quanto all'ipotesi del contratto in favore di terzi²³⁸, si osserva che essa è contraddetta dal fatto che il terzo (l'utilizzatore) è destinatario anche di posizioni passive costituenti veri e propri obblighi e non solo oneri²³⁹; circostanza, questa, la cui ammissibilità è esclusa nell'ambito dello schema di cui all'art. 1411 cod. civ.²⁴⁰.

Le tesi più convincenti che, a tale proposito, si sono tradizionalmente contrapposte, però, sono quelle di seguito descritte.

La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro, op. cit., pag. 49, 50: "con riguardo ad entrambe le figure, non v'è terzo che appai rispetto al rapporto di lavoro e neppure rispetto al contratto".

²³⁴ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pag. 591.

²³⁵ M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*. Op. cit., pag. 295 e ss.; v. anche M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op. cit., pagg. 114, che, peraltro, afferma la inammissibilità in generale della cessione di credito avente ad oggetto obbligazioni di *facere*; ma su tale affermazione v. *contra* F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 592). Sulla non riconducibilità del fenomeno della deviazione della prestazione lavorativa in favore di un terzo all'istituto della cessione del credito, v. in generale già S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pagg. 63, 64, sulla base del rilievo che la cessione del credito (a prescindere dalla sua ammissibilità rispetto ad obblighi di "fare") "suppone la definitiva estromissione di uno dei soggetti dal rapporto obbligatorio originario".

²³⁶ M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op. cit., pagg. 114. Sulla non riconducibilità del fenomeno della deviazione della prestazione lavorativa in favore di un terzo all'istituto della cessione del contratto, v. in generale già S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pagg. 50, 51, il quale precisa che in caso di cessione del contratto non comporta alcuna conservazione del rapporto originario in quanto realizza "un'ipotesi di subingresso del terzo nella posizione contrattuale propria del contraente originario: una sostituzione soggettiva in senso tecnico".

²³⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 971.

²³⁸ Tale ricostruzione sotto la Legge n. 196 del 1997 è stata proposta da vari Autori: O. MAZZOTTA, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, op. cit., pag. 190; M. LANOTTE, *Tipologia e qualificazione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Il lavoro temporaneo*, a cura di L. GALANTINO, Giuffrè, 2000, pagg. 224 e ss. il quale tuttavia compie rispetto a tale ricostruzione una serie di "precisazioni" e conclude che fermo lo schema di cui all'art. 1411 cod. civ. "solo dal collegamento dei due negozi si può ricavare l'intera e complessa disciplina giuridica che lega fra loro i tre soggetti della relazione socio-economica".

²³⁹ M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 353; M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op. cit., pag. 115.

²⁴⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pagg. 892, 893.

Ancora sempre senza pretesa di completezza: secondo una parte della dottrina il fenomeno dissociativo nella fornitura di lavoro sarebbe frutto del particolare collegamento tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro e l'attribuzione dei poteri all'utilizzatore costituirebbe, dunque, "effetto legale" di tale collegamento²⁴¹; altra parte della dottrina, nell'ambito di un'unitaria ricostruzione del fenomeno dell'attribuzione dei poteri datoriali al terzo comprensiva del distacco, ha sottolineato che tale attribuzione avverrebbe "per effetto della volontà delle parti" secondo lo schema generale della "sostituzione nell'attività giuridica altrui"²⁴²; altra parte ancora della dottrina ha proposto (anche sulla base della scelta "terminologica" del Legislatore) la riconduzione del contratto di somministrazione entro il tipo e la disciplina di cui agli artt. 1559 cod. civ. ed ha affermato che l'attribuzione di poteri datoriali all'utilizzatore sarebbe effetto della "struttura binaria" del contratto (art. 1570 cod. civ.)²⁴³.

²⁴¹ S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pag. 98; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 358, 359: "creditore della prestazione lavorativa è il fornitore che stipula [...] in nome proprio e per soddisfare un proprio interesse [...] si deve ritenere che l'utilizzatore eserciti potere direttivo e potere di controllo – per soddisfare il proprio interesse all'adempimento del diverso contratto di cui è parte, il contratto di fornitura – "conformando così un'obbligazione altrui": il potere giuridico è scisso, in questo caso per esplicita volontà di legge, dal diritto di credito cui normalmente accede [...] questa scomposizione fra credito di lavoro e potere direttivo (e di controllo) è possibile, perché la prestazione cui si obbliga il lavoratore con il contratto di lavoro temporaneo (attività di lavoro) ha materialmente lo stesso contenuto di quella a cui si obbliga il fornitore con il contratto di fornitura [...] in altre parole l'adempimento del lavoratore verso il fornitore [...] è per ciò stesso [...] adempimento del fornitore verso l'utilizzatore"; nello stessa prospettiva V. SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/197*, a cura di LISO, CARABELLI, Franco Angeli, 1999, pag. 239 e ss.

²⁴² M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op. cit., pagg. 116 e ss. che definisce l'ipotesi della sostituzione nell'altra attività giuridica come segue: "l'ipotesi per la quale il titolare del contratto e del relativo credito delega ad altri solo alcune posizioni giuridiche attive che da quel contratto scaturiscono. Ne deriva che per effetto della volontà delle parti il terzo si sostituisce nell'attività giuridica del datore di lavoro per sua esplicita autorizzazione senza diventare, pur tuttavia, creditore del lavoratore. Il datore di lavoro delegante, infatti, rimane il creditore della prestazione di lavoro pur trasferendo ad altri l'esercizio del potere direttivo e, quindi, l'utilizzazione della prestazione lavorativa"; e precisa, anche ai fini della legittimità del distacco che "la delega delle posizioni attive deve costituire mezzo di soddisfazione dell'interesse tipico che il creditore attende dalla prestazione di lavoro subordinato e, cioè, l'interesse al coordinamento della prestazione in funzione del risultato che egli persegue con la sua attività, sia essa imprenditoriale o no" restando irrilevante l'accertamento dell'interesse del terzo se non ai fini dei rapporti con tra questi ed il datore di lavoro.

²⁴³ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 112 il quale dopo aver precisato che il Legislatore ha "formalmente optato per l'inquadramento" del contratto di somministrazione "nel tipo negoziale di cui agli artt. 1559 ss. cod. civ.", afferma che questo "comporta l'applicazione di una disciplina che struttura il contratto in due parti: l'una unitaria e comune l'altra variabile per effetto dell'applicazione delle norme proprie delle figure contrattuali a cui corrispondono le singole

Infine, parte della dottrina ha ipotizzato di interpretare il fenomeno della fornitura di lavoro (disciplinato ex lege) in modo più complessivo, definendolo espressamente “nuova forma giuridica di lavoro”.

Secondo tale impostazione, la “interazione” tra il contratto di fornitura ed il contratto di somministrazione comporterebbe “la nascita di una obbligazione soggettivamente complessa funzionale alla ripartizione contrattuale” delle posizioni giuridiche (attive e passive) coinvolte nel fenomeno²⁴⁴.

Di segno opposto – poi – appaiono le opinioni espresse in ordine alla complessiva bontà della nuova disciplina ed alla sua opportunità, sotto il profilo della “politica del diritto” e nella prospettiva della tutela di lavoratori²⁴⁵.

La giurisprudenza della Suprema Corte – Sezioni penale, Sezione civile e Sezioni Unite – può dirsi uniforme nell’affermazione della persistenza del divieto di interposizione e della natura eccezionale dell’area lecita rappresentata dalla somministrazione di lavoro e dal distacco. Pertanto, si afferma che “nel rapporto trilatero di somministrazione di lavoro” si realizzerebbe una “disgregazione degli elementi che nel rapporto di lavoro subordinato ordinario integrano la posizione

prestazioni somministrate” ex art. 1570 cod. civ. E, dunque, conclude (pag. 149) che è proprio “la struttura binaria del tipo negoziale” che consente il trasferimento della titolarità dei poteri datoriali.

²⁴⁴ M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, op. cit., pag. 341 e ss. In particolare, secondo l’Autore l’obbligazione complessa sarebbe funzionale alla ripartizione contrattuale “dei rischi, dei poteri, degli obblighi e delle responsabilità connesse all’utilizzo di forza-lavoro eterodiretta”. E ciò non sarebbe da intendere quale “pura e semplice traslazione dei rischi, degli obblighi e delle responsabilità che sono propri del lavoro dipendente in capo a soggetti diversi dall’effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, comportando molto più semplicemente una nuova strutturazione di quelle determinate posizioni soggettive che, alla stregua dei principi dell’ordinamento, legittimano l’appropriazione del risultato prodotto dal lavoro altrui”.

²⁴⁵ Basti considerare, anche in questo caso, le posizioni espresse in termini apertamente negativi da V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pagg. 278 e ss. secondo il quale la riforma avrebbe introdotto un “drastico ridimensionamento delle tutele giuridiche” e “non produrrà neppure sensibili incrementi nell’occupazione in tutti quei casi in cui gli istituti [...] verranno utilizzati per sostituire lavoratori propri con altri gestiti dal somministratore o dall’appaltatore (e che potrebbero essere gli stessi in precedenza utilizzati”); l’Autore, infatti, propone una complessiva proposta di riforma “della riforma” V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, pagg. 3 e ss. e da M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 33 e ss., secondo la quale tanto la nuova disciplina del lavoro in appalto, quanto quella della somministrazione indicano una “pericolosa strada” della “concorrenza al ribasso nel trattamento riconosciuto ai lavoratori impiegati”, e le posizioni espresse (ovviamente) in tutt’altra direzione da M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, op. cit., pag. 210 il quale afferma 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”; cfr. A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, op. cit., pagg. 99 e 100, che, suppur nell’ambito del sopra indicato giudizio complessivamente negativo, rispetto alla somministrazione afferma: “non si tratta di una flessibilizzazione selvaggia, ma minuziosamente normata al fine non solo di garantire la persona e gli interessi del lavoratore somministrato, ma anche di contenere entro limiti fisiologici l’utilizzazione dell’istituto”.

giuridica del datore di lavoro”²⁴⁶. Conseguentemente, sulla base di tale impostazione, sarebbe possibile (e corretto) definire il fenomeno in termini di “co-impiego”²⁴⁷, secondo una figura propria del sistema statunitense emersa sulla base c.d. Joint Employment Doctrine²⁴⁸, peraltro ormai diffusa in molti ordinamenti giuridici evoluti.

In sostanza, a prescindere dalla tipologia giuridica utilizzata dalle parti (somministrazione, appalto ecc.) e dalla qualifica formale posseduta, la figura del datore di lavoro é riconosciuta nei casi in cui «diversi imprenditori codeterminano le condizioni di svolgimento del rapporto di lavoro». La codeterminazione è individuata in base ad alcuni indici specifici, tra cui la fissazione delle condizioni di lavoro e della retribuzione, la supervisione quotidiana e l'esercizio del potere disciplinare.

Tale ultima proposta interpretativa è intesa anche quale “tecnica di tutela”²⁴⁹

²⁴⁶ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro appalto e distacco*, op. cit., pag. 296, il quale precisa che “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 [...] e del contratto di fornitura” e dunque “ne risulta pienamente confermata la costruzione del rapporto trilatero come rapporto di lavoro caratterizzato dalla duplicazione del creditore della prestazione lavorativa”

²⁴⁷ M. ESPOSITO, *La nozione di datore di lavoro e le fattispecie interpositive*, in *Problemi giuridici del lavoro*, a cura di RUSCIANO, Jovene Editore, 2004, pagg. 149 e ss., pag. 161, 162; il quale afferma che la deviazione della prestazione lavorativa al terzo “senza dubbio rompe la monolitica compattezza del dualismo datore di lavoro (unico=formale= sostanziale=creditore=parte contrattuale)/prestatore di lavoro” e che rispetto a tale dualismo “appare coerente e ragionevole” ipotizzare una “nuova articolazione della figura datoriale [...] avuto riguardo agli sviluppi più recenti della legislazione [...] e del sistema economico-sociale”; v. anche R. SALOMONE, *Lavoro somministrato tramite agenzia e qualificazione della fattispecie contrattuale: la giurisprudenza inglese scopre il co-datore?*, nota a COURT OF APPEAL, Civil Division, 5 marzo 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 20 e ss., pag. 26.

²⁴⁸ Sulla quale L. CORAZZA, *Contrattual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, op. cit., pagg. 226 e ss.; cfr. V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, op. cit., pagg. 3 e ss., pag. 38. In sintesi, secondo tale impostazione – incentrata sull’attenzione ai rimedi e non sulla esatta individuazione della fattispecie – viene attribuita la qualifica di datore di lavoro a più di un soggetto in tutte le ipotesi in cui, a prescindere dalla qualifica formale, si riscontri una situazione nella quale “diversi imprenditori codeterminano le condizioni di svolgimento del rapporto”. Gli “indici spia” per rilevare tale “codeterminazione” sono radicati sulla “influenza che l’imprenditore committente riveste su alcune vicende del rapporto di lavoro, come l’assunzione o il licenziamento del lavoratore, la promozione e gli avanzamenti nella carriera, la fissazione delle condizioni di lavoro e della retribuzione, la supervisione quotidiana e l’esercizio del potere disciplinare”. Gli effetti dello “status di lavoratore «congiunto»”, si producono tanto a livello di relazioni sindacali e contrattazione collettiva (ad esempio obbligo sia per il datore di lavoro che per l’utilizzatore di trattare con i rappresentanti dei lavoratori utilizzati) tanto a livello di rapporto (ad esempio rispetto dei minimi salariali; disciplina dei congedi parentali ecc.).

²⁴⁹ M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*. Op. cit., pag. 344, 345 che (già con riferimento al lavoro temporaneo) precisa(va) che “la legalizzazione” del lavoro somministrato rappresenta “una tappa particolarmente significativa di un processo di evoluzione del diritto del lavoro, teso a imputare parte delle responsabilità e delle tutele tipiche del diritto del

all'interno del denso e risalente dibattito che ruota attorno ad una complessiva ridefinizione del diritto del lavoro²⁵⁰. E di essa si discute a livello europeo²⁵¹, nell'ambito delle strategie della c.d. flexicurity²⁵².

lavoro dipendente a prescindere dall'esistenza di un vincolo giuridico diretto di subordinazione tra lavoratore e persona nel cui interesse viene resa la prestazione" e che è coerente con "le logiche giuridiche sottese a quelle posizioni dottrinali che, lungi dal proporre la creazione di un tertium genus tra autonomia e subordinazione, suggeriscono di affrontare la non certo agevole questione della ridefinizione dei confini tra autonomia e subordinazione dalla parte delle tutele piuttosto che dalla parte delle qualificazioni del rapporto di lavoro". M. ESPOSITO, *La nozione di datore di lavoro e le fattispecie interpositive*, op. cit., pag. 162 cit.; cfr. O. MAZZOTTA in *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositivi*, op. cit., pag. 271 che definisce incoerenti con il nostro ordinamento (incentrato su fattispecie regolative) ipotesi di "tutele «rimediali», come la parità di trattamento fra i vari lavoratori che operano nell'impresa, l'introduzione dell'obbligo solidale per la garanzia dei diritti dei lavoratori a carico dei co-datori di lavoro et similia, che sono, per contro, proprie dell'ordinamento "nordamericano". Cfr. sempre in senso critico G. PROIA, *Verso uno statuto dei lavori?*, op. cit., pag. 61 e ss. Sembrano appartenere alla medesima tecnica di tutela le prospettive che tendono ad imporre parità di trattamento e responsabilità solidale in tutti i casi di situazione di dipendenza economica si cui si è detto sopra con riferimento alla disciplina dettata dalla legge n. 1369 del 1960 con riferimento all'appalto endaziendale (v., in particolare, su tale prospettiva L. CORAZZA, *"Contrattual integration e rapporti di lavoro. Op. cit., p. 204, v. altresì V. SPEZIALE, Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, op. cit., pag. 3 e ss.

²⁵⁰ Di recente G. PROIA, *Verso uno statuto dei lavori?* op. cit., pag. 61 e ss. ove – tra l'altro – sotto il profilo metodologico – viene espresso il dissenso alla proposta di "parte della dottrina di aggirare il problema definitorio, affrontando la predisposizione di uno Statuto dei lavori non dalla parte della fattispecie (ossia, partendo dall'individuazione dei destinatari), ma dalla parte delle tutele (ossia partendo dall'individuazione delle garanzie e delle protezioni)" e precisato che le stesse proposte di riforma del diritto del lavoro "Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori" (proposta a cura di BIAGI) e "Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori" (d.d.l. n. 1872 del 2002, presentato dai Senatori TREU, Amato ed altri), che dichiarano di aderire a tale impostazione, "devono fare i conti con la necessità di definire la fattispecie, o il campo di applicazione, o i destinatari, delle tutele previste". In generale sulle tecniche di tutela, vedi *Tutele del lavoro e nuovi schemi organizzativi nell'impresa*, (a cura di L. FICARI. Atti del convegno, Viterbo 17 ottobre 2003, organizzato dalla Facoltà di economia dell'Università della Tuscia; v. *Le tecniche normative nella disciplina del rapporto di lavoro. Atti del convegno*, Roma 7 maggio 2004, organizzato dalla Università degli Studi di Roma Tor Vergata e A.I.D.LA.S.S., Giappichelli, 2005.

²⁵¹ cfr. COURT OF APPEAL, Civil Division, 5 marzo 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, pag. 20 e ss., pag. 26. R. SALOMONE, *Lavoro somministrato tramite agenzia e qualificazione della fattispecie contrattuale: la giurisprudenza inglese scopre il co-datore?*

²⁵² Con tale espressione si intende lo sforzo diretto a coniugare flessibilità e sicurezza del lavoro e contemperare le ragioni dell'economia con quelle della protezione e della sicurezza dei lavoratori. La "strategia" della flexicurity sembra ribadire che "il diritto del lavoro" deve muoversi anche "in una dimensione «non economica», nella quale sono in gioco valori fondamentali (equità, uguaglianza, solidarietà sociale, sicurezza, dignità, ecc.) che devono essere sottratti alla logica dello scambio mercantile e alle esigenze di efficienza, produttività, massimo incremento dei benefici e riduzione dei costi"; cfr. V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, op. cit., pag. 3 e ss., in partic. pag. 21. La tematica a livello europeo è complessa e vasta; essa appare collocarsi nel più ampio tema della c.d. responsabilità sociale dell'impresa delineata, dal c.d. Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee del 18 luglio 2001, in una "dimensione interna" ("gestione delle risorse umane; salute e sicurezza sul lavoro; adattamento alle trasformazioni; gestione degli effetti sull'ambiente e delle risorse naturali" punti 2.1 – 2.1.4), ed in una "dimensione esterna" ("partnership commerciali, fornitori e consumatori; diritti dell'uomo; preoccupazioni ambientali a livello planetario", punti 2.2 – 2.2.4). Sulla responsabilità sociale dell'impresa, R. DEL PUNTA, *Responsabilità sociale dell'impresa e diritto del lavoro*, op. cit., pagg. 117 e ss.

Rispetto ad essa si riscontrano sia differenti posizioni (e proposte) ricostruttive²⁵³, sia differenti giudizi (“tecnici”²⁵⁴ e di “politica del diritto”²⁵⁵). Per quanto arduo sia (se non temerario) esprimere un’opinione su una tematica così ampia, complessa e delicata, peraltro, dibadutto ad un recente convegno dell’Aidlass, lo sforzo ricostruttivo della fattispecie fornitura di lavoro in termini (unitari ed autonomi) di co-impiego/codatorialità appare convincente, “almeno sul piano descrittivo”, in quanto manifesta l’essenza del fenomeno e la sua assoluta novità in termini di rapporti giuridici di (utilizzo del lavoro: il lavoratore è “al servizio” di due datori di lavoro (e la sua effettiva utilizzazione, nel rapporto a tempo indeterminato, peraltro, è rimessa alla “libera” determinazione del somministratore²⁵⁶). Inoltre, tale impostazione sembra attribuire il “giusto” rilievo e peso all’interesse dell’utilizzatore rispetto allo svolgimento del rapporto di lavoro del prestatore somministrato.

D’altro canto, l’applicazione della codatorialità, quale tecnica di tutela, sembrerebbe possa concorrere ad una equilibrata estensione di garanzie minime

²⁵³ Si consideri ad esempio V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, op. cit., in partic. pagg. 56 ove è prospettata una codatorialità, di cui si propone l’applicazione (a tutte le ipotesi di appalto di opere e servizi caratterizzate dalla stabilità nel tempo dell’integrazione tra committente ed appaltatore) in senso sostanziale: con effettiva parificazione quanto alla disciplina dei rapporti di lavoro, del committente e dell’appaltatore, in materie quali la disciplina del licenziamento collettivo; la disciplina della tutela avverso il licenziamento illegittimo; la responsabilità retributiva e risarcitoria; la reintegrazione presso il committente a fronte di un licenziamento per ragioni economiche invalido o inefficace.

²⁵⁴ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 355, 356: “La tesi [...] non solo facendo variare volta a volta l’interesse in funzione del quale l’obbligazione lavorativa deve essere adempiuta, costruisce in capo al lavoratore non una, ma diverse obbligazioni, aggravandone così – contro le intenzioni dichiarate – la posizione, ma soprattutto non fornisce un criterio affidabile – salvo un generico rinvio alla volontà delle parti – per decidere a chi spettano crediti poteri, obblighi e responsabilità nel caso in cui il legislatore non statuisca espressamente”.

²⁵⁵ Sul punto si rinvia a O. MAZZOTTA, da ultimo, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, op. cit., pag. 265 e ss. ove si adombra, rispetto all’intera riforma “dei lavori”, un sospetto di tenuta rispetto ai “limiti di sistema” di matrice costituzionale e si afferma essere in atto un processo di “de-tipizzazione” a seguito della creazione delle tante nuove figure contrattuali attraverso le quali procacciarsi forza lavoro.

²⁵⁶ Con conseguente attenuazione del diritto alle “mansioni”. Invero, stante la deroga all’art. 2103 cod. civ. contenuta nell’art. 23, comma 6 (ed ammessa la sua legittimità) anche durante la somministrazione i diritti ex art. 2103 cod. civ. appaiono di fatto limitati (ad una tutela solo economica); dal che (per mero esercizio) se ne potrebbe concludere – se non si erra – per la specialità complessiva del rapporto, se per contratto di lavoro “speciale” si volesse intendere quello caratterizzato da una regolamentazione che esclude parte rilevante della disciplina generale “ordinaria”; rapporto di lavoro, peraltro, caratterizzato, altresì, dalla ricorrenza di “elementi” del tutto peculiari – la deviazione al terzo della prestazione e l’inserimento nella struttura del terzo medesimo – che, seppur compatibili con il “tipo lavoro ordinario” potrebbero apparire tali da ipotizzare l’integrazione di un sotto-tipo. Rilievi, questi che, a prescindere dall’aspetto teorico, indicano la innegabile particolarità del lavoro somministrato; particolarità che a livello sociale risulta avvertita senza dubbi o riserve.

delle condizioni di lavoro (ed anche delle prerogative collettive) tutte le volte in cui si ravvisino rapporti commerciali tra imprese tali da creare “una vera e propria organizzazione integrata, dove l’appaltatore condivide gli interessi organizzativi della impresa appaltante” ovvero idonei a garantire ad una delle due imprese una condizione di supremazia, gerarchica ed economica, tale da condizionare la vita dell’altra.

Deve, tuttavia, essere sottolineato che le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno, di recente, avanzato serie “riserve” all’affermazione in generale dell’ipotizzata fattispecie della “codatorialità”. E difatti, le Sezioni Unite, dopo aver precisato che “la struttura del rapporto di lavoro subordinato quale risulta dalla normativa sostanziale (art. 2094 c.c.) è bilaterale e non plurilaterale”, hanno ribadito la sussistenza nell’ordinamento di una “regola generale giuslavoristica secondo la quale in relazione ad identiche, anche per quanto riguarda ai periodi temporali, prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro dovendosi considerare, come parte datoriale solo colui su cui fa carico il rischio economico dell’impresa nonché l’organizzazione produttiva nella quale di fatto è inserito con carattere di subordinazione il lavoratore, e l’interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest’ultimo, con la conseguenza che chi utilizza dette prestazioni deve adempiere tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo nascenti dal rapporto di lavoro”, sottolineando che tale “principio di carattere generale” non ha “perduto consistenza giuridica” neppure a seguito dell’entrata in vigore del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, in quanto “detta disciplina” pur avendo “espressamente riconosciuto con la somministrazione di lavoro e in certa misura anche con il distacco [...] una dissociazione fra titolare e utilizzatore del rapporto con una consequenziale disarticolazione e regolamentazione tra i due degli obblighi correlati alla prestazione lavorativa” – “presentandosi come una innovazione [...] rilevante per le implicazioni di carattere teorico sulla sistemazione dogmatica del rapporto di lavoro” – si configura come una eccezione, non suscettibile di applicazione analogica né di interpretazione estensiva”²⁵⁷. La tesi descritta, che è

²⁵⁷ Cass., S.U., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Guida al lavoro*, n. 45, pagg. 17 e ss. Ci si permette altresì di osservare come, dall’altro canto, tuttavia, la stessa giurisprudenza (in materia di lavoro nei gruppi) appare ammettere la “contitolarità solidale” in capo a due imprese del rapporto di lavoro allorquando si verifichino contemporaneamente la sostanziale unitarietà delle strutture organizzative e produttive e l’utilizzazione promiscua del lavoratore medesimo da parte di ambedue le imprese (cfr. Cass., 24 marzo 2003, n. 4274, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, pagg. 740 e ss.; Trib. Monza, 28 aprile 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, II, pagg. 540 e ss.). D’altro canto, il tema della codatorialità

affermata solo incidentalmente dalla Corte in relazione ad un caso del tutto peculiare, ha trovato il consenso di autorevole dottrina²⁵⁸. L'interpretazione, come si è visto, si lega al problema della persistenza o meno del divieto di intermediazione, che richiede quindi un'analisi specifica. L'abrogazione della legge 1369/1960 e le innovazioni introdotte dal d.lgs. 276/2003 hanno aperto il dibattito su questo tema. Seppur con differenti impostazioni (anche assai differenti), in via generale, può dirsi condivisa in dottrina l'opinione secondo la quale anche sotto la vigenza del D. Lgs. n. 276 del 2003, e nonostante l'abrogazione della Legge n. 1369 del 1960, continui a vigere nell'ordinamento – in ragione dell'apparato sanzionatorio apprestato (in particolare, artt. 21 e 27) – un generale divieto di interposizione nel rapporto di lavoro, pur se la relativa area risulti ridotta.

Non mancano importanti opinioni contrarie, con accenti ed argomentazioni diverse e, in tale contesto, vi è chi ha affermato che, nella situazione attuale, non è corretto affermare che la «struttura del rapporto di lavoro subordinato, quale risulta dalla normativa sostanziale (art. 2094 cod. civ.) è bilaterale e non plurilaterale» (Cass., S. U. 22910/2006, cit., 1016). Nel nostro ordinamento sono presenti molteplici segnali che si muovono nella direzione di superare la tradizionale struttura del contratto di lavoro. Si pensi, ad esempio, alla materia della sicurezza, dove non solo il datore di lavoro non coincide con la nozione di titolare del contratto di lavoro subordinato (ma anche i dirigenti, i preposti, i delegati della sicurezza condividono con il primo porzioni consistenti di obbligo), ma è individuato a prescindere dalla natura, subordinata o meno, del contratto e la cui responsabilità è connessa al rapporto organizzativo con coloro che operano in collegamento funzionale con la struttura produttiva. Si consideri, poi, il rilievo che la legge attribuisce ad organizzazioni integrate, con la condivisione di obblighi giuridici e l'accollo di rischi che superano i confini tradizionali dei rispettivi ambiti contrattuali e si legano alla connessione tra interessi giuridici distinti e collegati. La bilateralità è certamente la caratteristica fisiologica ed ordinaria del contratto di lavoro subordinato, ma in tale contesto, la permanenza del divieto di interposizione non esercita alcuna influenza su questo

impatta tra gli altri anche su un pilastro (insormontabile) quale quello della personalità giuridica; cfr. V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, op. cit., in partic. pagg. 37.

²⁵⁸ M.T. CARINCI, *L'unicità del datore di lavoro (quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse) è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in ADL 2007, p. 1011-1035. R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, 2008.

possibile assetto del rapporto di lavoro, perché divieto di interposizione e codatorialità operano su piani del tutto diversi²⁵⁹.

4.1 (segue) Sulla crisi dell'eterodirezione quale elemento di qualificazione del contratto di "lavoro subordinato altrui"

A questo punto, è necessario anche affrontare la complessa e corposa questione dottrinale intorno alla qualificazione del "lavorare in modo subordinato", se si considera che tale sdoppiamento della figura del datore di lavoro, regolato dapprima dalla legge n.196/97 e successivamente dal dlgs. n. 276/03, prevede l'ammissibilità di rapporti negoziali caratterizzati dalla compresenza di due creditori di un'unica prestazione lavorativa.

In questo panorama, infatti, si tratta di comprendere se le nuove tipologie, che introducono caratteri spesso dissonanti con il modello di rapporto di lavoro delineato dalla norma del codice civile, siano tali da imporre diverse nozioni di subordinazione o se l'articolo 2094 c.c. sia ancora in grado di svolgere una funzione di identificazione del "tipo" lavoro subordinato.

Le posizioni ed i giudizi su un tema di tale portata teorica²⁶⁰ sono ovviamente differenziati: alcuni affermano la piena parificazione con il lavoro subordinato²⁶¹, alcuni enfatizzano i caratteri speciali del lavoro subordinato "sommministrato" e sottolineano che gli stessi di fatto contraddicono la scelta del Legislatore di operare

²⁵⁹ V. SPEZIALE, *La figura del datore di lavoro-articolazioni e trasformazioni*. Relazione in Atti: *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, AIDLASS, Catania, 21-23 maggio 2009, p.26.

²⁶⁰ Che implica la soluzione della nozione di tipo, di sotto-tipo, di tipo "contrattato di lavoro subordinato", di contratto di lavoro speciale e, dunque, appare pressoché insormontabile in senso univoco.

²⁶¹ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 293; il quale precisa che "i pochi e circoscritti elementi di specialità che la nuova legge introduce nel contratto di lavoro alle dipendenze del somministratore" operano "tutti sul piano della disciplina degli effetti del rapporto (nessuno di essi costituisce elemento essenziale della fattispecie)" e operano "soltanto nel momento in cui il lavoratore incomincia ad essere destinato a lavorare presso un utilizzatore: fino a quel momento il contratto di lavoro può ignorare totalmente quella destinazione e produrre i propri effetti ordinari"; tuttavia lo stesso Autore parla di sottotipo (pag. 304) con riferimento al lavoro a tempo indeterminato nel periodo di disponibilità caratterizzato da una maggiore "precarietà dell'assegnazione delle mansioni rispetto al rapporto di lavoro subordinato ordinario con [...] attenuazione del diritto alle mansioni"; v. anche S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 67; M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op. cit., pag. 111 e ss.;

la riconduzione dello stesso al tipo ordinario²⁶², altri ipotizzano che il “lavoro subordinato somministrato” integri un sottotipo del lavoro ordinario²⁶³. Altri ancora, pur ammettendo la piena riconduzione del lavoro tra somministratore e prestatore al modello ordinario, hanno affermato la natura “speciale” del lavoro “somministrato”²⁶⁴.

A parte queste considerazioni, le riforme introdotte contengono importanti innovazioni che riguardano propriamente la nozione di datore di lavoro e le stesse caratteristiche della subordinazione.

Il titolare del contratto di lavoro subordinato è espressamente individuato dalla legge, (somministrazione), nell'agenzia per il lavoro e (distacco) nel distaccante.

In tema di appalto di opere di servizi, la legge richiama la definizione del codice civile (art. 1655) e specifica poi alcuni profili di carattere tipicamente lavoristico. Nessun dubbio, peraltro, può sussistere sul fatto che l'appaltatore, quale titolare dell'organizzazione produttiva, è anche il datore di lavoro, perché le prestazioni lavorative sono tra i «mezzi necessari» per l'esecuzione del contratto di diritto civile. Ovviamente, le attività lavorative non necessariamente devono essere svolte in regime di subordinazione (ad esempio vi potrebbero essere anche contratti di lavoro a progetto). Tuttavia è l'appaltatore il titolare dei rapporti (inclusi quelli

²⁶² P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti di lavoro intensive*, op. cit., pag. 141 e ss., segnala che la disciplina “speciale” dettata dal D. Lgs. n. 276 del 2003 contraddice “l'operazione di «normalizzazione» del contratto di lavoro finalizzato alla somministrazione” e precisa che “seppur entro un'astratta compatibilità con il tipo disegnato dall'art. 2094 c.c., la dissociazione tra titolare del contratto e utilizzatore delle prestazioni provoca fenomeni di necessaria quanto profonda ridefinizione della disciplina legale che, infine, si compone in un quadro regolativo connotato da marcati tratti di specialità”; nella stessa linea BANO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 345. Ambedue sottolineano che la scelta del Legislatore di ricondurre il “lavoro somministrato” nell'ambito del lavoro ordinario comporta un “decentramento regolativo della disciplina lavoristica” verso il contratto commerciale che ne viene a costituire la fonte di disciplina principale. F. BANO, pag. 343, 344, 346.

²⁶³ G. PROIA, *Flessibilità e tutele nel contratto di lavoro subordinato*, op. cit., pag. 421; F. SANTONI, *Nuovi lavori e tipo contrattuale*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, 2005, Tomo II, pag. 1256 e ss. il quale, sulla affermata natura eccezionale della fornitura di lavoro altrui sottolinea che: “la relazione intercorrente tra la fattispecie della somministrazione di lavoro ed il tipo generale dell'art. 2094 Cod. Civ.” è “rimasta sostanzialmente immutata: la somministrazione, infatti pur spogliata del requisito della temporaneità, continua a risultare contraddistinta, al pari della fornitura di lavoro temporaneo, dal suo carattere derogatorio ed eccezionale rispetto al principio di normale imputazione del rapporto di lavoro in capo a colui che ne utilizza le relative prestazioni, dimostrandosi così, pur sempre riconducibile, nonostante simile peculiare deviazione, al tipo generale del rapporto di lavoro subordinato previsto dall'art. 2094 Cod. Civ., rispetto al quale il lavoro somministrato sembrerebbe costituire, dunque, un «sottotipo»”; con adesione ad una delle ricostruzioni offerte dalla dottrina al contratto per prestazioni di lavoro temporaneo). Parla di sottotipo anche P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 304 con riferimento al lavoro a tempo indeterminato nel periodo di disponibilità.

²⁶⁴ CASSANETTI, FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, op. cit., pag. 181.

subordinati). Da tale punto di vista, il riferimento all'esercizio del potere direttivo ed organizzativo nei confronti dei lavoratori utilizzati è un altro indice significativo del fatto che l'appaltatore è il datore di lavoro.

I nuovi istituti, quindi, mettono in discussione il principio della identità tra posizione del datore di lavoro ed esclusivo creditore della prestazione di opere. Questa identità, come è noto, è stata considerata come indissolubilmente legata alla nozione di datore. La qualifica di datore esige normalmente che il soggetto investito del credito di lavoro sia anche l'effettivo utilizzatore della prestazione di attività lavorativa»²⁶⁵. Nella somministrazione e nel distacco, invece, la legge attribuisce a soggetti diversi dal datore di lavoro l'interesse a ricevere il lavoro ed influenza quindi la connessa posizione creditoria. .

Or dunque, il rapporto del lavoratore (pur se riconducibile e ricondotto positivamente al “tipo” generale di cui all’art. 2094 cod. civ.), nel momento in cui viene reso nell’ambito di una somministrazione, è assoggettato ad una disciplina speciale, sia di carattere generale – “comune” tanto al rapporto di lavoro a tempo indeterminato quanto al rapporto di lavoro a termine – sia specifica e differenziata per le due differenti “tipologie” di rapporti di lavoro.

Una parte della disciplina speciale del rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore, posta dal D.Lgs. n. 276 del 2003, è diretta a garantire una protezione aggiuntiva ai lavoratori interessati (ad esempio la responsabilità solidale e la parità di trattamento); altra parte, per converso, è volta ad “esentare il somministratore da vincoli gravanti sulla generalità dei datori di lavoro”²⁶⁶.

Queste innovazioni normative, con l’introduzione di varie fattispecie diverse, pongono oggettivamente il problema se l'articolo 2094 debba essere "riletto" alla luce di tali modifiche o se non vi sia la necessità di prendere atto dell'esistenza di una pluralità di nozioni di subordinazione, ognuna dotata di una sua specificità e di particolari criteri di identificazione del tipo legale²⁶⁷.

In questi rapporti, infatti, la legge prevede soltanto la definizione del modello contrattuale e la sua disciplina. Il codice civile, invece, stigmatizza l’esistenza di un modello “generale”, il rapporto di lavoro subordinato nell’impresa: per espressa

²⁶⁵ M. GRANDI, *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989, pp. 77-91.

²⁶⁶ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 299.

²⁶⁷ E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 136

disposizione del codice civile, a tale modello occorre fare riferimento per la disciplina dei rapporti di lavoro speciali, nel rispetto del limite della compatibilità. Secondo autorevole dottrina, ne deriva che la nozione contenuta nell'articolo 2094 cod.civ. deve conservare la sua "idoneità selettiva" al fine di determinare il carattere subordinato del rapporto e questo a prescindere dalla sua "crisi" o dalla configurazione di vari contratti flessibili come diversi tipi legali o semplici variazioni di un unico modello contrattuale. La valutazione dei condizionamenti esercitati dalle nuove tipologie flessibili sull'art. 2094 c.c. determina, necessariamente, l'analisi dei caratteri costitutivi degli indici di subordinazione e della loro "crisi" nella qualificazione della fattispecie (in relazione a concetti quali "la direzione del lavoro", la "dipendenza", la "collaborazione", "l'inserimento nell'organizzazione produttiva", ecc.)²⁶⁸.

L'esempio della somministrazione di manodopera può costituire un'utile esemplificazione di quanto si sta affermando. Le caratteristiche di questo nuovo contratto sono tali da configurare la creazione di un vero e proprio nuovo tipo legale²⁶⁹. Tuttavia, poiché si applicano le regole generali sulla subordinazione (articolo 22, comma 1, d.lgs. 276/03) ed in assenza di criteri di qualificazione specifica previsti dalla legge, la natura subordinata o meno di un rapporto con un'agenzia per il lavoro dovrà essere risolto in base all'articolo 2094 c.c.. In questo caso, peraltro, i criteri previsti da questa disposizione dovranno essere adattati alle caratteristiche di un contratto che - in attesa di una missione - presuppone una situazione di disponibilità. Oppure si dovrà tenere conto che questo rapporto, nel suo svolgimento ordinario, è caratterizzato da una prestazione lavorativa che si svolge sempre in un contesto organizzativo di un soggetto diverso dal datore di lavoro e sotto la direzione dell'utilizzatore. L'operazione di adattamento si rifletterà, necessariamente, sui concetti di "eterodirezione", "dipendenza", "collaborazione" e così via, che dovranno essere rimodulati in relazione al contenuto concreto del rapporto, che ha caratteri peculiari dissonanti da quello standard. Si immagini, ad esempio, che un lavoratore, dipendente con contratto a termine ed avviato per una missione temporanea, alla scadenza del contratto affermi che, in realtà, è stato assunto da un'agenzia per il lavoro con un rapporto a tempo

²⁶⁸ Si rinvia R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989 M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

²⁶⁹ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., p. 287.

indeterminato e rivendichi, pertanto, il diritto alla indennità di disponibilità. In questo caso l'esistenza della subordinazione dovrà essere determinata in considerazione delle peculiarità del rapporto. In assenza del vincolo della forma scritta ad substantiam, occorrerà verificare se ed in che modo si è formato il contratto. Inoltre, l'esercizio del potere direttivo dovrà essere individuato non in base alla concreta esecuzione del rapporto - che non sussiste nelle fasi di mera messa a disposizione - ma in relazione al mantenimento delle condizioni di "disponibilità", alle disposizioni connesse all'invio presso l'utilizzatore per svolgere una missione, alla sottoposizione a direttive finalizzate a consentire l'eventuale formazione del lavoratore nelle fasi di attesa e così via. Anche l'esercizio del potere disciplinare o l'esistenza degli altri indici di subordinazione dovrà essere valutato in coerenza con le peculiarità del contratto.

Analoghe considerazioni potranno essere svolte per il distacco, dove il potere direttivo del datore di lavoro si manifesta nel disporre che il lavoratore svolga le sue prestazioni temporaneamente a favore di un terzo, che poi, di fatto, eserciterà il potere di coordinamento organizzativo e temporale.

Nella somministrazione e nel distacco, dunque, i poteri di direzione e controllo del lavoro non sono più un elemento costitutivo della subordinazione. Queste prerogative sono esercitate solo in misura assai ridotta dal titolare del contratto e sono collocate dalla legge in capo a soggetti che non sono il datore di lavoro²⁷⁰. Si tratta di un elemento molto significativo che dimostra come le esigenze che nascono dalle nuove forme di organizzazione del lavoro e della produzione impongono una revisione delle categorie giuridiche fondamentali enucleate intorno all'art. 2094 del codice civile.

Tuttavia la norma, pur con difficoltà ed in base ad un'interpretazione che selezioni e adatti i caratteri identificativi della subordinazione alle diverse ipotesi concrete, sembra essere in grado di svolgere una positiva funzione di qualificazione del contratto "interna" all'universo "frantumato" del lavoro subordinato²⁷¹.

Nelle nuove tipologie contrattuali che segnano la scissione tra titolarità del contratto e utilizzazione del lavoro, la normativa attribuisce, dunque, la qualifica di datore di lavoro anche in assenza della eterodirezione. Questa novità è

²⁷⁰ M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, Giappichelli, 2008, p.61.

²⁷¹ V. SPEZIALE, *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 51/2007, p. 61.

particolarmente significativa se si considera che somministrazione e distacco sono forme tipiche di rapporti integrati tra soggetti imprenditoriali e per la realizzazione di «interessi condivisi».

Anche l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, in alcuni recenti studi e documenti, sottolinea l'insufficienza della direzione ad identificare la subordinazione (ILO Recommendation n. 198, 2007, 33/34) e rileva che «nelle nuove forme di organizzazione del lavoro, c'è sempre meno controllo e sempre maggiore integrazione» dei lavoratori nelle strutture produttive (ILO Recommendation n. 198, 2007, 37). L'OIL, inoltre, sottolinea come, tra i criteri per la individuazione della subordinazione, occorre dare rilievo alla dipendenza e non solo alla direzione del lavoro, con una tesi che conferma il «deperimento» del potere direttivo a fini qualificatori²⁷².

In via generale, dunque, si può sostenere che l'eterodirezione non è più il requisito centrale che caratterizza la subordinazione e questa realtà è all'origine degli sforzi interpretativi che tendono ad individuare il tipo negoziale a prescindere dal potere direttivo; la non essenzialità, ai fini della subordinazione, del potere direttivo è espressamente prevista dalla legge, per cui l'incidenza e le modalità di esercizio del potere direttivo dovranno essere desunti anche da altri elementi che caratterizzano il tipo e svolgono la medesima funzione.

5. I criteri distintivi tra appalto e somministrazione

Il legislatore ha anche inciso sul profilo della fornitura del personale esternalizzato, e ciò non tanto attraverso l'abrogazione della legge del 1960 (che non ha comportato certo l'abrogazione del divieto di intermediazione di lavoro o interposizione illecita, riproposto in forme più complicate e tecnicamente discutibili), quanto mediante un allargamento anche della nozione di appalto (ma la legge delega parlava di «chiarificazione»).

Invero, ai fini delle norme contenute nel titolo III, all'art. 29 l'appalto «si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del

²⁷² V. SPEZIALE, *La figura del datore di lavoro-articolazioni e trasformazioni*. Relazione in Atti: *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, AIDLASS, Catania, 21-23 maggio 2009, p. 44.

servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

Esso rappresenta il "confine esterno" dei processi di esternalizzazione²⁷³, atteso che, in particolare l'appalto di servizi, costituisce la tradizionale "alternativa" alla mera fornitura di lavoro altrui²⁷⁴.

Orbene, nel chiarire la distinzione rispetto alla somministrazione il legislatore ha inteso rendere più sicuri e convenienti per le imprese gli appalti di servizi, che ora potranno avere ad oggetto anche la fornitura di solo personale, purché diretto e organizzato dall'appaltatore.

Cosicché, si potrebbe dire, che l'appalto ha ad oggetto la fornitura di personale organizzato dall'appaltatore, la somministrazione ha ad oggetto la fornitura di personale (grezzo o sfuso, si potrebbe dire) organizzato dall'appaltante. L'interpretazione larga della nozione di appalto è favorita altresì dal fatto che non è stata riproposta la norma (art. 1, comma 3, l. n. 1369 del 1960) sulla presunzione di appalto illecito in caso di utilizzo di capitali, macchine ed attrezzature fornite dell'appaltante.

A ciò consegue che un appalto potrà essere considerato lecito anche nel caso in cui l'appaltatore utilizzi mezzi, strumenti, macchinari ed anche interi rami aziendali messi a disposizione dall'impresa committente, purché sia l'appaltatore ad organizzare il personale fornito con l'appalto.

Si consideri ancora che non è stata altresì riprodotta la norma sulla parità di trattamento in caso di appalto interno (art. 3, l. n. 1369 del 1960), cosicché ora - l'appaltatore potrà corrispondere ai lavoratori utilizzati nell'appalto interno trattamenti inferiori rispetto a quelli applicati ai dipendenti dell'impresa committente. La disposizione appare, dunque, strutturata secondo principi già perfezionati²⁷⁵, quanto meno dall'inizio degli Anni ottanta, dalla dottrina e dalla

²⁷³ M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, op. cit., pag. 12

²⁷⁴ MAGRINI-PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, op. cit., pag. 191.

²⁷⁵ In generale, V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pag. 278 e ss.; M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, op. cit., pag. 203 e ss.; M.T. CARINCI *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 15, 18 e ss., nonché, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, nella stessa opera citata, pagg. 198 e ss.; O. MAZZOTTA, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione*, op. cit., pag. 157 e ss.; R. ROMEI, *Somministrazione, appalto e trasferimento d'azienda*, op. cit., pag. 169 e ss., F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi*

giurisprudenza, e richiama il criterio distintivo già enucleabile sulla base degli elementi tipici del contratto di appalto desumibili dall'art. 1655 cod. civ.²⁷⁶, in base ai quali l'appalto si caratterizza per l'organizzazione e la gestione dei mezzi necessari alla realizzazione dell'opera o del servizio e per l'assunzione dei relativi rischi in capo all'appaltatore.

Al di là dell'opportunità di tale scelta normativa, risulta confermato che nel caso di appalto l'oggetto della prestazione dovuta dall'appaltatore consiste in un "fare" (l'opera o il servizio realizzati in autonomia), cioè a fornire, con proprio rischio, un'opera²⁷⁷ o un servizio²⁷⁸ realizzati tramite la propria organizzazione di uomini e mezzi, mentre nel caso di somministrazione di lavoro l'oggetto della prestazione consiste in un "dare" (prestazioni di lavoro altrui che l'utilizzatore impiegherà secondo le proprie esigenze)²⁷⁹.

In modo sintetico, ma precisa, altra autorevole voce²⁸⁰ ha affermato che la distinzione si sostanzia nella differenza tra una fornitura di lavoro "da organizzare" e una fornitura di "lavoro organizzato". Il lavoro organizzato atto ad integrare il requisito legale "dell'organizzazione dei mezzi necessari" implica un'attività direttiva e di coordinamento per il raggiungimento del risultato atteso dal committente. Esclusivamente in quest'ottica si può dunque sostenere che nell'appalto lecito l'appaltatore non solo organizza, ma anche dirige i dipendenti, utilizzandoli in prima persona, mentre nella somministrazione l'appaltatore (Agenzia) si limita ad "organizzare" i lavoratori, che operano sotto la direzione dell'imprenditore (utilizzatore) che li ha richiesti e che li integra nella propria organizzazione produttiva.

Gli appalti per i quali potrà operare tale specificazione sono quelli nei quali l'opera

modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pagg. 412 e ss.; M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di MAGNANI e VARESI, Giappichelli, 2005, pag. 283 e ss.

²⁷⁶ R. ROMEI, *La distinzione tra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, 2006, pagg. 287, 289.

²⁷⁷ Nel linguaggio comune per "opera" si intende che l'attività dell'appaltatore (rectius della sua organizzazione) realizzi un manufatto nuovo, materialmente inesistente prima dell'attività stessa.

²⁷⁸ Dall'esecuzione di un "servizio" il committente trae un'utilità che, però, non si concreta in un nuovo manufatto (ad esempio la manutenzione della rete informatica, la pulizia di un locale, il collaudo di alcuni prodotti).

²⁷⁹ M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 13, 14.

²⁸⁰ A. DI STASI, P.G. ALLEVA (a cura di), *Diritto d'impresa e diritto del lavoro: spunti critici nell'era della globalizzazione*, Ediesse, 2005, p. 186 ss.

o il servizio dedotti in contratto non implicino di fatto (per la tipologia del servizio) alcun apporto “materiale” da parte dell’appaltatore, ma propriamente si fa riferimento ai cd. “appalti leggeri o labour intensive” (come ad esempio appalto di pulizie, vigilanza, custodia ecc.), ovvero quelli nei quali l’opera o il servizio dedotti in contratto comportino un apporto dell’appaltatore a contenuto “immateriale” (che non può essere “toccato”), ed ai cd. “ appalti tecnologici” come, ad esempio, un insieme di conoscenze tecniche, organizzative, produttive.

Nell’art. 29 del D. Lgs. n. 276 del 2003 scompare, inoltre, totalmente la presunzione di cui al comma 3, art. 1 della Legge n. 1369 del 1960, infatti, la dematerializzazione del requisito organizzativo dell’appalto fatta propria dal legislatore del 2003 si mostra consapevole dell’ampia diffusione di attività economiche indipendenti dal concorso di mezzi e strumenti tradizionali e consente di attribuire – senza la necessità di interpretazioni giurisprudenziali adeguatrici – una patente di liceità anche ad appalti in cui l’apporto strumentale dell’appaltatore è nullo o scarso²⁸¹.

La norma codicistica individua, però, quali elementi tipici dell’appalto, “*l’organizzazione dei mezzi necessari*”, che deve connotare l’attività dell’appaltatore. E’ su tale requisito che poggia il perno della genuinità dell’appalto. Non possono sottacersi, infatti, gli sforzi compiuti nel corso degli ultimi decenni da dottrina e giurisprudenza nel tentativo di definire il contenuto di tale elemento, onde consentire di tracciare il confine tra appalto e la contigua fattispecie (illecita) della somministrazione di lavoro non autorizzata.

Il legislatore era ben consapevole che, in particolare, negli appalti labour intensive e negli appalti di servizi in genere, la componente organizzativa può essere anche sfumata, concentrandosi più sul capitale umano, ovvero sul know-how e, cioè, sul patrimonio di conoscenza dell’azienda: perciò ha ritenuto necessaria un’integrazione del requisito dell’organizzazione, precisando che esso può risultare anche dall’esercizio del potere direttivo dei lavoratori utilizzati nell’appalto e dall’assunzione da parte dell’appaltatore del rischio d’impresa.

Dibattendo attorno al significato da attribuire al citato art. 29, comma 1, è possibile dire, in linea generale che, dottrina e giurisprudenza, sul concetto di organizzazione di mezzi necessari, si rifanno principalmente a due tesi.

²⁸¹ F. PATERNO’, *Commentario al D.lgs. n. 276/03, Il nuovo mercato del lavoro* (a cura) di R. DE LUCA TAMAJO e G.S. PASSARELLI, Cedam, p. 431 ss.

Secondo l'orientamento classico bisognerebbe ricostruire il concetto di organizzazione attraverso la nozione civilistica di impresa (rectius di imprenditore) di cui all'art. 2082 c.c. «è imprenditore chi svolge professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi»²⁸². In tal caso, la verifica della genuinità dell'appalto passa attraverso l'accertamento dell'effettiva imprenditorialità dell'appaltatore (cioè di chi svolge professionalmente un'attività economica organizzata).

Un diverso indirizzo giurisprudenziale si rifà, invece, ad un concetto di organizzazione proprio della scienza economica. L'organizzazione dei mezzi necessari deve essere intesa come l'impiego di fattori produttivi e il loro coordinamento in vista dello specifico fine produttivo coincidente con il risultato dell'appalto. Per verificare l'effettiva esistenza dell'autonomia organizzativa dell'appaltatore non sarà, dunque, necessaria la verifica dei requisiti di "impresa" in capo all'appaltatore, ma occorre verificare, semplicemente, se in relazione allo specifico risultato pattuito, l'appaltatore possessa l'organizzazione funzionale al raggiungimento del suddetto scopo²⁸³.

Certo, occorrerà pur sempre che si tratti di una vera impresa e che quindi l'organizzazione, pur smaterializzata o dematerializzata, sia oggetto dell'attività di un appaltatore che ne assuma in pieno il rischio economico, come si cura di ribadire l'art. 29 del decreto.

L'elemento del rischio d'impresa, invece, non risulta compiutamente definito e rimane pertanto di difficile dimostrazione in dipendenza del fatto che non parrebbe essere cosa difficile per un appaltatore far figurare un margine di rischio con riferimento ai ricavi sperati dall'esecuzione dell'operazione da porre in essere.

In via generale e sintetica, esso sembra potersi delineare come la possibilità per l'appaltatore di "non coprire con i ricavi i costi della sua attività"²⁸⁴.

Con tale termine si può intendere quel rischio economico che deriva propriamente dalla impossibilità di determinare in via preventiva ed esatta, i costi relativi al compimento dell'opera o del servizio, ragion per cui l'appaltatore potrà anche andare in perdita in quel determinato appalto, qualora i costi dovessero rivelarsi

²⁸² Cass., 13 luglio 1998, n. 6860, Cass. 16 aprile 1996, n. 3560, in www.utetgiuridica.it.

²⁸³ Cass., sez. lav., 22 agosto 2003, n. 12363 in *Foro It.*, 2003, 2942.

²⁸⁴ G. FERRARO, *Il rapporto di lavoro negli appalti*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, 2005, Tomo II, pag. 979, che cita LO FARO, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, Giuffrè, 2003.

superiori all'importo pattuito per l'appalto con il committente.

In estrema sintesi, si può, quindi, ritenere che l'appaltatore si assume effettivamente il relativo rischio economico e che pertanto l'appalto è genuino, allorquando il committente deve il corrispettivo pattuito solo a fronte della prestazione del risultato originariamente pattuito; mentre l'appaltatore non si assume il rischio economico, e quindi l'appalto non è lecito, allorquando il committente retribuisce comunque l'appaltatore a prescindere dal conseguimento di un risultato, per il solo fatto d'aver svolto un lavoro²⁸⁵.

La giurisprudenza sembra aver fatto applicazione di tale impostazione sostenendo la incompatibilità tra assunzione di rischio e pattuizione del corrispettivo direttamente commisurato alle giornate ed alle ore lavorative del personale impiegato nell'appalto²⁸⁶.

Ma certamente l'aspetto più interessante e controverso della fattispecie riguarda il requisito dell'organizzazione d'impresa dal quale il legislatore fa derivare la liceità dell'appalto e di conseguenza il confine distintivo con la somministrazione.

La portata innovativa dell'art. 29, comma 1, che attiene propriamente alla distinzione tra due contratti commerciali tipizzati (appalto e somministrazione di lavoro) consente di identificare l'organizzazione dei mezzi dell'appalto anche nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti del complesso dei lavoratori coinvolti nell'esecuzione del contratto.

Nel complesso, allora, emerge che (anche) nella nuova nozione dell'art. 29 del Decreto assume valore decisivo per la qualificazione della fattispecie in termini di appalto ovvero di pseudo-appalto (alias, di somministrazione illecita) l'elemento dell'organizzazione che, nei casi di prevalenza/esclusività del fattore lavoro rispetto agli altri mezzi aziendali, dovrà risultare dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo. Sulla base di questi presupposti, il lavoro appaltato non si distingue da quello somministrato per l'organizzazione dei mezzi, ma per l'imputazione sostanziale del rapporto di lavoro, visto che nella somministrazione, ex lege, sussiste una dissociazione tra il titolare formale del rapporto (agenzia) e il soggetto che esercita i poteri conformativi della prestazione (utilizzatore), mentre, nell'appalto titolarità del rapporto ed esercizio dei poteri direttivi si concentrano sul

²⁸⁵ P. RAUSEL, *Appalto genuino e interposizione illecita di manodopera: criteri e indici rivelatori per una corretta certificazione dei contratti*, in *Working paper* n. 18/2006, p. 3

²⁸⁶ Cass. sez. Pen., 19 febbraio 1997, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1997, pag. 837.

capo dell'appaltatore, e l'appaltante è solo il beneficiario dell'opera o del servizio realizzati nel suo interesse e sulla base di un incarico da lui conferito.

Dunque, ciò che veramente rileva sul piano della genuinità di ogni tipo di appalto non è tanto la consistenza imprenditoriale dell'appaltatore o la sua organizzazione dei mezzi, quanto il suo essere genuino "datore" dei lavoratori impiegati nell'appalto, secondo lo schema dell'art. 2094 cc., e non mero interposto²⁸⁷. Mezzi, che, è importante sottolineare, possono anche non essere di sua proprietà, ma deve avere la legittimazione giuridica per organizzarli. Sul punto interessante risulta una sentenza del Tar del Piemonte²⁸⁸ che *"esplora la delicata linea di confine tracciata dal decreto delegato tra appalto e somministrazione di lavoro"*.

E' bene sottolineare che il legislatore conferisce, almeno sotto il profilo semantico, al criterio in questione un ruolo puramente eventuale (anche) ed aggiuntivo rispetto all'organizzazione dei mezzi; ruolo condizionato dalle peculiari "esigenze dell'opera e del servizio dedotti in contratto".

Rispetto ad essi varranno, dunque, le precisazioni già operate prima della Riforma del 2003, tanto dalla dottrina²⁸⁹ quanto dalla giurisprudenza²⁹⁰.

E dunque, da un lato, non sarà sufficiente il mero esercizio del potere direttivo, ma sarà necessaria la vera e propria organizzazione delle prestazioni lavorative²⁹¹ e,

²⁸⁷ M. DE ROSA, *Anche il TAR si misura con il distinguo tra Appalto e somministrazione di lavoro*, RIDL, n. 1, II, 2007, 49.

²⁸⁸ Tar Piemonte del 27 giugno 2006, n° 2711, in RIDL, n. 1, II, 2007, 49 che accogliendo un ricorso dell'Apla, l'associazione nazionale delle imprese di lavoro temporaneo, annullava le gare d'appalto e i provvedimenti ad essi collegati, con le quali gli ospedali torinesi S. Anna e le Molinette avevano aggiudicato a due cooperative e a una società l'appalto per l'espletamento del servizio di prestazioni infermieristiche. *Alcune disposizioni speciali del capitolato, indicano chiaramente che il nuovo personale sarebbe stato sottoposto all'esercizio dei poteri organizzativi e direttivi da parte della stazione appaltante....(<< le turnazioni saranno definite dai responsabili del settore- della struttura appaltante-...il prestatore di lavoro dovrà svolgere la propria attività secondo le istruzioni impartite dalla struttura appaltante...>>)*

²⁸⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, op.cit., pag. 46 e ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pag. 450 e ss.

²⁹⁰ Cass., 29 agosto 2003, n. 12664; Cass., 22 agosto 2003, n. 12363, in *utetgiuridica.it*.

²⁹¹ F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, op. cit., pag. 421 e ss. secondo il quale l'affermazione della possibilità di appalti aventi ad oggetto la sola organizzazione e direzione del lavoro sarebbe *"una lettura superficiale e ingiustificata, sia sul piano letterale sia su quello sistematico: sotto il primo profilo, pur tacendo la critica del non-senso di un'organizzazione di mezzi risultante dall'esercizio di poteri giuridici, deve sottolinearsi che la norma fa riferimento all'esercizio del potere direttivo insieme all'attività organizzativa e quale elemento integrativo – e non certo esclusivo – della valutazione dell'attività di impresa in relazione alle specifiche caratteristiche dell'opera o del servizio; sul secondo piano, deve ricordarsi che tanto nella legge delega – art. 1, comma secondo, lettera l), punto n. 7 – quanto nell'art. 84 [...] la distinzione tra fenomeni illeciti e l'appalto genuino è affidata alla rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e all'assunzione del rischio di impresa. Vedi altresì P.CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit.,*

dall'altro, i servizi dovranno essere idonei ad integrare un "autonomo risultato produttivo". Sarà, dunque, necessario valutare se esistano davvero due distinte organizzazioni imprenditoriali²⁹² e conseguentemente stabilire se quella facente capo all'appaltatore apporti un concreto valore aggiunto, di cui sarebbe altrimenti sprovvisto il committente²⁹³. In tale prospettiva, dunque, sembra assumere rilievo la suddetta specificazione della giurisprudenza sulla necessità che il servizio dedotto in contratto sia diretto a realizzare un autonomo risultato produttivo. In tale elemento potrebbe essere ravvisato il "valore aggiunto" apportato dall'appaltatore. In tal senso, di recente, la Cassazione²⁹⁴ continua a chiarire che l'appalto sfocia in interposizione allorquando il contributo imprenditoriale dell'appaltatore risulta marginale o comunque insignificante, come nel caso in cui si riduca ad un apporto di capitale nei limiti di quanto necessario a pagare le retribuzioni dei lavoratori utilizzati, ovvero a coprire le singole voci che compongono il costo del lavoro, in assenza dell'esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei dipendenti impiegati nell'appalto.

La sola "organizzazione logistica-amministrativa dei rapporti di lavoro" da parte dell'appaltatore, dunque, non è elemento sufficiente per l'affermazione della genuinità dell'appalto. Quindi, quando si parla di direzione non ci si può limitare ad un esame meramente formale della apparente struttura del rapporto, ma in pratica andrà verificato che il lavoratore svolga la propria attività nell'alveo tecnico produttivo dell'appaltatore, il quale cede al terzo appaltante, non già la mera postazione, ma il risultato dedotto in contratto del quale la singola prestazione lavorativa è una componente, magari molto significativa, ma mai esclusiva.

Pertanto, è altresì necessario esaminare la concreta esecuzione del contratto e,

pag. 192, il quale precisa che *"quando per la realizzazione di un'opera o di un servizio l'organizzazione del lavoro è indissolubilmente legata all'organizzazione dei mezzi, ovvero le prestazioni di lavoro non possono svolgersi senza l'uso di rilevanti strumenti e mezzi di esecuzione, la prescrizione in esame preclude la scissione dell'organizzazione preordinata alla esternalizzazione mediante (vero) appalto della sola attività consistente nella prestazioni di lavoro organizzate"*.

²⁹² P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 199, 200.

²⁹³ P. ICHINO, da ultimo, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, op. cit., pag. 260.

²⁹⁴ Corte di Cassazione, 9 marzo 2009, n. 5648; Cass. 23 giugno 2008 n. 17049; Cass. 15 febbraio 2008 n. 3861, Cass., 22 febbraio 2007, n. 4138. In tal modo, a sommo avviso di chi scrive, tale giurisprudenza ha ripristinato un tratto essenziale dello schema della *locatio operis* nel quale *"non basta il lavoro, ma occorre che questo sbocchi in un risultato autonomamente ed individualmente determinato"*; D. RUBINO, *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile. Libro Quarto. Delle obbligazioni*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli-Società Editrice del Foro Italiano, 1961, pag. 1, con ciò ponendo un limite generale esterno all'oggetto deducibile nel contratto di appalto.

quindi, l'esistenza anche in fatto dell'autonomia gestionale dell'appaltatore che si esplica nella conduzione aziendale, nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro.

Tuttavia, non può non sottolinearsi che restano notevoli incertezze sulla concreta applicazione di tali principi. Ciò comporta che l'analisi deve oggi spostarsi su di un fronte solo in parte diverso e, comunque, non meno impegnativo di quello segnato dall'art. 1 della l. 1369/1960 in quanto ciò che distingue le fattispecie a confronto è una sorta di sottile linea d'ombra, chiara e netta da lontano ma che, osservata da vicino, perde nitidezza, sfuma, segnala un passaggio fatto di graduazioni cromatiche che danno il senso delle aderenze, delle vischiosità e, nello stesso tempo, della complessità dei fenomeni che si fronteggiano²⁹⁵.

In particolare, resta la notevole difficoltà di distinguere in concreto l'esercizio del potere direttivo, necessario ad organizzare la prestazione dei lavoratori, ed il potere di controllo e "conformazione" che compete al committente in ogni appalto (art. 1662 cod. civ.). La questione appare particolarmente complessa soprattutto nel caso di appalti aventi ad oggetto servizi consistenti in attività ripetitive e magari già interamente predeterminate in contratto²⁹⁶ o nei casi di strutture imprenditoriali fortemente integrate (la c.d. impresa rete), secondo i tratti delineati dalla Legge sulla "subfornitura" nei quali è la stessa Legge a delineare una sostanziale eterodirezione dell'attività del subfornitore.

In tali casi, infatti, l'effettivo esercizio da parte dell'appaltatore dei poteri direttivi sul proprio personale potrà davvero avere contenuto sostanziale assai contenuto. Maggiore, ma parimenti non determinante, rilievo potrà avere, dunque, l'esercizio dei poteri organizzativi.

Da questo quadro, riassuntivamente, emerge che la mera direzione e gestione amministrativa dei lavoratori non è ancora sufficiente ad integrare l'organizzazione dei mezzi richiesta dall'art. 29 del Decreto, infatti, il discrimen tra appalto e pseudo-appalto si colloca oramai pienamente (e indiscutibilmente) dentro l'organizzazione e la direzione del lavoro, così che occorre chiedersi che cosa distingue la prestazione di un'attività lavorativa organizzata a impresa da una somministrazione di lavoro, ovvero dove si colloca la "soglia minima di

²⁹⁵ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labor intensive*, op. cit., p. 73.

²⁹⁶ R. ROMEI, *La distinzione tra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, op. cit. pag. 294, 295

imprenditorialità”²⁹⁷ che consente di separare l'appalto di servizi dall'appalto di manodopera. Per quanto la materia sia stata liberalizzata, nella nuova disciplina si annidano pur sempre rilevanti rischi per l'incertezza dovuta alla estrema labilità del criterio discrezionale tra appalto e interposizione illecita (chi eserciti in concreto il potere direttivo), cui solo in parte può ovviarsi tramite la certificazione di genuinità dell'appalto di cui all'art. 84.

Esso prevede la procedura di certificazione, sia in sede di stipulazione di un contratto di appalto, ex art. 1655 c.c., che nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, affidando al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali il compito di adottare, con proprio decreto, «codici di buone pratiche» e «indici presuntivi» che tengano conto della verifica della sussistenza di una reale organizzazione dei mezzi e della assunzione effettiva del rischio economico da parte dell'appaltatore²⁹⁸.

Con D.M. 21 luglio 2004, sono state istituite apposite Commissioni di certificazione, presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province, che avranno il compito di dar luogo alla certificazione, su istanza comune delle parti, mediante l'emanazione di un atto qualificabile come provvedimento amministrativo.

Le imprese legate dal contratto di appalto, dunque, potranno farne certificare la genuinità, anche nel corso dell'esecuzione dell'appalto, senza che sia previsto un contraddittorio con i lavoratori nell'ambito della procedura di certificazione. Resta comunque il dubbio sulla reale efficacia di tale provvedimento, posto che esso non tiene conto dello svolgimento effettivo del rapporto contrattuale che, in taluni casi, rappresenta l'elemento principale, se non l'unico, di discriminazione tra le figure giuridiche affini. Se la certificazione dei contratti di lavoro mira a ridurre il contenzioso tra le parti di una futura lite, qui la certificazione avviene tra due parti che non saranno in lite, ma presumibilmente alleati, nella futura causa di intermediazione illecita promossa dai lavoratori²⁹⁹.

²⁹⁷ P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *ADL*, 2001, p. 140, per la quale i problemi dell'interposizione sono “*problemi di diritto dell'impresa e di ricerca della genuina imprenditorialità*”.

²⁹⁸ Tali codici e indici presuntivi dovrebbero recepire le indicazioni contenute negli accordi interconfederali o di categoria stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; vedi al riguardo P. DI NUNZIO, *Procedure di certificazione*, in *DPL*, 37, 2494.

²⁹⁹ A. PILEGGI, *Interposizione di manodopera, somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco: disciplina vigente, questioni e prospettive*. Relazione al Convegno 24 ottobre 2008, Cassa Forense, Roma.

In ogni caso, anche a seguito dell'eventuale certificazione, i terzi "possono proporre ricorso presso l'autorità giudiziaria di cui all'art. 413" c.p.c. "per erronea qualificazione del contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva esecuzione" (art. 80).

Sul punto, di recente, la giurisprudenza di merito³⁰⁰, se dovesse essere confermata, ha offerto un valido criterio, utile nella individuazione ex ante degli elementi distintivi tra appalto lecito e interposizione, nella redazione dei codici di buone pratiche. In pratica, il Tribunale ritiene che ai fini della genuinità dell'appalto *"l'organizzazione dei mezzi ben può consistere nella sola organizzazione del lavoro senza l'impiego di rilevanti capitali e attrezzature, ma ciò solo quando il tipo di opera o di servizio da realizzare siano tali per cui debba ritenersi principale e prevalente l'organizzazione del lavoro rispetto all'impiego di macchinari e attrezzature"*. In tal caso il carattere imprenditoriale della prestazione, può dirsi sussistente anche soltanto in relazione alla concreta ed effettiva gestione delle risorse umane. Viene confermato, inoltre, l'elemento fondante della distinzione tra interposizione e appalto dell'art. 1 della l. 1369/1960 così come la sua connessione con l'effettiva utilizzazione del prestatore di lavoro alla quale fa (non a caso) espresso riferimento il comma 2 dell'art. 27 del Decreto. Quando, infatti, l'appalto si riveli uno pseudo-appalto scatta la sanzione della somministrazione di lavoro irregolare che comporta l'imputazione all'effettivo utilizzatore del contratto e degli atti di gestione del rapporto di lavoro (alias, di esercizio del potere direttivo) posti in essere dallo pseudo-appaltatore. Ne risulta implicitamente ma, chiaramente, la consapevolezza che l'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore non preclude la possibilità di (ri)qualificare il contratto come una mera somministrazione di lavoro.

In conclusione, l'affidamento in appalto di un servizio svolto con l'impiego prevalente o esclusivo di manodopera sarà possibile (ex art. 29 Decreto) a condizione che l'organizzazione e la direzione dei lavoratori coinvolti sia espressione di un vero imprenditore che utilizzi in piena autonomia un preciso e identificabile patrimonio di conoscenze, esperienze, professionalità, del quale il

³⁰⁰ Trib. Roma 7 marzo 2007, n. 6269 in *Riv. Giur. Lav.*, anno LIX, n. 1, 2008, p. 182 con nota di L. VALENTE, Cass. 14 novembre 2008 n. 27164, in *Guida al lavoro* n.2/2008: In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro, l'utilizzazione da parte dell'appaltatore di capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante, dà luogo al cosiddetto pseudo-appalto, fattispecie vietata dall'art.1, primo comma, della L. n. 1369 del 1960 solo quando tale conferimento di mezzi sia di rilevanza tale da rendere del tutto marginale ed accessorio l'apporto dell'appaltatore;

committente sia privo. Elemento, quello della professionalità (nei suoi diversi componenti) che, in fin dei conti, dà contenuto e spessore alla vera impresa la quale deve essere tale anche quando si caratterizzi per una esclusiva attività di organizzazione e di direzione dei propri dipendenti da misurare non in astratto poiché la genuinità dell'imprenditore-appaltatore deve essere apprezzata in concreto³⁰¹. Se è vero, infatti, che la distinzione tra appalto e pseudo-appalto evoca criteri e tecniche proprie della nozione di subordinazione³⁰², non può tuttavia negarsi che l'etero-direzione rappresenta solo uno degli elementi costitutivi della nozione delineata dall'art. 2094 c.c.

Oggi in termini espressi e più chiari di ieri, non basta essere formalmente diretto (alias, subordinato) ad un soggetto per essere certi che quest'ultimo sia un vero imprenditore-appaltatore.

Ciò significa che l'appalto deve necessariamente caratterizzarsi per la fornitura di un "quid pluris" che non può consistere nella mera direzione dei lavoratori, la cui connotazione qualificatoria è destinata ad essere assorbita e, in non pochi casi, vanificata dai poteri di direzione e di conformazione che l'impresa committente è in grado di esercitare nei confronti dell'appaltatrice, quando l'oggetto dell'appalto sia fortemente integrato nell'impresa committente.³⁰³

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

³⁰¹ Cass. Sez. un., 21.3.1997, n. 2517, in *Mass. giur. lav.*, 1997, 851, con nota di CAMALLIERI.

³⁰² R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giornale del lavoro e delle relazioni industriali*, Angeli, Milano, 1995, p. 625

³⁰³ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, op. cit., p. 75

4. Il trasferimento di ramo d'azienda connesso all'appalto

Di fronte alle più recenti forme di decentramento e segmentazione dell'impresa derivanti dai mutamenti dei sistemi produttivi ed organizzativi e da un mercato globale sempre più competitivo, il legislatore del 2003 asseconda il processo di "scomposizione" dell'impresa, ampliando la nozione di ramo d'azienda, intervenendo sull'operazione giuridica che lo realizza e sul collegamento funzionale tra cessione e appalto, con scelta condivisa (stante il silenzio) dalla legge n. 247 del 2007³⁰⁴.

Dei tre interventi, ai nostri fini, è l'ultimo il più significativo, perché opera una riregolazione di uno dei più ricorrenti fenomeni di decentramento produttivo, quello che si realizza allorché l'azienda cede una parte della propria produzione insieme al segmento organizzativo (beni materiali e immateriali, personale, ecc.) necessario per ottenerla, e la contestuale assicurazione, attraverso la stipulazione di un contratto d'appalto con la cessionaria, di rientrare nella disponibilità di quella quotaparte di prodotto, secondo logiche idonee a diminuire i costi produttivi e senza alterazioni topografiche del sistema³⁰⁵.

Come già sopra accennato, il legislatore incide innanzitutto sulla nozione di trasferimento di ramo d'azienda, che all'art. 32, comma 1, del dlgs. n. 276/03, lo individua *"nell'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento"*. E' stato poi aggiunto all'art. 32, il comma 2, secondo cui *"nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 1676"*.

Or dunque, nel testo previgente, il ramo di azienda, definito come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, doveva avere le caratteristiche della preesistenza e della conservazione dell'identità, requisiti entrambi soppressi, per cui attualmente cedente e cessionario possono identificare al momento della cessione il ramo d'azienda da trasferire.

³⁰⁴ A. PESSI, *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro. Dalla riforma Biagi alla "legge sul welfare"*, in *Arg. Dir. lav.*, p. 416, 2008.

³⁰⁵ R. ROMEL, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in Aidlass, *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio di Trento, Milano, 2000.

La modifica normativa introdotta dal D.Lgs. n. 276/2003 ha così affiancato al requisito dell'articolazione funzionalmente autonoma, quale criterio oggettivo della fattispecie, "un criterio soggettivo o volontaristico" basato sull'ampia libertà riconosciuta alle parti nella configurazione del ramo d'azienda³⁰⁶.

La conseguenza è che i lavoratori che verranno compresi nel ramo identificato al momento della cessione passeranno automaticamente al cessionario, senza potere opporre più l'inapplicabilità dell'art. 2112 c.c., come avveniva in precedenza secondo l'orientamento di gran lunga prevalente della giurisprudenza.

Si aggiunga che i lavoratori in questione – una volta esternalizzati – anche ove continuino ad essere utilizzati all'interno dell'impresa cedente (da cui in origine dipendevano direttamente), sia pure come dipendenti dell'impresa cessionaria cui sia stato appaltato il servizio oggetto del ramo ceduto, non possono più nemmeno dedurre la sussistenza di un appalto illecito, essendo caduta la presunzione di appalto illecito di cui all'art. 1, comma 3, l. n. 1360 del 1960 ed essendo stata estesa la nozione di appalto lecito (basta ora che i lavoratori siano organizzati dall'appaltatore)³⁰⁷. I lavoratori in questione non hanno nemmeno diritto alla parità di trattamento con i loro ex colleghi.

Sostanzialmente, secondo tale norma, l'impresa potrà identificare come ramo d'azienda uno specifico settore interno che svolga importanti funzioni di servizio (gestione del personale, amministrativa, marketing, ecc.) o nella produzione; successivamente potrà trasferirlo ad un'altra impresa senza richiedere il consenso dei lavoratori addetti, in conformità all'interpretazione assolutamente prevalente dell'art. 2112 c.c.³⁰⁸ e provvedendo al passaggio o dei soli lavoratori o anche di apparecchiature, materiali, beni mobili e così via; in seguito, dopo il trasferimento, l'impresa affiderà alla cessionaria il servizio in appalto, che verrà eseguito con gli stessi dipendenti in precedenza utilizzati dal cedente, e garantendo quindi al committente la stessa professionalità ed efficienza organizzativa preesistente; in assenza di una disposizione che garantisca la parità di trattamento economico e

³⁰⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. Dir.Lav.*, 575, 2001.

³⁰⁷ A. PILEGGI, *Interposizione di manodopera, somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco: disciplina vigente, questioni e prospettive*. Relazione al Convegno 24 ottobre 2008, Cassa Forense, Roma.

³⁰⁸ R. ROMEI, *Il trasferimento di azienda e gli orientamenti della dottrina*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza (Quaderni di diritto del lavoro)*, 2, Giuffrè, Milano, 2005, p.293.

normativo, le prestazioni lavorative potranno essere eseguite a costi retributivi e contributivi molto inferiori e senza i vincoli che derivano dai rapporti di lavoro.

Con riferimento, poi, al parametro temporale in base al quale verificare la sussistenza dell'autonomia funzionale, l'art. 2112 c.c., così come novellato, ha aperto evidentemente alla possibilità che tale autonomia, non dovendo risultare anteriore alla conclusione dell'accordo traslativo, possa presentarsi all'atto del trasferimento meramente potenziale, in grado, cioè, di garantire solo astrattamente l'idoneità del nucleo di beni e rapporti ceduti ad essere organizzati per l'esercizio di un'attività³⁰⁹. Sull'opportunità di queste innovazioni, le opinioni dottrinali divergono. Alcuni autori hanno salutato con favore l'eliminazione del requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale, ritenendolo di problematica applicazione e di scarsa potenzialità garantistica e negando che tale eliminazione comporti anche la soppressione del criterio dell'autonomia funzionale³¹⁰; altri l'hanno criticata, ritenendo che abbia l'effetto di far sbiadire il criterio dell'autonomia funzionale, di rendere più facili esternalizzazioni virtualmente "semitruffaldine" o più semplicemente di aprire la porta ad un uso della norma in sfavore dei lavoratori³¹¹.

Al di là delle differenti opinioni dottrinali, è però opportuno dire che il venir meno del requisito della preesistenza e della conservazione dell'identità, che invece

³⁰⁹ In giurisprudenza: Trib. Torino, 17 dicembre 2005, secondo cui «fermo restando che l'attività ceduta deve essere dotata di una propria specifica autonomia funzionale, questa non deve essere preesistente, ma può essere verificata fino alla cessione sicché può trattarsi di una condizione che - a quel momento - può essere meramente potenziale», in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, 1773 ss., con nota di L. IMBERTI; conforme: Trib. Milano, 19 gennaio 2006, Trib. Milano, 17 aprile 2007, in *Guida lav.*, n. 17/2008; in dottrina: A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, *Quad. dir. lav.*, 2004, 100; G. VIDIRI, *Trasferimento d'azienda tra diritto al lavoro e libertà d'impresa*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, *Quad. dir. lav.*, 2004, 61; R. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Ar. dir. lav.*, I, 2005, p. 63.

³¹⁰ Orbene, anche tra questi autori, c'è chi ha tenuto a precisare che questo strumento di liberalizzazione del processo di esternalizzazione, non può diventare un mezzo per espellere dalla struttura aziendale lavoratori per qualsiasi ragione non più graditi o non più utilizzabili dal cedente; e ciò, in quanto, valorizzando l'indicazione di attività economica "organizzata", è nel concetto stesso di organizzazione che prestatori di lavoro e beni aziendali siano tenuti insieme da un nesso obiettivo. In altri termini, la soggettiva rappresentazione delle parti circa l'autonomia funzionale della parte ceduta, non sarebbe da sola idonea a rendere giuridicamente corretta l'opera di esternalizzazione, essendo pertanto un elemento indiziario ed essendo comunque necessario che l'insieme dei beni ceduti effettivamente costituisca quel *quid*, che il legislatore del 2003 ha voluto prevedere, A. RAFFI, *Orientamenti della giurisprudenza nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, n. 1-2, 27.

³¹¹ C. CESTER, *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, 2004, p. 264.

permane nel caso in cui vi sia trasferimento dell'intera azienda³¹², ex art. 2112 c.c., genera una visione normativa contraddittoria, poiché il criterio di controllo individuato nell'autonomia funzionale del ramo che sopravvive, si presenta in assenza del vitale presupposto della preesistenza. La contraddizione caratterizzante la norma, che si manifesta sia sotto l'aspetto strutturale interno alla norma stessa³¹³, sia sotto un profilo più squisitamente sistematico e generale, ossia rispetto al più vasto quadro normativo europeo e nazionale³¹⁴, sembra rendere più facili, nel caso concreto, "spregiudicate operazioni imprenditoriali di esternalizzazione"³¹⁵, prevedendo che al momento del trasferimento, cedente e cessionario "identifichino" come autonoma, l'articolazione aziendale che viene ceduta: il che significa che può esser ceduta come azienda, con applicazione dell'art. 2112 c.c., qualcosa che invece non ha mai funzionato³¹⁶.

³¹² La lettura dell'art. 2112 c.c., effettuata in coerenza con il diritto comunitario, si conforma anche alle numerose sentenze della Corte europea, CGE del 12 febbraio 2009, n. 446/07; CGE del 11.3.1997, n. 13/95, *Suzen*; CGE del 2.12.1999 n. 234/98; CGE del 25.1.2001, n. 172/99; CGE del 24.1.2002, n. 51/00: giurisprudenza costante sembra sempre presupporre che la parte di impresa trasferita sia già esistente e non sia stata creata *ad hoc* prima dell'operazione economica; anche se si volesse ammettere la possibilità di identificare il ramo d'azienda al momento del trasferimento, è sempre necessario che esso sia composto da uomini e mezzi (o da solo personale) coordinati e collegati da esigenze organizzative. Non sarà possibile, in sostanza, qualificare come "parte dell'azienda" un gruppo eterogeneo di lavoratori (con o senza attrezzature e macchinari) privo dei legami organizzativi in precedenza descritti; C. CESTER *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa*, op. cit.

³¹³ In quanto non si comprendono le ragioni per le quali il Legislatore, abbia *salvato* il requisito della preesistenza e della conservazione dell'identità aziendale nell'ipotesi di trasferimento dell'intera azienda, intesa come "attività economica organizzata", mentre l'abbia – come già affermato – eliminato nell'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, inteso sempre come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata". Ci si trova quindi, davanti ad una integrale equiparazione normativa tra azienda e ramo d'azienda, eccezion fatta per il requisito della preesistenza, che, proprio con riferimento all'ultima ipotesi, avrebbe potuto dimostrare, come effettivamente in passato aveva dimostrato, il proprio vigore antifraudolento. L. NASEDDU, *Il bilanciamento degli interessi nella fattispecie del trasferimento d'azienda*, in *Il Diritto del Lavoro* 2005, n. 5-6, 535.

³¹⁴ Infatti, la nuova definizione di ramo d'azienda, non trova, sostegno normativo nella direttiva n. 23/2001/CE, la quale, anche al n. 8) delle premesse, mostra l'interesse del Legislatore europeo di definire una nozione di azienda, sulla base di un fondamentale criterio di controllo della discrezionalità imprenditoriale in una prospettiva che dà primario rilievo alla tutela dei prestatori, tanto che nelle medesime premesse (n. 4) si sottolinea l'esigenza di attenuare le differenze esistenti "negli Stati membri per quanto riguarda l'entità di protezione dei lavoratori". L. NASEDDU, *Il bilanciamento degli interessi nella fattispecie del trasferimento d'azienda*, cit., 536.

³¹⁵ V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona" N. 84/2006, p.14.

³¹⁶ Ciò che si vuol dire è che, la nuova formulazione del comma quinto dell'art. 2112 c.c. permette di "trasferire un'attività che non ha riscontro nella precedente organizzazione del cedente", avendosi cioè palese contrasto con la salvaguarda della *continuità* del funzionamento aziendale. P.G. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale* 2003, n. 4, 900. Questa interpretazione, va valorizzandosi anche attraverso il collegamento con il nuovo comma 6° dell'art. 2112 c.c. relativamente alla disciplina dell'appalto.

Al di là delle osservazioni circa l'opportunità dell'uno o dell'altro intervento, tale incerta situazione impone la necessità di individuare una nozione di ramo d'azienda che con un sufficiente grado di certezza e stabilità riesca a governare le vicende circolatorie relative ad una parte dell'impresa.

L'esigenza di assecondare i processi di esternalizzazione con successiva internalizzazione, attraverso l'istituto dell'appalto, pone difatti delicati problemi sul piano della tutela dei rapporti di lavoro³¹⁷.

In questo panorama, la segmentazione dell'impresa consente di sostituire i rapporti di lavoro con relazioni tra imprenditori, a cui sono delegate funzioni svolte in precedenza da propri dipendenti, e senza quindi l'applicazione di normative garantistiche molto importanti, come quelle in materia di licenziamenti individuali e collettivi o con la eliminazione (o il drastico abbattimento) dei costi retributivi e contributivi dei contratti di lavoro (che presuppongono, appunto, una relazione giuridica diretta con i lavoratori). D'altra parte la riduzione delle dimensioni dell'impresa consente o di escludere le tutele sindacali (quando si scenda al di sotto della soglia dei 16 dipendenti prevista dallo statuto dei lavoratori) o di ridurre l'impatto dell'azione sindacale, anch'essa strettamente legata alla contestuale presenza di gruppi di lavoratori all'interno della stessa struttura produttiva e che viene invece penalizzata dalla diminuzione degli addetti³¹⁸.

Orbene, nella maggior parte delle pronunce della Cassazione, successive all'emanazione del Decreto legislativo n. 276/2003, sembra essere riconfermata, la tendenza nell'interpretare l'art. 2112 c.c., in modo prevalentemente restrittivo³¹⁹.

³¹⁷ A. VALLEBONA, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *RIDL*, II, 1999, p. 217 e ss., si occupa ampiamente del fenomeno.

³¹⁸ V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, op. cit., p.8. In questo contesto è evidente che il legislatore si propone di consentire una segmentazione dell'impresa che ha la finalità prevalente di ridurre gli oneri economici indiretti (le tutele normative) o diretti (i trattamenti retributivi previdenziali) e di limitare la presenza e l'impatto dell'azione sindacale.

³¹⁹ Si veda ad esempio Cass. 17 ottobre 2006, n. 22232 in *Guida al Lavoro* n. 3/2007. Requisito indefettibile della fattispecie legale tipica è ancora una volta l'elemento dell'organizzazione, intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo, interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi ben individuabili, configurandosi altrimenti la vicenda traslativa come cessione del contratto di lavoro, richiedente per il suo perfezionamento il consenso del contraente ceduto. Da tali considerazioni, discende il motivo per cui, la Corte ha escluso la sussistenza dei requisiti per configurare la cessione di azienda nel trasferimento, ricondotto dalla società cedente e dalla cessionaria al fenomeno del cosiddetto "outsourcing" (mediante il quale un'impresa dismette la gestione diretta di alcuni settori dell'attività produttiva), considerato che di esso non erano state chiarite la struttura e la dimensione, e che le attività del preteso ramo non erano risultate del tutto corrispondenti a quelle trasferite, che non era stata provata l'autonomia organizzativa e che infine, esso si caratterizzava per la estrema eterogeneità delle attività dei lavoratori che vi erano addetti. Di tale dettato non è pienamente d'accordo V. NUZZO, nota della

La Corte Suprema³²⁰, tornata sulla questione della cessione di ramo d'azienda, pare non aver mutato l'orientamento raggiunto in materia, prima della riforma del 2003. Infatti, la Cassazione, attribuendo rilievo al requisito dell'autonomia organizzativa del ramo d'azienda ceduto che, oltre a risultare antecedente alla cessione, deve presentarsi come idoneo al perseguimento dei fini dell'impresa, sembra aver ritenuto irrilevante la modifica introdotta dalla Biagi³²¹.

Per cui la Corte, pur richiamandosi alle finalità dell'art. 2112 c.c., come espresse nel testo attuale, ha chiarito definitivamente che il requisito che legittima la cessione di un ramo d'azienda, resta comunque l'elemento della preesistente organizzazione.

In linea con tale impostazione interpretativa, sebbene il dibattito rimanga ancora aperto e discusso, molte sentenze della giurisprudenza di merito³²² pongono la

sentenza 17 giugno 2005, n. 13068, si esprime rispetto alla pronuncia della Corte di Cassazione in tal modo: *“pur ribadendo l'orientamento restrittivo precedentemente accolto”, la sentenza “contiene diversi elementi di apertura verso una nozione più leggera di ramo d'azienda”*. Infatti, ordinando cronologicamente le sentenze relative all'Ansaldo, si evidenzia, non un vero e proprio contrasto, ma piuttosto un graduale abbandono delle resistenze legate all'accoglimento di una nozione smaterializzata di azienda e di ramo di essa. Se infatti, nelle prime pronunce la Suprema Corte afferma che per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. deve essere *“ceduto un complesso di beni che oggettivamente si presenti quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni e servizi”*, già nella sentenza del 4 dicembre 2002, n. 17207, i giudici di legittimità ammorbidiscono la loro interpretazione, ammettendo che l'autonomia organizzativa *“possa configurarsi anche in presenza di trasferimento di sola manodopera (...) potendosi concretizzare (...) anche in presenza di altri significativi elementi (...)”*, fino ad arrivare alla sentenza, dove il requisito indefettibile della fattispecie legale tipica è individuato nell'elemento dell' *“organizzazione”*, intesa come *“legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo, interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni o servizi”* Si veda V. NUZZO (nota di), *Servizi in outsourcing: la Suprema Corte torna a pronunciarsi sulla nozione di ramo d'azienda*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2005, n. 11, 832.

³²⁰ Cass. 22 marzo 2006, n. 6292, in *Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro* 2006, n. 3.

³²¹ Per il commento che segue si veda sempre V. NUZZO (nota di), *Servizi in outsourcing: la Suprema Corte torna a pronunciarsi sulla nozione di ramo d'azienda*, 2005, cit., 837. E' da precisare che, sicuramente la cancellazione del requisito della preesistenza, ampliando la libertà delle parti del negozio traslativo di identificare il ramo da cedere, riporta *“sotto l'ombrello di operatività dell'art. 2112 c.c.”*, fattispecie che ne erano fuoriuscite, ma non per questo la modifica legislativa si traduce in una minore tutela per i lavoratori, in quanto l'elemento di garanzia non è costituito dalla necessità della preesistenza dell'articolazione autonoma, bensì dalla verifica della sua autonomia funzionale. Si è detto così che, rispetto alla disciplina modificata, *“si può parlare di liberalizzazione della cessione di ramo d'azienda nel senso di aver liberato non tanto il potere organizzativo di cedente e cessionario, quanto la libertà contrattuale di poter sperimentare soluzioni organizzative non preesistenti ed inedite, magari destinate anche ad aumentare la capacità produttiva del segmento di attività economica ceduto nell'organizzazione del cessionario”*; si veda per quest'ultima osservazione, L. MENGHINI, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, 2005, cit., 431).

³²² Tribunale di Padova 5 febbraio 2007, n. 1079. in *Guida al Lavoro*, n. 22 del 2007, p. 39 con nota a commento di E. BARRACO, *Trasferimento di ramo d'azienda: la nuova nozione tra flessibilità e vincoli*. In diritto, la sentenza in epigrafe ha accertato la mancanza di qualsivoglia amalgama organizzativo e funzionale tra le attività cedute e la conseguente inapplicabilità dell'art. 2112 c.c., deducendone l'inefficacia del trasferimento nei confronti dei ricorrenti, che oltre tutto avevano manifestato il proprio dissenso nei confronti della cessione e avevano contestualmente chiesto la

propria decisione in linea di sostanziale continuità con i principi e la giurisprudenza ante D.Lgs. n. 276 del 2003.

Da ultimo, il Tribunale di Roma³²³ ritiene necessario che l'articolazione funzionalmente autonoma oggetto di trasferimento preesista alla vicenda traslativa, nel senso che *“già prima essa deve essere identificabile e idonea a funzionare autonomamente e deve mantenere con il trasferimento la propria identità ed ha negato che le parti possano avere alcun potere costitutivo nell'individuazione del ramo d'azienda oggetto di trasferimento”*, contravvenendo così all'opinione di certa giurisprudenza e di una parte della dottrina secondo cui l'attuale formulazione dell'art. 2112 c.c. consentirebbe *«quanto in precedenza non consentito, e cioè di rimettere alla volontà dell'imprenditore di unificare un complesso di beni, in precedenza privo di una preesistente autonomia organizzativa ed economica, al fine di renderlo oggetto di un contratto di cessione di ramo d'azienda»*³²⁴.

Più in generale, provando a tracciare un primo bilancio sull'applicazione giurisprudenziale della nuova disciplina in materia di trasferimento di ramo d'azienda, pare che i giudici – al di là delle differenti opzioni interpretative in merito alla nozione di ramo d'azienda – tendano condivisibilmente a mantenere prevalente le ragioni garantistiche, sottese all'art. 2112 c.c.³²⁵. Tuttavia, è d'obbligo

prosecuzione dei rispettivi rapporti con l'originario datore di lavoro; Trib. Torino, 17 dicembre 2005, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 6, 2006, cit.

³²³ Tribunale di Roma, 3 marzo 2008, in *Lavoro nella giurisprudenza* n. 1/09, 61, nota di SOCCIO.

³²⁴ Trib. Torino, 17 dicembre 2005, cit., p. 1773-1782; In una prima istanza, il Giudice torinese mostra di attribuire una consistente portata innovativa all'art. 32, d. lgs. n. 276/2003 ed appoggia una nozione molto ampia di ramo d'azienda sotto due profili. Anzitutto ritiene che la nuova disciplina consenta l'autonomia funzionale meramente potenziale, e quindi non necessariamente preesistente del ramo d'azienda. E poi anche affermando che la nuova formulazione dell'art. 2112 c.c. permette *“quanto in precedenza non consentito, e cioè di rimettere alla volontà dell'imprenditore di unificare un complesso di beni, in precedenza privo di una preesistente autonomia organizzativa (...)”*. In successiva istanza, però, afferma che *“quanto viene concesso da un punto di vista astratto – vale a dire il riconoscimento della sufficienza della mera potenzialità produttiva del ramo d'azienda e la possibilità di una libera costruzione di quest'ultimo ad opera di cedente e cessionario – viene controbilanciato nell'ambito del controllo della fattispecie”* sull'effettiva autonomia organizzativa e potenzialità produttiva del ramo, al fine anche di escludere che attraverso il trasferimento, si voglia in realtà “dismettere” personale. Tale controllo si esercita, attraverso un'indagine a largo spettro, che investe il contenuto del contratto di cessione e un consistente numero di dichiarazioni testimoniali. In dottrina A. MARESCA, *Modifica all'art. 2112 comma quinto*, del Codice Civile, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 395.

³²⁵ Cass. 17 luglio 2008, n. 19740, in www.utetgiuridica.it, la quale evidenzia *“la necessità che, dopo la separazione, la porzione ceduta mantenga una funzionalità effettiva attraverso la conservazione dei rapporti indispensabili per la sua concreta attività atteso che proprio la vicenda della cessione di parte dell'azienda richiede una maggiore attenzione, sia per le implicazioni direttamente attinenti la tutela dei lavoratori addetti, sia per il richiamo esplicitamente contenuto nella direttiva n. 77/87 che, come sopra precisato, inserisce nel suo campo di azione la «cessione ... di parti di stabilimenti”*. Tribunale di Padova 5 febbraio 2007, n. 1079, in *guida al lavoro*, n.22/07,

ricordare, che si è pur sempre di fronte ad un processo in pieno divenire, tanto che un convegno dottrinario sul tema, ha adottato il titolo emblematico “*Articolo 2112 c.c.: un cantiere aperto*”; è quindi importante che le aziende non si lascino prendere la mano da decisioni di rinfoltimento del già rigoglioso bosco del “*liberismo senza regole*”³²⁶.

Giova a questo punto richiamare l'altro aspetto contenuto nell'ultimo comma dell'art. 32, del dlgs. n. 276/03, il quale per effetto del cd. insourcing (internalizzazione), ossia della legittimità formale della scelta organizzativa dell'imprenditore di riacquisire mediante appalto parti cedute all'esterno, operi tra appaltante (cedente) ed appaltatore un regime di solidarietà di cui all'art. 29 comma 2 del medesimo decreto.

All'entrata in vigore del D.Lgs. n. 276/2003, il vincolo di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, era così configurato: «In caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti». La norma appariva così ristretta agli appalti di servizi ed il termine di decadenza fissato solo in un anno.

Di recente, invece, sono state introdotte molte norme e prescrizioni finalizzate ad ampliare le possibilità di tutela socio-economica dei lavoratori economicamente deboli coinvolti nelle vicende circolatorie dell'impresa.³²⁷

p. 43 ss., con nota di E. BARRACO, *Trasferimento di ramo d'azienda: la nuova nozione tra flessibilità e vincoli*, cit., 43-45, il quale, commentando la sentenza del osserva che *la formulazione letterale della norma in esame, se fa venir meno il requisito della preesistenza della strutturazione del ramo d'azienda rispetto alla vicenda traslativa, non comporta il superamento della nozione di ramo d'azienda, come elaborato dalla legislazione previgente e dalla dottrina e la giurisprudenza formatasi sul punto* (il riferimento va alla giurisprudenza “Ansaldo”). Conclude poi dicendo che, *la ricostruzione operata dalla sentenza ha il pregio di combinare in modo equilibrato il carattere inderogabile dell'art. 2112 c.c. e l'ampio spazio che indubbiamente quest'ultimo, nella sua nuova formulazione, ha aperto all'autonomia privata dei soggetti imprenditoriali. Tuttavia, le fattispecie riportabili allo spettro applicativo dell'art 2112 c.c. (secondo BARRACO), non sarebbero più solo due, ma tre: trasferimento dell'intera azienda, del compiuto ramo d'azienda, (alias, unità produttiva) e dell'articolazione funzionalmente autonoma, porzione aziendale connotata (rispetto all'unità produttiva) da profili organizzativi meno strutturati e suscettibili di rinvenire una loro esistenza non sperimentata ed inedita al momento del trasferimento. In tutti e tre i casi però, come anche ricordato dalla sentenza in commento, la libertà dei soggetti imprenditoriali, pur sicuramente ampliata dalla legge Biagi, non arriva al punto da affrancare la fattispecie del controllo oggettivo del Giudice, che ancora permane a garanzia dell'inderogabilità della norma.*

³²⁶ M. MEUCCI, *Trasferimento di ramo d'azienda o esternalizzazione di solo personale?*, in *Confronti e Intese*, n. 180/2002, p. 32.

³²⁷ A.PESSI, *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro. Dalla riforma Biagi alla “legge sul welfare”*, in *Arg. Dir. lav.*, 2008, p. 423.

Con l'entrata in vigore della legge n. 296/2006, al comma 911³²⁸ dell'articolo 1, l'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, è sostituito dal seguente: “ In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”,³²⁹.

Scompare così l'ipotesi di deroga *in peius* da parte della contrattazione collettiva alla regolamentazione legale della materia, la previsione di una responsabilità solidale del committente, temporalmente elevata a due anni, si estende non solo nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore diretto, ma anche e soprattutto dei dipendenti di ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori (con estensione, tra l'altro, dell'ambito di applicazione dell'art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994 all'intero ciclo produttivo).

Ne consegue, dunque, che le novellate garanzie previste in capo ai lavoratori, non sostituiscano, ma si aggiungano all'azione generale prevista dall'art. 1676 c.c.³³⁰ e

³²⁸ Legge 27 dicembre 2006, n. 296 “*Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato*” pubblicata nella G.U. n. 299 del 27 dicembre 2006.

³²⁹ Per il commento che segue si veda E. BARRACO (nota di), *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in *Diritto e Pratica del Lavoro* n. 24/2007, 1507-1509. Rispetto alla versione precedente, si registrano tre importanti novità. La prima è che viene tolta ai contratti collettivi nazionali di lavoro la facoltà di escludere il regime di solidarietà tra committente ed appaltatore in ordine ai crediti retributivi e ai contributi previdenziali dovuti, solidarietà che attualmente è quindi destinata ad operare automaticamente ed in via assolutamente inderogabile. Tuttavia, la modifica in commento pare più simbolica che gravida di effetti pratici, non avendosi notizia dell'avvenuta stipulazione di contratti collettivi, oltre tutto a livello nazionale, deroganti *in pejus* la disciplina legale. La seconda novità consiste nell'ampliamento del termine di decadenza entro il quale i lavoratori coinvolti nell'appalto e gli enti previdenziali interessati, possono far valere la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore, rispettivamente per i crediti retributivi e per i contributi previdenziali, termine che viene portato da uno a due anni. Tale ampliamento temporale, pare destinato ad avere importanti effetti pratici non tanto con riferimento ai crediti retributivi dei lavoratori (i quali notoriamente, sono creditori molto veloci e difficilmente lasciano scadere inutilmente il termine loro assegnato), quanto soprattutto con riguardo ai crediti degli enti previdenziali: questi ultimi creditori tanto temuti dalle imprese, quanto normalmente lenti nell'attivarsi nelle procedure recuperatorie. La modifica in commento pare dunque essere stata concepita più in un'ottica di tutela degli istituti previdenziali, e delle loro esigenze di cassa, che non dei lavoratori. La terza novità infine, consiste nell'estensione dei soggetti rispetto ai quali la responsabilità solidale del committente è destinata ad operare, affiancandosi non più soltanto a quella dell'appaltatore, ma anche a “*ciascuno degli eventuali subappaltatori*”. La portata della novella, pare di indubbia rilevanza perché alla luce della vecchia normativa, era ricavabile in via interpretativa la responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore, configurandosi nei loro rapporti interni alla stregua di committente e rispettivamente appaltatore, ma non così agevolmente quella del committente e subappaltatore, difettando tra i due un legame contrattuale diretto.

³³⁰ Tra l'altro l'unica esperibile dai medesimi lavoratori, una volta decorsi due anni dalla cessazione dell'appalto, ovviamente nel rispetto del campo di applicazione della norma codicistica che, come ben noto, riguarda soltanto i crediti retributivi dei dipendenti dell'appaltatore “*fino alla concorrenza*”.

che il nuovo regime di solidarietà passiva, si applichi anche all'appalto la cui esecuzione avvenga utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione³³¹.

L'intervento di tutela risulta ulteriormente rafforzato dal Testo Unico sulla sicurezza del lavoro n. 81 del 2008, che consente la predisposizione di un più incisivo apparato sanzionatorio finalizzato a garantire l'effettività dell'utilizzo da parte dell'appaltatore e del sub-appaltatore di idonee misure di prevenzione.

Per un più approfondito riesame sul regime della solidarietà e sulle misure di sicurezza si rinvia al capitolo III.

In via sintetica, invece, il terzo comma dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 pone fine alla questione relativa all'applicazione o meno dell'art. 2112 cod. civ.³³² laddove un nuovo appaltatore subentri al vecchio, con conseguente acquisizione del personale già impiegato nell'appalto.

La norma ha statuito, infatti, che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

La precisazione del legislatore vale disciplinare le ipotesi, abbastanza ricorrenti di subentro in appalti dove l'organizzazione riguarda in misura minima i mezzi impiegati e in misura prevalente la manodopera utilizzata. Si tratta ad esempio degli appalti per i servizi di pulizia. In queste ipotesi il passaggio di personale alle

del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda". Cfr. E. BARRACO (nota di), *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, 2007, cit., 1508.

³³¹ Infatti, l'imperfezione tecnica del richiamo, fatta soltanto all'art. 29, comma 2, del D. Lgs n. 276/2003, e non anche alle sue successive modificazioni, può essere superata nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata, tenendo conto che le esigenze di tutela dei lavoratori coinvolti in un appalto internalizzante, non possono essere inferiori a quelle di un normale appalto, in quanto "è semmai il caso dell'appalto in seguito a cessione del ramo a richiedere una garanzia maggiore". C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzia per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, 2004, cit., 271.

³³² Cfr. Cass. 20 novembre 1997, n. 11575, in Mass. giust. civ., 1997, 233; conforme: Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 395. In senso contrario: Cass. 8 febbraio 1993, n. 1518, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 834. Più di recente è stato affermato che: «Ai fini del trasferimento d'azienda, la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. postula soltanto che il complesso organizzato dei beni dell'impresa - nella sua identità obiettiva - sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, dovendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione. Il trasferimento d'azienda è pertanto configurabile anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, sempre che si abbia un passaggio di beni di non trascurabile entità, ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa e - come affermato anche dalla sentenza della Corte di Giustizia del 7 marzo 1996, C-171/94 e C-172/94 - realizzabile anche in due fasi per effetto della intermediazione di un terzo» (Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, in *Orient. giur. lav.*, 2005, 55).

dipendenze del nuovo appaltatore non realizza un trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c.; ciò significa che non operano le garanzie della continuità del rapporto di lavoro e della responsabilità solidale dei due datori di lavoro per i crediti vantati dal lavoratore al momento della transizione.

3. L'attuale disciplina legislativa del distacco

L'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003, in linea con la Legge delega, prevede la (prima) disciplina (organica, generale) del distacco.

Esso sancisce che: "L'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa" e precisa che "in caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore".

La disposizione, come sottolineato dalla dottrina³³³ e dalla stessa giurisprudenza, "ricalca esattamente lo schema già definito"³³⁴ in precedenza.

Pertanto, restano confermate le considerazioni sintetizzate nel I capitolo in merito alla sistemazione del fenomeno, cui – per ragioni di sintesi – si rinvia.

In particolare, resta confermato che il distacco integra esercizio del potere direttivo e, dunque, una vicenda "esecutiva" interna allo schema di cui all'art. 2094 cod. civ.³³⁵, che, dunque, anche sotto tale profilo, si presenta in astratto compatibile rispetto ad ipotesi di deviazione della prestazione lavorativa in favore di terzo e conseguente "dissociazione" dei poteri datoriali; dissociazione che, ad avviso di chi scrive, appare realizzarsi – tra le varie ipotesi accennate nella prima parte – "per effetto della volontà delle parti" secondo lo schema generale della "sostituzione nell'attività giuridica altrui"³³⁶.

La disposizione ribadisce che i requisiti del distacco sono, anzitutto, la sussistenza di un interesse "proprio" del datore di lavoro e la temporaneità.

³³³ MAGRINI-PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, op. cit., pag. 195, 196.

³³⁴ Cass., 26 aprile 2006, n. 9557, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 882 e ss. (v. pag. 886, 887).

³³⁵ M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003*, op. cit. pag. 1025 e ss. In giurisprudenza di recente: Cass., 21 febbraio 2007, n. 4003 che qualifica il distacco come "espressione di un potere unilaterale pieno dell'imprenditore riconducibile all'art. 2094 c.c."

³³⁶ M. MARAZZA, *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, op. cit., pag. 116 e ss.

Conseguentemente, il principale requisito di legittimità del distacco resta la sussistenza di un “oggettivo” interesse (e non un “qualunque interesse”), organizzativo o produttivo (“imprenditoriale”) del datore di lavoro (distaccante)³³⁷ – da valutare, dunque con riferimento al concreto espletamento delle attività da questi esercitata³³⁸; interesse, che deve persistere lungo tutto lo svolgimento del rapporto in regime di distacco³³⁹.

Accanto all’interesse del datore di lavoro – come già sottolineato dalla dottrina³⁴⁰ – nella normalità dei casi potrà concorrere anche un interesse del terzo distaccatario (che, tuttavia non assume valore alcuno ai fini della valutazione della legittimità del distacco stesso). Ciò in particolare sarà riscontrabile nel caso di distacco realizzato all’interno del “gruppo”, il cui interesse, seppur enucleabile in termini “atecnici” oltre lo schermo della personalità giuridica, non appare sufficiente di per sé alla legittimazione del distacco³⁴¹. È, inoltre, espressamente ribadito, quale ulteriore requisito del distacco, la natura temporanea dello stesso³⁴².

Tale secondo requisito, tuttavia, come già visto, è interpretato dalla giurisprudenza non nel senso che la durata del distacco deve essere necessariamente predeterminata ab origine, né nel senso che la durata medesima sia lunga o breve: tale requisito si ritiene, infatti, “rispettato” ogni volta che risulta permanere l’interesse al distacco medesimo³⁴³.

³³⁷ C. ZOLI, *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. op. cit.*, pag. 332 il quale sottolinea che l’interesse al distacco dovesse per forza di cose afferire alla organizzazione del distaccante e che (nt. 16) “*si tratta di un principio affermato da pressoché tutta la giurisprudenza in tema di distacco*”. Del resto, ciò è la logica e necessaria conseguenza del fondamento di liceità dell’istituto per come enucleato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Per le (ulteriori) “qualificazioni” dell’interesse – come “reale”, “concreto”, “preminente” ecc. – riscontrabili nella pronunzie della Suprema Corte e per una sintetica casistica di giurisprudenza, M. GAMBACCIANI, *La disciplina del distacco nell’art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003*, op. cit., pagg. 1004 e 1005, nt. 11. Su concrete ipotesi di concreto interesse al distacco, v. anche P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pag. 498 e ss, nonché F. SCARPELLI, *Distacco*, op. cit. 2004, pag. 443.

³³⁸ Cfr. Cass., 2 novembre 1999, n. 12224.

³³⁹ cfr. Cass., 26 maggio 1993, n. 5907: “*Il venir meno dell’interesse [al distacco, n.d.a.] estingue il rapporto originario ed instaura un rapporto diretto con il distaccatario*”; v., altresì, implicitamente Cass., S.U., 21 marzo 1997, n. 2517.

³⁴⁰ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 60.

³⁴¹ C. ZOLI, *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. op. cit.*, pag. 340 il quale precisa che la qualificazione *ex lege* dell’interesse come “*proprio*” significando che esso deve “*appartenere al datore di lavoro, induce ad accentuare l’esigenza che sia accertata anche con riguardo ai gruppi di imprese la sussistenza di tale presupposto*”.

³⁴² F. SCARPELLI, *Distacco*, op. cit., pag. 443: “*Tale requisito trova la propria giustificazione [...] in almeno due ragioni; quella anti-elusiva, in funzione di limite a un eventuale aggiramento del divieto di fornitura di lavoro; quella di limitare nel tempo una forma di impiego del dipendente che rischia di estraniarlo dalla propria comunità di lavoro*”.

³⁴³ Cass., 13 giugno 1995, n. 6657: “*la temporaneità della destinazione del lavoratore a prestare la propria opera in favore di un terzo (c.d. distacco), la quale configura uno dei presupposti di*

Conseguentemente, è opinione diffusa che tale presupposto – anche sotto l’art. 30 D. Lgs. n. 276 del 2003 – finisca per coincidere con il requisito dell’interesse organizzativo del distaccante.

Ulteriore requisito sancito dall’art. 30 è la necessità che il distacco sia disposto per “l’esecuzione di una determinata attività”.

Tale (terzo) requisito circoscrive il potere del distaccatario rispetto all’utilizzazione della prestazione lavorativa.

Una parte della dottrina ha sottolineato che l’attività richiesta al prestatore con il distacco deve essere previamente comunicata al lavoratore, il quale sarebbe, d’altro canto, tenuto a rappresentare al datore di lavoro qualunque variazione operata dal distaccatario. Tali rilievi appaiono condivisibili: da un lato, la comunicazione preventiva permette un controllo di legittimità del distacco; d’altro lato, le comunicazioni del lavoratore permettono al datore di lavoro di controllare l’attività del lavoratore medesimo e (indirettamente) la legittimità dell’operato del distaccatario. Il rapporto di lavoro tra distaccante e lavoratore continua a persistere unico e senza alcuna sospensione³⁴⁴, come confermato dal fatto che il datore di lavoro distaccante resta responsabile del trattamento economico e normativo del lavoratore e, dunque, di tutte obbligazioni connesse al rapporto di lavoro (incluse quelle connesse all’art. 2103 cod. civ.³⁴⁵), fermo restando che gli obblighi di protezione e sicurezza restano da imputare anche al distaccatario³⁴⁶.

Le obbligazioni retributive e contributive possono tuttavia essere addebitate al

legittimità del distacco stesso, non richiede che tale destinazione abbia una durata predeterminata sin dall’inizio né che essa sia più o meno lunga o sia contestuale all’assunzione del lavoratore, ovvero persista per tutta la durata del rapporto, ma solo che la durata del distacco coincida con quella dell’interesse del datore di lavoro a che il proprio dipendente presti la sua opera in favore di un terzo”.

³⁴⁴ Per l’ipotesi del c.d. “prestito di manodopera” che si realizza mediante sospensione convenzionale del rapporto ed instaurazione di un rapporto a termine con il “terzo”, si rinvia ai sintetici cenni svolti nella prima parte.

³⁴⁵ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pag. 497 il quale precisa che “*nel rapporto di lavoro fra datore di lavoro distaccante e lavoratore*” il vincolo di equivalenza delle mansioni “*si applica in tutta la sua portata, imponendo l’equivalenza tra mansioni svolte nell’azienda di provenienza e mansioni assegnate nell’azienda di destinazione*”, v. sul punto cfr. ZOLI, *Il nuovo mercato del lavoro*. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. op. cit., pag. 337. In giurisprudenza, v. Cass., 16 aprile 1984, n. 2471 in *Giust. Civ.*, 1985, I, pagg. 142 e ss. con nota di GHINOY: “*Durante il periodo di distacco perduta [...] l’unico e originario rapporto di lavoro [...] ne consegue che se il terzo [...] adibisce il lavoratore a mansioni superiori a quelle prima svolte presso il datore di lavoro distaccante costui è tenuto a corrispondere il trattamento economico relativo alle mansioni effettivamente svolte e al conferimento del grado o qualifica superiore [...] senza che possa invocare la sua estraneità al conferimento di tali mansioni, dipendendo tale situazione esclusivamente dal suo provvedimento di distacco*”.

³⁴⁶ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 55.

distaccatario, come affermato dalla stessa circolare ministeriale intervenuta sulla materia³⁴⁷. Dal lato attivo, il datore di lavoro distaccante conserva tutte le prerogative datoriali nei limiti di compatibilità con la materiale funzionalità del distacco stesso tra cui quella di “richiamare” il lavoratore, revocando il distacco medesimo. In ogni caso, fruendo dell’illimitata libertà concessa dalla legge delega ma in coerenza con il consolidato orientamento giurisprudenziale³⁴⁸, l’art. 30 del Decreto esclude che il distacco sia condizionato dal consenso del lavoratore secondo la ricostruzione proposta da una parte della dottrina³⁴⁹. Ciò si evince sia perché la norma ne omette la menzione nella individuazione degli elementi della fattispecie, sia perché richiede espressamente il consenso nel solo caso in cui il distacco comporti un mutamento di mansioni (ovviamente nel rispetto dei limiti di cui all’art. 2103 c.c.)

Ci si permette di osservare che la deviazione della prestazione ad un terzo, seppur nell’ambito di un rapporto di lavoro “ordinario”, integra – quanto meno – una modificazione non solo delle mansioni del lavoratore ma anche dei suoi obblighi (che si dirigono anche verso un terzo) e comporta di fatto l’inserimento dello stesso in un’altrui organizzazione imprenditoriale; per tale ragione sarebbe opportuno esigere il consenso del lavoratore.

In ogni caso, la scelta del datore di lavoro di determinare il distacco appare controllabile per eventuale motivo illecito, discriminatorio ecc. (così come affermato in ordine al potere di invio in missione nella somministrazione), nonché sotto il profilo del rispetto dei canoni di correttezza e buona fede negoziale³⁵⁰, che, come già detto, secondo la ricostruzione che si condivide, integra il contenuto del contratto ed impone a “ciascuna parte di salvaguardare l’utilità dell’altra nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio”³⁵¹.

Per converso, il consenso del lavoratore è richiesto dall’art. 30, comma 3, D. Lgs. n.

³⁴⁷ V. Circolare del Ministero del Lavoro n. 3 del 2004; Cass., S.U., 13 aprile 1989, n. 1751.

³⁴⁸ Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, in *Guida al lavoro*, 28, 1998, 20, secondo cui: “*Nel distacco disposto dal datore di lavoro presso altro soggetto destinatario della prestazione lavorativa...rimane del tutto estranea la volontà del lavoratore che esegue la prestazione in osservanza al dovere di obbedienza disposto dall’art. 2104 c.c.*”.

³⁴⁹ S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., pag. 63 e ss.

³⁵⁰ v. di recente Cass., 21 febbraio 2007, n. 4003, la quale, dopo aver precisato testualmente che il distacco è “*espressione di un potere unilaterale pieno dell’imprenditore riconducibile all’art. 2094 c.c.*”, chiarisce che tale potere è “*sindacabile solo in caso di abuso o contrarietà a buona fede*”. Cfr. altresì Cass., 26 aprile 2006, n. 9557 e A. SITZIA, *Potere direttivo, rifiuto di eseguire la prestazione, eccezione di inadempimento: applicazione giurisprudenziali asistemiche in materia di distacco e lavoro in ambiente insalubre*, nota di commento, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pagg. 883 e ss.

³⁵¹ M. P. BIANCA, *Diritto Civile*, op. cit., pag. 472 e ss., pag. 477.

276 del 2003, per l'ipotesi di distacco "che comporti un mutamento di mansioni" del prestatore. Tale disposizione rappresenta la prima sostanziale "innovazione" introdotta con il D. Lgs. n. 276 del 2003 in materia di distacco.

Essa è stata oggetto di inevitabili critiche, atteso che l'introduzione di tale requisito aggiuntivo per la legittimità del distacco "contraddice" l'impostazione secondo al quale l'istituto sarebbe mero esercizio dell'ordinario potere direttivo datoriale³⁵².

In ogni caso, è stato sottolineato che la disposizione in nessun caso può essere intesa quale "deroga ai limiti imperativi dell'art. 2103 c.c.", la quale oltre a non essere espressa sarebbe senz'altro priva di alcuna copertura da parte della Legge delega.

Ne consegue che anche in caso di distacco che comporti mutamento delle mansioni l'adibizione professionale del lavoratore dovrà essere rispettosa del principio della equivalenza e, in ogni caso, della professionalità acquisita dal prestatore.

Resta evidente che l'eventuale dissenso del lavoratore non può comportare alcuna conseguenza negativa sul piano del rapporto, tanto meno sul piano disciplinare.

Secondo una parte della dottrina il consenso del lavoratore potrebbe essere considerato "manifestato" in caso di silenzio-assenso del lavoratore medesimo alla comunicazione del distacco con indicazione delle attività da espletare.

La seconda sostanziale "innovazione" introdotta con il D. Lgs. n. 276 del 2003 è la regola in base alla quale: "qualora il distacco comporti un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 Km da quella in cui il lavoratore è adibito, il distacco può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive". La disposizione evoca le ragioni legittimanti il trasferimento, aggiungendo, tuttavia, rispetto alla formula di cui all'art. 2103 cod. civ., l'esigenza "sostitutiva", contemplata, invece, per la giustificazione del termine dal D. Lgs. n. 368 del 2001. Non potendo essere riferite al terzo le esigenze sottostanti il distacco (pena lo stravolgimento dell'istituto³⁵³), la ricorrenza di un'esigenza sostitutiva del

³⁵² Per la "giustificazione" (invero non convincente) di tale scelta legislativa v. Cass., 26 aprile 2006, n. 9557 secondo la quale la "*necessità del consenso, ove il distacco comporti un mutamento di mansioni [...] deve ritenersi*" quale esplicitazione del "*principio per il quale non è consentito al datore di lavoro di assumere decisioni arbitrarie non riconducibili i poteri che gli sono conferiti dal contratto di lavoro e dall'inserimento [...] nell'organizzazione aziendale*".

³⁵³ C. ZOLI, *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, op. cit., pag. 343 secondo il quale l'esigenza sostitutiva potrebbe riguardare "*in genere il distaccatario*", fermo restando che "*tale conclusione non deve indurre a trascurare che l'interesse organizzativo al distacco deve essere proprio del distaccante, come quando, ad es., si assenti dal lavoro un*

datore di lavoro distaccante appare di difficile realizzazione in concreto; parte della dottrina ha ipotizzato che essa possa consistere nella necessità di sostituire altro lavoratore distaccato “per la realizzazione del medesimo interesse”³⁵⁴.

Anche tale disposizione è stata oggetto di critiche.

Anzitutto, si è sottolineato che “se il distacco è per definizione un’assegnazione temporanea di mansioni presso un terzo, allora esso non dovrebbe mai configurare un trasferimento, il quale è per definizione definitivo” e, dunque, anche sotto tale profilo, il richiamo a ragioni sovrapponibili a quelle di cui all’art. 2103 cod. civ. risulta tutt’affatto che “coerente”³⁵⁵.

In secondo luogo, si è sottolineato che se la norma fosse intesa quale specificazione dei limiti posti dall’art. 2103 cod. civ. la stessa sarebbe tacciabile di violazione del principio di eguaglianza in quanto atta a limitare l’applicazione della citata disposizione codicistica alle sole ipotesi “geograficamente più rilevanti”.

Per tale ragione, si propone una lettura secondo la quale l’ipotesi non sarebbe da ricondurre all’art. 2103 cod. civ. e dovrebbe dunque essere considerata quale norma “migliorativa” per il lavoratore.

In ogni caso, si ritiene che le esigenze tecniche, organizzative, produttive o sostitutive imposta dal comma 3 dell’art. 30 debbano essere ulteriori e diverse rispetto a quelle che legittimano in via generale il distacco, pena l’insensatezza della norma. D’altro canto è evidente che in concreto “riesce difficile immaginare una distinzione tra gli elementi oggettivi che sorreggono le condizioni di liceità e quelli che giustificano lo spostamento presso l’unità produttiva del distaccatario”.

Secondo una parte della dottrina, all’ipotesi di distacco oltre i 50 Km, al pari di quanto affermato dalla giurisprudenza in materia di trasferimento, sarebbe applicabile in via analogica l’art. 2 della Legge n. 604 del 1966 e, dunque, il datore di lavoro sarebbe tenuto, a richiesta del lavoratore, a fornire per iscritto le ragioni del distacco³⁵⁶. A sommosso avviso di chi scrive tale obbligo è, tuttavia, ravvisabile per tutte le ipotesi di distacco, sia perché strumentale all’eventuale controllo di legittimità del provvedimento, sia perché derivante dalle regole di buona fede e correttezza nell’esecuzione negoziale (art. 1375 cod. civ.).

dipendente del distaccatario in grado di interagire e collaborare col distaccante, cliente o fornitore del distaccatario”.

³⁵⁴ F. SCARPELLI, *Distacco*, op. cit., pag. 448.

³⁵⁵ MAGRINI PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, op. cit., pag. 197.

³⁵⁶ C. ZOLI, *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Op. cit.*, pag. 344.

La violazione delle sopra sintetizzate regole (eccezionali) dettate dal comma 3 dell'art. 30 non comporta l'applicazione della sanzione della (possibile) costituzione del rapporto in capo al distaccatario, che, per contro, è prevista (a seguito dell'introduzione del comma 4 bis nell'art. 30 ad opera del D. Lgs. n. 251 del 2004) "quando il distacco avvenga in violazione di quanto disposto dal comma 1"; in tale caso, infatti, "il lavoratore può chiedere mediante ricorso [...] notificato anche soltanto al soggetto che ha utilizzato la prestazione la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo". Tale disposizione conferma che, salva la sussistenza di un interesse organizzativo o produttivo "proprio" del datore di lavoro non è consentita la deviazione della prestazione lavorativa ad un terzo e, dunque, è confermata la sussistenza di un generale divieto interpositorio nel rapporto di lavoro; persistenza che in ogni caso la dottrina aveva riconosciuto esistere anche prima dell'intervento "correttivo" del D. Lgs. n. 251 del 2004.

Resta da sottolineare che l'art. 30 D. lgs. n. 276 del 2003 fa espressamente salva "la disciplina prevista dall'art. 8, comma 3, del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla Legge 19 luglio 1993, n. 236".

Ai sensi della citata disciplina "gli accordi sindacali" raggiunti nell'ambito di procedure di mobilità o di riduzione di personale, "possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad altra per una durata predeterminata". Si tratta di un'ipotesi speciale nella quale, al fine di salvaguardare l'occupazione, è consentito il distacco di personale in assenza del requisito dell'interesse "proprio" del datore di lavoro distaccante. In tali ipotesi l'interesse giustificativo è quello del lavoratore alla conservazione del posto e residua solo la necessità del rispetto di una "durata temporanea" del distacco.

Tale disposizione prevede che, al fine di evitare un licenziamento collettivo, sia possibile, tramite un accordo sindacale, prevedere il distacco di uno o più lavoratori ad un'altra impresa. In dette ipotesi si ritiene che l'interesse si sdoppi in due diversi interessi: quello del lavoratore alla conservazione del posto e l'interesse del datore di lavoro alla flessibilità. Ciò mostra che il legislatore ritiene meritevole di tutela la realizzazione di un assetto complessivo degli interessi in gioco in grado di tutelare tanto la stabilità del lavoro quanto le esigenze tecnico-produttive dell'impresa. Non si vede dunque perché non si possa ricorrere al distacco come alternativa alla cessazione del rapporto di lavoro anche al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista dalla legge. Qualche puntualizzazione, infine, va fatta sulla ripartizione dei

poteri e degli obblighi datoriali.

Per quanto riguarda la ripartizione di poteri e obblighi tra distaccante e distaccatario, va osservato che il trasferimento di poteri di gestione del rapporto riguarda unicamente quelli funzionali alla realizzazione dell'interesse che sta alla base del distacco. Pertanto, il potere di variare le mansioni e di licenziare permane in capo al datore di lavoro, così come rimane nelle sue mani l'esercizio del potere disciplinare, potendosi semmai configurare in capo al distaccatario la facoltà di segnalare eventuali infrazioni disciplinari.

Per venire, da ultimo, agli obblighi datoriali, la legge prevede ora espressamente quanto era già ricavabile dai principi generali, vale a dire che il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo (ivi compreso il trattamento previdenziale) spettante al lavoratore. Per quel che attiene all'obbligo di sicurezza sembra che si possa concordare con quanto ritenuto dal Pretore di Brescia in una sentenza di qualche anno fa, e cioè che "Poiché in caso di distacco il datore di lavoro distaccante resta l'unico titolare del rapporto, l'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 c.c. permane in capo al medesimo che, ancorché privo in astratto di poteri direzionali sull'organizzazione del lavoro, dovrà ritenersi responsabile per il solo fatto di aver deviato la prestazione di lavoro a favore di soggetto non fornito dei necessari requisiti tecnici e di sicurezza e benché il soggetto diretto destinatario della prestazione lavorativa non possa considerarsi datore di lavoro del dipendente distaccato sussiste in capo al medesimo un obbligo di sicurezza di fonte legale, ex art. 2087 c.c., giacché tale norma si applica a colui che nell'esercizio dell'impresa organizza i fattori della produzione, a prescindere dal titolo in base al quale lo stesso utilizzi le prestazioni lavorative, e a patto che le stesse vengono svolte sotto la sua direzione e a suo vantaggio"³⁵⁷.

Queste valutazioni sembrano potersi riferire, per altro, anche alla diversa ipotesi in cui l'utilizzazione delle prestazioni di propri dipendenti da parte di un terzo sia conseguenza di un atto organizzativo del datore, senza che vi sia il ricorso all'istituto del distacco. Anche in quel caso, infatti, il terzo si trova a organizzare i fattori della produzione e la prestazione si svolge sotto la sua direzione. Pare allora coerente con le condivisibili premesse svolte dal giudice che, anche in questo caso, l'obbligo di sicurezza ricada tanto sul datore di lavoro quanto sull'effettivo

³⁵⁷ Pretura Brescia, 12 maggio 1998, in *D&L Riv. Critica Dir. Lav.*, 1998, p. 969.

utilizzatore. Il legislatore non ha previsto particolari o speciali tutele in favore del lavoratore: il distaccante rimane unico responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore. La contribuzione non subisce alcuna variazione, mentre le somme dovute all'Inail per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro vanno calcolate in base ai premi ed alla tariffa applicati al distaccatario

CAPITOLO TERZO

Tecniche di corresponsabilizzazione a garanzia del prestore di lavoro

1. La solidarietà del somministratore e dell'utilizzatore

La disciplina della somministrazione di lavoro, pur assoggettando il rapporto alle regole generali relative al rapporto di lavoro subordinato, detta, tuttavia, alcune disposizioni specifiche che hanno come effetto per un verso di assicurare una protezione aggiuntiva ai lavoratori somministrati e, per altro verso, di esonerare il somministratore da alcuni dei vincoli che gravano sui datori di lavoro.

Nell'ambito delle disposizioni che determinano il primo degli effetti segnalati, è possibile annoverare il disposto del comma 3 dell'art. 23 del decreto del 2003.

Ai sensi dell'art. 23, comma 3, si configura la regola della responsabilità solidale dell'utilizzatore sancendo che questi è obbligato *“in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali”*.

Come per tutte le ipotesi di solidarietà, la funzione della norma è quella di apprestare una garanzia in favore del lavoratore³⁵⁸.

Secondo la dottrina, la *ratio* di tale disposizione consiste nel fatto che *“l'ordinamento accolla all'utilizzatore un obbligo [...] poiché la prestazione lavorativa è svolta nel suo interesse”*³⁵⁹.

Si discute in dottrina se tale obbligazione solidale sia anche sussidiaria³⁶⁰ e, dunque, se il lavoratore debba pretendere l'adempimento dal somministratore prima di rivolgersi all'utilizzatore (c.d. *beneficium ordinis*).

Una parte della dottrina sostiene la tesi positiva, sulla base della lettera k), comma 1, art. 21 del D. lgs. n. 276 del 2003, la quale prevede, come contenuto essenziale (ed inderogabile) del contratto di somministrazione, l'assunzione da parte dell'utilizzatore dell'obbligo di pagamento diretto al lavoratore del trattamento

³⁵⁸ C. M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, op. cit., pag. 694.

³⁵⁹ S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op.cit., pag. 108.

³⁶⁰ Sulla compatibilità tra natura solidale e sussidiaria dell'obbligazione v. M.C. BIANCA, *Diritto civile*, IV, op. cit., pag. 712. *Contra* tuttavia GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pag. 585.

economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali “*in caso di inadempimento del somministratore*”³⁶¹.

Ad avviso di chi scrive è, per contro, nel giusto la dottrina secondo la quale la disposizione di cui alla predetta lettera k), comma 1, art. 21, nel coordinamento con l’art. 23, è destinata a cedere e, dunque, l’utilizzatore è coobbligato solidale senza il beneficio dell’ordine³⁶². E ciò, in quanto la lettera k), comma 1 dell’art. 21 detta una regola interna al contratto di somministrazione (tra somministratore ed utilizzatore), mentre la fonte dell’obbligo solidale dell’utilizzatore – e, dunque, dello speculare diritto (di garanzia) del lavoratore – è l’art. 23.

Secondo parte della dottrina, la qualificazione dell’obbligazione solidale sarebbe di fideiussione *ex lege*³⁶³.

La responsabilità descritta è illimitata sia sotto il profilo temporale sia sotto quello quantitativo³⁶⁴. Quanto al primo aspetto, è opportuno osservare che la disciplina prevista per la somministrazione si differenzia da quella dell’appalto di opere e di servizi di cui all’art. 29, comma 2, del d.lgs n. 276/2003, nuovo testo. In entrambi i casi di appalto, infatti, se le parti negoziali non dispongono diversamente, è previsto il limite di due anni superato il quale si ritiene sciolto il vincolo della solidarietà tra committente/imprenditore (o datore di lavoro) e appaltatore.

Con riguardo al secondo dei due profili segnalati, si può osservare che il lavoratore ha diritto a rivalersi fino alla soddisfazione dell’intero credito tanto nei confronti del somministratore quanto dell’utilizzatore.

Con ciò parrebbe sciogliersi uno dei nodi problematici che avevano animato il dibattito dottrinale accesi a ridosso del precedente dettato normativo.

La norma in questione, infatti, pur ripetendo in buona sostanza il disposto dell’art. 6 comma 3 della l. n. 196/1997³⁶⁵, non ripropone il riferimento al “limite della

³⁶¹ S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pag. 110; secondo alcuni CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 139, introdurrebbe, addirittura, un “*beneficium escussionis*” rispetto al regime della solidarietà sancita sul piano del contratto di lavoro (art. 23, comma 3). Tale seconda impostazione tuttavia non trova alcun riscontro positivo.

³⁶² P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 287, 288 nt. 41

³⁶³ S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pag. 110; impostazione che segue quella elaborata dalla dottrina sotto la vigenza della Legge n. 196 del 1997: M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 436, 437.

³⁶⁴ S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 108.

³⁶⁵ R. BORTONE, *Obblighi dell’impresa utilizzatrice*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, p.335.

garanzia” predisposta dal somministratore, contenuto, invece, nella normativa previgente. Questo parrebbe risolvere la *querelle*, cui ha dato vita la precedente disciplina, che vedeva contrapposte, in proposito, le letture interpretative di seguito descritte. La prima³⁶⁶ riteneva che l’obbligo di solidarietà “scattasse”³⁶⁷ solo dopo aver verificato l’inesigibilità del credito a causa di un deposito cauzionale o di una fideiussione bancaria non sufficienti (*beneficium excussionis*).

La seconda,³⁶⁸ invece, riteneva che la disciplina imponesse solo il rispetto di un *beneficium ordinis*. Il lavoratore era tenuto ad esigere l’adempimento in primo luogo dal fornitore o, decorsi due anni, indifferentemente dal fornitore o dal fideiussore. In caso di inadempimento, il lavoratore avrebbe potuto chiedere il pagamento all’utilizzatore senza che quest’ultimo potesse opporre la preventiva escussione delle somme stanziate a titolo cauzionale dal somministratore.

La terza,³⁶⁹ analoga alla seconda impostazione, se ne discostava ritenendo, infatti, possibile ricorrere indifferentemente all’uno (somministratore) o all’altro (utilizzatore) dei condebitori in solido, senza applicare neanche un *beneficium ordinis*, indipendentemente dalla sorte del deposito cauzionale.

La nuova disciplina ha fatto chiarezza almeno su un punto stabilendo che il lavoratore/creditore può agire per l’adempimento senza dover onorare un *beneficium excussionis* e cioè aver riguardo, escutendola per prima, alla garanzia stanziata a titolo cauzionale.

Questo non significa che il decreto abbia dissipato tutte le incertezze in materia; al contrario, molti sono ancora i dubbi irrisolti, per lo più correlati al modo di atteggiarsi dell’obbligazione solidale *de qua*.

Di seguito si proverà a sciogliere il nodo interpretativo relativo alla natura della obbligazione in questione ed a verificare se è possibile coniugarla con un “ordine” nell’adempimento pur conservandone la natura solidale.

Mentre l’art. 23 comma 3 menzionato si limita a tratteggiare in capo al somministratore e all’utilizzatore un’obbligazione solidale, che appunto viene

³⁶⁶ P. LAMBERTUCCI, *Commento all’art. 6, commi 3-5*, in GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999, p. 277; F. LUNARDON, *Obblighi dell’impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 5/6, p. 1247.

³⁶⁷ L’espressione è di F. LUNARDON, *Obblighi dell’impresa utilizzatrice*, op. ult. cit. p. 1247.

³⁶⁸ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, op. cit. p. 434; NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, op. cit. p. 418.

³⁶⁹ R. BORTONE, *Obblighi dell’impresa utilizzatrice*, op. cit. spec. p. 336; in posizione problematica, O. BONARI, *L’utilizzazione indiretta dei lavoratori*, op. cit., p. 257-258.

qualificata come tale, l'art. 21 comma 1, lett. k), del decreto, sembrerebbe stabilire almeno un ordine da rispettare nella richiesta di adempimento da parte del lavoratore. La norma in questione dispone, infatti, testualmente “ 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”. In effetti, se si procede ad una lettura combinata del comma 3 dell'articolo con il disposto dell'art. 21 comma 1 lett. k), non può essere sottaciuta la difficoltà di riferire i significati di tali previsioni normative al denominatore comune dell'obbligazione solidale e del relativo regime.

La norma menzionata, l'art. 21 comma 1 lett. k, individua, infatti, nel somministratore l'obbligato principale rispetto agli oneri retributivi e previdenziali, e nell'utilizzatore l'obbligato in via sussidiaria. Si configurerebbe, pertanto, un'obbligazione sussidiaria del condebitore utilizzatore, che imporrebbe il rispetto del *beneficium ordinis*, e che, a seguire un'autorevole dottrina civilistica³⁷⁰, a fatica potrebbe considerarsi un'obbligazione solidale. Questo perché l'obbligazione solidale in via di principio non sopporta né un ordine di adempimento né di escussione, potendo il creditore indifferentemente rivolgersi all'uno o all'altro dei condebitori in solido³⁷¹. Nel vigore del precedente dettato normativo (l. n. 196/1997), qualche autore aveva provato ad avanzare l'ipotesi che potesse trattarsi di una fattispecie fideiussoria³⁷², che appunto contempla un ordine nell'adempimento del credito fra debitore principale e accessorio (*rectius* sussidiario). A fronte di tale considerazione, è possibile allora osservare che tra le varie funzioni adempiute dal meccanismo della solidarietà vi è “quella di

³⁷⁰ Con riguardo alla distinzione, sul piano del diritto civile, tra *beneficium ordinis*, quale vicenda in cui è sufficiente che il creditore rivolga una mera richiesta di adempimento al debitore principale in modo da poter poi agire nei confronti del debitore sussidiario, senza bisogno di iniziare un'azione esecutiva, e *beneficium excussionis*, quale vicenda in cui per poter invece agire nei confronti del debitore sussidiario è necessario preventivamente escutere il patrimonio del debitore principale, ove le due figure si riferiscono alla ipotesi di obbligazione sussidiaria tecnicamente differente dalla obbligazione solidale in cui il creditore può rivolgersi indifferentemente a questo o a quel debitore, v., esemplificativamente, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2001.

³⁷¹ G. NICOSIA, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 33/2005, p. 20.

³⁷² Nella medesima direzione già M.T. CARINCI., *La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127*, op. cit., p. 435; in senso adesivo pure con riguardo alla nuova disciplina, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 109-110; con riguardo alla precedente disciplina si vedano pure le osservazioni di R. BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, op. cit., che parla, viceversa, di deroga al regime generale della solidarietà.

proteggere in fase esecutiva l'unità della prestazione indivisibile³⁷³". Questo, aggiungiamo, a prescindere se le obbligazioni solidali si atteggiino quali obbligazioni sussidiarie o fideiussorie.

Il meccanismo della solidarietà assolve, insomma, al compito di determinare un vincolo in capo ai condebitori per l'intero credito (obbligazioni indivisibili art.1316 c.c) in ciò contrapponendosi alle obbligazioni parziarie (obbligazioni divisibili art. 1314) che comportano, invece, l'insorgere di un'obbligazione per una frazione del credito e solo per quella, talché ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte³⁷⁴.

E' certo, allora, che pur a fronte di un ordine di adempimento, chiaramente stabilito *ex lege* al comma 1 lett. k) dell'art. 21, possono anche non essere identiche, ed anzi neppure uguali, in quanto l'obbligazione fideiussoria è sempre pecuniaria, mentre invece quella principale, nel momento in cui sorge, può avere un diverso oggetto [...], l'obbligazione è lo stesso qualificabile come solidale perché i due condebitori sono chiamati, per *l'intero* e per *l'eadem res debita*, a soddisfare il credito del lavoratore, l'uno (l'utilizzatore) di seguito all'altro (il somministratore). D'altro canto, che l'obbligazione solidale possa essere coniugata con un ordine nell'adempimento parrebbe confermato pure dal disposto dell'art. 1293 del codice civile. Il *beneficium ordinis* costituirebbe, appunto, una delle modalità diverse con cui possono essere tenuti all'adempimento i condebitori ai sensi di tale norma.

Così ragionando, si confermano le finalità perseguite dalla disciplina *de qua*, e cioè rafforzare³⁷⁵ la posizione creditoria del lavoratore rispetto alle obbligazioni in questione; come pure dimostra l'eliminazione del riferimento alla garanzia (contenuto nella precedente disciplina) come limite oltre il quale, soltanto, diveniva possibile aggredire il patrimonio dell'utilizzatore³⁷⁶.

Ma sulla questione della corresponsabilità del datore di lavoro inteposto (o apparente) per la corresponsione delle spettanze retributive e contributive nel caso

³⁷³ F. D. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa (profili sistematici)*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 341.

³⁷⁴ Sulle obbligazioni divisibili e indivisibili v. per tutti R. CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Jovene, 1953, p. 636 ss.

³⁷⁵ Ciò in sintonia con l'impostazione della dottrina civilistica che individua fra le finalità cui tende il vincolo solidale proprio sta quella di "realizzare un risultato complessivo di razionalizzazione semplificazione e quindi, in ultima analisi, di rafforzamento di rapporti, quando alla loro attuazione è interessata una pluralità di soggetti (sia dal lato passivo che attivo del rapporto" DI MAJO, *Obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., p.309.

³⁷⁶ G. NICOSIA, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore*, op.cit, p. 21.

di violazione del divieto di interposizione va evidenziata la pronuncia, nel 2006, delle Sezioni unite³⁷⁷.

Il principio enunciato dalla Corte è nel senso dell'esclusiva responsabilità del datore di lavoro interponente (appaltante/utilizzatore) per l'adempimento di tutte le obbligazioni tipicamente connesse alla figura datoriale, negando che la responsabilità concorrente dell'interposto possa essere affermata in virtù del principio dell'apparenza del diritto e della tutela dell'affidamento del terzo in buona fede³⁷⁸. L'affermazione di diritto contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite assume, però, rilievo alla luce della normativa in vigore, se non nel caso di nullità del contratto di somministrazione, poiché realizzato al di là dei limiti imposti dalla legge, come avviene in ipotesi di "somministrazione irregolare" ex articolo 27 d.lgs. 276/03: in tale ipotesi, in applicazione del principio enunciato dalla Cassazione, gli obblighi contributivi graverebbero solo sul datore di lavoro effettivo.

In definitiva, quindi, il d.lgs. 276/2003 rafforza la posizione giuridica del lavoratore dipendente sancendo una tendenziale responsabilità solidale dell'interposto con l'interponente, mentre le SS.UU., nelle ipotesi non previste dalla legge attuale (ad esempio lavoro irregolare, ex art. 27 d.lgs. 276/2003), optano per la ricostruzione giuridica meno favorevole al lavoratore dipendente: il legislatore si è mosso in una certa direzione, diversamente dalla giurisprudenza delle SS.UU., creando davvero non pochi dubbi sul piano dell'esigenza di certezza del diritto³⁷⁹.

Altra responsabilità congiunta si profila in tema di responsabilità civile. Ai sensi dell'art. 26 del D. Lgs. n. 276 del 2003 si stabilisce che: *“Nel caso di somministrazione di lavoro l'utilizzatore risponde nei confronti dei terzi dei danni ad essi arrecati dal prestatore di lavoro nell'esercizio delle sue mansioni”*. Assai discusso in dottrina è il fondamento di tale disposizione ed il suo rapporto con l'art. 2049 cod. civ.³⁸⁰ e, in particolare, se l'art. 26 D. Lgs. n. 276 del 2003 radichi una

³⁷⁷ Cass. S.U. 26 ottobre 2006, n. 22910, cit.

³⁷⁸ Per tale orientamento vedi Cass. 5 aprile 2004, n. 6649, in *Mass.Giust. Civ.*, 2004, 4; Cass. 27 marzo 2004, n. 6144, in *Orient. Giur. Lav.*, 2004, I, 380; Cass. 3 marzo 2001, n. 3096, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, II, 699 con nota di NADALET; Cass. 9 ottobre 1995, n. 10556, in *Foro It.*, 1996, I, 2869, in *Lav. Giur.*, 1996, 420 e in *Dir. Lav.*, 1997, II, 139 con nota di V.M. MARINELLI; Cass. 3 febbraio 1993, n. 1355, in *Riv. Inf. Mal.Prof.*, 1993, II, 60;

³⁷⁹ L. RATTI, *Interposizione illecita e irresponsabilità solidale del datore di lavoro interposto*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, n. 3/07, p. 280.

³⁸⁰ Senza pretesa di completezza alcuna e solo esemplificativamente: secondo alcuni la responsabilità dell'utilizzatore sarebbe esclusiva e rappresenterebbe una vera e propria deroga al principio posto dall'art. 2049 cod. civ., atteso che sarebbe solo il somministratore a fruire giuridicamente della prestazione lavorativa del lavoratore e, dunque, solo questi ne dovrebbe

responsabilità esclusiva dell'utilizzatore³⁸¹ ovvero sussista la concorrente responsabilità del somministratore.

A sommosso avviso di chi scrive, appare preferibile l'impostazione secondo la quale l'art. 26 prefigura una responsabilità dell'utilizzatore, senza tuttavia escludere quella del somministratore³⁸²; e ciò, sia in considerazione del fatto che essa offre maggiori garanzie per la soddisfazione del credito risarcitorio del terzo, sia in considerazione del fatto che la prestazione lavorativa costituisce adempimento tanto del contratto di lavoro – e, dunque, ne, profitta il somministratore – quanto del contratto di somministrazione – e difatti è svolta nel suo “interesse”³⁸³.

È, in ogni caso, certamente ammissibile che la suddivisione dell'onere connesso a tale corresponsabilità nei rapporti interni tra somministratore ed utilizzatore sia concordata in via negoziale nel contratto di somministrazione.

In ogni caso la disposizione configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, atteso che non ammette prova contraria³⁸⁴. Si deve, dunque, ritenere valido l'orientamento della Suprema Corte in materia di rapporto tra evento dannoso ed esercizio delle mansioni in base al quale non è necessario che sussista un nesso di causalità tra mansioni affidate ed evento, ma è sufficiente un mero “rapporto di occasionalità necessaria”³⁸⁵.

assumere le conseguenze secondo il sistema delineato dalla norma codicistica, M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 439; secondo altri, per contro e in modo condivisibile, la responsabilità dell'utilizzatore sarebbe in perfetta linea di continuità con il dettato dell'art. 2049; essa costituirebbe semplice specificazione delle regole generali che governano il trasferimento dei danni, imputandone gli oneri al soggetto nel cui interesse (l'utilizzatore) è svolta l'attività che cagiona l'evento dannoso, M. TIRABOSCHI, *La responsabilità civile per i danni a terzi*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, 2006, pag. 191 e ss., pag. 199; secondo l'Autore, peraltro, la norma costituirebbe il punto d'arrivo dell'orientamento giurisprudenziale che ha esteso l'applicazione dell'art. 2049 cod. civ. oltre i casi di “rapporto contrattuale tipico di lavoro subordinato” verso tutte le ipotesi (c.d. rapporto di preposizione) in cui sia ravvisabile “una relazione di fatto che colleghi due soggetti, dei quali l'uno espliciti in posizione di subordinazione una attività a favore dell'altro, che eserciti o detenga un potere di direzione e conformazione della prestazione lavorativa”).

³⁸¹ A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, op. cit., pag. 104; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 439 e ss.

³⁸² A. LASSANDRI, *Responsabilità civile*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 406; LOVO, *La responsabilità civile per danni arrecati a terzi dal prestatore di lavoro*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, IPSOA, Tomo II, 2003, pag. 141 e ss. v. pagg. 146, 147.

³⁸³ M. TIRABOSCHI, *La responsabilità civile per i danni a terzi*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Op. cit.*, pag. 191; LOVO, *La responsabilità civile per danni arrecati a terzi dal prestatore di lavoro*, op. cit., pag. 141 e ss. v. pagg. 146, 147.

³⁸⁴ M. C. BIANCA, *Diritto Civile.*, op. cit., pagg. 729 e ss.

³⁸⁵ Cass., 6 aprile 2002, n. 4951, in www.utetgiuridica.it.

2. La parità di trattamento e i diritti sindacali dei dipendenti somministrati

Fra le questioni di maggior rilievo affrontate nella letteratura a ridosso della emanazione del d.lgs n. 276/2003, si pone quella relativa all'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori dipendenti del somministratore e lavoratori di pari livello dipendenti dell'utilizzatore.

Ai sensi dell'art. 20, comma 2 *“Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la loro attività nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore”*.

In ragione di ciò, il D. Lgs. n. 276 del 2003 detta un serie di regole, sia per disciplinare il fenomeno dissociativo sia per apprestare tutele in favore di lavoratori.

L'art. 23, comma 1, conferma la regola della parità di trattamento già prevista dalla Legge n. 196 del 1997 (art. 4, comma 2), la cui “affermazione legale” appare essere sempre più diffusa nell'ambito dei c.d. lavori “flessibili”, come dimostrano l'art. 4 del D. lgs. n. 61 del 2000 (sul lavoro a tempo parziale) e l'art. 6 del D. Lgs. n. 368 del 2001 (sul lavoro a tempo determinato), anche a fronte dell'assenza di un siffatto principio generale inderogabile nel nostro ordinamento³⁸⁶.

Tale disposizione sancisce che: *“I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte”*.

L'art. 23, infatti, introduce con chiarezza tale principio riguardo il trattamento dei lavoratori somministrati rispetto a quelli dipendenti dall'utilizzatore. Questa norma rappresenta una delle poche espressioni rinvenibili nel nostro ordinamento della *flexicurity* di matrice comunitaria che mira, come noto, ad integrare sistemicamente libertà, flessibilità e necessità di sicurezza³⁸⁷.

Quello che si è cercato di attuare è, infatti, un modello di concorrenza tra le imprese, in perfetta sintonia con gli auspici del legislatore comunitario, basato su

³⁸⁶ S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pag. 102.

³⁸⁷ G. NICOSIA, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 33/2005, pag. 9.

fattori competitivi diversi da quelli relativi al trattamento economico e normativo dei lavoratori³⁸⁸. Sotto il profilo del fenomeno negoziale, sembrano valere le osservazioni già svolte con riferimento alla regola paritaria prevista dall'art. 3 della Legge n. 1369 del 1960 e, dunque, che il principio imponga una “*conformazione ex lege del rapporto di lavoro*” che intercorre tra somministratore per tutta la durata della somministrazione³⁸⁹ agli *standard* minimi vigenti in favore dei lavoratori dell'utilizzatore. La disposizione in questione chiarisce, rispetto alla disciplina già posta dalla Legge n. 196 del 1997, da un lato, che il trattamento paritario cui ha diritto il lavoratore è tanto quello economico che quello normativo³⁹⁰ e, dall'altro, che la valutazione comparativa dovrà essere effettuata tra lavoratori dello stesso livello e di pari mansioni. Nel caso in cui non vi siano presso l'utilizzatore lavoratori che svolgono mansioni di pari livello a quello dei lavoratori somministrati, si dovrà fare riferimento al sistema di inquadramento vigente presso l'utilizzatore medesimo e, in via residuale, all'art. 2103 cod. civ. quale parametro per assimilare la qualifica non prevista ad altra di contenuto equivalente³⁹¹; operazione, peraltro, niente affatto agevole.

La disposizione, con l'espressione “*complessivamente*”, chiarisce che il criterio comparativo da seguire è quello del c.d. conglobamento il quale impone una valutazione da operare, non già clausola per clausola, o istituto per istituto, ma tra le complessive discipline dei due rapporti.

Il termine di riferimento è rappresentato dalla disciplina – proveniente da qualunque fonte contrattuale (nazionale, territoriale, aziendale, prassi) o unilaterale

³⁸⁸ Così osserva P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, op. cit., p. 131.

³⁸⁹ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 525, che riconduce il fenomeno all'art. 1375 cod. civ.

³⁹⁰ E dunque comprende la disciplina dell'orario di lavoro, dei riposi, delle trasferte, del comportamento ed anche del preavviso da licenziamento, cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 300; sul preavviso, v. *contra* S. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 86, la quale, come accennato, nonostante affermi che la norma depone per il diritto del lavoratore a far valere i termini di preavviso previsti dalla disciplina applicata dall'utilizzatore, sostiene che in ragione della “*speciale versatilità*” che caratterizza il lavoro somministrato, “*termini di preavviso particolarmente lunghi risultano non del tutto compatibili*” e, dunque, opta per l'applicazione di quelli previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore: P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 299.

³⁹¹ F. BANO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., pag. 351; cfr. sotto la Legge n. 196 del 1997 le conclusioni di M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 369. Secondo una parte della dottrina, peraltro, sulla base di tale disposizione sarebbe necessario parificare l'inquadramento dei lavoratori somministrati a quello dei lavoratori diretti dell'utilizzatore, P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 300.

(regolamenti³⁹²), ma ad esclusione della fonte legale (atteso che i lavoratori restano dipendenti del somministratore³⁹³) – applicata dall'utilizzatore alla generalità dei lavoratori. Sono, dunque, esclusi solo i trattamenti *ad personam*³⁹⁴.

La Legge pone due eccezioni alla regola paritaria: la prima ha finalità occupazionali (art. 23, comma 2) dirette a garantire l'inserimento o il reinserimento dei lavoratori svantaggiati³⁹⁵ sulla base di specifici programmi di cui all'art. 13³⁹⁶ 57; la seconda riguarda la parte variabile della retribuzione: art. 23, comma 4, a mente del quale “*i contratti collettivi applicati dall'utilizzatore stabiliscono modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa*”. In tal modo è permesso all'autonomia collettiva di derogare alla regola paritaria prevedendo criteri differenziati tra lavoratori “diretti” e lavoratori “somministrati”³⁹⁷.

La *ratio* di tale disposizione discende dalla necessità di adattare i criteri attributivi della parte variabile della retribuzione al fatto che i lavoratori “somministrati” di norma concorrono solo in parte – o, addirittura, non concorrono affatto – ai risultati cui è correlata la retribuzione variabile. In ragione di ciò, si ritiene (ma non pacificamente) che, in caso di assenza di previsioni nei contratti collettivi

³⁹² L. GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., pag. 310.

³⁹³ Il che esclude che per la disciplina del licenziamento illegittimo il lavoratore possa invocare il regime vigente presso l'utilizzatore, se differente da quello applicabile al somministratore: S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pagg. 103, 104.

³⁹⁴ S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pag. 103.

³⁹⁵ Cioè, secondo la definizione data dall'art. 2 comma 1 lett. k del d.lgs n. 276/2003, qualsiasi persona appartenente a una categoria che abbia difficoltà a entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro. Questa norma, a sua volta, ai fini della definizione in questione, rinvia alle indicazioni provenienti dall'art. 2 lettera f del regolamento CE n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell'occupazione, nonché all'art. 4, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381; sul punto si veda pure la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, n. 41 del 23 ottobre 2004.

³⁹⁶ La norma è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 50 del 28 gennaio 2005 (in www.giurcost.org/decisioni/2005/0050s-05.html) ne ha dichiarato la legittimità costituzionale tanto in riferimento agli artt. 117 e 118 Cost., quanto all'art. 76 Cost. In particolare, la Consulta ha ritenuto la disciplina contenuta nell'art. 13 comma 1 del decreto in commento non lesiva della sfera di competenza costituzionalmente garantita alle Regioni.

³⁹⁷ Sul tema è intervenuto il rinnovato Ccnl dei lavoratori somministrati che all'art. 26, comma 7, dedicato ai premi di produzione/risultato stabilisce: «*I premi di produzione di qualsiasi natura non collegati a risultati e/o obiettivi aziendali sono erogati in rapporto alla durata della missione. I premi di risultato sono erogati in base ad un importo che faccia riferimento all'ultimo Pdr effettivamente e complessivamente erogato dall'utilizzatore rapportato alla durata della missione, salvo esplicita esclusione contrattuale prevista per i rapporti a tempo determinato o in somministrazione*».

dell'utilizzatore, i lavoratori somministrati non abbiano diritto ad alcun trattamento retributivo variabile.

La regola paritaria ha un importante *“valore sistematico in quanto comporta che l'acquisizione di prestazioni di lavoro mediante somministrazione avvenga per i lavoratori a condizioni non inferiori a quelle che maturerebbero in caso di assunzione diretta da parte dell'utilizzatore”*.

Come accennato il principio paritario è rinvenibile in quasi tutte le discipline del lavoro flessibile, specie di matrice comunitaria. E ciò, in quanto tale tecnica di tutela si pone nella prospettiva di *“promuovere un modello di concorrenza tra imprese che si basi su fattori competitivi diversi da quelli concernenti il trattamento economico e normativo dei lavoratori”*³⁹⁸.

Una particolare applicazione del principio della parità di trattamento, è rappresentata dal diritto dei lavoratori somministrati *“a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una certa anzianità”* (art. 23, comma 4). La dottrina ha inteso comprendere entro l'ambito dei servizi previsti dalla disposizione tutte le *“iniziative che corrispondono ad esigenze connesse con lo svolgimento dell'attività lavorativa”* e, dunque, ad esempio, la mensa, il servizio di trasporto³⁹⁹, il parcheggio aziendale, ecc.

L'art. 24 disciplina i *“diritti sindacali”* e le *“garanzie collettive”* dei lavoratori del somministratore.

La norma ribadisce (comma 1) che *“ai lavoratori delle società o imprese di somministrazione [...] si applicano i diritti sindacali previsti dalla legge 20 maggio 1970”*. Il comma 2 dell'art. 24 afferma che i lavoratori somministrati hanno *“diritto ad esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della somministrazione, i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente dalle imprese utilizzatrici”*.

³⁹⁸ Ancora P. CHIECO *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labor intensive*, in *Lavoro e diritti*, a cura di CURZIO, Cacucci Editore, 2006, pag. 162. La mancata riproduzione del medesimo principio paritario nella disciplina del lavoro in appalto (che costituiva peraltro il paradigma storico della regola: art. 3 delle Legge n. 1369 del 1969) rappresenta una significativa “lesione” di tali principi. E difatti, è unanime l'opinione che a seguito di tale mancata riproduzione l'istituto della somministrazione è destinato a “soccombere” rispetto a quello dell'appalto.

³⁹⁹ F. BANO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare*, op. cit., pag. 356.

Sulla base di tale primo comma, dunque, è confermato che ai lavoratori del somministratore spettino tutti i diritti individuali previsti dallo Statuto dei lavoratori: il lavoratore avrà diritto ad esercitare: il diritto di associazione sindacale (art. 14, Statuto); il diritto a non essere discriminato (artt. 15 e 16, Statuto); il diritto a costituire rappresentanze sindacali aziendali (art. 19, Statuto); il diritto di indire assemblee (art. 20, Statuto); il diritto di indire referendum (art. 21, Statuto); il diritto ai permessi (artt. 23 e 24, Statuto)⁴⁰⁰, nonché ovviamente tutte le libertà di cui al Titolo I. Secondo una parte (non pacifica) della dottrina, il soggetto passivo dei diritti sindacali resterebbe il somministratore, fermo restando che l'utilizzatore, nell'esercizio dei poteri direttivi e di controllo che gli competono, sarebbe comunque tenuto a rispettare i limiti derivanti dalle disposizioni dello Statuto⁴⁰¹.

La sopra indicata impostazione comporta che l'esercizio dei diritti sindacali da parte dei lavoratori somministrati, che implicino assenza o sospensione dal lavoro, possono essere considerate sospensioni o assenze legittime (o lecite) del rapporto di lavoro, ma non anche del rapporto di somministrazione, con la conseguenza che il somministratore, in tali casi, potrà essere considerato inadempiente e tenuto alla sostituzione del lavoratore.

Come detto altra parte della dottrina giunge a conclusioni opposte, sottolineando, in particolare, il fatto che, avendo le situazioni di sospensione o astensione espresso riconoscimento nella Legge, non potrebbero far considerare inadempiente il somministratore⁴⁰².

Altro aspetto particolarmente dibattuto (in assenza di indicazioni normative) è quello connesso alla costituzione da parte dei lavoratori somministrati delle rappresentanze sindacali aziendali.

Da una parte si afferma che i lavoratori somministrati, se di regola costituiscono rappresentanze sindacali presso il somministratore, ben possono procedere alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali anche presso l'utilizzatore, nel caso in cui si tratti di un gruppo di più di quindici prestatori permanentemente

⁴⁰⁰ M.P. MONACO, *I diritti sindacali dei lavoratori somministrati*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. CARINCI, IPSOA, Tomo II, 2003, pag. 116.

⁴⁰¹ In prospettiva opposta si muovono altre impostazioni (quella originaria è da attribuire a MISCIONE) secondo le quali, essendo i lavoratori somministrati addetti a due organizzazioni di lavoro, devono poter esprimere il loro potenziale sindacale tanto come lavoratori dell'impresa di somministrazione, tanto come lavoratori dell'impresa utilizzatrice, con una sorta di "duplicazione" dei diritti, M.P. MONACO, *I diritti sindacali dei lavoratori somministrati*, op. cit., pag. 116; A. LASSANDRI, *Diritti sindacali e garanzie collettive*, op. cit., pag. 371.

⁴⁰² M. P. MONACO, *I diritti sindacali dei lavoratori somministrati*, op. cit., pag. 118.

impiegati presso quest'ultimo, dovendosi considerare questo il loro *"luogo abituale di lavoro a norma dell'art. 35 St. lav."*⁴⁰³.

D'altra parte si esclude che presso l'utilizzatore si possa procedere alla costituzione di rappresentanze sindacali aziendali di lavoratori somministrati ai sensi dell'art. 19 dello Statuto in quanto *"posizioni passive in capo all'utilizzatore [...] dovrebbero essere espressamente sancite dalla Legge"*.

Pacifica (e incontestabile), per contro, è l'affermazione secondo la quale la contrattazione collettiva è pienamente legittimata a prevedere la partecipazione dei lavoratori somministrati alle rappresentanze sindacali unitarie dell'utilizzatore (con estensione dell'ambito "soggettivo" delle stesse in modo analogo a quanto già operato rispetto ai lavoratori a termine e quelli assunti con contratto di formazione e lavoro). L'art. 24, ultimo comma, infine, prevede obblighi di comunicazione dell'utilizzatore alla *"rappresentanza sindacale unitaria, ovvero, alle rappresentanze aziendali e, in mancanza, alle associazioni territoriali di categoria"* delle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale circa il numero ed i motivi del ricorso alla somministrazione prima della stipula del contratto; comunicazione da effettuarsi ogni dodici mesi.

La norma ha la mera finalità di portare a conoscenza delle organizzazioni sindacali del numero e del tipo di somministrazioni di lavoro in atto, onde permettere un controllo circa le modalità con le quali l'istituto viene utilizzato e, dunque, sui *"livelli di quantità e qualità dell'occupazione"*.

L'eventuale omissione della comunicazione preventiva non condiziona né l'efficacia, né la validità del contratto di somministrazione; e difatti, può essere successiva ove ricorrano *"motivate ragioni di urgenza"*⁴⁰⁴; per converso, essa sarà sanzionabile ex art. 28 dello Statuto.

⁴⁰³ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 314; *contra* CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., pag. 405. Tale conclusione appare condivisibile atteso che una delle principali finalità perseguite dalla disciplina è quella di ridurre i rischi che il "decentramento" del rapporto di lavoro comporti la vanificazione e l'isolamento dell'azione sindacale dei lavoratori. Aderire a tale impostazione – che di fatto individua un'unità produttiva presso l'utilizzatore composta – importa necessariamente anche l'applicazione dell'art. 22 dello Statuto con conseguente paralisi del potere di dell'utilizzatore di far richiamare il lavoratore eventualmente dirigente della rappresentanza sindacale.

⁴⁰⁴ M.P. MONACO, *I diritti sindacali dei lavoratori somministrati*, op. cit., pag. 122 e ss.; *contra* A. LASSANDRI, *Diritti sindacali e garanzie collettive*, op. cit., pag. 382 secondo il quale il mancato rispetto dell'obbligo di comunicazione preventiva comporterebbe una sospensione dell'efficacia degli effetti del contratto e gli eventuali invii comporterebbero l'instaurazione di un rapporti di lavoro direttamente con l'utilizzatore.

3. I punti di continuità e profili di discontinuità in materia di responsabilità solidale verso i lavoratori dell'appaltatore

Come si è avuto modo di trattare nel I capitolo, pur nella vigenza della Legge n. 1369 del 1960, gli appalti di opere e servizi restavano del tutto leciti, anche inerenti al ciclo aziendale e, nella recente evoluzione dottrinarie e giurisprudenziale, persino se aventi ad oggetto – di fatto – semplici attività lavorative.

Si è osservato che la Legge del 1960 non imponeva in modo assoluto *“all'imprenditore alcuna struttura produttiva predefinita”*⁴⁰⁵.

Tuttavia, il Legislatore del 1960, nell'intento di evitare che il ricorso al decentramento produttivo potesse rappresentare un mezzo per abbattere i costi del lavoro in pregiudizio dei lavoratori dell'appaltatore, destinati a prestare la propria attività “fianco a fianco” al personale del committente e nell'ambito degli stessi ambienti produttivi⁴⁰⁶, prevedeva una particolare disciplina per gli appalti destinati

⁴⁰⁵ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 91: “l'imprenditore può decidere se svolgere in proprio una (qualsiasi) attività o metterla all'esterno; se compie questa seconda scelta deve avvalersi di un imprenditore vero e proprio, non può in nessun caso ricorrere ad un mero fornitore di manodopera. La l. n. 1369 non impone all'impresa alcuna struttura produttiva predefinita”. La stessa Autrice, tuttavia, sottolinea (pag. 20) che “la l. 1369/1960, che impone all'impresa di acquisire lavoro subordinato solo tramite lo schema della subordinazione e cerca di disincentivare o almeno rende più costoso lo scorporo di fasi e spezzoni del ciclo produttivo, presuppone ed indirettamente consolida” un “modello di organizzazione imprenditoriale” proprio della “grande impresa industriale”, la quale “svolge al suo interno l'intero ciclo produttivo, trasformando le materie prime nel prodotto finale, si organizza in modo gerarchico e si avvale al suo interno dell'attività indistinta di lavoratori subordinati”; “così come” per la “nozione giuridica di subordinazione” che “si modella sulla falsariga del tipo sociale dell'operaio-massa della grande impresa industriale”; cfr., anche O. MAZZOTTA, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, op. cit., pag. 266: “la legge del '60 tocca l'organizzazione complessiva del lavoro – il fare da sé ed il far fare – ed assume che l'effetto di acquisire all'impresa direttamente le energie lavorative non è realizzabile attraverso uno schema giuridico diverso dal contratto di lavoro. La legge, in sostanza, non criminalizza, né imbalsama l'organizzazione dell'impresa, ma afferma il principio secondo cui la titolarità del rapporto va riconosciuta secondo i criteri di effettività”; in giurisprudenza per l'affermazione del principio della insindacabile libertà dell'imprenditore di scegliere quali attività appaltare (genuinamente) ad terzi e quali esercitare direttamente con la propria organizzazione, v., di recente, Cass., 22 agosto 2003, n. 12363, in Riv. It. Dir. Lav., 2004, II, pagg. 48 e ss., con nota di CALCATERRA, *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*, pag. 55: “in astratto l'imprenditore può affidare in appalto (lecito) tutte le attività in grado di fornire un autonomo risultato produttivo, senza che sia consentito escludere l'ipotesi in cui l'organizzazione del committente sarebbe in grado di eseguire direttamente la lavorazione, sfuggendo al sindacato giurisdizionale l'esistenza di valide ragioni per il ricorso alla convenzione di appalto”.

⁴⁰⁶ L. CORAZZA, “Contrattual integration” e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore, op. cit., pag. 157, la quale citando la Cass., 22 aprile 2000, n. 5296, sottolinea che: “l'obiettivo del legislatore era quello di omogeneizzare il trattamento dei dipendenti del

ad essere eseguiti “all’interno delle aziende, con organizzazione e gestione propria dell’appaltatore” (art. 3, comma 1), c.d. endoaziendali, contenente ulteriori norme di protezione dei lavoratori impiegati negli appalti.

Una breve disamina di tale normativa può essere utile a chiarire punti di continuità e profili di discontinuità con le disposizioni in materia di responsabilità solidale verso i lavoratori adottate (e ripetutamente modificate) dal legislatore nel corso degli ultimi anni. In particolare, l’art. 3 citato sanciva che l’imprenditore committente era “*tenuto in solido*” con l’appaltatore “*a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare u trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori*” dipendenti dal committente medesimo.

La dottrina ricostruiva la regola della parità di trattamento quale modifica legale del contenuto del contratto individuale del personale dell’appaltatore⁴⁰⁷ (“attualmente”) impiegato nell’appalto sino alla sua “conformazione”, per tutta la durata dell’adibizione del lavoratore all’appalto medesimo (e solo per essa), ad una “soglia minima”, rappresentata dai trattamenti economici e normativi goduti dal personale del committente di pari mansioni a prescindere dalla fonte dei trattamenti medesimi⁴⁰⁸.

committente e dell’appaltatore, con l’effetto di condizionare il prezzo dell’appalto, nell’ottica di «impedire che l’appalto costituisca un disconoscimento di quei diritti dei lavoratori dell’appaltatore, dei quali essi diventerebbero titolari se dipendessero direttamente dal committente». V. anche Cass., S.U., 20 gennaio 1996, n. 446: “Con l’ art. 3 della legge n. 1369 disciplinò un fenomeno diverso, quello cioè dell’indiretta concorrenza costituita da imprese appaltatrici con propri capitali e propri mezzi che, impiegando comunque manodopera a basso costo, assumessero l’appalto di opere o servizi compresi nel ciclo produttivo dell’impresa appaltante. Anche in questa ipotesi l’impresa produttrice, parcellizzando le varie fasi della produzione e utilizzando queste forme di appalto, avrebbe risparmiato sul costo del lavoro, ma avrebbe nello stesso tempo incentivato la prosecuzione dello sfruttamento dei lavoratori, che la legge intendeva stroncare. In questa ipotesi la finalità della legge viene raggiunta non vietando la stipulazione di detti appalti (come nei casi previsti dall’art. 1 della legge n. 1369), ma semplicemente obbligando in solido appaltante e appaltatore a garantire ai dipendenti di quest’ultimo un trattamento minimo retributivo inderogabile e un trattamento normativo, non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori dipendenti dall’imprenditore appaltante. L’imprenditore appaltante è inoltre tenuto in solido con l’appaltatore all’adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza nei confronti dei lavoratori dipendenti da quest’ultimo. Tale disposizione toglie quindi l’incentivo economico alla parcellizzazione delle fasi della produzione e aumentava i rischi dell’imprenditore appaltante, che è chiamato a rispondere anche degli inadempimenti contributivi addebitabili all’appaltatore.

⁴⁰⁷ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 525, che parla di “meccanismo” simile alla previsione di cui all’art. 1374 cod. civ.

⁴⁰⁸ Proprio sulla base del rilievo che la regola paritaria ha per oggetto il rapporto di lavoro e non la disciplina collettiva ad esso applicabile, la Corte Costituzionale ha rigettato la questione di incostituzionalità proposta in riferimento alla riserva di cui all’art. 39 Cost.: Corte Cost., 9 luglio 1963, n. 120. Secondo parte della dottrina la regola avrebbe esteso al personale dell’appaltatore

I termini del paragone – da effettuarsi mediante comparazione “istituto per istituto”⁴⁰⁹ – della regola paritaria erano costituiti, da un lato, dal trattamento goduto dalla generalità del personale del committente (esclusi, dunque, i trattamenti *ad personam*) e, dall’altro, dal trattamento individuale di fatto goduto dal lavoratore dell’appaltatore adibito all’appalto (inclusi, dunque, i trattamenti *ad personam*).

Occorre, in proposito, specificare che nel formulare l’art. 3 il Legislatore aveva di fronte il modello di impresa “fordista”, in cui le funzioni produttive ed organizzative sono (erano) accentrate e la cui struttura è (era) visibile ed identificabile nello “stabilimento” o nel complesso di stabilimenti.

Per tale ragione, la formulazione dell’art. 3 individuava gli appalti oggetto della particolare disciplina di tutela proprio in relazione al loro dover essere eseguiti all’interno dello stabilimento⁴¹⁰, c.d. criterio topografico⁴¹¹.

L’avvento delle nuove tecnologie, che hanno sostituito al “coordinamento spazio-temporale” tra i fattori produttivi un “coordinamento informatico e telematico” – hanno indotto dottrina⁴¹² e giurisprudenza⁴¹³ – ad adeguare l’interpretazione della

l’intera disciplina goduta dal personale del committente, ma tale impostazione urta contro il dettato letterale.

⁴⁰⁹ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 530, la quale considera il criterio indicato quale intermedio tra quello del conglobamento (comparazione del trattamento complessivo) e quello del cumulo (comparazione clausola per clausola).

⁴¹⁰ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pag. 509.

⁴¹¹ A. ASQUINI, *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1962, pagg. 278 e ss., il quale, peraltro, trae tale conclusione anche sulla base della considerazione che altrimenti il comma 2 dell’art. 3 non si potrebbe giustificare, atteso che contempla appalti destinati ad essere eseguiti fisicamente all’esterno dell’azienda del committente.

⁴¹² su cui v. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pag. 509 – 525; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 492 e ss. In via meramente descrittiva, si ricorda, anzitutto, il criterio funzionale in base al quale sono interne all’azienda tutte le funzioni produttive tipicamente proprie dell’impresa in relazione al suo prodotto finale, al suo ciclo produttivo; criterio, che presenta serie criticità per la difficoltà di individuare l’azienda “tipica” e di cui costituisce una variante l’idea secondo la quale appartiene al ciclo produttivo tipico tutto ciò l’impresa esercita in via continuativa (criterio, a sua volta criticato in considerazione del fatto che il tessuto produttivo è “fitto” di relazioni continuative tra imprese operanti in differenti settori merceologici); in secondo luogo, il criterio della “provenienza” in base al quale, essendo la finalità della Legge quella di evitare l’abbattimento dei costi nei servizi appaltati, sarebbe da considerare endoaziendale tutto ciò che l’impresa ha in precedenza esercitato quale funzione propria all’interno (criterio, al quale sono state mosse le medesime “obiezioni” compiute rispetto al criterio della continuità: per la produzione di un determinato bene possono essere necessarie sinergie tra apparati produttivi assai differenti).

⁴¹³ Secondo Cass., S.U., 20 gennaio 1996, n. 446 “*l’espressione «nell’interno delle aziende»» doveva essere “letta non come un limite topografico degli interventi protetti, ma come qualificazione della natura degli interventi stessi, che devono riguardare un settore dell’organizzazione tecnica propria dell’attività dell’impresa concedente l’appalto, ossia uno dei servizi principali o ausiliari predisposti ai fini della realizzazione del suo ciclo produttivo (vedi in questo senso Cass., 13 ottobre 1970, n. 1993; Cass., 21 novembre 1981, n. 6212; Cass., 9 febbraio 1985, n. 1083 e tutta la giurisprudenza*

disciplina ai mutati contesti con proposte ricostruttive differenti e molteplici.

In via sintetica e generale, si può affermare che – tra quelli elaborati – il criterio “funzionale” – incentrato sulle funzioni connesse all’attività produttiva del committente e tendente a ricondurre la c.d. endoaziendalità nella nozione di “ciclo produttivo” dello stesso (entro l’insieme delle funzioni produttive tipicamente proprie del committente in relazione al prodotto finale) – ha “affiancato” il criterio (esclusivamente) fisico-topografico, incentrato sullo stabilimento.

Tale criterio, che ha avuto peraltro differenziate applicazioni concrete (essendo del resto piuttosto difficile delineare una condivisa ed univoca nozione di “ciclo produttivo”), era stato fatto proprio dalla giurisprudenza anche costituzionale⁴¹⁴.

Alla luce di tali cenni, è evidente che il Legislatore nel porre la disciplina del lavoro in appalto aveva fatto ricorso ad una tecnica di tutela profondamente differente rispetto a quella posta in essere con riferimento alle operazioni di mera fornitura di lavoro altrui: in tale ultimo caso, infatti, come si è visto, la tecnica di tutela era fondata su un assoluto divieto, a fronte del quale era prevista la sanzione della “riconduzione” (definitiva) del rapporto di lavoro alla titolarità dell’effettivo utilizzatore (ed alla disciplina contrattuale ad esso applicabile); nel caso dell’appalto endoaziendale, la tecnica di tutela utilizzata dal Legislatore, riconosciutane la funzione, era basata sulla previsione di una clausola di salvaguardia avente ad oggetto, da un lato, la modifica temporanea della disciplina del rapporto dei lavoratori dell’appaltatore sino ai trattamenti minimi applicati dal committente mediante la regola della parità e, dall’altro, il rafforzamento della garanzia dei loro diritti, mediante la previsione della solidarietà passiva di quest’ultimo⁴¹⁵.

Tale tecnica comportava un innalzamento del costo delle operazione di decentramento⁴¹⁶. Infine, l’applicazione della disciplina posta dall’art. 3 era, come visto, esclusa per una serie di appalti specificamente previsti dall’art. 5, rispetto ai quali – è stato sottolineato – non era “*facile individuare un denominatore comune*”,

contemporanea e successiva). Alle stesse conclusioni è pervenuta anche la dottrina”; in altri casi la giurisprudenza (Cass., 23 febbraio 1998, n. 1924) ha fatto riferimento a tutte le attività connesse alla produzione in modo ripetitivo, costante e quindi ordinario.

⁴¹⁴ Corte Cost., 9 luglio 1963, n. 120, cit.; cfr., da ultimo, Cass., 22 febbraio 2007, n.4138, ha ribadito che sono endoaziendali le attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente.

⁴¹⁵ Cfr., Cass, S.U., 20 gennaio 1996, n. 446, in www.utetgiuridica.it.

⁴¹⁶ L. CORAZZA, “*Contrattual integration*” e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore, op. cit., pag. 157.

atteso che quelli “*considerati sembrano rilevare a volte per i caratteri dei beni e servizi forniti, episodici, straordinari, tutt’affatto ausiliari, discontinui, saltuari ed occasionali; altre volte paiono interessare per i requisiti degli stessi appalti*”⁴¹⁷; d’altro canto, come si è accennato, la dottrina ha illustrato che la formulazione degli artt. 3 e 5 fu (almeno in parte) posta in essere nell’opera di “*salvataggio*” (politico) di alcune attività dall’applicazione del divieto⁴¹⁸; a ciò conseguiva che non era affatto certo se l’art. 5 avesse la funzione effettivamente precettiva, o meno, con conseguente problema circa la sua possibile estensione analogica⁴¹⁹.

La disciplina posta dall’art. 3 della Legge n. 1969 del 1960, inoltre, andava ad aggiungersi a quella già apprestata in via generale per tutte le ipotesi di appalto dall’art. 1676 cod. civ. a mente del quale: “*coloro che alle dipendenze dell’appaltatore hanno dato la loro attività per eseguire l’opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto da loro dovuto, fino a concorrenza del debito che il committente ha verso l’appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda*”⁴²⁰.

La garanzia rappresentata dall’obbligazione solidale del committente⁴²¹ era

⁴¹⁷ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, UTET, 2003, pag. 149.

⁴¹⁸ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, op. cit., pag. 411

⁴¹⁹ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 519 e ss.; 500 e ss.

⁴²⁰ Si tratta pacificamente non di un’azione surrogatoria ma, come espresso dalla lettera della norma, di un azione diretta che non attribuisce alcun diritto reale in capo ai lavoratori dell’appaltatore sulle somme dovute dal committente all’appaltatore, i quali, dunque, non possono pretendere la “separazione” di queste. L’oggetto dell’azione è circoscritto entro un duplice limite: l’ammontare “attuale” del credito – ovviamente esigibile – verso l’appaltatore e l’ammontare del debito del committente verso l’appaltatore medesimo. L’azione è riservata ai soli lavoratori subordinati (con esclusione, dunque, di lavoratori autonomi e fornitori in genere) dell’appaltatore funzionalmente addetti (con qualunque compito e qualifica) all’appalto (e, dunque, non a tutto il personale). L’azione può essere esperita anche senza previa escussione dell’appaltatore ed anche dopo il fallimento di questi (atteso che l’obbligazione dello stesso è sorta e, dunque, l’azione diretta non costituisce modificazione giuridica nel patrimonio del fallito); essa ricade sotto la competenza funzionale ex art. 409 c.p.c. e non integra un’ipotesi di litisconsorzio necessario. La richiesta di pagamento avanzata dal personale dell’appaltatore al committente, anche solo in via stragiudiziale, impone a quest’ultimo di pagare i lavoratori richiedenti e non l’appaltatore, con la conseguenza che l’eventuale pagamento all’appaltatore non acquista effetto liberatorio (residuando in capo al committente solo l’azione di ripetizione di indebito). In ogni caso, l’azione in parola non modifica nulla in ordine alla imputazione del rapporto di lavoro; in generale, D. RUBINO, *Dell’appalto*, op. cit., pagg. 336 e ss.; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 15; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, op. cit., pagg. 1090, 1091.

⁴²¹ Sulla funzione di garanzia della solidarietà, M.C. BIANCA, *Diritto civile, IV, L’obbligazione*, op. cit., pag. 695: “*La funzione della solidarietà passiva è la garanzia del creditore. Il vincolo solidale, precisamente, è diretto a tendere più sicura e agevole la realizzazione del diritto del creditore [...]. La solidarietà passiva evita al debitore il disagio di esercitare una pretesa per ciascun debitore e per la rispettiva quota*”.

assoggettata al termine di decadenza di un anno dalla cessazione del rapporto, decorso il quale restava ferma l'azione diretta dell'art. 1676 cod. civ; dal che se ne traeva, peraltro, conferma della natura eccezionale della responsabilità solidale prevista dall'art. 3 della Legge del 1960.

L'art. 85, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 276 del 2003 ha abrogato integralmente la l.n. 1369 del 1960 (come previsto dall'art. 1, comma 2, lett. m), l.n. 30 del 2003) e dunque anche l'art. 3 dedicato alla tutela del lavoro nei c.d. "appalti interni.

Abrogata l'intera Legge n. 1369 del 1960, il D. Lgs. n. 276 del 2003 ha dettato una nuova normativa della tutela del lavoro in appalto, resa principalmente nel comma 2 dell'art. 29 e che sino ad oggi, ha subito ripetute modifiche normative rispetto alla sua originaria stesura.

L'iniziale formulazione della norma prevedeva che: *"In caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti"*. L'originaria disposizione, dunque, prevedeva, quale particolare tutela dei lavoratori in appalto, la sola responsabilità solidale – con eliminazione della regola paritaria (per nessuna tipologia di appalto) – ed era circoscritta ai soli appalti di servizi (ad esclusione di quelli di opere).

Tale scelta legislativa – che viene riconnessa alla volontà di dettare una normativa dell'appalto *"più elastico possibile"* anche ai fini della regolarizzazione e della emersione di concrete situazioni di illiceità⁴²² – è stata oggetto di notevoli critiche da parte della dottrina.

La norma aveva destato nei primi commentatori una serie di critiche, anche sotto il profilo della sua legittimità costituzionale; sia per la limitazione della disciplina ai soli appalti interni⁴²³; sia soprattutto per l'eliminazione della regola paritaria⁴²⁴.

È stato in proposito⁴²⁵ anche notato come l'articolo 3, comma 3, del D.Lgs. n. 72/2000, attuativo della direttiva 96/71 CE in materia di distacco dei lavoratori

⁴²² così M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, op. cit., pag. 227.

⁴²³ Cfr. M.T. CARINCI, *La tutela dei lavoratori negli appalti*, op. cit., pag. 200.

⁴²⁴ L'illegittimità costituzionale della norma è stata dedotta rispetto ai requisiti di razionalità e ragionevolezza, ma sull'assunto che la regola paritaria e la responsabilità solidale rappresentano "due facce della stessa medaglia": P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 192.

⁴²⁵ P. ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimenti d'azienda, appalti interni: La soft law sul ciclo di produzione*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004

nell'ambito di una prestazione di servizi, preveda il rispetto della regola paritaria nel caso di appalti di servizi da eseguirsi all'interno di imprese di altre nazioni. Ne consegue in tal modo, che un imprenditore che intenda concedere in appalto un servizio sarà obbligato a rispettare un principio di parità di trattamento nel caso in cui l'impresa appaltatrice si trovi in uno stato diverso dall'Italia, mentre, sarà tenuto a corrispondere unicamente i trattamenti retributivi e contributivi dovuti nel caso in cui l'impresa abbia sede in Italia. In tal modo secondo la dottrina, si verificherebbe anche una grave forma di distorsione della concorrenza sul piano comunitario.

Invero, la mancata riproduzione della regola paritaria comporta il concreto rischio che il costo del lavoro "praticato" dagli appaltatori sia tendenzialmente, sempre più orientato "al ribasso", onde consentire agli appaltatori medesimi la possibilità di praticare prezzi più bassi nei confronti del committente, con conseguente, inevitabile pregiudizio per i lavoratori⁴²⁶.

Inoltre, i complessivi costi ("di transazione") connessi all'appalto saranno (o almeno potranno essere) assai più bassi rispetto a quelli connessi all'istituto della somministrazione, che – come visto – è soggetto alla regola paritaria e, più in generale, importa un costo della prestazione lavorativa di per sé più alto rispetto all'ordinario; ciò, dunque, comporterà la "promozione" di fenomeni di esternalizzazione senz'altro meno garantiti per i lavoratori⁴²⁷.

Una parte della dottrina ha precisato che i lavoratori impiegati nell'appalto hanno diritto a trattamenti retributivi indicati dalla contrattazione collettiva dell'impresa appaltatrice ex art. 36 Cost. (come del resto in ogni rapporto di lavoro), con la conseguenza che *"il lavoratore impiegato nell'appalto potrà rivolgersi al committente non solo per vedersi corrispondere le retribuzioni non pagate dal proprio datore di lavoro, ma anche eventualmente le differenze rispetto alle retribuzioni previste dal contratto collettivo di settore"*⁴²⁸.

Ma certamente tale possibilità (peraltro sancita anche da alcuni contratti collettivi) non colma la lacuna rispetto alla precedente tutela accordata dalla regola paritaria.

⁴²⁶ F. SCARPELLI, *Appalto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pag. 436 e ss.

⁴²⁷ Parte della dottrina a fondamento di tale conclusione pone la c.d. teoria dei costi di transazione (e di organizzazione) facente capo allo studioso COASE (c.d. *Transaction cost economics*): v. L. CORAZZA *"Contrattual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, op. cit., pag. 65 e ss.; V. SPEZIALE, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, op. cit., pag. 7 e ss.

⁴²⁸ F. SCARPELLI, *Appalto*, op. cit. pag. 438.

A colmare tale lacuna si pongono, sotto altro profilo, talune previsioni della contrattazione collettiva, che impongono di inserire clausole in base alle quali le imprese appaltatrici sono tenute al rispetto del contratto collettivo dell'impresa committente⁴²⁹.

Nonostante la sostanziale semplicità e chiarezza della norma che stabilisce la responsabilità solidale di committente ed appaltatore per gli obblighi retributivi, essa è diventata il frutto di ripetuti e ravvicinati interventi.

Numerosi in particolare e spesso convulsi, infatti, sono stati gli interventi normativi negli ultimi periodi in tema di solidarietà contributiva e di oneri solidali di committente, appaltatore e subappaltatore nei confronti degli istituti previdenziali e fiscali. Sono state introdotte di recente⁴³⁰ molte norme e prescrizioni finalizzate a rafforzare sul piano del trattamento economico e della tutela del lavoro, la responsabilità del committente e del subappaltatore.

Il D. Lgs. n. 251 del 2004 aveva operato una prima modificazione al comma 2 dell'art. 29 prevedendo che *“Salve diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati”* da organizzazioni *“comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i*

⁴²⁹ L. CORAZZA *“Contrattual integration” e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, op. cit., pag. 179 e ss., la quale precisa che si tratta di clausole *“rare”* (ad esempio art. 44 CCNL 2000 editoria e grafica) e qualificabili come *“miste”*: sanzionabili ex art. 28 St. Lav. sul piano collettivo e, sul piano individuale, solo nei rapporti tra appaltatore e lavoratore dovendosi escludere una responsabilità solidale del committente. La stessa Autrice precisa peraltro che nei rapporti individuali il riferimento al contratto collettivo può essere inteso (art. 39 Cost.) unicamente quale *“mero parametro e non come estensione dell'applicazione del contratto oltre i limiti previsti dall'adesione associativa”*.

⁴³⁰ Cfr. art. 29, d.lgs. n. 276/2003, come modificato dall'art. 6, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (cd. correttivo alla riforma Biagi) e successivamente modificato dall'art. 1, co. 911, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (Finanziaria 2007), che ha in particolare esteso a due anni il previsto regime temporale della responsabilità solidale tra committente e appaltatore, estendendone l'ambito anche ai trattamenti retributivi e previdenziali dovuti nei confronti di ciascuno degli eventuali subappaltatori, nonché quanto già disposto dall'art. 35, l. 4 agosto 2006, n. 248 (cd. legge Bersani) sull'accertamento preventivo della responsabilità in materia di regolarità fiscale e contributiva. In proposito F. PETRACCI, *Obblighi dell'appaltante verso i dipendenti dell'appaltatore*, in Lav.giur.n. 4/2009, p. 348 v. P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in ADL, 2007, 890 ss.; P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” n. 52/2007, in www.lex.unict.it. Ulteriori modifiche sono state introdotte dall'art. 1, co. 910 della stessa l. n. 296/2006, che ha modificato l'art. 7, d.lgs. n. 626/1994, poi ulteriormente integrato dall'art. 3, co. 1, legge 3 agosto 2007, n. 123, relativamente alla sicurezza sul lavoro nei contratti d'appalto.

*trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”*⁴³¹.

Nella seconda formulazione, dunque, la disposizione, da un lato estendeva la regola della responsabilità solidale del committente anche alle ipotesi di appalto di opere, ma, dall’altro, prevedeva la possibilità di una deroga della contrattazione collettiva. Il D. Lgs. n. 251 del 2004 aveva, inoltre, aggiunto il comma 3 *ter* all’art. 29 in base al quale sono esclusi dalla disciplina della responsabilità solidale gli appalti nei quali il committente è una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale. Le modifiche introdotte con il D. Lgs. n. 251 del 2004 avevano generato in dottrina commenti positivi quanto all’estensione del regime di solidarietà anche agli appalti di opera, ma (ulteriori) critiche quanto alla possibilità di derogarvi per via collettiva e quanto alla prevista esclusione della responsabilità per gli appalti con committente *“una persona fisica che non esercita attività d’impresa o professionale”*.

2.1 L’ulteriore ampliamento della solidarietà del committente anche in favore dei dipendenti di eventuali subappaltatori

La Legge finanziaria n. 296/2006⁴³², per l’anno 2007 (art. 1, comma 911) ha ulteriormente modificato il predetto comma 2 dell’art. 29, la cui formulazione, allo stato, è la seguente: *“In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l’appaltatore, nonché ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell’appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”*⁴³³.

L’elemento maggiormente dirompente dell’attuale formulazione dell’art. 29,

⁴³¹ Occorre ricordare quanto alla tutela dei lavoratori nell’appalto che il medesimo D. Lgs. 251 del 2004 ha, altresì, ricondotto alla previsione di cui al comma 2 dell’art. 29 anche l’ipotesi di appalto da eseguirsi con il ramo d’azienda “contestualmente” trasferito da committente (cedente) all’appaltatore (cessionario); fattispecie che non appare presentare alcuna differenza rispetto ad un normale appalto e che, tuttavia, nella formulazione originaria del D. Lgs. n. 276 del 2003 (art. 32, ultimo comma), era stata assoggettata al regime civilistico cui è delineato dall’art. 1676 cod. civ., con una previsione oggetto di critiche unanimi: P. LAMBERTUCCI, *Modifica all’art. 2112, comma 5, del codice civile*, op. cit., pag. 469, 470; M.T. CARINCI, *La tutela dei lavoratori negli appalti*, op. cit., pag. 201.

⁴³² Legge 27 dicembre 2006, n. 296 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” pubblicata nella G.U. n. 299 del 27 dicembre 2006

⁴³³ Sulla portata innovativa dell’estensione della responsabilità solidale anche a ciascuno dei subappaltatori E. BARACCO, *La nuova disciplina dei contratti di appalto*, op. cit., pag. 175 e ss.

comma 2 sembra risiedere proprio nella moltiplicazione dei centri di imputazione della responsabilità patrimoniale solidale, tale per cui il lavoratore impiegato nell'ultimo subappalto può rivolgere le proprie pretese creditorie nei confronti – oltre che del proprio datore di lavoro – anche del committente imprenditore o datore di lavoro, nonché dell'appaltatore e di tutti i subappaltatori collocati “a monte” del subappalto per il quale il lavoratore presta la sua opera⁴³⁴.

Quanto ai lavoratori che possono far valere la responsabilità solidale, stante la laconicità dell'art. 29, comma 2, che non offre precise indicazioni sul punto, sembra ragionevole affermare la sussistenza della responsabilità solidale del committente/cedente (e, analogamente, dell'appaltatore) solo nei confronti dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore o dai subappaltatori e impiegati nello specifico appalto (o subappalto) di opere e servizi oggetto del contratto con il committente⁴³⁵.

Quanto ai contenuti, la solidarietà si estende a tutto il credito retributivo e non è contenuta nei limiti del debito che il committente ha verso l'appaltatore al tempo della domanda (come invece accade ai sensi dell'art. 1676 c.c.). In senso contrario, tuttavia, si rileva che l'art. 29, comma 2, limita chiaramente la responsabilità solidale ai soli trattamenti retributivi e ai contributi previdenziali dovuti, dovendosi quindi escludere le somme dovute ai lavoratori che non rientrino in queste categorie, tra cui per esempio le indennità risarcitorie per il licenziamento illegittimo da parte dell'appaltatore⁴³⁶.

L'obbligazione solidale del committente include anche «i contributi previdenziali»⁴³⁷, e dovrebbe operare in questo caso a favore degli enti previdenziali creditori e non verso il lavoratore che creditore non è⁴³⁸, come invece sembra di dover desumere dalla formulazione letterale dell'art. 29, comma 2.

Al riguardo va precisato che non essendo previsto alcun beneficio di preventiva escussione di una delle parti, sia i lavoratori che gli enti previdenziali potranno

⁴³⁴ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, Giappichelli, 2008, pag. 117-118. Configurano, invece, una responsabilità solidale del solo committente per l'intera catena degli appalti e subappalti; P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit.*, pag. 3.

⁴³⁵ Di questa opinione P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit.*, pag. 16; M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, *op.cit.*, pag. 123. Ritiene, invece, che possano azionare la responsabilità solidale *ex art. 29*, d.lgs. n. 276/2003 anche i lavoratori a progetto e i lavoratori autonomi. I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità ...*, *op.cit.*, pag. 523.

⁴³⁶ Di diverso avviso, Trib. Bologna, 19 marzo 2007, in *Arg.Dir.Lav.*, n. 2/2008, II, pag. 516

⁴³⁷ A. SICA, *Contribuzione nell'appalto*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2007, pag. 2645 e segg.

⁴³⁸ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto ...*, *op.cit.*, pag. 155.

rivolgersi direttamente all'appaltatore ed al committente e pretendere il pagamento di retribuzioni e contributi previdenziali non corrisposti.⁴³⁹

Il limite temporale entro cui far valere tale responsabilità è elevato ai due anni successivi alla cessazione dell'appalto⁴⁴⁰, decorsi i quale resta tuttavia ferma la (minore) garanzia dettata dall'art. 1676 cod. civ.

Per ciò che concerne il regime solidale negli appalti connessi alla cessione di ramo d'azienda, va precisato che la disposizione prevista dall'art. 32, comma 5, dlgs. n. 276/03 prevede una tutela aggiuntiva rispetto a quella già apprestata ai lavoratori trasferiti in tutte le operazioni di trasferimento d'azienda (indipendentemente dai successivi rapporti contrattuali) dal secondo comma dello stesso art. 2112 c.c., in base al quale cedente e cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento: infatti, la garanzia del regime solidale assiste anche i crediti maturati dal lavoratore dopo l'operazione di cessione del ramo d'azienda. Ma si tratta di una tutela specifica rispetto al regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore che opera in tutti i contratti d'appalto indipendentemente dal fatto che tra i contraenti sia intervenuta una precedente operazione societaria. Infatti, nel caso in esame la formulazione della norma induce a ritenere che i beneficiari della tutela dei crediti non siano solo i lavoratori impiegati nell'appalto realizzato a valle del trasferimento, ma la totalità dei lavoratori trasferiti. In questo modo sono tutelati tutti i lavoratori coinvolti nel processo di esternalizzazione, anche se non partecipano effettivamente all'attività oggetto dell'appalto.

Secondo una parte della dottrina, la disciplina dettata dall'art. 29, comma 2 D. Lgs. n. 276 del 2003 sarebbe peggiorativa rispetto alla previsione di cui all'art. 3 della Legge n. 1369 anche perché il contenuto della responsabilità solidale escluderebbe i trattamenti "normativi"⁴⁴¹. Resta l'esclusione per le ipotesi di appalto nei quali il committente è *“una persona fisica che non esercita attività di impresa o*

⁴³⁹ CASS. S.U., 18 febbraio 2004, n. 3164 hanno ritenuto sussistere nell'ambito dell'azione ex articolo 3 legge 1369/60 un caso di connessione soggettiva, ma non un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

⁴⁴⁰ *“L'imposizione di tale termine si pone in sostanziale continuità con quella dettata dall'art. 4 della l. 1369/1960 in riferimento alla posizione dei lavoratori utilizzati in un appalto interno”*: P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, op. cit., pag. 326. : i due anni si riferiscono all'esercizio dei diritti, da parte dei prestatori d'opera, nei confronti dell'appaltante, mentre per quel che riguarda l'appaltatore o il subappaltatore che sono i datori con i quali i lavoratori hanno avuto un rapporto diretto, i termini di prescrizione dei crediti sono quelli ordinari.

⁴⁴¹ F. SCARPELLI, *Appalto*, op. cit., pag. 438; M.T. CARINCI, *La tutela dei lavoratori negli appalti*, op. cit., pag. 201.

professionale”; ciò significa che la persona fisica committente risponde in via solidale solo se sia un esercente di un’attività d’impresa (Ditta individuale) ovvero un professionista in attività, esclusione, fatta salva l’applicazione anche nei loro confronti delle sanzioni penali *ex art.18 del D.Lgs. n.276/03*, nei casi i cui ci si trovi di fronte a somministrazioni di manodopera di natura fortemente irregolare.

Esclusione che, da un lato, pone gravi difficoltà interpretative in ordine alla esatta individuazione dei soggetti esclusi dalla solidarietà – che sembrano debbano risolversi nel senso che l’esenzione dalla solidarietà si applica alle “*ristrettissime ipotesi in cui l’appalto venga conferito da un committente non imprenditore e non professionista in forma del tutto occasionale*”⁴⁴² – e, dall’altro, resta esposta alle critiche di “incoerenza” rispetto alla conservazione della sanzione della “costituzione” del rapporto di lavoro in capo al committente per l’ipotesi di appalto “non genuino” anche nelle ipotesi di appalto con soggetto privo di alcun struttura organizzativa in grado di accogliere stabilmente le prestazioni lavorative.

Ultimo, ma non meno importante, rilievo concerne l’applicabilità della regola di responsabilità solidale di cui all’art. 29 ai soli appalti privati. Infatti, il chiaro tenore letterale dell’art. 1, comma 2 del d.lgs. 276 del 2003 – su cui, peraltro, sono stati avanzati da più parti seri e argomentati dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di potere legislativo delegato rispetto al principio di cui all’art. 6 della l.n. 30 del 2003⁴⁴³ – porta, allo stato attuale, a escludere gli appalti pubblici⁴⁴⁴ dal campo di applicazione della responsabilità solidale *ex art. 29, comma 2*. Tuttavia, la giurisprudenza di merito, nonostante le previsioni contenute nel D.Lgs. n. 276/2003 che escludono in genere l’applicabilità del D.Lgs. n. 276/2003 al rapporto di lavoro nel pubblico impiego, ha ritenuto che l’istituto della solidarietà tra committente ed appaltatore come previsto dall’articolo 29 del D.Lgs. n. 276/2003 trovi applicazione pure nel caso in cui il committente sia una pubblica amministrazione⁴⁴⁵. Rispetto al

⁴⁴² L. CORAZZA “*Contrattual integration*” e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore, op. cit., pag. 170, 172.

«Le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate». Su tale norma v. i rilievi critici di E. GRAGNOLI, *Il rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni*, in M.T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, spec. pagg. 251-252.

Sulla cui specifica disciplina, tra cui in particolare il d.lgs. n. 163 del 2006, v. F. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv.Giur.Lav.*, 2006, I, pag. 753 e segg.; G. SPOLVERATO A. PIOVESANA, *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in *Dir.Prat.Lav.*, 2007, pag. 1995 e segg.

⁴⁴⁵ Trib. Pavia, 29 aprile 2006, in *D&L - Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 539, con nota di S. CAPURRO.

sistema delineato dalla Legge n. 1369 del 1969, dunque, la disciplina presenta un ambito di applicazione complessivamente più ampio, non essendo stata conservato il principio della c.d. endoaziendalità, neppure nella prospettiva – proposta da una parte della dottrina – della sua “sostituzione” (o attualizzazione) con il criterio della c.d. debolezza economica dell’appaltatore rispetto al committente.

Nella recente versione introdotta con la Legge Finanziaria 2007, dunque, la disciplina medesima è stata estesa anche ai subappaltatori; previsione, quest’ultima, innovativa che interviene su una delle “zone” che appaiono a maggiore rischio di elusione della normativa e sottoprotezione dei lavoratori.

Più in generale, si può affermare che in base alla attuale previsione normativa, la disciplina della tutela dettata dall’art. 29 D. Lgs. n. 276 del 2003 si applica tanto agli appalti di opere, che di servizi, tanto agli appalti interni quanto a quelli esterni all’organizzazione del committente, ed anche (art. 32, ultimo comma) agli appalti da eseguirsi mediante il ramo d’azienda ceduto dal committente all’appaltatore.

2.2 L’obbligo solidale dell’appaltatore e del subappaltatore nei confronti degli enti previdenziali e del fisco

Nei primi mesi dell’anno 2007, venivano “*inaugurate dall’art. 35 della L. 4.8.2006, n. 248 (c.d. legge Bersani), mirante alla responsabilizzazione delle imprese che operano scelte organizzative di frantumazione del ciclo produttivo ovvero di esternalizzazione dei servizi*”⁴⁴⁶, importanti disposizioni finalizzate a garantire la posizione individuale del dipendente dell’appaltatore e subappaltatore.

⁴⁴⁶ P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, op. cit., p. 7. Invero, come sottolineato dall’Autore, la Legge n. 248 del 2006, “*entro un ampio disegno di lotta al lavoro nero e di contrasto alla evasione e alla elusione fiscale*” all’art. 35 “*ha previsto l’introduzione (commi 28-34) di un articolato meccanismo nel quale il ruolo centrale del sistema di responsabilizzazione dell’impresa è rappresentato – non dalla responsabilità solidale negli appalti quale prevista dall’art. 29, co. 2, d. lgs. 276/2003, bensì – dalla previsione di una “sanzione” (melius, una delle sanzioni) che scatta per il mancato rispetto di un meccanismo – che potremmo definire di accertamento preventivo – di regolarità fiscale e contributiva, secondo il quale l’appaltatore deve pagare il corrispettivo ai propri subappaltatori solo dopo avere verificato che questi ultimi abbiano effettuato nei confronti dei propri dipendenti una serie di adempimenti*”. La Legge Bersani afferma espressamente che resta fermo quanto stabilito dall’art. 29, comma 2 del D. Lgs. n. 276 del 2003 precisando che la responsabilità solidale del committente si intende estesa alla effettuazione ed al versamento delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente. Per le questioni di coordinamento e la possibile sovrapposizione tra le disposizioni della Legge Bersani e quelle del D. Lgs. n. 276 del 2003 si rinvia all’Autore citato; *idem* per le modifiche e le integrazioni apportate all’art. 7 D. Lgs. n. 626 del 1994 apportate dal comma 910 dell’art. 1 della Legge finanziaria per l’Anno 2007.

Tuttavia, in tempi recenti, l'articolo 3, comma 8 del D.L. 3 giugno 2008, n. 97 (con entrata in vigore il 2 agosto 2008) ha disposto l'abrogazione dei commi da 29 a 34 dell'articolo 35 della legge n. 248/2006 e del conseguente regolamento adottato con D.M. del Ministero dell'Economia n. 74/2008.

Attualmente, rimane in vigore il solo comma 28 della legge n. 248/2006, in base al quale l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi da lavoro dipendente, nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, nonché del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti⁴⁴⁷, nei confronti degli Istituti previdenziali come l'Inps, l'Inail, l'Ipsema o l'Enpals⁴⁴⁸.

È esclusa così, su tale versante, a differenza di quanto accade per l'articolo 29 del D.Lgs. n. 276/2003 (riguarda gli obblighi nei confronti del personale dipendente), la responsabilità del committente.

Si pone, a questo punto, nell'ambito del regime di solidarietà così definitivamente semplificato, un problema di coordinamento tra la normativa in esame e quella contenuta nell'articolo 29 del D.Lgs. n. 276/2003.

La regola di responsabilità solidale diventa generale e senza eccezioni, condividendo la stessa impostazione dell'art. 29 del D.Lgs n. 276/2003 (la riforma Biagi), che contempla un regime di responsabilità solidale tra il committente, l'appaltatore e gli eventuali subappaltatori per i crediti contributivi e retributivi dei lavoratori, anch'esso svincolato dai comportamenti degli attori coinvolti.

Ma tra i due regimi sussistono sostanziali differenze.

Diversi sono i creditori oggetto della tutela: nell'art. 29 della legge Biagi sono i lavoratori, mentre nel comma 28 del decreto Bersani sono le autorità pubbliche (Agenzia delle Entrate, Inps, Inali) che maturano crediti dall'esistenza di un rapporto di lavoro.

La seconda differenza riguarda i soggetti esposti al meccanismo di solidarietà passiva. Nell'art. 29 sono coinvolti tutti i soggetti della catena degli appalti: committente, appaltatore e subappaltatori.

⁴⁴⁷ G. FALASCA, *Appalti: più semplice e più severo il regime di responsabilità solidale*, in *Guida Lav.*, 2008, n. 25, p. 32

⁴⁴⁸ E. MASSI, *Responsabilità solidale negli appalti dopo le ultime abrogazioni*, Commento alla Circolare n. 24/2008, p. 18, in www.dplmodena.it.

Nel comma 28 il regime di responsabilità solidale opera a partire dall'appaltatore, mentre non ricade sul committente.

Tale differenza era già presente nell'impostazione originaria del decreto Bersani, il quale assoggettava il committente non alla responsabilità solidale, ma ad una sanzione amministrativa per il caso in cui fosse stato violato un obbligo di controllo degli adempimenti fiscali, contributivi ed assicurativi cui è tenuto l'appaltatore; venuta meno questa regola, il committente non risulta esposto a nessuna sanzione.

La terza differenza è la mancata previsione, nel comma 28 del decreto Bersani, della regola propria dell'art. 29 della legge Biagi circa i limiti temporali e quantitativi della responsabilità solidale.

In particolare, la legge Biagi estende questo regime al periodo di due anni dalla fine del rapporto, senza limiti quantitativi; il decreto Bersani invece - nella versione risultante dall'ultimo intervento - nulla dispone, rinviando così al regime generale previsto in materia di appalti dal codice civile, secondo il quale la responsabilità solidale non è soggetta a limiti temporali (vale quindi il termine ordinario di prescrizione, di cinque anni) ma sussiste solo entro i limiti del corrispettivo ancora dovuto dall'appaltatore al subappaltatore.⁴⁴⁹

Non pare al riguardo che vi sia alcuna incompatibilità logica o giuridica tra la (permanente) vigenza dell'art. 1676 c.c. e l'applicazione dei regimi di responsabilità solidale contemplati nella legislazione speciale. Infatti, considerati i diversi ambiti di applicazione oggettivi e soggettivi delle singole norme, nulla esclude che una buona tutela giudiziale del credito retributivo, risarcitorio, previdenziale, assicurativo o fiscale dei lavoratori (o degli enti previdenziali e delle agenzie fiscali) richieda – laddove possibile e nell'ambito dei relativi presupposti giuridici – di azionare contemporaneamente più disposizioni, mantenendo peraltro l'art. 1676 c.c. la sua funzione di garanzia limitata ma generale a tutela del credito per i lavoratori subordinati impiegati negli appalti⁴⁵⁰. Anzi, una tale strategia

⁴⁴⁹ F. PETRACCI, *Obblighi dell'appaltante verso i dipendenti dell'appaltatore*, op. cit., p. 349.

⁴⁵⁰ Cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, op. cit., pag. 131, secondo cui «si deve concludere che "l'azione diretta" prevista dall'art. 1676 c.c. conserva la sua portata generale nell'ambito degli appalti: è invocabile dal lavoratore tutte le volte che ne ricorrano i presupposti e concorre con l'obbligazione solidale prevista dall'art. 29, 2° comma, D.Lgs. 276/2003»; I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità ...*, op. cit., pag. 522. Di diverso avviso, V. SPEZIALE, *Appalti ...*, op. cit., pag. 18, il quale – sia pure con riferimento alla formulazione dell'art. 29, comma 2 derivante dal d.lgs. n. 251 del 2004 – rileva come «non vi è dubbio che il lavoratore dipendente dell'appaltatore che voglia agire nei confronti del committente (anche non imprenditore)

difensiva è chiaramente auspicabile in una serie di casi in cui la norma potenzialmente di maggior tutela (soprattutto l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) si presenta di incerta applicabilità. Oltre a ciò vi sono chiaramente casi in cui una pretesa creditoria può essere fatta valere solo per il tramite della disciplina codicistica a tutela dei diritti degli ausiliari dell'appaltatore. L'art. 1676 c.c. può, per esempio, essere utilizzato per ottenere il pagamento di somme o trattamenti non inclusi tra quelli oggetto della responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. Inoltre, superato il termine di decadenza di due anni di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. 276/2003 il lavoratore può ricorrere all'azione diretta di cui all'art. 1676 c.c., che non pone alcun termine di decadenza⁴⁵¹. Al riguardo, la pretesa «potrà essere azionata prima della decorrenza della prescrizione estintiva del diritto»⁴⁵² di credito fatto valere. L'art. 1676 c.c. deve essere, quindi, considerato una vera e propria norma di chiusura del sistema di tutela del credito per i lavoratori subordinati impiegati negli appalti. Con riferimento sia all'art. 1676 c.c., che all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 e all'art. 35, comma 28 del “Decreto Bersani” permangono, peraltro, alcuni dubbi circa i dipendenti che rientrano nel campo soggettivo di applicazione delle tutele: è il caso, in particolare, degli impiegati tecnici e amministrativi che non sono quasi mai direttamente impegnati per un solo appalto, ma svolgono attività direttamente o indirettamente funzionali a più appalti⁴⁵³. Resta, infine, criticamente da osservare come – alla luce delle interpretazioni prevalenti – restino esclusi da qualsiasi tutela dei propri crediti i lavoratori impiegati negli appalti e nei subappalti che siano (legittimamente⁴⁵⁴) legati all'appaltatore o al subappaltatore da un contratto di lavoro non subordinato. Il riferimento è evidentemente all'ipotesi – particolarmente frequente nella pratica soprattutto nel caso del *merchandising*, della consulenza informatica, ma anche del controllo di qualità – di appalti (o subappalti) realizzati dall'appaltatore (o dal subappaltatore) attraverso l'utilizzo di lavoratori a progetto. Più complesso è il regime di responsabilità solidale di cui possono avvantaggiarsi i dipendenti del subappaltatore, cui solo si applicano sia l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 nell'attuale formulazione che la residua norma del “Decreto Bersani”. Al riguardo,

non potrebbe azionare contemporaneamente entrambe le norme che regolano la medesima fattispecie concreta

⁴⁵¹ E. BARRACO, *Nuova disciplina lavoristica ...*, op.cit., pag. 1508

⁴⁵² Così V. SPEZIALE, *Appalti ...*, op. loc. ult. cit

⁴⁵³ P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, op.cit., pag. 16.

⁴⁵⁴ L. IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti ...*, op.cit., pagg. 543-545.

la difficile lettura congiunta delle due discipline richiede di procedere in modo schematico nell'affrontare il regime di responsabilità solidale per i trattamenti retributivi, per i contributi previdenziali e assicurativi e per le ritenute fiscali, evidenziando al contempo la diversa posizione in cui si trovano l'appaltatore e il committente (naturalmente, ove rientranti nel campo di applicazione soggettivo delle due discipline) nei confronti dei dipendenti del subappaltatore.

Si conferma, quindi, che la responsabilità solidale dell'appaltatore nei confronti dei dipendenti del subappaltatore è sottoposta a un regime parzialmente autonomo e diverso rispetto a quello che regola la responsabilità solidale del committente nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore. Sotto questo profilo, il contratto di appalto e quello di subappalto sono soggetti a una diversa disciplina, nonostante il subappalto sia «contraddistinto dagli stessi elementi propri del contratto d'appalto» e «connotato dal fatto ... che ne è parte in qualità di appaltante chi ha assunto la veste di appaltatore in un precedente contratto d'appalto»⁴⁵⁵. Al riguardo, dal punto di vista della tecnica legislativa, si osserva solamente che non sembrano sussistere apprezzabili ragioni per diversificare il regime dell'appalto da quello del subappalto. Resta ancora da osservare che – a differenza dell'art. 29, comma 2 del d.lgs. n. 276/2003, che prevede un termine di decadenza di due anni dalla cessazione dell'appalto – nessun termine breve è posto dal “Decreto Bersani” in relazione alla responsabilità solidale dell'appaltatore⁴⁵⁶ per il versamento dei contributi previdenziali e assicurativi e delle ritenute fiscali in favore dei dipendenti del subappaltatore. L'azione per far valere tale responsabilità sarà, quindi, soggetta agli ordinari termini di prescrizione.

Va infine rilevato che – ai sensi dell'art. 29, d.lgs. n. 276 e dell'art. 35, comma 28 del “Decreto Bersani” – il committente imprenditore o datore di lavoro e l'appaltatore non godono di alcuna possibilità di esonero dalla responsabilità solidale o di limitazione della stessa.

⁴⁵⁵ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro ...*, op.cit., pag. 100-101

⁴⁵⁶ P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, op.cit., pag. 9.

4. La suddivisione delle responsabilità datoriali in materia di salute e sicurezza

La sempre più marcata specializzazione delle attività, dovuta allo sviluppo tecnologico, nonché alla complessità e integrazione dei processi produttivi moderni e alle nuove possibilità di coordinamento a distanza tra produttori, rende necessario analizzare il rapporto tra le esternalizzazioni (con particolare riferimento ad appalti e subappalti) e la normativa sulla sicurezza sul lavoro. Ciò al fine di verificare se, ed in quale misura, sia garantita la tutela della salute dei lavoratori impegnati in tali tipologie contrattuali.

Il sistema giuridico italiano ha compiuto un importante passo verso la razionalizzazione normativa della materia della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, attraverso l'emanazione di un Testo Unico (decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, attuativo della legge delega n. 123 del 2007).

Il Decreto introduce importanti modifiche in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, mantenendo rispetto alla normativa previgente, il tradizionale riferimento alle posizioni di garanzia dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti, quali principali destinatari degli obblighi giuridici di tutela dei lavoratori, in quanto soggetti detentori, a diverso titolo, dei poteri direttivi necessari ad impartire disposizioni in ordine all'esecuzione ed alla disciplina del lavoro e, quindi, sovra-ordinati gerarchicamente ai lavoratori (art. 2104, co. 2° c.c.).

In questa sede è importante soffermarsi sulla definizione di datore di lavoro contenuta nel d.lgs. 81/2008, e quindi di individuazione e suddivisione delle responsabilità tra i soggetti coinvolti nella somministrazione, nel distacco e soprattutto nell'appalto.

La nozione introdotta dalla legge prevede sia una qualificazione formale (il «titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore»), sia un'altra molto più ampia di carattere sostanziale (il soggetto che ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o di una unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa).

Si è giustamente parlato di un «datore di lavoro ex. d.lgs. 81 del 2008» che si distingue da quello «ex art. 2094 cod.civ.»⁴⁵⁷ La combinazione tra le definizioni

⁴⁵⁷ P. PASCUCCI, *Prime osservazioni sul Titolo I del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Pesaro, 2008, p. 43.

sopradescritte ed altre disposizioni connesse all'ambito di applicazione del decreto legislativo consentono di affermare che la legge adotta un concetto di datore di lavoro del tutto peculiare.

In sostanza questo soggetto si identifica con il titolare dell'organizzazione (non necessariamente un'impresa) nel cui contesto operano attività lavorative varie che, a prescindere dalla tipologia contrattuale e in conseguenza dell'inserimento in tale organizzazione, possono subire danni derivanti dal «contatto» con l'ambiente di lavoro e dall'esecuzione della prestazione. Il titolare deve farsi carico dei rischi di tutti coloro che operano nel «suo ambiente», con obblighi modulati anche in base alle caratteristiche dell'integrazione organizzativa.

La peculiarità della disciplina europea e nazionale impedisce, ovviamente, di attribuire al d.lgs. 81/2008 un valore generale che ecceda gli ambiti della tutela della salute e sicurezza. Essa tuttavia è espressione di una tendenza assai precisa: la nozione di datore di lavoro non è necessariamente collegata alla titolarità formale del contratto ma al rapporto organizzativo che si instaura tra una persona fisica o giuridica e coloro che svolgono attività lavorativa a favore di tale organizzazione. L'integrazione nell'impresa viene individuata sia con riferimento al «luogo» di svolgimento del lavoro, sia in rapporto alla connessione con le finalità produttive del datore di lavoro ed in base, quindi, ad una relazione funzionale che prescinde dall'ambito spaziale in cui si trova il lavoratore⁴⁵⁸.

Questo trend è rinvenibile nella disciplina specifica che il d.lgs. 81 del 2008 dedica agli appalti o ai contratti d'opera. La nuova normativa impone a carico del committente una serie di obblighi nei confronti degli appaltatori o dei lavoratori autonomi (verifica della idoneità tecnico professionale, comunicazione di informazioni dettagliate sui rischi specifici nell'ambiente e sulle misure di prevenzione e di emergenza e così via). In particolare, i datori di lavoro, ed i subappaltatori, devono cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dei rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto. Essi, inoltre, devono coordinare gli interventi di prevenzione e protezione dei rischi a cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente al fine di eliminare quelli dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva. A tal fine, il committente elabora un unico

⁴⁵⁸ V. SPEZIALE, *La figura del datore di lavoro-articolazioni e trasformazioni*. Relazione in Atti: *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, Aidlass, op. cit., pag 13.

documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo quelli derivanti dalle interferenze delle organizzazioni. La ripartizione *ex lege* degli obblighi di informazione, formazione ed addestramento in materia di sicurezza e tutela della salute dei lavoratori è altresì rinvenibile tra somministratore ed utilizzatore.

Il Testo unico sicurezza (Dlgs n. 81/2008) ha confermato la disciplina e gli obblighi del somministratore previsti dalla precedente normativa, in perfetta armonia con l'art. 23, comma 5⁴⁵⁹, del Dlgs n. 276/2003 e delle direttive comunitarie, mentre l'utilizzatore è tenuto nei confronti dei lavoratori somministrati al rispetto degli obblighi di protezione e sicurezza previsti nei confronti dei propri dipendenti "diretti", nonché ad informare il lavoratore medesimo nel caso in cui le mansioni cui è adibito richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici⁴⁶⁰. La Legge afferma, peraltro, espressamente che l'utilizzatore è *"responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi"*. Tale ultima disposizione appare fondare una responsabilità esclusiva dell'utilizzatore in tale materia e, a rigore, sembra estendersi a tutte le violazioni degli obblighi di protezione (art. 2087 cod. civ.) e, dunque, in ipotesi anche a danni causati da condotte "vessatorie" subite dal prestatore durante la somministrazione.

La *ratio* dell'imposizione degli obblighi di protezione e sicurezza in capo all'utilizzatore – e della conseguente responsabilità di questi per le relative violazioni – consiste nel fatto che l'attività lavorativa del prestatore è destinata a svolgersi all'interno della complessiva organizzazione dell'utilizzatore e, dunque, solo quest'ultimo può effettivamente dominare i fattori di rischio e apprestare tutte le conseguenti misure⁴⁶¹; coerentemente, peraltro, proprio per la materia della

⁴⁵⁹ E a tal fine è previsto come contenuto essenziale del contratto di somministrazione (lettera d), art. 21, comma 1) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di protezione.

⁴⁶⁰ In tema di informazione, formazione e addestramento dei lavoratori somministrati, in conformità alle disposizioni del Testo unico sicurezza, l'articolo 23, comma 5 del Dlgs n. 276/2003 prevede la possibilità di trasferire l'adempimento di tale obbligo sull'utilizzatore; tale deroga deve però essere specificamente indicata nel contratto di assunzione del lavoratore.

⁴⁶¹ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 438. V. anche BANO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare*, op. cit., pag. 358, il quale sottolinea che *"nello svolgimento della prestazione di lavoro è quindi l'utilizzatore che assume il ruolo di datore di lavoro nel senso che tale nozione ha [ai ?] sensi del d. lgs. n. 626 del 1994 [...] supera il criterio cartolare del rapporto di lavoro, per abbracciare quello sostanziale, per cui il soggetto responsabile per la sicurezza è colui il quale ha*

igiene e sicurezza sul lavoro, non si applica l'esclusione dei lavoratori somministrati dal computo dell'organico dell'utilizzatore (art. 22, comma 5).

Del resto, è risalente l'osservazione in dottrina secondo la quale gli obblighi di protezione e sicurezza debbono essere ricollegati alla titolarità dell'organizzazione aziendale nell'ambito della quale la prestazione lavorativa viene resa⁴⁶².

È stato sottolineato che, al netto della sopra indicata suddivisione delle responsabilità datoriali in materia di salute e sicurezza, il D. Lgs. n. 276 del 2003 da un punto di vista "sostanziale" ha operato una scelta assai differente rispetto alla Legge n. 196 del 1997.

E difatti, il D. lgs. n. 276 del 2003 non ha riprodotto il divieto della fornitura di lavoro per "*lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale e per lavori particolarmente pericolosi individuati con decreto [...]*"; tale esclusione è stata considerata, da più parti, non solo "*censurabile*", attesa la gravità del problema della sicurezza sul lavoro specie nell'ambito dei cc.dd. lavori flessibili, ma anche incostituzionale, per l'assenza di una apposita copertura nella Legge delega⁴⁶³.

Anche per tali ragioni, è stata sottolineata la particolare rilevanza degli obblighi dell'utilizzatore sanciti dall'art. 23, comma 5⁴⁶⁴.

Quanto ai profili connessi alle eventuali responsabilità per inadempimento dell'utilizzatore, la norma è chiara nel configurare in capo al lavoratore somministrato l'azione per inadempimento contro il medesimo. Tuttavia, è possibile prospettare la possibilità di ricorrere all'azione per inadempimento anche nei confronti del somministratore. Questo sia che si accolga la tesi di chi⁴⁶⁵ ricostruisce la fattispecie *de qua* richiamando anche lo schema del contratto a favore del terzo (di cui all'art. 1413 del codice civile), sia che si acceda alla lettura interpretativa che prospetta la sussistenza di due datori di lavoro rispetto all'unico

l'effettivo controllo sulle fonti di rischio e ha poteri sufficienti a garantire l'osservanza dei suddetti obblighi".

⁴⁶² S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, op. cit., 1980, pag. 55. D'altro canto, proprio sulla base di tale rilievo sembra essere mossa la disciplina dettata dall'art. 7 del D. Lgs. n. 626 del 1994 che in materia di appalto prevede un coordinamento ed una cooperazione tra committente ed appaltatore in materia di salute e sicurezza; e ciò appare confermato dalla recente modifica introdotta dal comma 910 della Legge finanziaria per l'Anno 2007 che ha previsto la responsabilità solidale dell'appaltatore e dei subappaltatori per tutti i danni non indennizzabili dall'INAIL.

⁴⁶³ M. SOLDERA, *Somministrazione di lavoro: i divieti*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, 2006, pag.147.

⁴⁶⁴ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative, somministrazione e distacco e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 154.

⁴⁶⁵ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, op. cit, spec. p. 438.

lavoratore⁴⁶⁶, secondo l'analisi che individua nel somministratore la "cerniera contrattuale" tra il lavoratore somministrato e l'utilizzatore. In questo modo il particolare rapporto trilatero si caratterizzerebbe proprio per la "duplicazione" dell'obbligazione creditoria, anche in materia di tutela della salute e sicurezza, in capo al somministratore e all'utilizzatore.

Sotto il profilo prevenzionistico, il D.L.vo. n. 276/2003 invece non aveva previsto nessun tipo di tutela per i lavoratori distaccati.

Ciononostante, la circ. del Ministero del lavoro del 21 Aprile 1994, n. 58 aveva espressamente precisato che, - in analogia a quanto statuito dall'art. 23, co. 5°, ultimo periodo, del D.L.vo. n. 276/2003 con riferimento alla somministrazione di lavoro -, «l'onere di approntare misure di sicurezza sul lavoro, al fine di prevenire gli infortuni, grava sul soggetto distaccatario, nella stessa misura in cui lo stesso è responsabile nei riguardi dei propri dipendenti»

Tale assunto è condivisibile, sul presupposto che è il distaccatario a svolgere la funzione di "datore di lavoro", in virtù del fatto che esercita il potere direttivo e di controllo sui distaccati.

Il D.L.vo 9 Aprile 2008, n. 81 ha colmato la lacuna normativa previgente, prevedendo espressamente che: «tutti gli obblighi di prevenzione e protezione sono a carico del distaccatario, fatto salvo l'obbligo a carico del distaccante di informare e formare i lavoratori sui rischi tipici generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni per le quali egli viene distaccato».

In analogia, con specifico riferimento al settore pubblico, in cui l'art. 30 del D.L.vo. n. 276 del 2003 non trova applicazione ex art. 1, co. 2°, il nuovo decreto ha espressamente statuito che «per il personale delle pubbliche amministrazioni [...] che presta servizio con rapporto di dipendenza funzionale presso altre amministrazioni pubbliche, organi o autorità nazionali, gli obblighi di cui al decreto legislativo n. 81 del 2008 sono a carico del datore di lavoro designato dall'amministrazione, organo o autorità ospitante».

È noto, inoltre, che i casi problematici in punto di gestione dei controlli su salute e sicurezza sono maggiormente presenti in tema di appalti.

Sul punto occorre rilevare che la responsabilità per inadempimento dell'obbligo di sicurezza sancita in maniera generale dall'articolo 2087 del codice civile ha natura

⁴⁶⁶ P. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., pag. 295.

contrattuale⁴⁶⁷; con essa può concorrere anche la responsabilità extracontrattuale⁴⁶⁸. Va precisato, altresì, che le violazioni in tema di sicurezza sono in gran parte reati di condotta o di pericolo o reati punibili a titolo di colpa specifica⁴⁶⁹.

In ogni caso, negandosi la sussistenza di una responsabilità oggettiva, nonostante l'ampiezza della previsione di cui all'articolo 2087 del codice civile⁴⁷⁰, dovrà ogni volta individuarsi il comportamento violato e lo stretto nesso con l'autore della violazione. Questi consolidati presupposti impediscono in linea generale la riconduzione degli obblighi di sicurezza a soggetti, come il committente, estranei al rapporto contrattuale.

Per tale motivo, la "responsabilizzazione" del committente ha dovuto accompagnarsi dapprima ad una rilevante evoluzione dottrinarial⁴⁷¹ e giurisprudenziale, e quindi, normativa che passeremo ad esaminare.

La giurisprudenza in materia di lavoro, ma anche quella penale⁴⁷² sollecitate dalla allarmante rilevanza nell'ambito degli appalti di situazioni di assenza di sicurezza, hanno individuato alcune fattispecie in progressiva estensione rispetto agli orientamenti precedenti alquanto restrittivi

Al fine di individuare e puntualizzare, in una ottica di potenziamento della solidarietà, gli obblighi dei datori di lavoro committenti ed appaltatori, il nuovo Testo Unico prevede che sui committenti, ivi compresi i sub-appaltatori, gravano obblighi giuridici relativi alla tutela dei lavoratori di appalti, o di lavoratori autonomi, i quali compiano opere o servizi all'interno dell'azienda del medesimo committente, con riferimento ai pericoli dell'ambiente in cui venga svolto il lavoro

⁴⁶⁷ Cass. 8 maggio 2007, n. 10441, in www.utetgiuridica.it.

⁴⁶⁸ Cass. 8 aprile 1995, n. 4078, in www.utetgiuridica.it.

⁴⁶⁹ A. MONTEMARANO, *La tutela penale della sicurezza sul lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, 4, 296

⁴⁷⁰ A. VALLEBONA, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, op. cit., p. 230.

⁴⁷¹ La dottrina ha del resto notato come, sebbene l'obbligo contenuto nell'articolo 2087 del codice civile presuppone l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato, così come definito nell'articolo 2094, da tempo si è avvertita l'inadeguatezza di questa interpretazione a fronte dell'evoluzione dell'organizzazione aziendale verso strutture fortemente decentrate e che sempre più operano appaltando all'esterno alcune specifiche attività accessorie.

⁴⁷² Cass. pen., 14 marzo 2008, n. 23090 stabilendo che la responsabilità in tema di sicurezza non era esclusa qualora il committente dell'opera fosse un privato anziché un imprenditore. In linea di massima era ormai affermato il principio generale del coinvolgimento del committente negli obblighi di sicurezza. Cass. pen., 29 gennaio 2008, n. 12348: Nella fattispecie era affermata la responsabilità del committente per la mancata predisposizione nel cantiere, in cui era stato chiamato a prestare la propria attività il lavoratore autonomo infortunatosi, di un parapetto idoneo ad evitare cadute a chi operava in altezza. Cass. pen., 17 gennaio 2008, n. 13917: Si giungeva così ad affermare la titolarità in capo al committente di una posizione di controllo e di garanzia dell'integrità fisica anche dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore e dei lavoratori autonomi operanti nell'impresa.

o ai pericoli derivanti da interferenze tra i vari lavoratori terzi e tra questi ultimi e i lavoratori del committente o altre persone presenti nel medesimo ambiente⁴⁷³.

La materia è regolamentata dall'art. 26 del D.Lvo n. 81/2008, che ha implementato e parzialmente modificato la disciplina legislativa previgente di cui all'art. 7 del D.Lvo n. 626/1994, - articolo già modificato prima dall'art. 1, co. 910° della L. n. 296/2006 (Finanziaria 2007) e successivamente dall'art. 3, co. 1°, lett. a) e b) della L. n. 123/2007⁴⁷⁴.

In particolare, l'art. 26, comma 1⁴⁷⁵, d.lgs. n. 81/2008 ha inteso rendere più stringente, in caso di affidamento di lavori ad un'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno dell'azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima, la verifica da parte del datore di lavoro appaltante dell'idoneità tecnico professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi in relazione ai lavori da affidare in appalto. Quest'ultima ipotesi, in base alla interpretazione letterale della disposizione ed anche alla finalità complessiva da essa perseguita, comporta che tutte le misure di prevenzione e sicurezza ivi previste si estendono anche agli appalti che sono svolti all'esterno dei luoghi di effettuazione dell'attività dell'impresa, ma che comunque ineriscono al ciclo produttivo del committente⁴⁷⁶. Il riferimento al ciclo, che era alla base della disciplina prevista dall'articolo 3 della legge 1369/1960, continua ad avere una sua centralità nell'ambito degli appalti integrati.

Il comma 2⁴⁷⁷ dell'art. 26 ha, inoltre, imposto anche ai subappaltatori, oltre che agli altri datori di lavoro, di cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto e di coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dai rischi cui sono esposti i lavoratori, informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione

⁴⁷³ P. PASCUCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 73/2008, pagg. 96-106

⁴⁷⁴ L. GALANTINO, *Nuove prospettive in tema di tutela della sicurezza sul lavoro*, in *Dir.Pratt.Lav.*, n. 47/2007, Inserto, spec. pagg. V-VII; P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale ...*, *op.cit.*, pagg. 10-13; E. BARACCO, *Nuova disciplina lavoristica ...*, *op.cit.*, pagg. 1505-1506.

⁴⁷⁵ Cfr. il previgente art. 7, comma 1, d.lgs. n. 626/1994

⁴⁷⁶ P. PASCUCI, *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008*, 115; *contra* F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli Appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, in *Id. (a cura di), Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2008, p. 184.

⁴⁷⁷ Cfr. il previgente art. 7, comma 2, d.lgs. n. 626/1994.

dell'opera complessiva. Con riferimento specifico alle responsabilità solidali in materia di infortuni sul lavoro è, invece, intervenuto il comma 4 dell'art. 26, d.lgs. n. 81/2008 che ha recepito e precisato il contenuto del previgente art. 7, comma 3-bis, d.lgs. n. 626/1994⁴⁷⁸. La nuova disposizione chiarisce esplicitamente che: *«Ferme restando le disposizioni di legge vigenti in materia di responsabilità solidale per il mancato pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali e assicurativi, l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno egli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato e opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) o dell'Istituto di previdenza per il settore marittimo IPSEMA). Le disposizioni del presente comma non si applicano ai danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici»*. La nuova disciplina, da un lato, amplia opportunamente il campo di applicazione soggettivo della norma anche ai lavoratori coperti dall'assicurazione antinfortunistica presso l'Istituto di previdenza per il settore marittimo (IPSEMA), dall'altro lato, limita l'ambito oggettivo di applicazione della responsabilità solidale, escludendo appunto i danni conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. In altri termini, sembra che i danni oggetto di responsabilità solidale – purché provocati da rischi “non specifici”, ovvero estranei all'attività tipica dell'appaltatore o del subappaltatore – siano ora i danni non indennizzati dagli istituti assicurativi obbligatori contro gli infortuni sul lavoro perché legati ad eventi infortunistici non coperti dalle relative tutele; i danni riguardanti soggetti non compresi nella tutela; i danni differenziali (biologico temporaneo e differenziale, morale ed esistenziale) derivanti da eventi comunque di origine professionale, riconosciuti dalle relative assicurazioni obbligatorie. Deve, invece, ritenersi esclusa – alla luce del criterio distintivo posto dalla nuova disciplina – la responsabilità solidale in ordine al risarcimento dei medesimi danni se conseguenti ad infortuni derivanti da rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici. L'azione per far valere la responsabilità solidale continua a non essere soggetta ad alcun termine di decadenza. Infine, l'art. 26, comma 5, d.lgs. n. 81/2008 ha inasprito la disposizione

⁴⁷⁸ F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli Appalti “d'impresa” ed endoaziendali*, op. cit., pag. 134 e segg.

di cui al previgente art. 7, comma 3-ter, d.lgs. n. 626/1994, stabilendo che nei singoli contratti di subappalto, di appalto e di somministrazione, di cui agli articoli 1559, ad esclusione dei contratti di somministrazione di beni e servizi essenziali, 1655, 1656 e 1677 c.c., devono essere specificamente indicati a pena di nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. i costi relativi alla sicurezza del lavoro con particolare riferimento a quelli propri connessi allo specifico appalto⁴⁷⁹.

Riassumendo questa esigenza di estendere la responsabilità in capo al committente datore di lavoro ha indubbiamente rappresentato il tentativo di operare un consistente rafforzamento della tutela patrimoniale dei crediti dei lavoratori subordinati impiegati negli appalti. Ancora una volta la disciplina in tema di sicurezza, pur riconoscendo la distinzione tra i datori di lavoro, tende a considerare l'impresa reticolare con una struttura unitaria formata da organizzazioni distinte ma integrate. Da tale assetto organizzativo, fa scaturire obblighi che riguardano le singole imprese ed altri che sono invece congiunti perché derivano proprio dall'interconnessione tra le strutture produttive. La legge, dunque, non solo supera lo «schermo» della formale imputazione dei contratti di lavoro in capo ad un solo soggetto, ma considera le distinte organizzazioni in coerenza con le relazioni funzionali tra essi esistenti. In base a tale rapporto, introduce una disciplina particolare, che finisce anche per incidere sulle singole imprese, con alterazione «dell'autonoma sopportazione del rischio..., sia esso economico o infortunistico, che ad entrambe le organizzazioni aziendali necessariamente spetta di sopportare per essere tali»⁴⁸⁰. Le regole in tema di sicurezza si muovono dunque in una logica di superamento dell'autonomia giuridica ed organizzativa delle strutture produttive coinvolte. La creazione di un datore di lavoro che è responsabile della salute e sicurezza di tutti coloro che sono a lui legati da rapporti organizzativi è espressione di una tendenza assai precisa: la nozione di datore di lavoro non è necessariamente collegata alla titolarità formale del contratto ma al rapporto organizzativo che si instaura tra una persona fisica o giuridica e coloro che svolgono attività lavorativa a favore di tale organizzazione⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ L. IMBERTI, *La disciplina delle responsabilità solidale negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 72/2008, p. 26 e 27.

⁴⁸⁰ F. BACCHINI, *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli Appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, op. cit., p.187

⁴⁸¹ V. SPEZIALE, *La figura del datore di lavoro-articolazioni e trasformazioni*. Relazione in Atti: *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, op. cit., p. 14.

CAPITOLO QUARTO

Le sanzioni penali/amministrative e la tutela civile del lavoratore interposto

1. La mancanza della forma scritta del contratto di somministrazione e la conversione del rapporto di lavoro

Nella fattispecie somministrazione di lavoro, in cui il «contratto commerciale⁴⁸²» è espressamente tipizzato dal legislatore⁴⁸³ attraverso una disciplina dettagliata con la quale si sono imposti limiti alla autonomia contrattuale delle parti, il formalismo svolge un ruolo determinante, con funzioni e modalità diverse, sia nel contratto «commerciale», sia nel rapporto di lavoro fra il somministratore e il lavoratore, sia, infine, nel rapporto giuridico che si instaura fra l'utilizzatore e il lavoratore⁴⁸⁴. In base all'art. 21, comma 1, il contratto di somministrazione deve essere stipulato per iscritto e deve presentare un certo contenuto, con una doppia limitazione dell'autonomia negoziale⁴⁸⁵.

Gli elementi contenutistici prescritti dall'art. 21 sono in sintesi:

- a) gli estremi dell'autorizzazione dell'agenzia⁴⁸⁶;
- b) il numero dei lavoratori da somministrare⁴⁸⁷;

⁴⁸² V. SPEZIALE, *Art. 20. Condizioni di liceità*, op. cit. p. 275 ss.; M. MARINELLI, *Aspetti problematici del contratto di somministrazione di manodopera*, in *Il Dir. del Mer. Lav.*, 2004, p. 327 ss.; L. GUAGLIANONE, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 299 ss.

⁴⁸³ In proposito, L. ZAPPALÀ, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 267 ss.

⁴⁸⁴ Sul rapporto fra utilizzatore e lavoratore come rapporto giuridico, non di mero fatto, cfr. M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, op. cit., p. 423; v. pure NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, op. cit., p. 367 ss.

⁴⁸⁵ Come è stato sottolineato, la disposizione imponendo “particolari requisiti di contenuto” della “dichiarazione scritta, ha indirettamente l'effetto naturale di limitare l'autonomia negoziale dei soggetti nella materia che è oggetto del contratto stesso”, P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 288; v. anche F. BANO, *Forma del contratto di somministrazione*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di GRAGNOLI e PERULLI, CEDAM, 2004, pagg. 338.

⁴⁸⁶ Tale elemento costituisce presupposto di legittimità del contratto e assolve ad una funzione di trasparenza nei rapporti con l'utilizzatore e di tutela per il lavoratore al quale devono essere comunicati tutti gli elementi del contratto (comma 3, art. 21); F. BANO, *Forma del contratto di somministrazione*, op. cit., pag. 333.

⁴⁸⁷ Tale previsione concorre a determinare l'obbligazione del somministratore e svolge la funzione di permettere il controllo sindacale sul ricorso alla fornitura di lavoro (art. 24) ed il computo dei lavoratori somministrati nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione della disciplina in materia di igiene e sicurezza sul lavoro (art. 22, comma 5). Tale previsione, unitamente a quella sulle mansioni, il luogo ed il trattamento delle prestazioni, serve ad escludere la legittimità di

- c) le ragioni del ricorso alla somministrazione (commi 3 o 4 dell'art. 20)⁴⁸⁸;
- d) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore⁴⁸⁹;
- e) la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione⁴⁹⁰;
- f) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori ed il loro inquadramento;
- g) il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative;
- h) l'assunzione da parte del somministratore dell'obbligo di pagamento diretto delle retribuzioni e dei contributi ai lavoratori somministrati⁴⁹¹;
- i) l'assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e contributivi⁴⁹²;
- j) l'assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili⁴⁹³;
- k) l'assunzione da parte dell'utilizzatore dell'obbligo di pagamento diretto ai lavoratori delle retribuzione e dei contributi, in caso in inadempimento del

contratti di somministrazione c.d. a "borsa "aperta". P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 137.

⁴⁸⁸ La previsione serve a garantire il controllo sulle causali giustificative il ricorso alla somministrazione e dunque dovrà contenere o il rinvio ad una causale di Legge o di CCNL o la specificazione delle ragioni tecniche, organizzative, ecc., per la somministrazione a termine, cfr. P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 288. Nell'ambito della somministrazione a termine, è verosimile che la giurisprudenza seguirà l'impostazione adottata rispetto al lavoro a termine e pretenderà, dunque, un'effettiva specificazione delle ragioni legittimanti e non una mera ripetizione della formula di Legge; cfr., per un singolare caso sotto la vigenza della Legge n. 196 del 1997, Trib. 13 ottobre 2006, n. 317, in *Guida al lavoro*, 2006, pag. 20 e ss.

⁴⁸⁹ La previsione è funzionale agli obblighi di informazione sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive e di addestramento all'uso delle attrezzature di lavoro che la Legge (art. 23, comma 5) addossa al somministratore (salva differente previsione del contratto di somministrazione). I contenuti delle indicazioni si intendono calibrati sulla situazione specifica dell'utilizzatore: A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, op. cit., pag. 49. In base a tale disposizione si è sostenuta la necessità per l'utilizzatore di predisporre un piano generale per la sicurezza dedicato ai soli lavoratori somministrati: M.T. CARINCI *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 33.

⁴⁹⁰ Il termine potrà anche essere indiretto: F. BANO, *Forma del contratto di somministrazione*, op. cit., pag. 336.

⁴⁹¹ Tale previsione – secondo alcuni inutile in quanto l'obbligazione retributiva e contributiva del somministratore nasce dal rapporto di lavoro – chiarisce che non sarebbe legittimo il pagamento diretto dei lavoratori da parte dell'utilizzatore; F. BANO, *Forma del contratto di somministrazione*, op. cit., pag. 337.

⁴⁹² Sulla base di tale previsione si desume la necessaria onerosità del contratto; M.T. CARINCI *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 26.

⁴⁹³ Tale previsione è a tutela del lavoratore ed è funzionale a rendere possibile l'adempimento dell'obbligo retributivo dell'agenzia secondo il principio della parità di trattamento, A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera, La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 53.

somministratore⁴⁹⁴. Si tratta di “elementi tra loro eterogenei”⁴⁹⁵ che concorrono ad indicare le condizioni di liceità del ricorso alla fornitura (lett. a) e c); il contenuto del contratto (lett. b), e), f) g), i); il contenuto degli obblighi del somministratore e dell’utente verso i lavoratori somministrati lett. d), h), j), k).

Al comma 4, l’art. 21 chiude con la previsione secondo cui «*in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell’utente*».

Tale formulazione è frutto di una modifica all’originario art. 21 del d.lgs. n. 276 apportata dall’art. 5, comma 1, del d.lgs., cd. “correttivo”, 6 ottobre 2004, n. 251, che ha eliminato nel testo della disposizione sopra citata lo specifico riferimento all’ “*indicazione degli elementi di cui alle lett. a), b), c), d) ed e) del comma 1*”⁴⁹⁶, sanzionata con la nullità e “i lavoratori” erano “*considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell’utente*”.

Prima della modifica appena citata, parte della dottrina aveva ritenuto che la *ratio* della differenziazione delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata indicazione degli elementi elencati dall’art. 21, comma 1, per alcuni dei quali (lett. a), b), c), d) ed e) era prevista la nullità oltre che l’applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria stabilita dall’art. 18, comma 3 a carico di entrambe le parti del contratto di somministrazione, mentre per altri (lett. dalla f) alla k) era prevista solo l’applicazione di quest’ultima sanzione amministrativa pecuniaria, fosse riconducibile all’intento del legislatore di distinguere, all’interno dell’art. 21, disposizioni caratterizzate dal requisito della inderogabilità e disposizioni che invece presupponevano la possibilità di una «derogabilità onerosa⁴⁹⁷»

La nuova formulazione del comma 4, dell’art. 21 propone all’interprete un nuovo scenario interpretativo delle conseguenze sanzionatorie connesse al mancato

⁴⁹⁴ Tale previsione secondo alcuni, P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 139, introduce un “*beneficium escussionis*” rispetto al regime della solidarietà sancita sul piano del contratto di lavoro (art. 23, comma 3), secondo altra parte della dottrina, al contrario, la disposizione, nel coordinamento con l’art. 23, è destinata a cedere e, dunque, l’utente è coobbligato solidale senza il beneficio dell’escussione, P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 287, nt. 41.

⁴⁹⁵ A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera, La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 48.

⁴⁹⁶ L’originaria formulazione dell’art. 21, comma 4, prevedeva infatti che «in mancanza di forma scritta, con indicazione degli elementi di cui alle lett. a), b), c), d) ed e) del comma 1, il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell’utente

⁴⁹⁷ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pag. 300.

rispetto dei requisiti formali previsti nel comma 1, dell'art. 21, per cui la nullità è prescritta solo per difetto di forma scritta “*dell' intero*” contratto⁴⁹⁸.

Circa le conseguenze sanzionatorie previste per la necessaria forma scritta del contratto di somministrazione, richiesta dalla legge ad substantiam, ci si chiede se il rapporto che si costituisce è a tempo indeterminato.

Sul punto la dottrina non si è espressa in maniera univoca: per alcuni infatti “nel silenzio del legislatore, è da ritenere che il suddetto rapporto sarà a tempo indeterminato”⁴⁹⁹. Per altri invece, “considerato però che in nessun punto è esplicitamente sancita la nullità del contratto di lavoro – a differenza che per il contratto di somministrazione – e soprattutto che ragionare diversamente creerebbe seri problemi di individuazione dei contenuti del nuovo contratto di lavoro fra utilizzatore e lavoratore, pare preferibile ritenere che il contratto di lavoro originario fra somministratore e lavoratori sia e rimanga valido; è proprio quel contratto (a termine o a tempo indeterminato) che per volontà di legge è trasferito in capo all'utilizzatore.

La disposizione dell'art. 21, comma 1, pone altri gravi interrogativi in ordine al suo coordinamento con l'art. 27; se possibile, ne poneva ancor di più nella precedente formulazione. L'art. 27, infatti, sanziona la somministrazione che “*avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui gli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e)*” e prevede la sanzione della “*costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze*” dell'utilizzatore su richiesta del lavoratore.

Secondo alcuni, la sanzione prevista dall'art. 21 e quella dell'art. 27 sarebbero distinte e differenti – una nullità per vizio di forma, l'altra annullabilità per vizi di sostanza⁵⁰⁰ – in quanto il Legislatore “*ben può modulare diversamente l'apparato sanzionatorio in relazione alla qualità delle parti ed al grado di irregolarità della fattispecie*”⁵⁰¹, secondo altri il sistema sanzionatorio sarebbe unitario e diretto a

⁴⁹⁸ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op.cit., pag. 172.

⁴⁹⁹ F. BANO, *Commento all'art. 21*, op.cit., pag. 340.

⁵⁰⁰ A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, op. cit., pag. 107: “*le due disposizioni non sono identiche, poiché per i vizi formali è sancito un effetto legale («sono considerati» = art. 21, c. 4) come tale oggetto di azione di accertamento da parte del soggetto interessato, mentre per i vizi sostanziali è prevista un'azione costitutiva da parte del lavoratore sia pur anch'essa «con effetto dall'inizio della somministrazione»*”; cfr. anche A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera, La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 60, il quale tuttavia a sommo avviso di chi scrive sembra sovrapporre la nozione di inadempimento a quella di vizio.

⁵⁰¹ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, pag. 316 e ss.

colpire la fattispecie interpositoria unitariamente considerata (ogni volta non si svolga secondo le modalità “autorizzate” dalla Legge)⁵⁰².

È discusso in dottrina, altresì, se sia necessario, o meno, che la somministrazione venga adempiuta (mediante prestazione del lavoro da parte di lavoratori) al fine di far operare la sanzione dell'imputazione del rapporto all'utilizzatore⁵⁰³.

Sembra, in ogni caso, preferibile la tesi secondo la quale è necessario che la somministrazione venga adempiuta (mediante invio del lavoratore) o – quanto meno – che il somministratore abbia concluso contratti di lavoro con determinati lavoratori facenti espresso riferimento alla somministrazione (nulla)⁵⁰⁴.

Nel caso di carenza della forma scritta di uno degli elementi indicati alle lettere a), b), c), d) ed e) la sanzione indicata dalla dottrina dopo il D. Lgs. n. 276 del 2003 è quella di cui all'art. 27. Tale conclusione appare condivisibile in quanto l'art. 27 sanziona appunto la “*somministrazione di lavoro che avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e)*”.

Di diverso avviso appaiono, invece, le recenti sentenze di merito⁵⁰⁵ che, in ordine al requisito richiesto dall'art. 21, comma 1, lett. c, dall'omissione, nel contratto di somministrazione (di lavoro temporaneo), delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano il ricorso al lavoro somministrato deriva, la nullità del contratto di somministrazione e la conversione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, ai sensi del quarto comma del medesimo articolo. Nel caso di carenza della forma scritta circa uno degli

⁵⁰² P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti* labuor intensive, op. cit., pag. 172, 175 e ss.; secondo il quale la differente ricostruzione minerebbe la razionalità dell'ordinamento anche perché la somministrazione illecita è colpita da sanzioni penali; v. anche M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 162, la quale precisa che la relativa (unitaria) azione è dichiarativa e non costitutiva in quanto si limita ad accertare un illecito.

⁵⁰³ Per la necessità dell'adempimento, v. M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 157; P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti* labuor intensive, op. cit., pag. 171. *Contra* A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 60. F. BANO, *Forma del contratto di somministrazione*, op. cit., pag. 340. V'è da sottolineare che gli Autori citati fondano la conclusione sulla asserita unitarietà delle sanzioni previste dall'art. 20, comma 4 e dall'art. 27 (in tema di somministrazione irregolare).

⁵⁰⁴ M. SOLDERA, *Il contratto di somministrazione: i requisiti di forma e di contenuto*, op. cit., pag. 147, 148.

⁵⁰⁵ Tribunale di Bergamo 19 dicembre 2008 in *Guida al lav.*, n. 16/09 nota di G. FALASCA *Somministrazione di lavoro e invalidità delle causali*, p. 36. Trib. Bologna dell' 8 febbraio 2008 in *utetgiuridica.it*. nella specie, si è fatta applicazione dell' ult. comma dell'art. [21 D.Lgs. n. 276/2003](#), ed è stata dichiarata la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato tra il ricorrente e “l'utilizzatrice”, a partire dalla data in cui il ricorrente fu assunto dall'impresa fornitrice del lavoro temporaneo.

elementi di cui alle lettere f) o g), la sanzione potrà essere quella della nullità per indeterminatezza dell'oggetto del contratto ex art. 1418, comma 2, cod. civ.⁵⁰⁶, con conseguente applicazione della specifica sanzione prevista per l'ipotesi di nullità del contratto di somministrazione dall'art. 21, comma 4.

Nel caso di mancanza o difformità degli elementi indicati alle lettere h), i), j) e k), saranno applicabili gli ordinari rimedi civilistici integrativi o sostitutivi (artt. 1375 e 1339 cod. civ.) con conservazione del contratto.

L'art. 21, comma 2, prescrive che *“nell'indicare gli elementi sopra sintetizzati le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi”*. La disposizione si intende riferita ai contratti collettivi applicati, tanto dall'utilizzatore quanto dal somministratore, di qualunque livello⁵⁰⁷. La mancanza o la difformità del contratto rispetto agli elementi previsti dalla contrattazione collettiva (ovviamente se obbligatoria in base alle ordinarie regole sindacali) sembra dia luogo necessariamente all'applicazione dei rimedi conservativi dell'integrazione o della sostituzione *ex lege*.

I limiti all'autonomia delle parti nella formulazione del contratto di somministrazione, oltre che dall'art. 21 (e dalla eventuali *“indicazioni”* contrattual-collettive), derivano, altresì, dal *“collegamento”* di tale contratto con la prestazione dell'attività lavorativa da parte del lavoratore subordinato assunto e retribuito dal somministratore.

In tale prospettiva, dunque, il contratto non potrà derogare alla disciplina dettata a *“tutela del prestatore di lavoro”* dall'art. 23 e dall'art. 24 in materia di *“diritti sindacali e garanzie collettive”*.

Secondo la dottrina formatasi sotto la Legge n. 196 del 1997 gli obblighi in questione in favore dei lavoratori sarebbero da ricondurre allo schema delle obbligazioni *“a favore di terzo”* che integrano *ex lege* il contenuto del contratto di

⁵⁰⁶ A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera, La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 50; P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 140, 172; F. BANO, *Forma del contratto di somministrazione*, op. cit., pag. 334.

⁵⁰⁷ Parte della dottrina ha sottolineato che il rinvio in questione si presenta *“quanto mai generico”*, in quanto non specifica quali siano le organizzazioni di riferimento, ad esempio con il requisito della maggiore rappresentatività: F. BANO, *Forma del contratto di somministrazione*, op. cit., pag. 338. Altra parte della dottrina ha precisato che l'omissione dell'indicazione del *“requisito”* della maggiore rappresentatività nella norma in questione dipende dal fatto che i contratti contemplati dall'art. 21 sono destinati a dettare la regolamentazione del rapporto di lavoro dei somministrati e, dunque, il loro campo soggettivo segue le regole sindacali proprie: P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto e distacco*, op. cit., pag. 289.

somministrazione⁵⁰⁸. Pertanto, devono intendersi inderogabili per via contrattuale: la regola della parità di trattamento (art. 23, comma 1); la regola della solidarietà (art. 23, comma 3, già peraltro imposta nel contratto di somministrazione dall'art. 21, comma 1, lettera k); il diritto del lavoratore ad accedere ai servizi sociali ed assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore (art. 23 comma 4); la responsabilità esclusiva dell'utilizzatore in caso di assegnazioni a mansioni superiori senza previa informativa al somministratore (art. 23, comma 6); la disciplina del potere disciplinare "*riservato al somministratore*" (art. 23, comma 7); il diritto del lavoratore di esercitare presso l'utilizzatore i diritti e le libertà sindacali (art. 24)⁵⁰⁹. Anche in questi casi eventuali previsioni difformi saranno destinate ad essere sostituite *ex lege*. Infine, il comma 8 dell'art. 23 sancisce la specifica nullità della clausola nel contratto di somministrazione a termine "*diretta limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto*", salvo il caso in cui "*al lavoratore sia corrisposta un'adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile dal somministratore*"; a sommeso avviso di chi scrive, stante la formulazione della norma, la validità della pattuizione individuale è condizionata alla materiale (*reale*) esecuzione dell'obbligo di pagamento dell'indennità; la dottrina ha precisato che, in caso di mancata determinazione da parte del contratto collettivo di un "*compenso equo*", la clausola collettiva deve essere considerata nulla ed il Giudice ha la facoltà di "adeguare" l'indennità. Il divieto colpisce non solo la clausola del contratto di somministrazione (determinando un'ipotesi di nullità parziale), ma anche la clausola eventualmente inserita nel contratto di lavoro tra somministratore e lavoratore, attesa l'espressione "anche indirettamente"; non riguarda, per contro, l'eventuale patto di non concorrenza assunto dal lavoratore verso il somministratore⁵¹⁰. Tale disposizione introduce una rilevante novità rispetto alla fornitura di lavoro di cui alla Legge n. 196, la quale stabiliva l'assoluta nullità delle clausole dirette a limitare l'assunzione diretta del lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice (art. 1 comma 6)⁵¹¹. Resta da analizzare un altro profilo. Deve infatti

⁵⁰⁸ M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui, Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti*, op. cit., pag. 425

⁵⁰⁹ V. SPEZIALE, *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, op. cit., pag. 298 e ss.

⁵¹⁰ S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, op. cit., pag. 112 e ss.

⁵¹¹ Parte della dottrina, M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, op. cit., pag. 209: tale casula è diretta a favorire la fidelizzazione del lavoratore al somministratore;

evidenziarsi come, nella nuova disciplina, sia scomparso il requisito della forma scritta del contratto di lavoro, ritenuta - secondo l'opinione prevalente nel vigore della l. n. 196 cit. - prescritta *ad substantiam*. La stipulazione per iscritto del contratto di lavoro è sostituita dall'art. 21, comma 3, ossia dalla previsione di un obbligo del somministratore di comunicare per iscritto al lavoratore il contenuto del contratto di somministrazione, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore

Per la violazione di tale obbligo, l'art. 18, comma 3, prevede, a carico del solo somministratore, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

E' possibile evidenziare fin d'ora come la previsione di un obbligo formale di comunicazione per iscritto al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione svolga una duplice funzione. Da una parte, esso prefigura una sorta di inedita «procedimentalizzazione» del potere direttivo dell'agenzia nei confronti del lavoratore finalizzato a rendere possibile la dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione.

Dall'altra, tale dovere di comunicazione per iscritto, da parte dell'agenzia al lavoratore, dei contenuti del contratto di somministrazione è configurabile come un'obbligazione che *ex lege* è posta a carico dell'agenzia, quale parte del contratto di somministrazione. Poiché, infatti, il contratto di somministrazione, al pari di qualunque altro contratto, *ex art. 1372 cod. civ.*, è produttivo di effetti esclusivamente nei confronti dei soggetti stipulanti, la legge impone a carico del somministratore l'obbligazione "accessoria" di mettere il lavoratore, estraneo al contratto di somministrazione medesimo, a conoscenza dell'esistenza e dei contenuti di tale pattuizione. In questo caso il formalismo si manifesta attraverso l'imposizione di una «modalità vincolata di comunicazione degli atti⁵¹²», avente la funzione *informativa* di portare il contratto di somministrazione a conoscenza di soggetti terzi. Al fine di comprendere meglio la funzione svolta, nell'ambito dei rapporti fra il somministratore e l'utilizzatore, dall'obbligo di comunicazione in questione è necessario premettere alcune brevi considerazioni sistematiche. Con il contratto di somministrazione di lavoro, come già in precedenza con il contratto di fornitura di lavoro temporaneo, si è ammessa nel nostro ordinamento l'utilizzazione

altra dottrina, M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 157 ha sottolineato il pericolo che la stessa mini la "finalità" di collocamento al lavoro stabile tramite agenzia.

⁵¹² M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1001.

indiretta delle energie lavorative. Con il contratto di somministrazione, l'utilizzatore *vuole* che un dato lavoratore sia ad esso subordinato, ma *non vuole* essere titolare del relativo rapporto di lavoro. Il contratto di somministrazione crea pertanto uno "schermo legale" che impedisce l'instaurazione, altrimenti connaturale, di un rapporto di lavoro subordinato fra il lavoratore e colui il quale lo dirige e ne utilizza la prestazione. Al fine di consentire la realizzazione di tale effetto, il legislatore ha tipizzato una specifica fattispecie negoziale che presuppone un necessario collegamento con un altro contratto, quello di lavoro stipulato fra agenzia e lavoratore. Postulando tale collegamento il legislatore, «scardinando uno dei tradizionali capisaldi giuslavoristici»⁵¹³, ha così descritto gli effetti che dalla prestazione dovuta dal somministratore nei confronti dell'utilizzatore derivano in capo ai *terzi* lavoratori⁵¹⁴ che «per tutta la durata della somministrazione (...) svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

A tal proposito, fra i primi commentatori ci si è interrogati sulla possibilità di riferire la disposizione di cui al comma 4, dell'art. 21, in base al quale «in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore», non «solo ai vizi di forma del contratto di somministrazione, ma anche a quelli del contratto di lavoro o dell'informazione dovuta al lavoratore», non escludendosi la possibilità di una interpretazione estensiva del comma 4 dell'art. 21 cit. anche all'ipotesi di mancata comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione⁵¹⁵.

La questione, come è ovvio, apre le porte all'interpretazione giurisprudenziale che, in ipotesi di questo tipo, potrebbe trovarsi di fronte alla necessità di dover procedere all'accertamento della subordinazione secondo criteri ordinatori e selettivi in parte già ampiamente sperimentati, in parte del tutto nuovi.

La valutazione *tipologica* della realtà giuridica considerata dovrà pertanto verificare se e in che modo elementi quali l'inserimento del prestatore nel contesto organizzativo produttivo dell'impresa utilizzatrice, l'esercizio del potere direttivo e

⁵¹³ A. PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, p. 241

⁵¹⁴ P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 96.

⁵¹⁵ O. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione*, cit., p. 133, che non esclude tale possibilità per quanto riguarda sia i vizi di forma della comunicazione al lavoratore, sia la mancata apposizione del termine al contratto di lavoro.

di controllo da parte di detta impresa sulla prestazione lavorativa⁵¹⁶, nonché l'assoggettamento della prestazione medesima all'organizzazione aziendale dell'utilizzatore⁵¹⁷, siano – come pare doversi ritenere - elementi sufficienti a integrare gli estremi di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato instauratosi fra l'utilizzatore e il prestatore o se, invece, l'assoggettamento al potere dispositivo anche di un altro legittimo datore di lavoro (l'agenzia), titolare anch'egli di un interesse sulla prestazione lavorativa, nonché del potere disciplinare, siano di per sé elementi sufficienti ad escluderlo⁵¹⁸. Nell'ipotesi in cui il somministratore ometta di comunicare al *lavoratore-terzo* i contenuti del contratto di somministrazione rendendo tale pattuizione *inefficace* nei suoi confronti con le conseguenze sopra ipotizzate in termini di instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato in capo all'utilizzatore, sarà ovvio ritenere che il somministratore medesimo dovrà essere ritenuto civilmente responsabile per i danni provocati all'utilizzatore a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione ad esso imposta dall'art. 21, comma 3⁵¹⁹.

⁵¹⁶ Sul riconoscimento giuridico del potere direttivo e di controllo quale *ratio* prevalente dell'intervento protettivo nella recente legislazione in materia di lavoro subordinato; R. DE LUCA TAMAJO, *Subordinazione e potere direttivo oggi*, Relazione al Convegno "Nuovi lavori e tutele", Napoli, 28-29 gennaio 2005

⁵¹⁷ Per una valorizzazione di tale elemento della fattispecie di cui all'art. 2094 del cod. civ. v., soprattutto, M. NAPOLI, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 1136 ss.

⁵¹⁸ Se è vero, come scrive P. BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, cit., p. 167 che, nel vigore della l. n. 1369 del 1960, «l'interposizione ingiustificata anziché arricchirne il contenuto *cancella(va)* il problema della subordinazione», nel nuovo quadro legale sopra delineato pare doversi ritenere che molti degli interrogativi posti dalla stessa autrice siano destinati ad acquisire valore centrale nell'interpretazione della nuova fattispecie. Cfr. in particolare p. 173, l'interrogativo sul se «il fatto che il somministratore rimane estraneo allo svolgimento materiale della prestazione di lavoro e si limita ad ordinare al lavoratore di porsi a disposizione del somministratore ed eseguire le disposizioni da questo impartite e il fatto che è l'utilizzatore che esercita, nei confronti del lavoratore stesso, i poteri che normalmente competono al datore di lavoro costituisce una caratteristica non qualificante o un elemento incompatibile con lo schema legale tipico del contratto di lavoro subordinato

⁵¹⁹ L. ZAPPALÀ, *La forma nel contratto di somministrazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 39/2005, p. 29.

2. La stabilità del posto in caso di somministrazione irregolare

La sanzione civile, posta a fronte delle violazioni concernenti le condizioni (soggettive ed oggettive) di liceità della somministrazione e della disciplina sostanziale del contratto di somministrazione⁵²⁰, è dettata dall'art. 27 D. Lgs. n. 279 del 2003. Ai sensi dell'art. 27 D. Lgs. n. 276 del 2003: *“Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, commi 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione”*.

Come si è detto, tale previsione pone gravi interrogativi in ordine al suo coordinamento con l'art. 21 che contempla la sanzione della nullità del contratto di somministrazione per la mancanza di forma scritta e prevede che, in questo caso, *“i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore”*.

Secondo una parte della dottrina, la sanzione prevista dall'art. 21 e quella dell'art. 27 sarebbero distinte e differenti; una integrerebbe una nullità assoluta (per vizio di forma), l'altra un'annullabilità (o nullità relativa⁵²¹) per vizi di sostanza⁵²²; e ciò, in quanto il Legislatore *“ben può modulare diversamente l'apparato sanzionatorio in relazione alla qualità delle parti ed al grado di irregolarità della fattispecie”*.

Secondo altra parte della dottrina – che appare essere maggioritaria – il sistema sanzionatorio (civile) delineato dagli artt. 21 e 27 sarebbe unitario e diretto a colpire

⁵²⁰ Come visto, il D. Lgs. n. 276 del 2003 non detta alcuna disciplina specifica per il contratto di lavoro che lega il prestatore al somministratore. La disciplina del contratto e del rapporto di lavoro è espressamente quella generale del lavoro subordinato “ordinario”. In caso di violazioni formali del contratto o illeciti gestionali del rapporto si applicano dunque gli ordinari previsti per il lavoro subordinato “ordinario”. Non è prevista per contro l'applicazione di alcuna delle sanzioni dettate dal D. Lgs. n. 276 del 2003 per l'ipotesi di somministrazione illecita, salva la sanzione per il solo somministratore che non comunichi al lavoratore gli estremi contenutistici del contratto di somministrazione secondo quanto previsto dall'art. 21, comma 3. In altre parole: *“la violazione delle prescrizioni in tema di contratto di lavoro non ha ripercussioni sulla liceità dell'intera fattispecie”*: M. T. CARINCI *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 156.

⁵²¹ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, Appalto e distacco*, op. cit., pag. 316 e ss, 320.

⁵²² V. VALLEBONA (*La riforma dei lavori*, CEDAM, 2004, pag. 107: *“le due disposizioni non sono identiche, poiché per i vizi formali è sancito un effetto legale («sono considerati» = art. 21, c. 4) come tale oggetto di azione di accertamento da parte del soggetto interessato, mentre per i vizi sostanziali è prevista un'azione costitutiva da parte del lavoratore sia pur anch'essa «con effetto dall'inizio della somministrazione»*; cfr. anche A. MORONE, *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 60.

la fattispecie interpositoria unitariamente considerata: ogni volta in cui non si svolga secondo le modalità “autorizzate” dalla Legge⁵²³.

A sommosso avviso di chi scrive, la disciplina letterale posta dagli artt. 21, comma 4 e 27 – che è l’unica cui fare riferimento per la ricostruzione della sanzione in termini di nullità o annullabilità, attesa l’impraticabilità di “*criteri distintivi di sostanza aventi valenza generale*”⁵²⁴ – depone per la prima delle due ricostruzioni.

Solo nel caso di mancanza di forma scritta è, infatti, prevista espressamente la nullità del contratto di somministrazione e solo in tale caso è previsto (“presunto”) che i lavoratori sono “*considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell’utilizzatore*”. Tale rilievo depone per l’assoluta inefficacia del contratto di somministrazione e per la conseguente natura dichiarativa della relativa azione⁵²⁵ e tali “*note di disciplina sono [state tradizionalmente sottolineate come] atte a caratterizzare la nullità rispetto all’annullabilità*”⁵²⁶.

Per contro, nel caso di violazioni sostanziali del contratto (condizioni di liceità, divieti, limiti, modalità di svolgimento del rapporto) la Legge non sancisce espressamente la nullità dello stesso, ma si limita a stabilire che i lavoratori “*possono chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell’utilizzatore con effetto dall’inizio della somministrazione*”. Tale ultima espressione depone, da un lato, per la legittimazione relativa dell’azione contemplata dall’art. 27 e, dall’altro, per la natura costitutiva della domanda giudiziale eventualmente svolta dal lavoratore interessato e tali “*note di disciplina sono [state tradizionalmente sottolineate come] atte a caratterizzare*” l’annullabilità rispetto alla nullità.

Il contratto di lavoro, invece, si conserva perfettamente valido ed efficace. La titolarità di tutte le posizioni attive e passive ad esso connesse, compresi il potere direttivo e il potere disciplinare, spetta all’utilizzatore.

Il contratto di lavoro, originariamente, stipulato tra somministratore e lavoratore e

⁵²³ P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, op. cit., pag. 172, 175 e ss.; secondo il quale la differente ricostruzione minerebbe la razionalità dell’ordinamento anche perché la somministrazione illecita è colpita da sanzioni penali; v. anche M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 162, la quale precisa che la relativa (unitaria) azione è dichiarativa e non costitutiva in quanto si limita ad accertare un illecito.

⁵²⁴ M.C. CATAUDELLA, *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, in *Dir. Lav.*, 2006, pag. 1 e ss.

⁵²⁵ V. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, op. cit., pag. 107.

⁵²⁶ M.C. CATAUDELLA, *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, op.cit., pag. 4.

successivamente imputato all'utilizzatore, si converte in un rapporto di lavoro subordinato tradizionale, perfettamente identico a quello esistente tra lo stesso utilizzatore e i suoi dipendenti. La conversione anche se retroagisce al momento iniziale della somministrazione, si verifica concretamente, al momento dell'emanazione della sentenza del giudice, costitutiva dell'irregolarità della somministrazione. Pertanto, per legge, gli atti scaturiti dall'esercizio dei poteri direttivo e disciplinare da parte del somministratore, nell'arco di tempo intercorso tra il realizzarsi dell'illecito e la sentenza del giudice, si intendono compiuti dal soggetto che ha effettivamente beneficiato della prestazione lavorativa.

Al riguardo, tuttavia, si riporta una pronuncia del Tribunale di Milano⁵²⁷ che osserva: *“l'utilizzo del termine costituzione e l'assenza di ulteriori specificazioni circa la natura del rapporto lasciano intendere che il legislatore abbia voluto riferirsi ad un rapporto a tempo indeterminato”*.

D'altro, canto *“non è dato”* concludere che il contratto sia nullo sol perché si accerti la *“cogenza”* della norma, allorquando *“la norma cogente, pur non escludendo espressamente la nullità, detta una disciplina non conciliabile con quella della nullità”* medesima⁵²⁸.

Se quanto sopra è corretto, ne deriva che la nullità del contratto di somministrazione è ristretta alle ipotesi di vizio di forma (dell'intero contratto) e tutte le altre ipotesi di nullità generale non comprese nei *“vizi”* indicati all'art. 27: tali violazioni, pur essendo *“contrarie”* alla Legge, sono, infatti, sanzionate, dalla Legge medesima, non con la nullità, ma con la (sola) annullabilità del contratto.

La principale ipotesi di nullità (ulteriore al vizio formale) che appare individuabile in tale contesto è quella del contratto di somministrazione in frode alla Legge e, dunque, l'ipotesi in cui il contratto di somministrazione sia (in sé lecito ma) diretto ad eludere norme di Legge o di contratto collettivo; fattispecie, per la quale non è contemplata un'espressa sanzione civile, ma l'ammenda di € 20, per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di occupazione, in aggiunta alle sanzioni dettate dall'art. 18. In altri termini, anche a seguito della modifica dell'ultimo comma dell'art. 23, sembra confermato che l'intendimento del Legislatore sia stato

⁵²⁷ Trib. Milano 9 giugno 2006, n. 1793.

⁵²⁸ M.C. CATAUDELLA, *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, op. cit., pag. 2, il quale rinvia in proposito alla invalidità prevista dall'art. 2113 cod. civ., interpretata in termini di annullabilità e precisa: (cfr. sulla sanzione di cui all'art. 2113 cod. civ. in termini di annullabilità, A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Vol. II, op. cit., pag. 598.

quello di *“differenziare nettamente le sanzioni civili applicabili nei due casi”* di *“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 lavoratore”*.

Conseguentemente, la sanzione in base alla quale i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore – che riproduce il rigore della Legge n. 1969 del 1960 (art. 1, comma 5) – deve intendersi riferita alle sole ipotesi di nullità sopra dette; sanzione che, come detto, appare corretto circoscrivere alle ipotesi in cui si vi sia stato concreto adempimento del contratto di somministrazione o, per lo meno, vi sia stata la conclusione di un contratto di lavoro tra somministratore e lavoratore facente riferimento alla somministrazione nulla⁵²⁹.

Per converso, nel caso di *“rapporto di somministrazione instaurato in violazione della disciplina che regola la materia, eventualmente anche con un soggetto diverso dalle agenzie autorizzate nella posizione di somministratore, ma senza l'intendimento di eludere gli standard di trattamento e/o altri obblighi di natura contributiva o fiscale, se il relativo contratto è stipulato in forma scritta e non ha carattere fraudolento si applicherà d'ora innanzi soltanto la sanzione dell'annullamento; e la si applicherà su iniziativa del lavoratore interessato”*.

È stata sottolineata la rilevanza di tale mutamento della disciplina delle sanzioni civili in quanto sul piano “teorico” conferma il fatto che al di fuori dei limiti posti dalla Legge il contratto di somministrazione non è di per sé incompatibile con il contratto di lavoro subordinato, né necessariamente soggetto alla sanzione della nullità e della imputazione *ex lege* del rapporto di lavoro all'utilizzatore⁵³⁰.

Il comma 2 dell'art. 27 sancisce che: *“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 del 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*

⁵²⁹ M. SOLDERA, *Il contratto di somministrazione: i requisiti di forma e di contenuto*, op. cit., pag.147, 148

⁵³⁰ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, Appalto e distacco*, op. cit., pag. 318 il quale precisa che: *“il legislatore ben può limitare la sanzione civile all'annullabilità (o nullità relativa) 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”*.

periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione”.

La disposizione risolve le questioni dibattute sotto la vigenza della Legge n. 1369 del 1960 in ordine alla sorte degli atti gestori e negoziali relativi al rapporto di lavoro posti in essere dal somministratore, riconoscendone la validità e l'imputabilità al terzo (come se compiuti in suo nome e nel suo interesse⁵³¹).

Sulla base di tale disposizione, dunque, il licenziamento del somministratore sarà valido ed efficace⁵³² (salvi vizi di forma o di sostanza) e dovrà, dunque, essere tempestivamente impugnato; parimenti validi ed efficaci (salvo vizi formali o sostanziali) saranno altresì: il patto di prova eventualmente apposto al contratto di lavoro; l'apposizione del termine; il patto di non concorrenza; e, secondo una parte della dottrina, anche tutte le *variazioni tipologiche indotte dalla concreta (e, in ipotesi difforme rispetto al tipo formalmente stabilito con il lavoratore) gestione che del rapporto di lavoro abbia fatto il somministratore*". Tale ultimo rilievo appare condivisibile, attesa la centrale rilevanza (anche in chiave novativa) che assumono le modalità di svolgimento del rapporto di lavoro.

La previsione di cui al comma 2 dell'art. 27 si applica in via analogica anche nel caso di somministrazione nulla ex art. 21⁵³³. Anche in tale caso, sembrerebbe, dunque, doversi ricondurre il meccanismo sanzionatorio ad un'ipotesi di surrogazione soggettiva *ex lege*.

Resta aperto tuttavia l'interrogativo circa l'operatività dei principi enunciati dalle Sezioni Unite e la residuale responsabilità (solidale o sussidiaria) dell'interposto nelle ipotesi di somministrazione irregolare, probabilmente da ricollegare alla rilevanza costituzionale degli interessi lesi dall'azione dell'interposto ed ai limiti imposti all'iniziativa economica privata⁵³⁴.

⁵³¹ Così P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labor intensive*, op.cit. pag. 178, 179.

⁵³² MAGRINI-PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in *Sviluppo e occupazione nel mercato globale. Stravolgimenti economici, competizione dei sistemi locali, metamorfosi del lavoro*, a cura di FERRARO, Giuffrè, 2004, pagg. 193; CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labor intensive*, in *Lavoro e diritti*, a cura di CURZIO, Cacucci Editore, 2006, pag. 179. *Contra* F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, op. cit. pag. 430 secondo il quale essendo nominati solo gli atti costitutivi e gestori e non anche quello relativi alla cessazione del rapporto, il licenziamento del somministratore sarebbe inefficace e dovrebbe essere impugnato.

⁵³³ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, Appalto e distacco*, op. cit., pag. 322.

⁵³⁴ Per le connessioni tra l'art. 41 Cost. e la tematica del decentramento produttivo M. MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela del lavoratore*, Torino, 2002, 17.

L'art. 27 si chiude, al comma 3, con la previsione (da più parti criticata⁵³⁵ e, in ogni caso, "riproduttiva" di una massima che ricorre in giurisprudenza in materia di licenziamento per ragioni oggettivi e trasferimento del lavoratore) secondo la quale: *"ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'art. 20, commi 2 e 3 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"*.

Tuttavia per dottrina, il valore precettivo della norma è quasi nullo *«poiché l'accertamento della sussistenza dei motivi adottati non può essere disgiunta da una valutazione concreta dei medesimi»*⁵³⁶.

D'altra parte, la stessa giurisprudenza di merito⁵³⁷ evidenzia una tendenza a ritenere che l'utilizzatore sia tenuto a provare la sussistenza delle ragioni che giustificano il ricorso alla somministrazione a tempo determinato, per cui non sarà sufficiente indicare quale motivo di ricorso una generica causa tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva, ma occorrerà descrivere in dettaglio le ragioni che hanno indotto l'impresa utilizzatrice ad avvalersi di forza lavoro somministrata.

Il contratto di somministrazione di lavoro, il cui motivo di ricorso sia genericamente indicato, tanto da non consentire al giudice di merito una verifica della sua reale consistenza, integra la fattispecie di cui all'articolo 27 comma 1, ossia una ipotesi di somministrazione irregolare.

In caso di verifica in sede giurisdizionale della veridicità delle ragioni poste a giustificazione del contratto di somministrazione, l'onere della prova circa la reale sussistenza delle condizioni di legittima stipulazione del contratto di somministrazione ricadono pertanto sull'utilizzatore della prestazione

⁵³⁵ F. SCARPELLI, *Somministrazione irregolare*, op. cit., pag. 426, il quale afferma che la disposizione sarebbe criticabile perché espressione della tendenza del Legislatore a valicare la propria competenza giungendo persino a *"limitare l'esercizio della funzione giurisdizionale"*; cfr. in senso critico P. CHIECO, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti lavoro intensive*, op. cit., pag. 180.

⁵³⁶ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, Appalto e distacco*, op. cit. pag. 283, 286.

⁵³⁷ Tribunale di Bolzano 29 aprile 2008, in *Guida Lav.*, 2008 n. 38; Trib. Milano 10 aprile 2007 n. 1235 in *Dir. Prat. lav.* n. 34/2007, p. 2087; Trib. di Milano, n. 1625 del 14 maggio 2007, raccolta in A. RIPA, F. COLLIA, *La riforma del lavoro nella giurisprudenza: Le sentenze in tema di somministrazione di lavoro*, Ipsoa, 2007, 445-446.

lavorativa”⁵³⁸. Sotto il profilo processuale l’art. 27 esclude il litisconsorzio necessario passivo del somministratore secondo le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza maggioritaria⁵³⁹.

C’è chi ritiene che l’inesistenza del litisconsorzio passivo necessario tra utilizzatore e somministratore si debba affermare 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 di forma scritta, a norma dell’art. 21, comma 4⁵⁴⁰.

In definitiva, probabilmente solo la giurisprudenza potrà meglio chiarire quale dovrà essere l’effettiva portata pratica dell’impianto sanzionatorio delineato dal Dlgs. n. 276/03 per le ipotesi di somministrazione nulla o irregolare.

Tale disciplina, come ha rilevato la Cassazione⁵⁴¹, esaminando una fattispecie regolata dalla precedente legge n. 196/97, pur presentandosi come un’innovazione, si configura anche nell’attuale assetto normativo come una eccezione....sicchè, allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore per la ...disarticolazione si finisce con il rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro, come avviene in ipotesi di somministrazione irregolare ex art. 27.

2.1 (segue) La stabilità del posto in caso di appalto non genuino e distacco illecito

La medesima sanzione civile prevista dall’art. 27 è contemplata (grazie alle “correzioni” introdotte con il D. Lgs. n. 251 del 2004) per l’ipotesi di distacco o appalto non conformi alle previsioni di cui agli articoli art. 29 e 30, del dlgs. n. 276/03. La sanzione civile della conversione di cui all’art. 27, comma 1, avrebbe dunque una duplice anima: dichiarare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato che già esiste, quando il somministrato/pseudo appaltante/distaccatario

⁵³⁸ Corte d’Appello di Milano, n. 342 del 17 aprile 2007 e Corte d’Appello di Milano, n. 664 del 12 luglio 2007, raccolte in A. RIPA, F. COLLIA, *La riforma del lavoro nella giurisprudenza: Le sentenze in tema di somministrazione di lavoro*, Ipsoa, 2007, 442-444 e 455-456.

⁵³⁹ V. Cass., S.U., 22 ottobre 2002, n. 14897. Verso tale disposizione è stato espresso un giudizio di inopportunità, in considerazione dell’efficacia relativa della sentenza: M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, op. cit., pag. 167, 168.

⁵⁴⁰ P. ICHINO, *Appalto*, cit., pag. 321.

⁵⁴¹ Cass. Sezioni Unite n. 22910 del 2006 cit.

ha esercitato il potere direttivo e gerarchico; sanzionare creando il rapporto di subordinazione in capo al somministrato/pseudo appaltante quando invece il potere direttivo sia stato esercitato dall'interposto.

Per quanto attiene ai profili sanzionatori, occorre ricordare che il riconoscimento dell'illiceità dell'appalto e del distacco comporta l'inquadramento della fattispecie nella somministrazione irregolare prevista dall'art. 27 del D. Lgs. 276/2003, con applicazione sia delle sanzioni "civili" ivi previste, sia delle sanzioni penali previste dall'art. 18, comma 5-*bis*, sia rimedi di carattere amministrativo previsti dall'art. 19 (inserito dal D. Lgs. n. 251/2004) e sia dell'art. 28 del medesimo decreto.

La conclusione, che la dottrina aveva già ricavato in via interpretativa dalle previsioni degli artt. 27, 29 e 30 è oggi espressamente prevista dal comma 3-*bis* dell'art. 29, e dal comma 4-*bis* dell'art. 30, introdotto dal D. Lgs. n. 251/2004.

Quanto alle conseguenze sul piano civilistico, l'art. 29 comma 3-*bis* e l'art. 30 comma 4-*bis* prevedono la possibilità per il lavoratore di ricorrere al giudice del lavoro, a norma dell'art. 414 cp.c., notificato anche solo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, al fine di veder accertata e dichiarata la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione⁵⁴². Peraltro, la norma prescrive la facoltà del lavoratore di esperire l'azione anche solo nei confronti del committente (distaccante) e cioè senza coinvolgere il soggetto appaltatore/distaccatario, che pertanto rappresenta, sul piano processuale, solo un litisconsorte facoltativo.

Come è stato detto, l'art. 27, comma 1, è chiamato a presidiare il rispetto dei confini tra somministrazione e appalto ovvero tra somministrazione e distacco. Infatti, anche nel caso in cui nelle fattispecie di confine manchi alcuno degli elementi costitutivi di tali altre tipologie contrattuali si ricadrà in una somministrazione di lavoro ovviamente posta in essere da parte di soggetto privo dei requisiti formali richiamati dall'art. 20, comma 1 e, quindi, oltre che "irregolare" anche illecita (art. 18, commi 1 e 2)⁵⁴³. La questione non ha più ragione

⁵⁴² F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 429; P. CHIECO, *op. cit.*, p. 137; Secondo la dottrina ciò non significa affatto che l'accertamento dell'illegittimità del ricorso alla somministrazione non possa essere richiesto anche da altri soggetti (gli enti previdenziali, ad esempio), ma solo che lo specifico effetto della costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore debba essere oggetto di specifica richiesta da parte del lavoratore; in senso diverso M. TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in M. TIRABOSCHI, a cura di, *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *Guida Lav.*, n. 4, 2003.

⁵⁴³ P. RAUSEI, *Somministrazione illegittima e sanzioni*, in *Guida alle paghe*, n.1/08, pag. 546.

di porsi dopo l'introduzione nel corpo dell'art. 29 del comma 3-*bis* e dell'art. 30, comma 4-*bis* che estende espressamente all'appalto ed al distacco illecito le sanzioni previste per la somministrazione irregolare. Anche per tali ipotesi è espressamente previsto, ai sensi dell'art. 27, comma 2 che tutti i pagamenti effettuati dal committente/distaccante *“a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale valgono a liberare”* il distaccatario/appaltatore *“dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata”* e tutti gli atti compiuti dal distaccante *“per la costituzione o la gestione del rapporto [...] si intendono come compiuti dal distaccatario”*.

L'art. 18, comma 5-*bis*, consolida questa impostazione, attraverso l'espressa previsione della sanzionabilità penale dell'appalto privo dei requisiti di cui all'art. 29, comma 1, e del distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30, comma 1.

La previsione è significativa, oltre che per il fatto di aver chiarito la questione dell'applicabilità della sanzione penale alle fattispecie suddette (in mancanza di espressa previsione, infatti, se ne sarebbe potuto dubitare, alla luce del principio di legalità) e per l'inasprimento delle sanzioni⁵⁴⁴, anche perché per definire i soggetti responsabili della violazione impiega i termini “utilizzatore” e “somministratore”.

D'altro canto, posta la sopravvivenza, anche dopo la riforma, del generale divieto di somministrazione di manodopera al di fuori dei limiti legali previsti, se l'appalto o il distacco viene ritenuto e giudicato illegittimo, e quindi illecito, perché privo dei requisiti legali si configurerà, inevitabilmente, un'ipotesi di somministrazione illecita di manodopera, ovvero di “interposizione illecita”, utilizzando la dizione letterale contenuta nell'art. 84, comma 2, del decreto, trattandosi, di fatto, di una somministrazione di lavoro posta in essere da soggetto non autorizzato e del tutto al di fuori degli schemi legali riconosciuti leciti dalla norma.

Qui a differenza che nelle due contravvenzioni distinte della somministrazione abusiva e della utilizzazione illecita, il reato contravvenzionale è unico e rappresenta, dunque, sotto un profilo soggettivo, un vero e proprio reato plurisoggettivo proprio, in cui entrambi i soggetti datoriali rispondono di una

⁵⁴⁴ Comma 5 bis dell'art. 18 del D.Lgs. n. 276/2003 secondo cui “l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione”, a meno che non vi sia sfruttamento dei minori, ipotesi per la quale è prevista la pena dell'arresto sino a 18 mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. Per i reati commessi fino al 25 ottobre 2004 (entrata in vigore del dlgs. n. 251/2004) l'imposta dell'ammenda è pari a % € per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione di cui all'originaria versione dell'art. 18, comma 1.

condotta attiva, che consiste nella realizzazione di un appalto o distacco al di fuori degli schemi legali precostituiti nel quale di fatto si è fittiziamente celata una vera e propria somministrazione abusiva di mere prestazioni di lavoro⁵⁴⁵. Si tratta di un reato contravvenzione di pericolo e di natura permanente, punibile anche solo a titolo di colpa, soggetto a prescrizione obbligatoria nella forma non aggravata⁵⁴⁶.

Quanto, invece, sul versante amministrativo, in caso di contratto d'appalto e di distacco illecito, trovano applicazione le sanzioni di cui all'art. 19 del D.Lgs. n. 276/2003. In sintesi, tali disposizioni confermano che al di fuori dell'ipotesi autorizzata della somministrazione di lavoro e del distacco, permane nel sistema un generale divieto di fornitura di lavoro altrui e, dunque, di dissociazione tra formale datore di lavoro ed effettivo beneficiario della prestazione lavorativa del dipendente. Ferma restando la tutela retributiva e previdenziale del lavoratore, tuttavia l'apparato sanzionatorio appare assai meno severo rispetto al regime previgente, soprattutto se si considera che la sanzione penale dell'ammenda può essere evitata mediante la prescrizione obbligatoria⁵⁴⁷, introdotta dall'art. 15 dlgs. n. 124/04 (non però nel caso di sfruttamento di minori).

⁵⁴⁵ Il reato di interposizione illecita da pseudo-appalto o distacco illecito si perfeziona per la sussistenza dei seguenti elementi tipici: 1. contratto di appalto/ distacco illecito: il contratto di appalto, di opere o di servizi, o il distacco corrisponde in realtà all'esecuzione di mere prestazioni di lavoro da parte dei lavoratori impiegati dallo pseudo-appaltatore/distaccatario e realmente eterodiretti dallo pseudo-committente/distaccatario, mancano cioè i requisiti legali che rendono perfettamente lecito ed operativo l'appalto/distacco (art. 29 comma 1 e 30 comma 1). Su un piano pratico, l'assenza dei requisiti, andrà accertata dal personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro, a partire dalla verifica della esistenza in capo all'appaltatore delle caratteristiche tipiche di impresa, per poi constatare la congruenza dell'eventuale mero esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati, a fronte della natura e delle esigenze dell'opera o del servizio oggetto dell'appalto medesimo. 2 partecipazione psicologica dello pseudo-committente (distaccante) e dello pseudo-appaltatore (distaccatario) alla fattispecie illecita realizzata: entrambi sono corresponsabili, almeno sotto il profilo di una condotta colposa, perché hanno stipulato un contratto di appalto/distacco fittizio, illecito o comunque non genuino, non usando della normale diligenza, prudenza e perizia richieste dall'ordinamento giuridico; 3. effettiva e concreta utilizzazione delle prestazioni lavorative dei lavoratori: il personale fittiziamente impegnato in un appalto/distacco è stato concretamente, illecitamente, impiegato in un'attività lavorativa di tipo subordinato alle dirette e immediate dipendenze dello pseudo-committente/distaccante.

⁵⁴⁶ I. V. ROMANI, in *L'ispezione in materia di lavoro e la legislazione sociale*, p. 158, 2007

⁵⁴⁷ La prescrizione è un provvedimento scritto dell'ispettore del lavoro, conseguente all'accertamento di violazioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, con il quale il funzionario impartisce le direttive per rimuovere o modificare le situazioni irregolari riscontrate. Se la prescrizione risulta essere stata concretamente e compiutamente adempita, l'organo di vigilanza ammette il contravventore al pagamento, entro 30 giorni, di una sanzione amministrativa pari ad un quarto del massimo dell'ammenda fissata dalla legge per la contravvenzione commessa.

3. Somministrazione, appalto e distacco fraudolento

Nel sistema sanzionatorio che governa oggi il fenomeno della somministrazione di lavoro, il grado massimo di illiceità della condotta illecita viene ad integrare una distinta e diversa fattispecie penalmente rilevante, pur sempre di natura contravvenzionale, quale è quella denominata «somministrazione fraudolenta» (art. 28, D.Lgs. n. 276/2003).

Si tratta di una contravvenzione unitaria che vede nel somministratore e nell'utilizzatore due soggetti attivi dell'unica fattispecie di reato: la somministrazione fraudolenta rappresenta, dunque, quanto all'analisi del profilo soggettivo, un reato plurisoggettivo proprio, in cui le due parti del contratto commerciale di somministrazione di lavoro rispondono penalmente di una specifica condotta posta al di fuori degli schemi tipici di liceità.

Autore del reato, per quanto concerne la figura del somministratore, non è soltanto il soggetto che esercita la somministrazione senza essere preventivamente autorizzato dal Ministero, nelle forme previste, e senza la necessaria iscrizione alla relativa sezione dell'Albo nazionale delle Agenzie per il lavoro, ma, piuttosto, anche l'Agenzia di somministrazione perfettamente regolare, autorizzata e iscritta all'Albo⁵⁴⁸. Quanto poi alla colpevolezza, il grado di rimproverabilità della condotta qui non è semplicemente quello della colpa⁵⁴⁹ (come nel reato «composto» di somministrazione abusiva con utilizzazione illecita), essendo prevista una consapevolezza dolosa psicologicamente orientata da parte dei due responsabili: è «fraudolenta» solo la somministrazione «posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore».

Rileva, quindi, una fattispecie penale di dolo specifico, dove viene in considerazione l'intenzionalità del reato e la specifica finalità dello stesso, per un uso illecito della somministrazione finalizzata alla elusione del sistema normativo di protezione configurato in dettagliate tutele legali o contrattuali.

⁵⁴⁸ P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2007, pag. 32.

⁵⁴⁹ M. MONDELLI, *L'elemento soggettivo nella somministrazione fraudolenta* - art. 28 d.lgs 276/03 - *La somministrazione fraudolenta, pur rientrando anch'essa nel genus delle contravvenzioni, come si ricava dal tipo di pena (ammenda) prevista, è una di quelle particolari ipotesi, presenti nel nostro ordinamento, in cui il legislatore, in deroga al principio dell'indifferenza del dolo o della colpa, richiede anche per la contravvenzione l'elemento psicologico del dolo: nel caso di specie il dolo specifico*

Al di là della ricostruzione teorica degli elementi costitutivi della fattispecie è chiaro che la questione che concretamente si pone è quella relativa all'accertamento e alla prova dell'elemento psicologico.

Questione che diventa ancor più delicata ove si consideri che la prova del dolo è un compito tipico (potremmo dire una prerogativa) dell'autorità giudiziaria più che degli Organi di polizia amministrativa, quali gli ispettori del lavoro, che solo incidentalmente assumono la veste di Ufficiali di polizia giudiziaria.

Orbene, la contestazione della somministrazione fraudolenta, e conseguentemente l'obbligo di fornire la prova dei suoi elementi costitutivi, spetta, de iure condito, agli ispettori del lavoro, in quanto soggetti "autorizzati" ad impartire la prescrizione obbligatoria ex d.lgs 758/94, la cui applicabilità è stata estesa dal legislatore -con l'art. 15 d.lgs 124/2004- a tutte le violazioni in materia di lavoro punite con la pena della ammenda o della pena alternativa dell'arresto e dell'ammenda: ergo anche alla somministrazione fraudolenta⁵⁵⁰.

Per ciò che attiene, segnatamente, la prova dell'elemento psicologico, deve dirsi che secondo giurisprudenza costante l'accertamento del dolo consiste fondamentalmente nel considerare tutte le circostanze esteriori che in qualche modo possano essere espressione dell'atteggiamento psicologico dell'agente e nell'inferire unicamente da tali circostanze l'esistenza di una rappresentazione o volizione del fatto, sulle base delle comuni regole dell'esperienza procedendo, cioè ad un'estensione analogica al caso concreto *dell'id quod plerumque accidit*⁵⁵¹.

Quanto poi al profilo sanzionatorio, si ritiene di condividere esclusivamente la tesi di chi⁵⁵² vede nella somministrazione fraudolenta una fattispecie autonoma di reato, rispetto alla tesi dell'identità delle fattispecie illecite, la seconda delle quali costituirebbe semplicemente un'aggravante della prima⁵⁵³. Infatti, la specifica finalità elusiva delle tutele dei lavoratori prevista dall'art. 28 è elemento costitutivo del reato che lo distingue da quello di cui all'art.18.

⁵⁵⁰ P.PENNESI, E. MASSI, P.RAUSEI, "La riforma dei servizi ispettivi, in *Dir.Pratica e Lavoro-IPSOA* n.30/2004, pag.V.

⁵⁵¹ Così testualmente Cass. Pen. Sez. I n. 13237 del 25.11.1986 in Cod. Pen. cit.; Di contenuto analogo sent. 4912 del 7.4.1989; Cass. Pen. Sez. I n. 2783 del 08.04.1986; Cass. Pen. n. 25239 del 21.06.2001; Cass. Pen. n. 30113 del 17 luglio 2003 in www.utetgiuridica.it.

⁵⁵² ROSIN GIANMARIA, *La somministrazione di lavoro*, in *Guida al lavoro*, n. 17/05, pag. 22.

⁵⁵³ S. VERGARI cit. pag. 260 " Il regime sanzionatorio di tale figura (somministrazione fraudolenta) richiede di essere analizzato in collegamento con la natura dell'illecito, che rispetto alla somministrazione abusiva configura più che una fattispecie autonoma e diversa, una figura "di secondo livello" caratterizzata dal perseguimento di una specifica finalità elusiva".

Qui la pena non si sostituisce a quella prevista per la somministrazione abusiva con utilizzazione illecita (nel caso in cui il somministratore fraudolento sia un soggetto non autorizzato e non iscritto alla relativa sezione dell'Albo nazionale delle Agenzie per il lavoro), ma si aggiunge ad essa, aggravandone l'esito sanzionatorio, con specifica sottolineatura della gravità del comportamento criminoso censurato dal legislatore: all'apparato sanzionatorio dell'art. 18, viene aggiunta la sanzione pecuniaria dell'ammenda pari a € 20,00 per ciascun lavoratore coinvolto dall'operazione fraudolenta e per ogni giorno di utilizzazione del lavoratore fraudolentemente somministrato.

Da ultimo, anche il reato di somministrazione fraudolenta è assoggettato al potere di prescrizione obbligatoria, con la concreta possibilità per il personale ispettivo delle Direzioni provinciali del lavoro di procedere ad impartire una prescrizione con la quale l'utilizzatore fraudolento non è chiamato solo a interrompere l'utilizzazione dei lavoratori somministrati, ma a regolarizzare i lavoratori fraudolentemente occupati, assumendoli alle proprie dipendenze.

Sotto altro aspetto, la formulazione dell'art. 28 del D.Lgs. n. 276/2003 che punisce la «somministrazione fraudolenta» sembra affidare a tale ipotesi di reato un ruolo di assoluto rispetto nel panorama sanzionatorio delle diverse fenomenologie esternalizzanti, giacché di fraudolenta somministrazione, potrà pure parlarsi quando al fine di eludere tutti o alcuni dei diritti inderogabili dei lavoratori si realizzano ipotesi di appalto e distacco illecito in violazione dei principi e dei criteri di cui all'art. 29 e art. 30.

Riguardo al profilo sanzionatorio la pena non si sostituisce a quella prevista per l'appalto e il distacco illecito, ma piuttosto si aggiunge ad essa, aggravandone l'esito sanzionatorio, con specifica sottolineatura della gravità del comportamento criminoso censurato dal legislatore: all'apparato sanzionatorio dell'art. 18, c. 5-bis viene aggiunta la pena dell'ammenda pari a € 20,00 per ciascun lavoratore coinvolto dall'operazione fraudolenta e per ogni giorno di somministrazione.

CONCLUSIONI

In conclusione dall'analisi svolta si ritiene utile formulare le seguenti sintetiche osservazioni.

Di fronte ad una mutata realtà produttiva, il legislatore del 2003 con l'intento di rendere più flessibile, e, nello stesso tempo, più trasparente il mercato del lavoro, per aumentare i tassi di occupazione, e di promuovere la qualità e la stabilità del lavoro (art. 1), ha riformato (o, talora, disciplinato per la prima volta) alcune fattispecie di utilizzo del lavoro subordinato altrui (somministrazione, appalto e distacco), nella perseguita ed ambiziosa prospettiva di innovare profondamente il sistema, “modernizzando” il mercato del lavoro, come si sente dire da parte degli stessi promotori della riforma.

La fornitura di lavoro altrui, quindi, da oggetto di un divieto generale ed assoluto ha assunto i caratteri di una normale attività d'impresa, pienamente autorizzata seppur esercitabile (solo) a certe condizioni e secondo predeterminate modalità. Non a caso la Suprema Corte di Cassazione, proprio alla luce del ribaltamento di prospettiva nella valutazione della fattispecie “utilizzo di lavoratori dipendenti da altri”, evincibile dal d.lgs. n. 276 del 2003, ha ritenuto che non contrasti con il principio di ordine pubblico internazionale una legge straniera che non preveda il divieto di interposizione ed intermediazione di manodopera.

Nell'ambito della somministrazione, in particolare, il rapporto di lavoro appare formalmente ricondotto al modello del lavoro subordinato “tipico ed ordinario”, e ciò, unitamente alla formalizzata “normalizzazione” del distacco quale vicenda interna al rapporto di lavoro, sembra confermare il superamento della tesi della incompatibilità tra modello delineato dall'art. 2094 cod. civ. e la deviazione della prestazione in favore di un terzo.

Sotto il profilo sostanziale, tuttavia, tanto la struttura del rapporto di lavoro «sommministrato» (obbligazioni in favore di un soggetto diverso dal formale datore di lavoro ed inserimento nella struttura organizzativa dello stesso), quanto la speciale disciplina per esso dettata (soprattutto in materia di mansioni) presentano peculiarità e deviazioni rispetto allo schema ed alla disciplina tipica (e tradizionale) del lavoro subordinato nell'impresa.

In questo senso, la disciplina del lavoro sommministrato appare confermare, da un lato, la forza attrattiva del modello tradizionale “lavoro subordinato” e, dall'altro, il processo in atto di «flessibilizzazione» dello stesso (da una parte della dottrina considerato in termini di detipizzazione, da altra parte in termini di destandarizzazione).

Nell'ambito del lavoro sommministrato, in ogni caso, la disponibilità del comportamento del prestatore appare affidata, dal lato dell'utilizzatore, al contratto di somministrazione, che presenta ampi margini di autonomia rispetto al contratto di lavoro.

A tale istituto era stato anche affiancato il c.d. *staff leasing*, come modulo organizzativo per soddisfare «bisogni stabili» dell'impresa, modulo ora abrogato dalla Legge n. 247 del 2007, che ha il pregio di restituire coerenza all'impianto della riforma del 2003, e, quindi, confermando il rapporto tra regola (stabile) ed eccezione (temporanea), e non reintrodotta dalla legge n. 133 del 2008.

Del resto, la stessa giurisprudenza (v. Cass. S.U. n.22910/2006), insieme ad una parte della dottrina, preferisce continuare a muoversi sulla base dello schema regola-eccezione, in base al quale anche sotto la vigenza del D. Lgs. n. 276 del 2003, e nonostante l'abrogazione della Legge n. 1369 del 1960, continui a vigere nell'ordinamento – in ragione dell'apparato sanzionatorio apprestato – un generale divieto di

interposizione nel rapporto di lavoro, solo che ora l'interposizione si chiama, e neppure sempre, somministrazione irregolare e le conseguenze vanno ricercate nella disciplina di quest'ultima (art. 21 e 27). Rispetto al precedente assetto normativo, però, l'imputazione del rapporto in capo a colui che effettivamente utilizza e coordina il lavoro non costituisce più la tecnica fondamentale per garantire il lavoratore, sia perché sono state ritenute "genuine" forme di intermediazione che prima erano assolutamente vietate, sia perché l'organizzazione produttiva non coincide necessariamente con un apparato di macchinari ed equipaggiamenti che, secondo la legge del 1960, costituiva il presupposto di individuazione di una genuina struttura di impresa.

E', inoltre, diventato più facile esternalizzare attività (con lo strumento del trasferimento di ramo d'azienda) e reinternalizzarle con l'appalto.

L'appalto di servizi collegato ad una cessione di ramo d'azienda costituisce proprio l'ipotesi che il legislatore sembra avere avuto "in mente" e che ha inteso regolare "neutralizzando" le armi che, in precedenza, potevano essere usate dai lavoratori interessati ad opporsi all'operazione (svolgimento, alle formali dipendenze della cessionaria-appaltatrice, delle medesime mansioni svolte in precedenza alle formali dipendenze del cedente-committente). L'operazione poteva essere (ed era effettivamente) attaccata sia "in uscita" (cessione del ramo d'azienda) che "in entrata", cioè di rientro del servizio esternalizzato con lo strumento dell'appalto (appalto affidato dal cedente allo stesso cessionario che utilizzerà i lavoratori esternalizzati, già dipendenti del cedente-appaltante, ma divenuti dipendenti del cessionario-appaltatore). Ora, per effetto della nuova disciplina, almeno sulla carta, l'attacco in uscita (contestazione dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda preesistente alla cessione, ovvero contestazione della inerenza del lavoratore al ramo ceduto) viene neutralizzato attraverso l'ampliamento

della nozione di ramo d'azienda, ora "identificabile" da cedente e cessionario al momento della cessione; mentre l'attacco in "entrata" (se sono state cedute mere prestazioni di lavoro non possono che "rientrare", attraverso l'appalto, ed in ogni caso l'appaltatore utilizzerebbe il ramo d'azienda fornitogli dal cedente-committente, con conseguente violazione del divieto di intermediazione, anche in forza della presunzione di cui al comma 3, dell'art. 1. l. n. 1369 del 1960) viene neutralizzato sia attraverso l'ampliamento (e non solo la "chiarificazione") della nozione di appalto lecito (ai sensi dell'art. 29 ora è sufficiente che i lavoratori impiegati nell'appalto siano eterodiretti dall'appaltatore), sia attraverso l'abrogazione della presunzione assoluta di appalto illecito in caso di utilizzo, da parte dell'appaltatore, di capitali, macchine ed attrezzature (o anche del ramo d'azienda!) forniti dall'appaltante (come parimenti già ricordato).

Il tutto "condito" dalla già rilevata possibilità per le imprese di ottenere la certificazione della genuinità dell'appalto sia all'atto della stipulazione del contratto, sia in corso di esecuzione del medesimo, senza che i lavoratori abbiano la possibilità di interloquire.

Il legislatore ha poi scelto di aumentare e differenziare le tutele dei lavoratori coinvolti in tali operazioni, non ultimo rafforzando il principio di parità di trattamento per i soli lavoratori somministrati, ma non esteso per i lavoratori dell'appaltatore, e ad avviso di chi scrive, pare essere l'aspetto maggiormente critico dell'intera riforma.

E' pur vero che, di recente, di fronte ai rischi di sotto-tutela rappresentati dalla frammentazione delle attività imprenditoriali, il legislatore ha dettato una serie di «tecniche di corresponsabilizzazione...nella funzione di tutela», finalizzata a rafforzare il vincolo di solidarietà tra committente e appaltatore, ma l'introduzione di tutte queste tecniche di tutele "rimediali" sono state

perseguite non sempre in modo chiaro e lineare dal punto di vista della tecnica legislativa e del coordinamento tra le diverse norme, giacché ciò che ne risulta è che i soggetti dell'esternalizzazione condividono la responsabilità nelle ipotesi lecite (appalto genuino e somministrazione) e non in quelle illecite (somministrazione irregolare).

Di fronte alle forme di utilizzo del lavoro subordinato altrui, poi, tutti i modelli di lavoro flessibili sono mantenuti legati al tipo ex art. 2094 c.c., cosicché resta fermo che, se si eccettuano gli specifici elementi di flessibilità introdotti per ciascun modello, anche ad essi continuano a trovare applicazione la disciplina e le tutele generali relative al contratto di lavoro subordinato. In via generale, dunque, si può sostenere che l'eterodirezione non è più il requisito centrale che caratterizza la subordinazione e questa realtà è all'origine degli sforzi interpretativi che tendono ad individuare il tipo negoziale a prescindere dal potere direttivo; la non essenzialità, ai fini della subordinazione, del potere direttivo è espressamente prevista dalla legge, per cui l'incidenza e le modalità di esercizio del potere direttivo dovranno essere desunti anche da altri elementi che caratterizzano il tipo e svolgono la medesima funzione.

Sebbene il dibattito rimanga ancora aperto ed estremamente controverso, è importante evidenziare come i primi interventi della giurisprudenza di merito segnalino il perpetuarsi di letture diffidenti verso scomposizioni del processo produttivo: così per la somministrazione (ora possibile soltanto a tempo determinato) diviene penetrante il controllo sulle ragioni giustificative, mentre per il distacco persiste, ai fini della sua genuinità, la centralità dell'interesse del distaccante, seppur temperata, dalla sua possibile coincidenza con l'interesse al risultato produttivo.

Problematiche analoghe emergono quando si deve affrontare nella

fattispecie concreta l'impresa smaterializzata: così, nell'appalto non sempre viene superata l'assoluta necessità di un apporto strumentale da parte dell'appaltatore, residuando la perplessità nei confronti di un'organizzazione dei mezzi che si traduca nel solo esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati per la fornitura di un'opera o di un servizio; ed anzi, questa necessità viene accentuata nel trasferimento del ramo d'azienda, specie laddove ne venga prevista la sostanziale conservazione nel ciclo produttivo integrale.

Si ritiene, dunque, di dover concludere considerando che la Riforma Biagi, pur se pervasa da smodata ambizione riformatrice, e dalla pretesa di innovare profondamente il mercato del lavoro attraverso un'incontinenza normativa tradottasi in quasi un centinaio di articoli, in quanto gestita ed applicata da una giurisprudenza incline ad attenuare l'impatto della parte ultraflessibile della riforma stessa, quella, per l'appunto, che rende più facile, più sicuro e meno costoso il ricorso al lavoro dei dipendenti altrui, sembra abbia mancato l'obiettivo di rendere più trasparente il mercato del lavoro e di promuovere la qualità e la stabilità del lavoro.

BIBLIOGRAFIA

ALBI P., *Interposizione illecita e organizzazione dei mezzi necessari secondo la legge n. 1369/1960*, in *RIDL*, III, 2003.

ALESSI C., *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* n. 68, 2008, pag. 30.

ALLEVA P. G., *Ricerca ed analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/03 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, IV, 2003, pag. 900.

ANDREONI P., *Impresa modulare, trasferimenti d'azienda, appalti interni: La soft law sul ciclo di produzione*, in Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004.

ANGIOLINI V., *Le agenzie del lavoro tra pubblico e privato*, in **G. GHEZZI** (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione: commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, Ediesse editore, 2004.

ALPA – LECCESE, *La subfornitura*, in *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, Tomo III, diretto da RESCIGNO, UTET, 1999.

ASQUINI A., *Somministrazione di prestazioni di lavoro da parte di intermediari e appalto di servizi*, in *MGL*, 1962, pag.279.

BACCHINI F., *Le tutele lavoristico-antinfortunistiche negli Appalti "d'impresa" ed endoaziendali*, in Id. (a cura di), *Commentario alla sicurezza del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2008.

BANO F., *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

BANO F., *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

BANO F., *Forma del contratto di somministrazione*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

BARRACO E., *Trasferimento di ramo d'azienda: la nuova nozione tra flessibilità e vincoli* nota a Trib. Padova 5.2.2007, n. 1079, su *Guida al lavoro*, n. 22, 2007, pag. 43.

BARRACO E. (nota di), *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, n. 24, 2007, pag. 1507.

BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, Milano, vol. I, 1935.

BELLOCCHI P., *Interposizione e subordinazione*, in *ADL*, 2001, pag. 140.

BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Ristampe della Scuola di perfezionamento in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di PERLINGERI, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

BIAGI M., *Competitività e risorse umane: modernizzare la regolazione dei rapporti di lavoro*, in **L. MONTUSCHI, T. TREU, M. TIRABOSCHI** (a cura di), *M. Biagi: un giurista progettuale*, Milano, Giuffrè Editore, 2003.

BIANCA C.M., *Diritto civile, IV, L'obbligazione*, Giuffrè, 1993.

BONARDI O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori. Divieto di interposizione e lavoro interinale*, Milano, Franco Angeli, 2001.

BONARDI O., *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004.

BORTONE R., *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in AA.VV. **LISO E CARABELLI** (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*.

BUSNELLI F.D., *L'obbligazione soggettivamente complessa (profili sistematici)*, Giuffrè, Milano, 1974.

CALCATERRA L., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di **R.DE LUCA TAMAJO**, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

CALCATERRA L., *Interposizione e appalto di servizi: la Cassazione anticipa la riforma*, in *RIDL*, I, 2004, pag. 125.

CALCATERRA L., *La tutela del lavoro negli appalti*, in **R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI** (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004.

CARINCI F., *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1985, pag. 212.

CARINCI F., *Dal Libro Bianco alla delega*, in **F. CARINCI, M. MISCIONE** (a cura di), Torino, Utet, 2002.

CARINCI M.T., *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo*, in *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, n. 22, Direzione **F. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, UTET**, 1999.

CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, comando, appalto, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, in *Il Codice Civile. Commentario. Art. 2127*, diretto da SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2000.

CARINCI M.T., *La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da **F. CARINCI**, IPSOA, Tomo II, 2003.

CARINCI M.T., (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, IPSOA, 2003.

CARINCI M.T., *La tutela dei lavoratori negli appalti*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da **F. CARINCI**, IPSOA, Tomo II, 2003.

CARINCI M.T., CESTER C., (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV. Artt. 20 -32*, Milano, IPSOA, 2004.

CARINCI M.T., *L'unicità del datore di lavoro (quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e titolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse) è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *ADL*, 2007, p. 1011-1035.

CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo : diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione*, Giappichelli, 2008, pag 117 e ss.

CARNELUTTI F., *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in *Riv. Dir. Civ., Commenti*, 1961, pag. 500.

CASSANETTI FAILLA, *Potere direttivo e potere disciplinare*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, a cura di **TIRABOSCHI** Giuffrè, 2006.

CATAUDELLA M.C., *Il concetto di nullità del contratto ed il suo permanente vigore*, in *Dir. Lav.*, 2006, pag.1 e ss.

CESSARI A., *L'interposizione fraudolenta nel rapporto di lavoro*, Milano, 1959.

CESSARI A., *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *Dir. Lav.*, I, 1961, pag.129.

CESTER C., *Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?* in *D.lgs. n. 276/2003, Commentario*, dir. da **F. CARINCI**, II, Milano, 2004.

CHIECO P., *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Torino, 1996.

CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in **P. CURZIO** (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci Editore, 2004.

CHIECO P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labuor intensive*, in *Lavoro e diritti*, a cura di **P. CURZIO**, Cacucci Editore, 2006.

CHIECO P., *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 52/2007, pag. 16.

CHISARI C., *Lavoro interinale e contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Arg. Dir. lav.*, fasc. 1, 1998, pag. 67.

CICALA R., *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Jovene, 1953.

CIUCCIOVINO S., *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, coordinato da **F. CARINCI**, IPSOA, Tomo II, 2003.

CIUCCIOVINO S., *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime di solidarietà*, in **M.T. CARINCI, C. CESTER** (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV. Artt. 20-32*, Milano, IPSOA, 2004.

COLUCCI M., *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*, Milano, Giuffré Editore, 2003.

CORAZZA L., *Appalti di servizi, contractual integration tra imprese, linee di riforma del decentramento produttivo*, in **R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI** (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004.

CORAZZA L., *"Contrattual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore"*, CEDAM, 2004.

COSTANZA M., *L'appalto privato*, in *I grandi temi*, trattato diretto da **COSTANZA**, UTET, 2000.

DE LUCA TAMAJO R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di **DE LUCA TAMAJO**, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

DE LUCA TAMAJO R., *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *RIDL*, II, 2003, pag.182 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in *Ar. dir. lav.*, I, 2005, pag 63.

DE LUCA TAMAJO R., *Subordinazione e potere direttivo oggi*, Relazione al Convegno “Nuovi lavori e tutele”, Napoli, 28-29 gennaio 2005.

DE MARGHERITI M. L., *La somministrazione a tempo indeterminato*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di **MAGNANI e VARESI**, Giappichelli, 2005.

DEL PUNTA R., *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giornale del lavoro e delle relazioni industriali*, Angeli, Milano, 1995, pag. 625.

DEL PUNTA R., *La «fornitura» di lavoro temporaneo nella l. n. 196/197*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 1998, pag. 205.

DEL PUNTA R., *Appalto, divieto d'interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in **M.T. CARINCI** (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, IPSOA, 2003.

DEL PUNTA R., *Le nuove regole dell'outsourcing*, in **C. SERRA** (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro: deregolazione o reregolazione? La legge Biagi nel confronto comparato*, Milano, Giuffrè Editore, 2005.

DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Giuffrè Editore, 2008.

DE SIMONE G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995.

DE ROSA M., *Anche il TAR si misura con il distinguo tra Appalto e somministrazione di lavoro*, *RIDL*, n. 1, II, 2007, pag. 49.

DI NUNZIO P., *Procedure di certificazione*, in *DPL*, 37, 2003, pag. 2494.

DESSI O., *Titolarità del contratto e potere organizzativo del datore: dissociazione*, in *Dir. Prat. Lav.* n. 34, 2007, pag. 2096.

DI STASI A. ALLEVA P.G. (a cura di), *Diritto d'impresa e diritto del lavoro: spunti critici nell'era della globalizzazione*, Ediesse, 2005.

ESPOSITO M., *Distacco e prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1996, pag. 133 e ss..

ESPOSITO M., *La nozione di datore di lavoro e le fattispecie interpositorie*, in *Problemi giuridici del lavoro*, a cura di **RUSCIANO**, Jovene Editore, 2004.

FALASCA G., *Appalti: più semplice e più severo il regime di responsabilità solidale*, in *Guida Lav.*, n. 25, 2008, pag. 32.

FERRARO G., *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, Giappichelli Editore, 2004.

FERRARO G., *Il rapporto di lavoro negli appalti*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a MATTIA PERSIANI*, CEDAM, Tomo II, 2005.

FERRARO G. - CINELLI M., *Mercato del lavoro, competitività, pensioni. Le riforme della XV° legislatura*, Utet, Torino, 2008.

GALANTINO L., *Il lavoro temporaneo*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.

GAMBACCIANI M., *La disciplina del distacco nell'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, Tomo II, 2005.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, pag. 591.

GHERA E., *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci Editore, 2003.

GHERA E., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006.

GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1992.

GIORGIANI M., *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968.

GOTTARDI D., *Lavoro intermittente*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

GRAGNOLI E., *Il rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni*, in **M.T. CARINCI** (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003.

GRANDI M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Giuffrè, 1972.

GRANDI M. *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in **PEDRAZZOLI M.** (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Il Mulino, Bologna, 1989.

GRASSO F.R., *Comma 46. Abolizione dell'istituto della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato*, in **M. PERSIANI, G. PROIA** (a cura di), *La nuova disciplina del welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Padova, 2008, pag. 140.

GRECO P., *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939.

GUAGLIANONE L., *La somministrazione di lavoro*, in *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di **MAGNANI e VARESI**, Giappichelli, 2005.

ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa. La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Relazione al Convegno "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo", Trento 3-4 giugno 1999, Milano.

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da **CICU MESSINEO**, continuato da **L. MENGONI**, Vol. XXVII, t. 2, Giuffrè, 2000.

ICHINO P., in *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, di **MONTUSCHI, LISO, PEDRAZZOLI, ICHINO, MARESCA, ZOLI, ROMEL, DEL PUNTA, TULLINI, NOGLER, BELLOCCHI**, Zanichelli, 2004.

IMBERTI L., *Il "nuovo" trasferimento d'azienda tra autonomia funzionale potenziale, volontà delle parti e controllo giudiziale della fattispecie*, in *Arg. dir. lav.*, II, 2006, pag. 1782.

IMBERTI L., *La disciplina delle responsabilità solidale negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* .IT - 72/2008, pag. 1773.

LAMBERTI M.R., *Somministrazione di manodopera e lavoro a chiamata: simbologia, prassi e tecnica nelle recenti novità normative*, in *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* IT, 2008, pag. 70.

LAMBERTUCCI P., *Commento all'art. 6, commi 3-5*, in **GENTILI** (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999.

LAMBERTUCCI P., *Disposizioni generali. Definizioni*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

LAMBERTUCCI P., *Modifica all'art. 2112, comma 5, del codice civile*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

LANOTTE M., *Tipologia e qualificazione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Il lavoro temporaneo*, a cura di **GALANTINO**, Giuffrè, 2000.

LASSANDRI A., *Responsabilità civile*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

LOVO M., *La responsabilità civile per danni arrecati a terzi dal prestatore di lavoro*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da **F. CARINCI**, IPSOA, Tomo II, 2003.

LUNARDON F., *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 5/6.

MAGNANI M., *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in Aa. Vv., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, a cura di **MAGNANI e VARESI**, Giappichelli, 2005.

MAGNO P., *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, CEDAM, 1976.

MAGRINI S., *Lavoro (contratto)*, in *Enc. Dir.*, Tomo XXIII, Giuffrè, 1973.

MAGRINI S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980.

MAGRINI-PIZZUTI, *Somministrazione e esternalizzazione del lavoro*, in *Sviluppo e occupazione nel mercato globale. Stravolgimenti economici, competizione dei sistemi locali, metamorfosi del lavoro*, a cura di **FERRARO**, Giuffrè, 2004

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Giappichelli, 2002.

MARAZZA M., *Interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2004.

MARESCA A., *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, *Quad. dir. lav.*, 2004, pag. 100.

MARESCA M., *Modifica all'art. 2112 comma quinto, del Codice Civile*, in **M. PEDRAZZOLI** (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004.

MARINELLI M., *Decentramento produttivo e tutela del lavoratore*, Torino, 2002.

MARINELLI M., *Aspetti problematici del contratto di somministrazione di manodopera*, in *Il Dir. del Mer. Lav.*, 2004, pag. 327.

MASSI E., *Riforma del mercato del lavoro: decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276: testo di legge commentato*, Milano, IPSOA, 2003.

MASSI E., *Responsabilità solidale negli appalti dopo le ultime abrogazioni*, Commento alla Circolare n. 24/2008, p 18, in www.dplmodena.it.

MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1979

MAZZOTTA O., *Requiem per un decreto: su un'ipotesi di regolazione del lavoro temporaneo*, in *RIDL*, I, 1993.

MAZZOTTA O., *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pag.185.

MAZZOTTA O., *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini sulla liceità nei rapporti interpositori*, in *RIDL*, III, 2003, pag. 265-282.

MAZZOTTA O., *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione*, in *dopo la flessibilità cosa?* 2006, pag. 163.

MENGONI L., *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*. *Riv. Soc.*, I, 1965, pag. 434.

MEUCCI M., *Trasferimento di ramo d'azienda o esternalizzazione di solo personale?* in *Confronti e Intese*, n. 180/2002, pag. 32.

MONACO M.P., *I diritti sindacali dei lavoratori somministrati*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da **F. CARINCI**, IPSOA, Tomo II, 2003.

MONTEMARANO A., *La tutela penale della sicurezza sul lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 4, 2002, pag. 296.

MORONE A., *I requisiti soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera, La somministrazione di lavoro altrui*, in *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da **F. CARINCI**, IPSOA, Tomo II, 2003.

NAPOLI M., *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in *AA.VV., Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995.

NASEDDU L., *Il bilanciamento degli interessi nella fattispecie del trasferimento d'azienda*, in *Il Diritto del Lavoro*, n. 5-6, 2005, pag. 535.

NICCOLAI A., *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Torino, Giappichelli Editore, 2003.

NICOSIA G., *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 33/2005, pag. 9.

NUZZO V., *Servizi in outsourcing: la Suprema Corte torna a pronunciarsi sulla nozione di ramo d'azienda*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n.11, 2005, pag. 832.

OLIVELLI P. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi: Intermediazione pubblica e privata, regimi di autorizzazione e accreditamento, borsa del lavoro, tutela del lavoratore sul mercato (artt. 3 -19 del d. lgs. 276/2003, come modificato dal d. lgs. 251 del 2004)*, Milano Giuffré Editore, 2005.

PAPA D., *Legge Welfare e periodo transitorio: chiarimenti dal Ministero*, in *Guida al Lavoro*, n.14/2008, pag. 19.

PAPA D., *Somministrazione a tempo indeterminato e lavoro intermittente*, in *Guida al Lavoro*, n. 2/2008, p. 124

PASCUCCI P., *Dopo la legge n. 123 del 2007. Prime osservazioni sul Titolo I del decreto legislativo n. 81 del 2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 73/2008, pag. 96-106.

PATERNO' F., *Commentario al D.lgs. n. 276/03, Il nuovo mercato del lavoro* (a cura di R. DE LUCA TAMAJO E G.S. PASSARELLI, Cedam, 2003.

PENNESI P., MASSI E., RAUSEI P., *"La riforma dei servizi ispettivi"*, in *Dir.Pratica e Lavoro- IPSOA* n.30/2004, pag. 5.

PERA G., *Diritto del lavoro*, Padova, 1980.

PERA G., *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 1998, pag. 280.

PERINI C., *La somministrazione fraudolenta*, in **M.T. CARINCI, C. CESTER** (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV. Artt. 20-32*, Milano, IPSOA, 2004.

PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992.

PERULLI A., *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, pag. 241.

PERULLI A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*. *RIDL*, I, 2007, p. 8 .

PETRACCI F., *Obblighi dell'appaltante verso i dipendenti dell'appaltatore*, in *Lav.giur.*n. 4/2009.

PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966

PESSI A., *Le esternalizzazioni e lo statuto protettivo del lavoro. Dalla riforma Biagi alla "legge sul welfare"*, in *Arg. Dir. lav.*, 2008, pag. 410 e ss.

PESSI R., *I rapporti di lavoro c.d. atipici tra autonomia e subordinazione nella prospettiva dell'integrazione europea*, in *RIDL*, I, 1992.

PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Milano, 1989

PESSI R., *Flessibilità nel rapporto di lavoro in Italia: riflessioni tra speranza e utopia*, in *Mass. Giur.lav.*, 1996.

PILEGGI A., *Riforma del mercato del lavoro, appalto di manodopera e ordine pubblico internazionale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, pag. 932.

PILEGGI A., *Interposizione di manodopera, somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco: disciplina vigente, questioni e prospettive*. Relazione al Convegno 24 ottobre 2008, Cassa Forense, Roma.

PROIA G., *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Arg. Dir. lav.*, 2008, pag.359.

PROIA G., *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in *Adapt Working Paper*, n. 78/2009, pag. 5.

PROIA G., *Flessibilità e tutele «nel» contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2002, pag. 423.

PROIA G., *Verso uno Statuto dei lavori?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2006, pagg. 61 e ss..

PROIA G., *Riflessioni su profili sistematici della riforma*, Relazione al Convegno, “*Tutele del lavoro e nuovi schemi organizzativi nell’impresa*”, (a cura di) **L. FICARI**, Viterbo - 17 ottobre 2003.

PROIETTI F., *Il contratto di lavoro temporaneo*, Torino, Giappichelli Editore, 2000.

RAFFI A., *Orientamenti della giurisprudenza nazionale in materia di trasferimento d’azienda*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 1-2, 2005, pag. 27.

RATTI L., *Interposizione illecita e irresponsabilità solidale del datore di lavoro interposto*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, n. 3, 2007, pag. 280.

RAUSEI P., *Il nuovo regime sanzionatorio*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d’azienda*, a cura di **TIRABOSCHI**, Giuffrè, 2006

RAUSEI P., *Appalto genuino e interposizione illecita di manodopera: criteri e indici rivelatori per una corretta certificazione dei contratti*, in *Working paper*, n. 18/2006, pag. 3.

RAUSEI P., *Somministrazione illegittima e sanzioni*, in *Guida alle paghe*, n.1, 2008, pag. 546.

RICCI M., *Le finalità del decreto legislativo n. 276/2003*, in **M. MISCIONE, M. RICCI** (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro: titoli I e II, artt. 1-19*, Milano, IPSOA, 2004.

ROMANI I. V., in *L’ispezione in materia di lavoro e la legislazione sociale*, 2007, p. 158

ROMEI R., *Cessione di ramo d’azienda e appalti*, in *Aidlass, Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle giornate di studio di Trento, Milano, 2000.

ROMEI R., *Lavoro intermittente*, in *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, a cura di **MONTUSCHI, LISO, ICHINO, MARESCA, ZOLI, ROMEI, DEL PUNTA, TULLINI, NOGLER, BELLOCCHI**, Zanichelli, 2004.

ROMEI R., *Il trasferimento di azienda e gli orientamenti della dottrina*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza (Quaderni di diritto del lavoro)*, 2, Giuffrè, Milano, 2005

ROMEI R., *Somministrazione, appalto e trasferimento d'azienda*, in *Dopo la flessibilità cosa? Le nuove politiche del lavoro*, a cura di **MARINUCCI**, Bologna, 2006.

ROMEI R., *La distinzione tra interposizione e appalto e le prospettive della certificazione*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, 2006.

ROSIN GIANMARIA, *La somministrazione di lavoro*, in *Guida al lavoro*, n. 17, 2005, pag.22.

RUBINO D., *Dell'appalto*, in *Commentario del codice civile. Libro Quarto. Delle obbligazioni*, a cura di **SCIALOJA-BRANCA**, Zanichelli-Società, Editrice del Foro Italiano, 1961.

SACCO R., *Autonomia contrattuale e tipi*, in *RTDPC*, 1966, pag. 785.

SALOMONE R., *Lavoro somministrato tramite agenzia e qualificazione della fattispecie contrattuale: la giurisprudenza inglese scopre il co-datore?* nota a COURT OF APPEAL, Civil Division, 5 marzo 2004, in *Riv. It. Dir. Lav.*, II, 2005, pag. 20 e ss.

SANTONI F., *Nuovi lavori e tipo contrattuale*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, Tomo II, 2005.

SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1987.

SANTORO PASSARELLI G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. Dir.Lav.*, 2001, pag. 575.

SCARPELLI F., *Somministrazione irregolare*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

SCARPELLI F., *Distacco*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

SCARPELLI F., *Appalto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

SCARPELLI F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, 2006, pag. 753.

SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, pag. 95..

SICA A., *Contribuzione nell'appalto: Il vincolo solidale*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 44, 2007, pag. 2645.

SITZIA A., *Potere direttivo, rifiuto di eseguire la prestazione, eccezione di inadempimento: applicazione giurisprudenziali asistemiche in materia di distacco e lavoro in ambiente insalubre*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, II, pag. 883

SOLDERA M., *Somministrazione di lavoro: i divieti*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, 2006.

SPEZIALE V., *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/197*, a cura di **LISO, CARABELLI**, Franco Angeli, 1999.

SPEZIALE V., *Somministrazione, appalto e distacco, Condizioni di liceità*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di **GRAGNOLI e PERULLI**, CEDAM, 2004.

SPEZIALE V., *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* n. 84, 2006, pag. 14.

SPEZIALE V., *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, pag. 3 e ss..

SPEZIALE V., *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme* 61, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* .IT – 51, 2007, pag. 61.

SPEZIALE V., *La figura del datore di lavoro-articolazioni e trasformazioni. Relazione al Convegno: Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, AIDLASS, Catania, 21-23 maggio 2009.

SPOLVERATO G. PIOVESANA A., *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, pag. 1995.

SUPPIEJ G., *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, CEDAM, Tomo II, 2005.

SUPPIEJ G., *L'interposizione brevettata*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, pag. 26.

TIRABOSCHI M., *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco*, in *La riforma Biagi del mercato del lavoro, Prime interpretazioni e proposte di lettura del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, a cura di TIRABOSCHI, Giuffrè, 2004.

TIRABOSCHI M., *La responsabilità civile per i danni a terzi*, in *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, 2006.

TIRABOSCHI M., *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera: contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Torino, Giappichelli Editore, 1999.

TREVES C., *La legislazione sul lavoro dopo il varo della legge sul welfare*, in *LG*, 2008, pag. 128.

TULLINI P., *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *ADL*, 2007, pag. 890.

TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro a termine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2002, pag. 463.

VALLEBONA A., *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in *RIDL*, II, 1999, pag. 217.

VALLEBONA A., *La riforma dei lavori*, Padova, CEDAM, 2004.

VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro*, Vol. II, *Il rapporto di lavoro*, CEDAM, 2005.

VENEZIANI B., *La flessibilità del lavoro e i suoi antidoti. Un'analisi comparata*, in *DLRI*, 1993, pag. 279.

VIDIRI G., *Trasferimento d'azienda tra diritto al lavoro e libertà d'impresa*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza, trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, *Quad. dir. lav.*, 2004, pag. 61.

ZAPPALA' L., *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime interpretazioni sulla tipizzazione del contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, II, 2004, pag.9.

L. ZAPPALÀ, *La forma nel contratto di somministrazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 39/2005, pag.29.

ZOLI C., *Il nuovo mercato del lavoro. D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Commentario*, a cura di **MONTUSCHI, LISO, ICHINO, MARESCA, ZOLI, ROMEI, DEL PUNTA, TULLINI, NOGLER, BELLOCCHI**, Zanichelli, 2004

ZOLI C., *Il lavoro temporaneo: il contratto di fornitura*, in *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato, Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*,

n. 22, Direzione F. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, UTET, 1999, pag.141.

SENTENZE DI LEGITTIMITA' CITE

- Cass., 9 marzo 2009, n. 5648
- CGE del 12 febbraio 2009, n. 446/07

- Cass., 17 luglio 2008, n. 19740
- Cass. pen., 14 marzo 2008, n. 23090
- Cass., 23 giugno 2008 n. 17049
- Cass. pen., 14 marzo 2008, n. 23090
- Cass., 15 febbraio 2008 n. 3861,
- Cass. pen., 29 gennaio 2008, n. 12348
- Cass. pen., 17 gennaio 2008, n. 13917

- Cass., 8 maggio 2007, n. 10441
- Cass., 22 febbraio 2007, n. 4138.
- Cass., 21 febbraio 2007, n. 4003

- Cass., 7 dicembre 2006, n. 26976
- Cass. Sezioni Unite, 26 ottobre 2006, n. 22910
- Cass., 17 ottobre 2006, n. 22232
- CGE del 4 luglio 2006, n. 212/04
- Cass., 26 aprile 2006, n. 9557
- Cass. Sezioni Unite, 24 marzo 2006 n. 6572
- Cass., 22 marzo 2006, n. 6292
- Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040
- Corte Cost., 6 febbraio 2006, n. 58,

- Cass., 17 giugno 2005, n. 13068

- Corte Cost., 28 gennaio 2005, n. 50

- Cass., 21 agosto 2004, n. 16551
- Cass., 8 aprile 2004, n. 6896
- Cass. 5 aprile 2004, n. 6649,
- Cass. 27 marzo 2004, n. 6144
- Cass. Sezioni Unite, 18 febbraio 2004, n. 3164

- Cass., 19 novembre 2003, n. 17574
- Cass., 16 ottobre 2003, n. 13751

- Cass., 29 agosto 2003, n. 12664;
- Cass., 22 agosto 2003, n. 12363
- Cass. Pen Sez.I, del 17 luglio 2003, n. 30113
- Cass., 24 marzo 2003, n. 4274

- Cass., Sezioni Unite, 22 ottobre 2002, n. 14897
- Cass., 6 aprile 2002, n. 4951
- CGE del 24 gennaio 2002, n. 51/00

- Cass, Pen. Sez. I, del 21 giugno 2001, n. 25239
- Cass. 9 aprile 2001, n. 5232
- Cass. 3 marzo 2001, n. 3096
- CGE del 25 gennaio 2001, n. 172/99

- Cass. 7 ottobre 2000 n. 13338
- Cass. 25 febbraio 2000, n. 2171

- Cass., 2 novembre 1999, n. 12224
- CGE del 2 dicembre 1999 n. 234/98
- Cass. 28 luglio 1999, n. 8187

- Cass., 13 luglio 1998, n. 6860
- Cass. 21 maggio 1998 n. 5087
- Cass., 17 marzo 1998, n. 2880

- Cass. Sezioni Unite, 21 marzo 1997, n. 2517
- CGE del 11 marzo 1997, n. 13/95

- Cass., 27 maggio 1996, n. 4862
- Cass. 16 aprile 1996,n. 3560,
- Cass., Sezioni Unite, 20 gennaio 1996, n. 446

- Cass, 9 ottobre 1995, n. 10556
- Cass. 8 aprile 1995, n. 4078
- Cass., 13 giugno 1995, n. 6657

- Cass., 26 maggio 1993, n. 5907
- Cass. 3 febbraio 1993, n. 1355

- Cass., 12 agosto 1992, n. 9517

- Cass., Sez. III Pen., 30 luglio 1992, n. 8546
- Cass, Sezioni Unite. 19 ottobre 1990, n. 10183
- Cass. civ., 18 ottobre 1983, n. 6093
- Cass., 19 maggio 1990, n. 4551
- Cass. Sezioni Unite, 13 aprile 1989, n. 1751
- Cass. 4 febbraio 1988 n. 1144
- Cass. Pen. Sez I del 25 novembre 1986, n. 13237
- Cass. Pen Sez. I dell' 8 aprile 1986, n. 2783
- Cass., 16 aprile 1984, n. 2471
- Cass., 5 febbraio 1980, n. 818
- Corte Cost., 9 luglio 1963, n. 120

TAR Piemonte 27 giugno 2006, n. 2711

SENTENZE DI MERITO CITATE

- Tribunale di Bergamo 19 dicembre 2008
- Tribunale di Bolzano 29 aprile 2008
- Tribunale di Roma, 3 marzo 2008
- Trib. Roma n. 5713/2008
- Trib. Bologna 8 febbraio 2008
- Corte d'Appello di Milano, 12 luglio 2007, n. 664
- Trib. di Milano, 14 maggio 2007, n. 1625
- Corte d'Appello di Milano, 17 aprile 2007, n. 342
- Trib. Milano, 17 aprile 2007
- Trib.Milano, 10 aprile 2007
- Tribunale di Padova, 5 febbraio 2007, n. 1079.
- Trib. Bologna, 19 marzo 2007
- Trib. Roma, 13 ottobre 2006, n. 317
- Trib. Milano, 9 giugno 2006, n. 1793
- Trib. Pavia, 29 aprile 2006
- Trib. Milano, 19 gennaio 2006
- Trib. Torino, 17 dicembre 2005
- Trib. Monza, 28 aprile 2004
- Trib. Torino, 1 febbraio 2002
- Pretura Brescia, 12 maggio 1998

