

APPALTO CONTRATTO LAVORO NORME

TEMPORANEO

INTERNAZIONALE

**SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO E APPALTI
DI SERVIZI ALLA LUCE DELLE RECENTI RIFORME**
(aggiornato al D.L. n. 76/2013 conv. Con L. 99/2013)

04 DICEMBRE 2013
CONVEGNO
dell'ATE



CONTRATTO



evento sponsorizzato da
Serenissima Ristorazione S.p.A.

Avv. Aldo Campesan
Studio Legale Vis Vicenza
Tel. 0444-525115
e-mail: campesan@venetoavvocati.it

Avv. Teresa De Vita
Studio Legale Vis Vicenza
Tel. 0444-525115
e-mail: devita@venetoavvocati.it

Avv. Anna Silvia Scalco
Studio Legale Vis Vicenza
Tel. 0444-525115
e-mail: scalco@venetoavvocati.it

Si ringrazia per la collaborazione il Prof. Gaetano Zilio Grandi.
Straordinario di Diritto del lavoro nell'università Ca' Foscari Venezia.

INDICE

CAPITOLO I

LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

1. Introduzione – 2. Breve *excursus* storico – 2.1 Il sistema della legge n. 1369/1960: il divieto di dissociazione tra datore di lavoro formale ed effettivo – 2.2 Dal lavoro interinale alla somministrazione di lavoro – 2.3 Il contratto di fornitura – 2.3.1 I soggetti abilitati alla fornitura – 2.3.2 Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – 2.3.3 Il trattamento economico nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – 2.3.4 Gli obblighi delle parti nel lavoro temporaneo – 3. La somministrazione di lavoro. La legge Biagi - 3.1 I caratteri della somministrazione di lavoro – 4. Le recenti novità normative in tema di somministrazione di lavoro a tempo determinato. L'assimilazione della somministrazione al contratto a termine – 4.1 Le deroghe soggettive – 4.2 Le deroghe oggettive – 4.3 La redazione della causale. Il parallelismo tra somministrazione a tempo determinato e contratto a tempo determinato – 4.4 L'esigenza di indicare la causale di ricorso alla somministrazione – 4.5 La genericità dell'indicazione causale – 4.6 I divieti di somministrazione – 4.7 Il regime di responsabilità civile verso terzi – 4.8 L'apposizione di clausole contrattuali ulteriori – 5. Appalto e somministrazione: quale rapporto?

CAPITOLO II

LE NORME SANZIONATORIE: LA SOMMINISTRAZIONE IRREGOLARE, FRAUDOLENTA ED ILLECITA.

1. Premessa – 2. La somministrazione irregolare – 3. L'illecito civile - 3.1 L'istruzione probatoria - 4. Il regime impugnatorio dell'azione di nullità della somministrazione irregolare - 4.1 L'intervento della Corte di giustizia Europea 11.04.2013 causa C – 290/2012: alla somministrazione non si applica la disciplina del lavoro a termine – 5. L'illecito penale - 6. La somministrazione fraudolenta – 7. L'Illecito amministrativo – 8. Conseguenze sul contratto di somministrazione in ipotesi di vizi del contratto di lavoro

CAPITOLO III
LA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO DERIVANTE DA
SOMMINISTRAZIONE

1. Contratto di lavoro e disciplina applicabile. - 2. La forma e il contenuto del contratto di lavoro. – 3. Le mansioni e lo *ius variandi*: profili di responsabilità. – 4. Il patto di prova. – 5. La proroga del periodo di assegnazione, la continuazione dopo il termine e la successione di contratti di lavoro temporaneo. – 6. Il potere direttivo e disciplinare. – 7. Il licenziamento dei lavoratori. - 8. Il trattamento retributivo spettante al lavoratore e l'indennità di disponibilità.- 9. Il trattamento previdenziale ed assistenziale del lavoratore. – 10. I diritti sindacali. - 11. La tutela della salute e sicurezza del lavoratore temporaneo.

CAPITOLO IV
IL CONTRATTO DI APPALTO: ESTERNALIZZAZIONI, VINCOLI GIURIDICI E
RESPONSABILITA' SOLIDALE, CAMBIO DI GESTIONE.

1. Premessa. - 2. Dal divieto di appalto di mere prestazioni di lavoro ai requisiti dell'appalto genuino – 3. Appalti illeciti e sanzioni. – 4. I contratti per l'esternalizzazione diversi dall'appalto. - 4.1 La differenza tra appalto e somministrazione di lavoro. - 4.2. La differenza tra appalto e contratto d'opera. - 4.3. La differenza tra appalto e subfornitura industriale. - 5. Affidamento di lavori in appalto e tutela della sicurezza. - 6. La responsabilità solidale nell'appalto. - 6.1. Il regime della solidarietà - 6.2 Il rapporto con l'azione diretta dell'art. 1676 c.c.– 6.3 L'estensione del regime della solidarietà anche “ai lavoratori con contratto di lavoro autonomo”. - 6.4 L'esclusione delle pubbliche amministrazioni da regime della solidarietà. - 6.5 Derogabilità al regime solidaristico dell'art. 29 ad opera della contrattazione collettiva. - 7. La responsabilità solidale in ambito fiscale - 8. Cambio gestione negli appalti

CAPITOLO I

LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Sommario: 1. Introduzione – 2. Breve *excursus* storico – 2.1 Il sistema della legge n. 1369/1960: il divieto di dissociazione tra datore di lavoro formale ed effettivo – 2.2 Dal lavoro interinale alla somministrazione di lavoro – 2.3 Il contratto di fornitura – 2.3.1 I soggetti abilitati alla fornitura – 2.3.2 Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – 2.3.3 Il trattamento economico nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo – 2.3.4 Gli obblighi delle parti nel lavoro temporaneo – 3. La somministrazione di lavoro. La legge Biagi - 3.1 I caratteri della somministrazione di lavoro – 4. Le recenti novità normative in tema di somministrazione di lavoro a tempo determinato. L'assimilazione della somministrazione al contratto a termine – 4.1 Le deroghe soggettive – 4.2 Le deroghe oggettive – 4.3 La redazione della causale. Il parallelismo tra somministrazione a tempo determinato e contratto a tempo determinato – 4.4 L'esigenza di indicare la causale di ricorso alla somministrazione – 4.5 La genericità dell'indicazione causale – 4.6 I divieti di somministrazione – 4.7 Il regime di responsabilità civile verso terzi – 4.8 L'apposizione di clausole contrattuali ulteriori – 5. Appalto e somministrazione: quale rapporto?

1. Introduzione

Il lavoro tramite agenzia non trova ancora nel nostro Paese una precisa identità concettuale e normativa a differenza di altri ordinamenti europei. I recenti interventi del legislatore, si pensi al d.lgs. n. 24/2012, al d.lgs. n. 92/2012 (c.d. riforma Fornero), al c.d. decreto sviluppo e in ultimo al decreto n. 76/2013 (c.d. decreto Letta), hanno apportato numerose e significative modifiche alla disciplina della somministrazione di lavoro così come formulata dalla legge Biagi.

Il d.lgs. n. 276/2003, rispondendo alle esigenze di un mutato contesto produttivo caratterizzato dalla destrutturazione dell'impresa e dal fenomeno dell'esternalizzazione aveva il pregio di superare le limitazioni esistenti per l'interposizione di prestazioni di lavoro poste dalla legge n. n. 1369/1960, che si erano rilevate anacronistiche e obsolete a regolarizzare, da un punto di vista normativo, quella che era, oramai, una prassi contrattuale.

Nonostante i rigidi divieti posti dalla l. n. 1369/1960, gli operatori del settore avevano dato luogo da una parte a quella che Gino Giugni chiamava l'"*economia del cespuglio*", polverizzando il sistema produttivo e alimentando l'economia sommersa e, dall'altra parte, favorendo la nascita di pseudo-fornitori di manodopera, spesso nella forma della cooperazione spuria.

La legge Biagi prendendo atto di questo fenomeno fece sua l'idea di rendere la somministrazione un'importante leva di specializzazione produttiva e organizzativa, destinata a operare sia sul versante

della flessibilità in entrata sia su quello della modernizzazione dell'apparato produttivo, mediante modelli di integrazione contrattuale tra imprese¹.

In realtà, è noto, che, nonostante la legge Biagi, il lavoro tramite agenzia è sempre stato sottoutilizzato in Italia e ciò per diverse ragioni.

In primo luogo per una normativa di non facile interpretazione e in continuo mutamento.

In secondo luogo per l'imponente contenzioso che si è sviluppato sull'art. 21 del decreto Biagi ove si prevede che *“la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore”*. L'ostinazione con cui parte della giurisprudenza ha sanzionato agenzie e utilizzatori, ritenendo lecito l'utilizzo della somministrazione di lavoro solo per ragioni temporanee, ha portato le agenzie e le loro associazioni a rigettare l'ambizioso progetto della Legge Biagi, per dirigersi verso l'idea della piena acausalità della somministrazione.

In tale contesto si sono, poi, inserite anche le recenti modifiche legislative che, introducendo sempre maggiori deroghe alla necessaria causalità della somministrazione, sembrano snaturare il progetto iniziale di tale istituto, così come pensato nella Legge Biagi oltre a rendere ancora più incerto il quadro normativo.

2. Breve excursus storico

2.1 Il sistema della legge n. 1369/1960: il divieto di dissociazione tra datore di lavoro formale ed effettivo

Un caposaldo del diritto del lavoro risiede nella immediata riconducibilità del rapporto di lavoro ad un soggetto, imprenditoriale o meno, facilmente individuabile in quanto, anche, fruitore ed utilizzatore dell'attività lavorativa svolta dal lavoratore.

Intorno a questo “dogma” si è costruita buona parte della normativa lavoristica di tutela nel quindicennio d'oro a cavallo degli anni sessanta/settanta. E' così che, accanto al divieto di mediazione privata nel collocamento della manodopera, sancito dalla L. 264/1949, il Legislatore ha introdotto: la legge n. 1369 del 1960, che impone la necessaria identificazione tra datore di lavoro formale ed effettivo; la legge in tema di lavoro a domicilio, n. 833/1973, anch'essa indirizzata ad impedire il fenomeno del decentramento mediante l'utilizzo di “finte” collaborazioni con “finti” lavoratori autonomi micro-imprese; la legge n. 533/1973, di riforma del processo del lavoro, tesa a “richiamare” nell'alveo dei rapporti di lavoro subordinato attività lavorative diverse e a rischio di sfruttamento/abusi, quali quelli indicati nell'art. 409, c. 1, n. 3, c.p.c.

¹ Cfr. M. Tiraboschi, *Le nuove leggi civili. Il lavoro riformato*, Milano, 2013, pp. 192 ss.

Insomma, il diritto del lavoro non conosceva altro rapporto al di fuori di quello subordinato, e dunque non tollerava che solo si legittimasse, neppure quale residuale deroga, una dissociazione tra datore di lavoro formale (o cartolare) e datore di lavoro effettivo, concreto utilizzatore della prestazione lavorativa.

Se vi è una legge che rappresenta compiutamente il diritto del lavoro “classico”, quello del quale oggi si discute la sopravvivenza o addirittura l’utilità rispetto a nuovi paradigmi, maggiormente legati all’economia e all’impresa e, soprattutto, ad una funzione del diritto del lavoro ancillare rispetto ad esse, essa è sicuramente la legge n. 1369 del 1960, che insieme ad altri provvedimenti coevi (l. n. 300/1970, l. n. 877/1973) ha tracciato i solchi fondamentali del diritto del lavoro che conosciamo².

In tale provvedimento è possibile riconoscere un nucleo fondante della materia, costituito dalla tipica relazione bilaterale e corrispettiva tra le parti del contratto di lavoro, senza possibilità che altri soggetti possano intromettersi. E’ questo il significato delle regole, contenute in particolare negli artt. 1 e 3 della legge citata, che limitano le ipotesi nelle quali è consentito ad un terzo soggetto interporsi tra il lavoratore e l’effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa. È, altresì, vietato all’imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari. In tale logica veniva considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, “*ove l’appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall’appaltante, quand’anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all’appaltante....*”

Con la conseguenza che *i prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell’imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni*”; e gli *“imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell’interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell’appaltatore, sono tenuti in solido con quest’ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti....*

E dunque *gli imprenditori sono altresì tenuti in solido con l’appaltatore, relativamente ai lavoratori da questi dipendenti, all’adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza*”.

² Su punto già Tribunale di Milano, 24 gennaio 2007, in *Mass. red. Banca, borsa ecc.*, 2007, II, p.763, con nota di LUBRANO DI SCORPANELLO.

La legge vietava così – sanzionando civilmente e penalmente – l’interposizione di manodopera, cioè il fatto che un imprenditore o anche un’organizzazione cooperativa fornissero ad un altro imprenditore mere prestazioni di manodopera. Sulla scorta della previsione normativa appena descritta, la giurisprudenza successiva ha sempre affermato la liceità dell’appalto per la prestazione di un’opera o di un servizio solo laddove l’appaltatore fornisse un prodotto od un servizio ‘finito’ che presupponesse l’utilizzo di una propria struttura imprenditoriale e si assumesse l’assunzione del rischio di impresa.

D’altro canto la legge n. 1369/1960, emanata in un’epoca storica in cui non esistevano neppure le garanzie dello Statuto dei lavoratori, vietava quasi assolutamente, per qualsiasi tipo d’attività, l’affidamento di esecuzione di mere prestazioni mediante l’utilizzo di mano d’opera assunta e retribuita dall’appaltatore, ma che seguiva le direttive dell’appaltante. L’imprenditore poteva cioè affidare a terzi mediante un contratto d’appalto ex art. 1655 c.c. la realizzazione di un’opera, ma non l’esecuzione di pura attività lavorativa, e l’utilizzazione, da parte dell’appaltatore, di locali, attrezzature, elaboratori e programmi del committente, senza un proprio apporto patrimoniale, nemmeno in termini di beni immateriali, determinava comunque la violazione del divieto di interposizione nelle prestazioni lavorative di cui all’art. 1 della predetta legge.

Eccezionalmente, la medesima legge considerava invece “genuino” l’appalto solo quando questo veniva svolto dall’appaltatore, *nell’interesse dell’impresa, con organizzazione e gestione propria*. Ma anche in tale ipotesi si prevedeva che l’appaltante e l’appaltatore fossero obbligati in solido a corrispondere ai lavoratori un trattamento retributivo minimo non inferiore a quello spettante ai lavoratori in forza presso l’imprenditore appaltante.

La giurisprudenza consentiva che fossero affidati in appalto solo servizi non strettamente inerenti il ciclo produttivo e/o organizzativo dell’azienda appaltante (ad esempio trasporti, costruzioni edili all’interno di stabilimenti, manutenzioni ecc.), mentre le attività strettamente funzionali al ciclo produttivo dovevano essere eseguite con dipendenti propri da parte dell’imprenditore; e solo in un secondo tempo si cominciavano a consentire anche appalti relativi ad attività legate al ciclo aziendale e coincidenti con il core business, solo tuttavia se forniti dall’appaltatore con una propria organizzazione di persone e mezzi e purché il servizio venisse interamente regolamentato e gestito dall’appaltatore stesso. In pratica era considerato necessario che l’appaltatore non fornisse soltanto la manodopera ma avesse altresì una compiuta struttura organizzativa per farla operare (attrezzature, capisquadra ecc.) e, contestualmente, dirigesse direttamente la fornitura senza ingerenze da parte del committente: come vedremo esattamente i requisiti che l’art. 29 richiede per la configurazione di un lecito contratto di appalto di opere e servizi.

2.2 Dal lavoro interinale alla somministrazione di lavoro

La disciplina posta dalla legge n. 1369/1960, sul finire degli anni Novanta è apparsa inadeguata con il mutato sistema produttivo del nostro Paese. Diveniva ormai indispensabile rendere la disciplina sulle esternalizzazioni meno vincolante e maggiormente effettiva.

Un primo tentativo di adeguamento alle nuove esigenze di outsourcing è stato realizzato con la legge n. 196/97.

Tale legge è stata definita “*un varco nel muro del divieto di interposizione*”.

La legge 196/1997, conosciuta anche come Pacchetto Treu, ha solo legittimato l'utilizzo di una particolare forma di interposizione, il lavoro temporaneo tramite agenzia, senza abrogare la legge 1369/60 rimanendo, dunque, illegittimi i fenomeni interpositori in generale.

Il lavoro interinale anche detto *ad interim*, in affitto, in *leasing* o *temporary work*, si pone come una mera eccezione al divieto di interposizione, giustificata dalla temporaneità delle esigenze che intende soddisfare.

Nello specifico la legge Treu ha autorizzato, in determinati casi, imprese private iscritte in appositi albi (c.d. imprese fornitrici) a mettere a disposizione delle imprese utilizzatrici le prestazioni di lavoro temporaneo di lavoratori assunti dalle prime, cui veniva garantito il trattamento retributivo in vigore nelle seconde.

La Legge Treu non ha, dunque, scalfito il principio generale fatto proprio dalla Legge n. 1369/1960 del divieto di interposizione. Anzi nell'introdurre per la prima volta nell'ordinamento il lavoro interinale, lo aveva chiaramente strutturato come eccezione al generale divieto di interposizione, che, come tale era, stato riconfermato.

2.3 Il contratto di fornitura.

Sotto il profilo tecnico-giuridico già il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, disciplinato dalla citata legge n. 196/1997, poneva alcuni problemi relativi alla sua tipizzazione legislativa; analoghe questioni si sono successivamente poste anche con riguardo al contratto di somministrazione di lavoro. In particolare sulla causa del contratto si è sostenuto³ che essa consisterebbe nella «messa a disposizione, a favore dell'utilizzatore, del personale dipendente del fornitore per la soddisfazione delle esigenze di carattere temporaneo» successivamente indicate nella stessa legge. Una funzione (o causa) tipica, e dunque rigida, salvi i rinvii fatti alla contrattazione collettiva e dalla stessa legittimamente adempiuti. Al contrario, irrilevanti ed insindacabili appaiono i motivi del contratto, pure richiamati da norme successive (art. 3, c. 3, lett a) della legge del 1997.

³ Cfr. per tutti G. SICCHIERO, *Commento* all'art. 1, comma 1°, della l. 24.6.1997, n. 196, in A. GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Cedam, Padova, 1998, p.3 ss.

Il contratto di fornitura, risultava un contratto a titolo oneroso. A tale conclusione spingevano la forma societaria delle imprese fornitrici e l'obbligo di finanziamento del fondo per la formazione professionale delle medesime; il contratto presupponeva inoltre un collegamento di rilevanza economica del quale la dottrina ha cercato di individuare i profili giuridici per poter parlare infine di "collegamento contrattuale"⁴. E', questo, un profilo che riverbera i propri effetti anche sul piano dell'adempimento e della risoluzione del contratto, nonché su quello del risarcimento dell'eventuale danno creato dalla inadempienza del lavoratore: collocandosi nel dibattito circa l'imputabilità dello stesso al fornitore, al dipendente, o a entrambi solidalmente.

Tale soluzione passava e passa ancor oggi attraverso una analisi delle norme in tema di responsabilità, ed in particolare attraverso la configurazione di una responsabilità indiretta del fornitore.

Sul piano della responsabilità extracontrattuale del dipendente, la soluzione non è mai sembrata totalmente appagante, sebbene appaia coerente l'idea, fondata sulla fungibilità dell'oggetto della prestazione lavorativa, di una responsabilità contrattuale del fornitore anche in caso di inadempienza del dipendente, salvo il regresso del medesimo nei confronti di quest'ultimo.

Non a caso il legislatore aveva assoggettato a limiti precisi le ipotesi di legittima stipulazione del contratto di fornitura di lavoro temporaneo, attraverso espliciti divieti. Divieti che non potevano essere superati neppure dall'autonomia collettiva.

La legge individuava invero gli elementi essenziali del contratto di fornitura, tra i quali primeggiava l'assunzione da parte dell'impresa fornitrice degli obblighi retributivi e contributivi, sebbene tale obbligazione sorgesse già *ex se* e precedentemente⁵; mentre ben più problematica appare la disposizione relativa all'obbligo dell'impresa utilizzatrice di rimborsare quella fornitrice gli oneri retributivi e previdenziali effettivamente sostenuti in favore del prestatore di lavoro, trattandosi di un obbligo legale comunque inderogabile.

2.3.1 I soggetti abilitati alla fornitura.

Solo una considerazione con riguardo ai soggetti abilitati all'attività di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo (le c.d. agenzie di lavoro interinale), per i quali le norme miravano a selezionare

4 Cfr. A. PERULLI, *Contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in A. GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo, Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, p.136.

5 Cass., 30 ottobre 2002, n. 15337, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, p.569, afferma come la deroga di cui alla l. n. 196/97 non infici, neppure interpretativamente, i principi e i presupposti delle ipotesi lecite ed illecite di appalti ai sensi della l. n. 1369/60; cfr. altresì Cass., 5 ottobre 2002, n. 14302, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 254. Per Cass., 1 dicembre 2003, n. 18339, in *Mass.*, 2003, 200, l'art. 24 della legge non appare manifestamente in contrasto con il principio di uguaglianza con riguardo all'equiparazione dei soci delle cooperative di lavoro ai lavoratori subordinati in tema di tutela previdenziale e al versamento dei contributi al Fondo di Garanzia; v. anche Cass., 10 maggio 2002, n. 22947, in *Dir. e prat. lav.*, 2002, p. 2018.

le imprese ammesse ad operare su un mercato del lavoro «settoriale» e ad accesso limitato, e necessariamente caratterizzate dalla capacità di assicurare una tutela peculiare ai lavoratori coinvolti da simili strumenti di flessibilità.

2.3.2 Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo.

L'art. 3 della legge disciplinava il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, suddiviso nelle due tipologie a tempo determinato e indeterminato, in parziale e provvisoria deroga alla legge n. 1369/60, che vietava appunto l'intermediazione e l'interposizione di manodopera, e mediante la relazione triangolare che coinvolge l'impresa fornitrice, il lavoratore e l'impresa utilizzatrice. Tali disposizioni attribuivano indubbe peculiarità a detto contratto⁶.

La accennata dissociazione comportava infatti che alcuni diritti ed obblighi tipici del datore di lavoro *lato sensu* spettassero all'impresa utilizzatrice, laddove formalmente avrebbe dovuto trattarsi di quella fornitrice, in quanto formalmente titolare del rapporto di lavoro. Rientravano in tale caso le prerogative di conformazione della prestazione tramite il potere direttivo e di controllo, nonché disciplinare.

Ma – ci si deve porre la questione – se si trattasse di una mera deviazione funzionale (o causale) rispetto all'ordinario contratto di lavoro subordinato ovvero di un nuovo tipo contrattuale. Risultava comunque difficile ricondurre tale fattispecie alle tradizionali ipotesi di comando o stipulazione a favore di terzo considerata la evidente alterazione rispetto allo schema causale tipico del contratto di lavoro subordinato⁷.

Il contratto *de quo* presentava dunque regole particolari: con riguardo alla forma, scritta *ad substantiam*, e all'obbligo del rilascio di una copia, secondo un modello di provenienza comunitaria (D.Lgs. n. 152/97 e Dir. CE n. 91/533); ma soprattutto con riguardo ai contenuti, ovvero i requisiti strutturali: mansioni e inquadramento, luogo ed orario di lavoro, trattamento economico e normativo; data di inizio e termine della missione. E da questo punto di vista la giurisprudenza ha avuto modo di dire che in caso di discordanza tra termine finale del contratto di fornitura e quello della prestazione di lavoro temporaneo, ai fini dell'applicazione della sanzione di cui all'art. 10, c. 3, ha rilievo solo il termine di cui al contratto di lavoro temporaneo, fonte esclusiva normativa del rapporto di lavoro medesimo.

⁶ Cfr. da ultimo M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁷ Tribunale di Bergamo, 24 marzo 2003, in *Or. giur. lav.*, 2003, I, p.114; conf. Cass., 27 febbraio 2003, n. 3020, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, p. 310 v. anche Tribunale di Modena, 24 aprile 2003, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 721, che legittima un colloquio preassuntivo - o una segnalazione da parte dell'impresa utilizzatrice: Tribunale di Milano, 22 dicembre 2002, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, p.284 - del lavoratore temporaneo da parte dell'impresa utilizzatrice, senza che ciò snaturi lo schema legale del contratto di lavoro temporaneo e travolga quello di fornitura.

2.3.3 Il trattamento economico nel contratto per prestazioni di lavoro temporaneo.

Il trattamento economico del prestatore di lavoro temporaneo si caratterizzava per l'imposizione di alcune regole fondamentali di difficile affermazione in via applicativa: parità di trattamento; competenza della contrattazione collettiva; parziale riconoscimento del ruolo del contratto individuale; collegamento «necessario» di parte del trattamento economico «ai risultati e all'andamento economico dell'impresa».

La parità di trattamento, proclamata nella norma di cui all'art. 4, c. 2, andava intesa nel senso dei livelli retributivi previsti nel Ccnl e altresì dei diritti/doveri non strettamente economici; presumibilmente seguendo un criterio di raffronto tra disposizioni collettive per istituti piuttosto che «globale».

Rimaneva aperta la questione della concreta e problematica applicazione dei diversi istituti, in specie normativi, e altresì della loro riconduzione in capo all'utilizzatore o al fornitore, risolvibile di volta in volta (ad es. nel caso di lavoro temporaneo a tempo determinato o indeterminato) ed istituto per istituto (ad es. ferie, sospensione del rapporto). È la legge infatti, prima ancora delle eventuali determinazioni collettive, ad impedire un inquadramento «al ribasso» del lavoratore per il semplice fatto di essere «temporaneo».

La contrattazione collettiva risulta dal suo canto competente soprattutto per quanto riguarda l'adeguamento di alcuni istituti alle peculiarità del lavoro temporaneo; ma appare da un lato vincolata, mediante la previsione espressa dei citati emolumenti legati ai «risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordato tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa» (sulla falsariga di quanto previsto nel Protocollo 23-7-1993); dall'altro rafforzata dalla possibilità per il contratto (*rectius* la negoziazione) individuale di prevedere emolumenti aggiuntivi. Negoziazione individuale, dunque, ma con quale impresa? Pare condivisibile l'opinione che individuava in proposito l'impresa utilizzatrice, ovvero l'effettivo datore di lavoro.

L'aspetto economico coinvolgeva e coinvolge ancora il problema del mutamento di mansioni e delle conseguenze retributive. L'opinione prevalente ritiene che, in caso di adibizione a mansioni superiori e sulla scorta di quanto previsto implicitamente dalla norma *de qua* e da altre ancora (art. 6, comma 3°, sec. per.), al lavoratore spetti il trattamento superiore (*rectius* le differenze retributive), addebitabile in ogni caso all'impresa utilizzatrice, qualora quella fornitrice non ne sia stata informata o si sia opposta.

Nei casi poi (di contratto) di lavoro temporaneo a tempo indeterminato, la legge prevedeva la corresponsione, nei periodi di attesa o *stand-by*, di un'indennità di disponibilità, a carico

dell'impresa fornitrice (art. 4, comma 3°), stabilita dai contratti collettivi ovvero, in loro assenza, da un decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale. La natura di tale indennità è indicata dalla dottrina prevalente come retributiva, nonostante si siano avute anche opinioni diverse ma non chiare sul punto.

2.3.4 Gli obblighi delle parti nel lavoro temporaneo

Già l'art. 5 della legge n. 196/97 specificava alcuni obblighi formativi nei confronti dei lavoratori temporanei. Più precisamente l'impresa fornitrice risultava obbligata a versare un contributo pari al 5% della retribuzione corrisposta al lavoratore temporaneo. Tale contributo finanziava un fondo, costituito presso il Ministero del lavoro, destinato a sostenere iniziative formative in genere.

La successiva legge n. 488/1999 ha introdotto un testo completamente nuovo dell'articolo in commento, in cui traspare la volontà di un maggiore impegno sul piano della formazione professionale dei lavoratori temporanei.

Quanto agli obblighi dell'impresa utilizzatrice, effettiva datrice di lavoro, essi erano specificati nell'art. 6 della normativa del 1997: obblighi di protezione di cui al d.lgs n. 626/94, circa i quali è peraltro utile sottolineare la differenza con le lavorazioni particolarmente pericolose di cui all'art. 1, comma 4°, lett. f; ed obblighi informativi rilevanti ai fini dell'attribuzione al lavoratore di mansioni superiori e delle conseguenze retributive, delle quali si è già accennato.

Relativamente alla responsabilità solidale dell'impresa utilizzatrice per gli obblighi retributivi e contributivi non adempiuti dall'impresa fornitrice, gli aspetti problematici riguardavano la possibilità, per il lavoratore, di rivolgersi prioritariamente all'istituto di credito depositario della cauzione e la procedura per attivare l'intervento della garanzia finanziaria a monte dell'impresa utilizzatrice.

Analogamente e in corrispondenza a quanto disposto dall'art. 4, in tema di trattamento economico e normativo *lato sensu*, l'art. 6, 4° comma, attribuiva al lavoratore temporaneo il diritto di fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali goduti dai dipendenti dell'impresa utilizzatrice, imponendo il rispetto di una serie di svariate esigenze connesse con lo svolgimento dell'attività lavorativa (servizio di mensa, di trasporto, casse mutue aziendali, fondi di previdenza integrativi, circoli aziendali, servizi ambulatoriali, etc.).

Al fine di favorire ed incentivare l'utilizzo della fornitura di lavoro temporaneo, l'art. 6, 5° comma, prevedeva poi che il lavoratore temporaneo non venisse computato, nell'impresa utilizzatrice, ai fini dell'applicabilità di normative di legge e di contratto collettivo, specularmente a quanto previsto nell'art. 2, 8° comma, circa l'imputabilità del lavoratore, salvo eccezioni, all'impresa fornitrice. Il

legislatore ammetteva tuttavia, e correttamente, un'eccezione con riguardo agli obblighi in materia di igiene e sicurezza sul lavoro, con l'evidente obiettivo di ricomprendere il lavoratore temporaneo nel campo di applicazione del d.lvo n. 626/94.

Maggiori problemi sollevava il disposto dell'art. 6, comma 7°, della legge, laddove risultava già introdotto un sistema di responsabilità risarcitoria a carico dell'impresa utilizzatrice, nei confronti dei terzi per i danni «arrecati dal prestatore di lavoro temporaneo nell'esercizio delle sue mansioni». Va anzitutto rilevata l'analogia con la norma generale di cui all'art. 2049 c.c., in tema di responsabilità dei padroni e committenti, in linea di massima applicabile anche ai rapporti di lavoro subordinato in genere. E tuttavia la legge in commento introduce, senz'altro, una deviazione o dissociazione rispetto alla tipica titolarità *ex parte creditoris* del rapporto di lavoro.

Si può parlare in proposito di un significativo rilievo del «profilo fattuale della diretta fruizione delle prestazioni del lavoratore temporaneo», con conseguente imputazione della responsabilità all'impresa utilizzatrice, e ciò sulla base del fatto che la normativa speciale si pone in armonia con quanto rilevato dalla giurisprudenza in tema di responsabilità oggettiva del preponente ovvero sul connesso tema del distacco, comando o semplice utilizzazione dei lavoratori subordinati. Essa dunque non costituisce un *quid pluris* né un *quid novi* ma, semplicemente, una precisazione della norma codicistica, soprattutto con riguardo all'espressione letterale («risponde nei confronti dei terzi» rispetto a «sono responsabili»)⁸.

3. La somministrazione di lavoro

In tale quadro si inserisce la c.d. riforma Biagi (d. lgs n. 276/2003) che ha cercato di chiarire i criteri di distinzione tra appalto ed interposizione aprendo la strada a un sistema concorrenziale fra pubblico e privato nella gestione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, ampliando l'ambito di operatività della fornitura di manodopera.

L'ampliamento notevole dell'area della fornitura lecita, ora chiamata somministrazione, ha portato alcuni Autori a dubitare che il divieto di interposizione costituisca ancora la regola generale dell'ordinamento giuslavoristico.

In realtà la Legge Biagi non ha posto fine al divieto di interposizione che sopravvive nella forma della somministrazione irregolare.

La somministrazione è possibile, infatti, solo ove si rispettino determinati requisiti.

In seguito alla riforma Biagi, muta completamente, l'approccio alla fornitura di manodopera: mentre, infatti, nella L. 196/1997, essa era considerata, una eccezione nell'ambito di un sistema imperniato

⁸ *Amplius* sul punto v. A. Gentili, op. ult. cit., *passim*.

sul rapporto esclusivo lavoratore-datore; nel D.lgs. 276/2003 la fornitura di manodopera è considerata funzionale alla competitività delle imprese e, pertanto, è stata ammessa non solo a tempo determinato, ma anche a tempo indeterminato.

L'art. 20 d.lgs. n. 276 del 2003 sancisce, in via generale, la legittimità del contratto di somministrazione, ovvero della fornitura di lavoro a terzi, a termine o a tempo indeterminato, quest'ultimo secondo il modello anglosassone dello *staff leasing*.

3.1 I caratteri della somministrazione di lavoro

Il d.lgs. 276/2003 definisce la somministrazione di lavoro come la fornitura professionale di manodopera ed in particolare stabilisce che “*il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato*” (art. 20 co. 1, D. lgs. 276/2003).

Dal dettato normativo, possono essere desunti i caratteri essenziali della somministrazione.

La somministrazione realizza un rapporto triangolare tra tre soggetti (somministratore, lavoratore e utilizzatore). Così come la legge del 1997, anche quella del 2003 richiede che il somministratore possieda i requisiti previsti dalla legge ed essere iscritto nell'apposito Albo delle agenzie per il lavoro (art. 4 d.lgs. 276/2003).

Si sottolinea, peraltro, che a seguito della soppressione dell'obbligo di esclusività dell'oggetto sociale, che valeva invece ex L. 196/1997 per le imprese di fornitura, l'agenzia di somministrazione può svolgere ora, oltre all'attività di somministrazione, anche l'attività di intermediazione vera e propria, ossia la tradizionale attività di collocamento e le altre attività connesse (ricerca e selezione del personale e supporto di ricollocazione).

Il requisito della stabilità organizzativa ed economica dei soggetti destinatari del potere di somministrare lavoro trova conferma nel d.lgs. n. 276/2003.

Rispetto alla precedente disciplina non sembra il caso di spendere ulteriori parole sul punto, se si eccettua il fatto che la nuova normativa introduce un istituto, a dire il vero già *in nuce* nella l. n. 196/1997, dato dalla contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito, a sua volta connesso al regolare versamento dei contributi previdenziali e al rispetto degli obblighi previsti dal Ccnl per le imprese di somministrazione applicabile. Un esempio tipico, quest'ultimo, di incentivo indiretto alla applicazione del contratto di categoria. Mentre un passaggio veramente nuovo è quello del venire meno della esclusività dell'oggetto sociale, che diviene infatti “prevalente”, sul quale non a caso la dottrina ha discusso molto, anche per individuarne il senso effettivo.

Se è vero che questo risponde appieno alla richiesta di liberalizzazione in materia, altrettanto ovvio è che tale “libertà” si può trasformare in minore affidabilità dei soggetti legittimati a svolgere tale delicata attività ed in un continuo conflitto di interessi ricadente su soggetti che, come noto, assommano competenze a 360° in materia di ricerca, selezione e gestione delle risorse umane. La prevalenza in luogo della esclusività, in una parola, sposta sui lavoratori il rischio d’impresa (di qualunque impresa) e porta confusione, come ben evidenziato in tema di diversi rapporti contrattuali potenzialmente esistenti tra somministratore e utilizzatore.

Come accennato, tuttavia, la somministrazione di lavoro, nelle sue due forme, persegue meritevoli interessi in termini di nuove modalità di organizzazione del lavoro: la somministrazione a tempo determinato ricalca infatti il lavoro temporaneo e dunque le sue funzioni principali, quali quella di spostare in capo all’utilizzatore solo il potere direttivo e lo *jus variandi* senza eccedere troppo nel c.d. abbattimento delle tutele dei lavoratori coinvolti ed anzi fornendo in tal modo, uno strumento per favorire l’occupazione. La *ratio* della l. n. 196/1997, dunque, e anche della “nuova” somministrazione a tempo determinato è la medesima, cioè fondamentalmente di favorire l’occupazione e di alleggerire i vincoli all’interposizione lecita di manodopera, sino a quel momento pressoché impossibile giuridicamente, anche se di fatto praticata⁹. E sul punto rileva, infine, la tradizionale distinzione tra servizi a bassa o alta “intensità organizzativa”, esaminata compiutamente dalla dottrina giuslavorista.

Poco vi è da dire sulla forma, richiesta per iscritto, cui pure il d.lgs. dedica l’intero art. 21. Ciò in quanto, in verità, l’attenzione del legislatore è indirizzata ai contenuti del contratto, certo scritto, puntualmente indicati con alcune novità rispetto alle analoghe previsioni della l. n. 196/1997. Nuova è, in effetti, la previsione dei “*casi e ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*”, precedentemente riferita solo al contratto per prestazioni di lavoro temporaneo e non a quello di fornitura¹⁰; nuovo è il riferimento ai rischi presenti per l’integrità e la salute del lavoratore e alle misure di prevenzione adottate, necessariamente indicati nel contratto di somministrazione; così come opportuna appare la richiesta indicazione della data di inizio e della durata prevista del contratto di somministrazione e non più del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo (*rectius*, del contratto di lavoro sottostante), essendosi del tutto scissi i due contratti proprio al fine di snellire l’organizzazione del lavoro poi concretamente perseguita. La conseguenza dell’assenza di forma

⁹ Vedi M.T. CARINCI, op. ult. cit.

¹⁰ Va rilevato che, oggi come ieri, in caso di stipula di contratto di somministrazione di lavoro ai sensi del d. lgs. n. 276/2003, l’omessa e generica indicazione dei motivi di ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato comportava ai sensi dell’art. 21, comma 4°, suddetto decreto legislativo, nel testo previgente alle modifiche introdotte dall’art. 5 d.lgs. n. 251/2004, la conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato alle dipendenze della impresa utilizzatrice: così Trib. Firenze, 26 gennaio 2008, in *Riv. pen.*, 2008, p.1365, con nota di CAPRARO, SABBADIN.

scritta – e non più, dopo il d.lgs. correttivo 3 settembre 2004, “con indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b) , c), d) ed e) del comma 1” - è quella della nullità del contratto di somministrazione e della considerazione dei lavoratori “a tutti gli effetti alle dipendenze dell’utilizzatore”.

Il contratto di somministrazione stipulato tra l’agenzia di somministrazione e l’impresa utilizzatrice risulta essere un contratto tipico¹¹ per il quale sono previste specifiche disposizioni circa la forma e i contenuti¹².

Come accennato il soggetto somministratore deve essere autorizzato attraverso l’iscrizione nell’apposito albo delle agenzie per il lavoro istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali ai fini dello svolgimento delle diverse attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale nonché supporto al ricollocamento professionale. I requisiti specifici richiesti per l’iscrizione all’albo sono la costituzione nella forma di società di capitali ovvero cooperativa o consorzio di cooperative, italiana o di altro Stato membro della Unione Europea; la sede legale o una sua dipendenza deve essere nel territorio dello Stato o di altro Stato membro della Unione europea; la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali, dimostrabili per titoli o per specifiche esperienze nel settore delle risorse umane o nelle relazioni industriali, secondo quanto precisato dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; infine, l’assenza di condanne penali, anche non definitive, in capo agli amministratori, ai direttori generali, ai dirigenti muniti di rappresentanza e ai soci accomandatari.

Nel caso poi di agenzie polifunzionali, non caratterizzate da un oggetto sociale esclusivo, la presenza di distinte divisioni operative, gestite con strumenti di contabilità analitica, deve essere tale da consentire di conoscere tutti i dati economico-gestionali specifici.

Nulla, ovviamente, dice la normativa circa i requisiti dell’impresa utilizzatrice.

L’oggetto del contratto riguarda l’assunzione dell’impegno da parte del somministratore di inviare uno o più lavoratori presso l’impresa utilizzatrice perchè svolgano la propria prestazione lavorativa per questa. E in questo modo è garantito all’utilizzatore un risultato simile all’avere assunto

¹¹ Sulla tipicità contrattuale per tutti, ovviamente, G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Utet, Torino, 1990.

A. LUMINOSO, *I contratti tipici ed atipici*, in IUDICA e ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1995, p. 275 ss.

¹² A. MARESCA, (a cura di), *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi. Tra conflitto e competizione*, Franco Angeli, Milano, 2009; V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Cedam, Padova, 2005, p. 1623; G. SUPPIEJ, *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, p. 1281; M. TIRABOSCHI, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi - Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006.

direttamente il lavoratore, con una sorta di “sostituzione funzionale“ del contratto di lavoro subordinato tradizionalmente inteso¹³.

Dall'altro lato non si dice se l'utilizzatore sia obbligato a pagare un prezzo; invero la norma si esprime semplicemente disponendo l'obbligo a rimborsare gli oneri retributivi e previdenziali corrisposti dall'agenzia al lavoratore.

Il contratto di somministrazione, come anticipato, deve rispettare la forma indicata all'articolo 21 del decreto legislativo 276 del 2003, che dispone la forma scritta *ad substantiam*¹⁴ (comma 4°) ed indica alcuni elementi che devono essere contenuti nel contratto (comma 1°). La mancanza della forma scritta del contratto di somministrazione determina la nullità dello stesso contratto a cui consegue che i lavoratori siano considerati alle effettive dipendenze dell'utilizzatore, quindi l'utilizzatore *ex lege* acquista la qualità di datore di lavoro¹⁵.

I contenuti del contratto sono inoltre precisati al comma 1° del medesimo art. 21 dove non si approfondisce quale sia, in loro assenza, la conseguenza.

In applicazione dei principi generali, tuttavia, la mancanza di alcuni requisiti determinerà la nullità del contratto, ad esempio ove non sia indicato il numero dei lavoratori da somministrare, che costituisce oggetto del contratto. Diversamente, il contratto rimarrà valido qualora la clausola possa essere integrata secondo le previsioni di legge ex art. 1374 c.c. o vi sia la possibilità della sostituzione automatica come disposto agli artt. 1419 e 1339 c.c.¹⁶

13 M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo, op. cit.*

14 R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 411.

15 Cfr. Tribunale Milano, 14 febbraio 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p.413, ai sensi dell'art. 21, comma 4°, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, è nullo il contratto di somministrazione privo dell'indicazione scritta relativa alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che giustificano il ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato (nella specie, il contratto non era stato prodotto in giudizio); conseguentemente, il lavoratore deve essere considerato a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore e, in caso di licenziamento, si applicano le conseguenze ex art. 18, legge n. 300/1970, a nulla rilevando che, successivamente al rapporto di somministrazione e senza soluzione di continuità, la società utilizzatrice e la lavoratrice avessero stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato per ragioni sostitutive.

16 Cfr. Cass. 3 aprile 2013, n. 8120, in *Diritto & Giustizia* 2013, 4 aprile: Le ragioni sottostanti il ricorso alla somministrazione temporanea di lavoro devono essere indicate per iscritto nel contratto e devono essere indicate, in quella sede, con un grado di specificazione tale da consentire di verificare se rientrano nella tipologia di ragioni cui è legata la legittimità del contratto e da rendere possibile la verifica della loro effettività; Cass., 8 maggio 2012, n.6933, in *Giustizia Civile Massimario* 2012, 5, 572:Ove la somministrazione sia fatta con riferimento ad una determinata sede di lavoro per sostituire personale assente con diritto alla conservazione del posto, l'assegnazione del lavoratore ad altra sede implica la violazione delle condizioni legali della somministrazione e la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore della prestazione, restando irrilevante che nel contratto di assunzione sia stata indicata la sede di effettiva utilizzazione; Trib. Milano, 10 agosto 2007 in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 1089: nel caso di *mancata prova*, da parte dell'utilizzatore, *delle ragioni giustificatrici del contratto di somministrazione* di cui al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, deve essere affermata la sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze dello stesso utilizzatore, che deve essere condannato a ricostituire il rapporto e a risarcire il danno dalla data della messa in mora; Trib. Milano, 4 luglio 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p.1089, la validità del contratto di somministrazione a tempo determinato è subordinata alla *specifica indicazione scritta*, da parte del somministratore e dell'utilizzatore, *delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo* che nel

I contenuti che devono essere comunque presenti nel contratto sono:

- a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
- b) il numero dei lavoratori da somministrare;
- c) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20;
- d) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate;
- e) la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione;
- f) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento;
- g) il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative;
- h) assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali;
- i) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro;
- j) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili;
- k) 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 particolare, il punto c) fa riferimento alla possibilità di somministrare il lavoro con contratto a tempo indeterminato. In questo caso, si precisa che il contratto di somministrazione tra agenzia e utilizzatore deve indicare il tipo di attività per la quale si richiederà il lavoratore somministrato. Certo è che questo risulta essere il punto di maggiore innovazione del d.lgs. n. 276/2003 rispetto alla precedente legge.

4. Le recenti novità normative in tema di somministrazione di lavoro a tempo determinato. L'assimilazione della somministrazione al contratto a termine.

caso concreto e specifico hanno determinato l'esigenza dell'assunzione di cui si tratta; Trib. Milano, 24 gennaio 2007, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 681: nella controversia proposta dal lavoratore per la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del soggetto utilizzatore, ricade su questi l'onere della prova in ordine ai presupposti legittimanti la scissione fra la titolarità della gestione normativa da quella tecnico-produttiva del rapporto di lavoro; Trib. di Monza, 22 novembre 2005 in *Riv. critica dir. lav.*, 2006, p.327, per cui in caso di utilizzo illegittimo del contratto di lavoro somministrato a termine, va dichiarata la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore *ex art. 27, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276* e tale rapporto deve ritenersi a tempo indeterminato stante *l'automatica sostituzione della clausola nulla ex art. 1419, 2° c., c.c.*; trattandosi poi di scadenza di termine illegittimamente apposto non può trovare applicazione il regime sanzionatorio del licenziamento.

L'art. 20 d.lgs. n. 276 del 2003 sancisce, come detto, in via generale, la legittimità del contratto di somministrazione a termine o a tempo indeterminato.

La somministrazione di lavoro a tempo determinato, già prevista dalla Legge Treu del 1997, ribadita dalla Riforma Biagi è stata recentemente oggetto di importanti modifiche ad opera della Riforma Fornero (L.92/2012) e del Decreto Letta (D.L. 76/2013 convertito dalla L. 99/2013).

L'art. 20, comma 4 del d.lgs. n. 276/2003 ammette la somministrazione di lavoro a termine a fronte di “*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*”. In pratica il contratto commerciale di somministrazione deve essere causalmente giustificato.

Nel corso degli anni sono state introdotte diverse deroghe alla necessaria causalità della somministrazione a termine sia di natura soggettiva che di natura oggettiva.

4.1 Le deroghe soggettive

I primi interventi in tale direzione risalgono alla fine del 2009 introducendo ipotesi di acausalità soggettiva, basata sulla tipologia del lavoratore inviato in missione.

L'obiettivo del Legislatore era, infatti, quello di promuovere la somministrazione come via di inserimento di lavoratori disoccupati.

La legge finanziaria per il 2010 (l. n. 191/2009) introdusse in tal senso all'art. 20 del d.lgs. 276/2003 un nuovo comma *5bis* prevedendo la prima deroga alla necessaria causalità del ricorso alla somministrazione a tempo determinato per l'assunzione di lavoratori in mobilità ai sensi della l. n. 223/1991, art. 8, comma 2.

Tale principio, che ha dato luogo a pronunce contrastanti da parte della Giurisprudenza di merito¹⁷, è stato, oggi, confermato dall'art. 7 comma 1 lettera d) del D.L. 76/2013 convertito dalla L. 99/2013, che prevede l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 per i contratti a termine stipulati con personale iscritto nelle liste di mobilità che possono dunque essere assunti a prescindere dall'indicazione di ragioni di carattere “*tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*”. Tuttavia, anche alle assunzioni

¹⁷ Trib. Milano, 11 maggio 2006, D.L. Riv. critica dir. lav. 2006, 3, 787 (nota di: BERNINI): L'assunzione con contratto a tempo determinato di lavoratore iscritto alle liste di mobilità ex art. 8 comma 2 l. 23 luglio 1991 n. 223 rimane comunque assoggettata alla complessiva disciplina dettata dal d.lg. 6 settembre 2001 n. 368 che ai sensi dell'art. 1 comporta l'obbligo di specificare per iscritto le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano l'apposizione del termine; in mancanza di ciò il termine è nullo e il rapporto va considerato a tempo indeterminato. Trib. Monza, sez. lav., 24 gennaio 2008, in DeJure Giuffrè: L'art. 10 d.lg. n. 368 del 2001 – che ha disciplinato "ex novo" il contratto di lavoro a termine – va interpretato nel senso della perdurante vigenza della normativa speciale di cui all'art. 8 comma 2 l. n. 223 del 1991 in base al quale i lavoratori in mobilità possono essere assunti con contratto a termine di durata non superiore a dodici mesi.

E' evidente che la mancata attribuzione alla disposizione di cui all'art. 7 comma 1 lettera d) del D.L. 76/2013 convertito dalla L. 99/2013, di disposizione di interpretazione autentica (e quindi con efficacia retroattiva) lascia aperta la problematica relativa alle assunzioni effettuate prima del 23 agosto 2013.

a tempo determinato, ai sensi dell'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991 si applicano gli artt. 6 (principio di non discriminazione) e 8 (criteri di computo) dello stesso decreto legislativo.

Con Circolare del 29 agosto 2013 n. 35, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ha in proposito precisato: *“All’art. 10 del D. Lgs. n. 368/2001 il Legislatore introduce anzitutto una modifica volta a chiarire che, in relazione alle assunzioni a termine di lavoratori in mobilità ai sensi dell’art. 8, comma 2, della L. n. 223/1991, non trovano applicazione le disposizioni di cui allo stesso D.Lgs. n. 368”*.

Ciò sta a significare che, in relazione alle assunzioni di tale categoria di lavoratori, non è necessario il rispetto della disciplina concernente, ad esempio, l’indicazione delle ragioni di carattere “tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo” o il rispetto degli intervalli.

Il Legislatore, in sede di conversione del D.L., fa, invece, espressamente salvo il rispetto della disciplina di cui agli artt. 6 e 8 del D. Lgs. n. 368/2001 relativa, rispettivamente, al “principio di non discriminazione” e ai “criteri di computo”. In tale ultimo caso i lavoratori in mobilità interessati – computabili quindi ai fini di cui all’art. 35 della L. n. 300/1970 secondo *“il numero medio mensile di lavoratori a tempo determinato impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell’effettiva durata dei loro rapporti di lavoro”*, ai sensi della più recente formulazione dell’art. 8 da parte dell’art. 12 della L. n. 97/2013 (in vigore dal 4 settembre 2013) – sono esclusivamente quelli assunti a partire dall’entrata in vigore della legge di conversione e quindi a far data dal 23 agosto u.s..

Altre ipotesi di acausalità della somministrazione erano state, poi, introdotte dal decreto legislativo 2 marzo 2012, n. 24, di recepimento della direttiva comunitaria 2008/104/Ce, che ha inserito due nuovi commi sempre nell’art. 20 della Legge Biagi, commi 5ter e 5 quater.

La direttiva comunitaria richiamata rimetteva agli ordinamenti nazionali la possibilità di migliorare i contenuti in essa previsti o, *a contrario*, di derogare alle stesse prescrizioni, tenendo conto - scrive il legislatore comunitario - che *«la particolare tutela garantita al contratto di lavoro subordinato può giustificare la possibilità di derogare alle norme applicabili all’impresa utilizzatrice»*¹⁸. La stessa direttiva, nel ricordare che la «forma comune» di assunzione resta il contratto di lavoro subordinato, ammette, infatti, che la disciplina applicabile possa essere in qualche modo ‘alleggerita’ nei confronti dei lavoratori somministrati, salvo tuttavia per quei profili che la medesima normativa comunitaria fa ricadere nella definizione di *«condizioni di base di lavoro e d’occupazione»*, *giustappunto trascritta all’art. 2 lett. f del dlgs 276/2003, per il quale esse «dovrebbero essere almeno identiche a quelle che si applicherebbero ai lavoratori se fossero direttamente impiegati dall’impresa utilizzatrice»* (art. 5).

¹⁸ Considerando 15 della Direttiva.

L'obiettivo del legislatore è quello di favorire il reinserimento nel mercato del lavoro di soggetti disoccupati.

Infatti si prevede l'acausalità della somministrazione in caso di invio in missione di: 1)

lavoratori disoccupati percettori, da almeno sei mesi, dell'indennità di disoccupazione (ora ASpI);

2) lavoratori beneficiari da almeno sei mesi, di ammortizzatori sociali diversi dall'ASpI, anche in deroga;

3) lavoratori "svantaggiati" o "molto svantaggiati" ai sensi dei numeri 18) e 19) dell'art. 2 del Regolamento CE n. 800/2008 del 6 Agosto 2008.

Il decreto del Ministero del lavoro del 20 marzo 2013 ha individuato come "lavoratori svantaggiati" ai fini dell'art. 20, comma 5^{ter}, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276:

a) *"chi non ha un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi", ovvero coloro che negli ultimi sei mesi non hanno prestato attività lavorativa riconducibile ad un rapporto di lavoro subordinato della durata di almeno sei mesi, ovvero coloro che negli ultimi sei mesi hanno svolto attività lavorativa di natura autonoma o parasubordinata dalla quale derivi un reddito inferiore al reddito annuale minimo personale escluso da imposizione"*;

b) *"chi non possiede un diploma di scuola media superiore o professionale"* ovvero coloro che non abbiano conseguito un titolo di studio di istruzione secondaria superiore, rientrante nel livello terzo della classificazione internazionale sui livelli di istruzione;

c) *"chi è occupato in uno dei settori economici dove c'è un tasso di disoccupazione uomo-donna che supera, di almeno il 25%, la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici italiani"*, ovvero coloro che sono occupati in settori economici in cui sia rientrato il richiamato differenziale nella misura di almeno il 25%, come annualmente individuati dalla Rilevazione continua sulle forze di lavoro dell'Istat e appartengono al genere sottorappresentato.

Devono essere, invece, considerati "lavoratori molto svantaggiati", i lavoratori senza lavoro da almeno 24 mesi, secondo la definizione dell'art. 2, numero 19), del regolamento CE n. 800/2008.

A tutto ciò si deve aggiungere che il comma 5^{ter} dell'art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 così come introdotto dal decreto legislativo 2 marzo 2012, n. 24, permette alla contrattazione collettiva di disciplinare altre ipotesi di ricorso alla somministrazione acausale. Nello specifico tali ipotesi possono essere individuate sia dalla contrattazione collettiva nazionale sia da quella territoriale che da quella aziendale.

Ad oggi non sono molti i contratti collettivi che hanno esercitato la facoltà concessa dalla normativa. Il CCNL Metalmeccanici, per esempio, ha previsto che la somministrazione acausale sia ammessa per un numero di lavoratori pari a quello dei lavoratori somministrati successivamente assunti a

tempo indeterminato dall'azienda utilizzatrice nei tre anni precedenti e per ipotesi diverse da quelle di legge: per lavoratori che possono accedere al collocamento obbligatorio; lavoratori con una invalidità certificata di almeno il 20%; persone condannate ammesse al regime di semilibertà oppure in uscita o usciti da istituti di pena.

4.2 Le deroghe oggettive

A tutte le ipotesi di acausalità soggettiva si aggiungono quelle di carattere oggettivo introdotte prima dalla legge Fornero (l. n. 92/2012) con l'inserimento del comma 1-*bis* all'art. 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, oggi rafforzate dal recentissimo decreto legge 28 giugno 2013, n. 76 (convertito dalla L. 99/2013), il quale conferma l'equiparazione e assimilazione della somministrazione al lavoro a termine.

L'art. 7, comma 1, lettera a), del Decreto Letta ha infatti ribadito e rafforzato la possibilità, già introdotta dalla Legge Fornero, di derogare al vincolo della presenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo sia per la stipulazione del primo contratto a tempo determinato tra un datore di lavoro e un lavoratore, sia nel caso di prima missione del lavoratore presso un utilizzatore nell'ambito della somministrazione a tempo determinato.

In conseguenza delle citate riforme è, dunque, introdotta un'importante deroga al principio della necessaria indicazione delle ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione.

Nello specifico, ad oggi, non risulta necessaria l'indicazione delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive di cui all'art. 20, comma 4 d.lgs. 276/2003 nell'ipotesi in cui si tratti di prima missione del lavoratore e nell'ipotesi in cui tale missione non superi i dodici mesi¹⁹.

La legge Fornero introduceva un ulteriore vincolo consistente nell'improrogabilità del contratto a tempo determinato e della missione di cui all'art. 1, comma 1-*bis*, del decreto legislativo 6 settembre

¹⁹ Circolare del 29 agosto 2013 n. 35, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali: "Contratto a termine "acausale" Il Decreto interviene anzitutto sulla disciplina del contratto a termine "acausale", stabilendo che le ragioni di carattere "tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo" non sono richieste:

a) nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi comprensiva di eventuale proroga, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi dell'art. 20, comma 4, del D. Lgs. n. 276/2003;

b) in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

A differenza della precedente disciplina va pertanto evidenziato che:

-la durata massima di dodici mesi del contratto "acausale"

- che può essere prorogato, attesa peraltro l'abrogazione del comma 2 bis, dell'art. 4 del D. Lgs. n. 368/2001

- è comprensiva di eventuale proroga;

- la disciplina eventualmente introdotta dalla contrattazione collettiva in materia di contratto "acausale" va ad integrare quanto già previsto direttamente dal Legislatore. In tal modo i contratti collettivi, anche aziendali, potranno prevedere, a titolo esemplificativo, che il contratto a termine "acausale" possa avere una durata maggiore di dodici mesi ovvero che lo stesso possa essere sottoscritto anche da soggetti che abbiano precedentemente avuto un rapporto di lavoro subordinato".

2001, n. 368. Il decreto legge 28 giugno 2013 n. 76 ha eliminato tale divieto. Oggi è, dunque, possibile che i contratti a termine e le missioni acausali siano prorogati, ma sempre entro i limiti dei dodici mesi²⁰.

Inoltre la Riforma Fornero dà la possibilità di introdurre ulteriori ipotesi di acausalità, oltre a quelle definite dalla legge, da parte della contrattazione collettiva. Con il decreto Letta tale possibilità è stata non solo ribadita, ma anche rafforzata, consentendo ai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente maggiormente rappresentative sul piano nazionale, di individuare ogni altra ipotesi di deroga alle causali di ricorso alla somministrazione di lavoro.

L'introduzione di questa ipotesi di acausalità permette, dunque, alle agenzie di avere in missione lavoratori per dodici mesi senza dover esplicitare la causale.

È evidente, quindi, come in seguito alle citate riforme la somministrazione rischi di perdere la sua peculiarità, così come pensata nella Riforma Biagi, per diventare semplicemente una variante del lavoro a termine.

4.3 La redazione della causale. Il parallelismo tra somministrazione a tempo determinato e contratto a tempo determinato

La giurisprudenza si è a lungo interrogata in relazione alla verifica della fondatezza delle causali richieste dall'art. 20, comma 4 del decreto legislativo n. 276/2003 per il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato.

Parte della giurisprudenza ha sempre interpretato le ragioni richieste dall'articolo 20, comma 4, sulla base dei medesimi criteri ermeneutici elaborati con riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato. Tale orientamento si fondava sul presupposto che il lavoro a tempo determinato, sia esso prestato alle dirette dipendenze del soggetto, sia esso svolto in esecuzione di un contratto di lavoro concluso con il somministratore, hanno comunque la stessa funzione, ossia quella di fruire di attività lavorative in regime di subordinazione per un periodo limitato.

²⁰ Circolare del 29 agosto 2013 n. 35, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali : "Proroga dei contratti "acausali" Come anticipato, l'abrogazione del comma 2 bis, dell'art. 4 del D. Lgs. n. 368/2001 da parte del D.L. n. 76/2013 consente oggi la proroga dei contratti a tempo determinato "acausali", i quali potranno avere comunque una durata massima complessiva di dodici mesi (fermo restando il ricorso ai c.d. periodi cuscinetto, v. infra).

Sul punto va chiarito che la proroga può riguardare anche contratti sottoscritti (ma evidentemente non ancora scaduti) prima dell'entrata in vigore del D.L. e che rispetto agli stessi trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 4 del D.Lgs. n. 368/2001 ad eccezione del requisito relativo alla "esistenza delle ragioni che giustificano l'eventuale proroga".

Ciò ha condotto, la giurisprudenza ad affermare che le ragioni sottostanti il ricorso alla somministrazione temporanea di lavoro devono essere indicate per iscritto nel contratto e devono essere indicate, in quella sede, con un grado di specificazione tale da consentire di verificare se rientrano nella tipologia di ragioni cui è legata la legittimità del contratto e da rendere possibile la verifica della loro effettività (in tal senso si veda Cass. 3 aprile 2013, n. 8120, in *Diritto & Giustizia* 2013, 4 aprile).

La necessità di osservare i medesimi requisiti richiesti dalla disciplina sui contratti di lavoro a tempo determinato ai fini della stipulazione dei contratti di somministrazione discenderebbe direttamente dal dato normativo.

L'articolo 22, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003 afferma, infatti, 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»*.

Occorre tuttavia segnalare come rispetto a tale orientamento, siano intervenute pronunce (Trib. Vicenza 18 febbraio 2011) che muovono da un diverso approccio interpretativo, proprio in relazione alla questione della piena utilizzabilità, nella materia della somministrazione, della disciplina di cui al decreto legislativo n. 368/2001, fino ad escludere ogni profilo di affinità fra i due diversi istituti del contratto di lavoro a termine e del contratto di somministrazione a tempo determinato.

Il Tribunale di Vicenza, infatti, sottolinea come le direttive comunitarie e la disciplina nazionale in materia siano diverse nei loro contenuti per il contratto a termine e per la somministrazione e di conseguenza non deve ritenersi applicabile la disciplina del contratto a termine al contratto di somministrazione.

In particolare l'argomento acquista importanza con riferimento alla necessità o meno di indicare le causali del ricorso alla somministrazione, come imposto dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 368/2001.

Il Tribunale di Bassano del Grappa, con sentenza del 22 marzo 2011, ha evidenziato come nel caso della somministrazione la legge contempra solo un obbligo di *indicazione* e non di *specificazione* della causale: il che basterebbe ad evidenziare come si tratti di istituti diversi, con la conseguenza dell'inapplicabilità alla somministrazione dell'onere di specificazione della c.d. causale di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 368/2001.

4.4. L'esigenza di indicare la causale di ricorso alla somministrazione

Fra le più importanti conseguenze che la giurisprudenza ricollega alla necessità di interpretare l'obbligo di indicazione delle ragioni di ricorso alla somministrazione di cui all'articolo 20, comma 4, mutuando i criteri elaborati in materia di contratto a tempo determinato, vi è il convincimento secondo cui quelle stesse esigenze oggettive abbiano carattere intrinsecamente e necessariamente temporaneo.

A prescindere dai casi specifici, l'orientamento favorevole alla necessaria temporaneità delle esigenze legittimanti la somministrazione sembra fondarsi sull'implicita considerazione dell'esistenza di un rapporto regola-eccezione tra lavoro standard a tempo indeterminato e lavoro a termine.²¹

Secondo alcuni giudici, inoltre, siffatta lettura varrebbe a scongiurare *“il rischio che la cessazione del rapporto per il raggiungimento di una certa data o di un determinato evento sia rimessa alla discrezionalità dell'utilizzatore, situazione che striderebbe fortemente con quella visione tendente a limitare la piena libertà nell'apposizione del termine in quanto «ipotesi residuale rispetto al lavoro a tempo indeterminato»*.²²

Altra parte della giurisprudenza prospetta invece una diversa ricostruzione ritenendo non necessario che la somministrazione sia possibile solo per esigenze temporanee. Tale tesi si poggia sul dato normativo dell'articolo 20 del decreto legislativo 276/2003 che autorizza il ricorso al lavoro tramite agenzia anche a fronte di esigenze «riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» (Trib. Treviso 16 settembre 2010).

In quest'ultima prospettiva si è infine collocata anche la giurisprudenza di legittimità, secondo cui le ragioni oggettive richieste dalla legge non devono necessariamente essere munite del carattere della temporaneità od eccezionalità (Cass. 15 luglio 2011, n. 15610).

4.5 La genericità dell'indicazione causale

Un ulteriore profilo controverso è rappresentato dal livello di specificità che deve essere osservato proprio nell'indicazione della causale legittimante il ricorso alla somministrazione.

In giurisprudenza si registrano diversi orientamenti.

Secondo un filone, infatti, il rinvio operato dall'articolo 22 del decreto legislativo n. 276/2003 alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 368/2001, sia pure effettuato nei limiti di compatibilità, comporterebbe l'applicazione del principio di specificità di cui all'articolo 1, comma 2, decreto

²¹ In tal senso si veda App. Brescia 17 maggio 2012, secondo cui deve trattarsi di esigenze *«pur sempre di natura temporanea, tali cioè da non poter essere soddisfatte mediante l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato»*.

²² Cfr. Trib. Padova, 4 febbraio 2011.

legislativo n. 368/2001, secondo cui l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le esigenze che consentono l'utilizzo delle suddette fattispecie, *«vale a dire le ragioni [...] citate nell'art. 1 comma 1 del D.lgs.368/01 e poi riprese, con identica formulazione, nell'art. 20, comma 4 del D.lgs.276/2003»* (cfr. App. Torino 1° febbraio 2011).

La necessità di osservare tale onere di specificazione si imporrebbe altresì per ragioni di trasparenza (App. Bari 26 gennaio 2012, e App. Brescia 17 maggio 2012), consentendo un adeguato controllo giudiziale (Trib. Napoli 15 febbraio 2011).

Quanto al significato e alle ricadute di tale obbligo di specificazione, così interpretato, il datore di lavoro dovrà provvedere ad un'indicazione puntuale e circostanziata, al di là, dunque, della mera riproduzione del testo normativo; in tal senso, ancora una volta, si esprime la Corte d'Appello di Torino, la quale, in un caso concreto, ha definito *«equivoca»* la causale apposta al contratto (nella fattispecie, *«l'aumento di una commessa»*), in quanto *«non si comprende se la prestazione sia richiesta in relazione ad una nuova commessa [...] ovvero ad una commessa già in corso che ha subito un incremento di ordinativi»*, al punto che, in definitiva, *«la causale indicata non consente affatto di cogliere il “particolare contesto” nel quale si inserisce il contratto di somministrazione»* (App. Torino 1° febbraio 2011).

Per un altro e diverso orientamento, invece, l'articolo 21, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 impone soltanto l'osservanza della forma scritta, rendendo dunque del tutto irrilevanti le censure formali mosse dalla parte ricorrente sulla presunta genericità della causale; secondo questo orientamento, il contratto di somministrazione va ritenuto nullo *“solo se non è stipulato per iscritto, non anche se non contiene l'indicazione delle ragioni”* (Trib. Treviso 29 febbraio 2012).

Ancora più esplicite sono alcune pronunce del Tribunale di Vicenza e di Bassano del Grappa.

Secondo il giudice vicentino deve respingersi la tesi che esige una puntuale specificazione delle ragioni addotte, dal momento che nella disciplina della somministrazione non vi è una previsione equivalente all'articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 368/2001, relativo al contratto a tempo determinato (Trib. Vicenza 18 febbraio 2011).

Interessante, infine, nella medesima prospettiva, l'interpretazione offerta dal Tribunale di Bassano del Grappa che fa leva sulla differenza terminologica rintracciabile nella disciplina sul contratto a tempo determinato e sulla somministrazione: *«nell'un caso il legislatore ha richiesto la specificazione delle predette ragioni e, nell'altro, che esse siano contenute nel contratto [...]». È difficile ipotizzare che il legislatore dopo aver indicato le ragioni giustificatrici della somministrazione a termine con la medesima formula adoperata per il contratto a tempo*

determinato, abbia poi, nell'imporre prescrizioni di carattere formale, utilizzato locuzioni diverse in modo non intenzionale, bensì per mera disattenzione. La mancata prescrizione della specificazione delle ragioni giustificatrici della somministrazione a termine può dunque legittimamente lasciare intendere che, in questo caso, è richiesto qualcosa in meno che nel contratto di lavoro a termine» (Trib. Bassano del Grappa 22 marzo 2011).

4.6 I divieti di somministrazione

Il d.lgs. in parola vieta infine la stipulazione di un contratto di somministrazione – di entrambi i tipi – in ipotesi ben definite, oltre che, parzialmente, alle pubbliche amministrazioni²³.

Il contratto è interdetto per la sostituzione di lavoratori in sciopero, nonché nelle unità produttive che, nei sei mesi precedenti, abbiano subito licenziamenti di cui agli artt. 4 e 24 l. n. 223/1991 e per le mansioni da essi interessate ed in quelle nelle quali si sia avuta una riduzione dell'orario di lavoro con intervento di integrazione salariale, sempre con riguardo alle mansioni coinvolte, e infine per le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ex art. 4 d.lgs. n. 626/1994.

La norma di chiusura del sistema di restrizioni oggettive all'utilizzo della somministrazione di lavoro è data dall'art. 27, c. 3, con la quale il legislatore intendeva forse riprendere l'orientamento giurisprudenziale in tema di giustificato motivo oggettivo di licenziamento o trasferimento. Tuttavia essa nulla aggiunge al principio ovvio per cui il giudice non può sindacare le scelte imprenditoriali

²³ In effetti è espressamente previsto che nel settore pubblico sia possibile ricorrere alla sola somministrazione di lavoro a tempo determinato (d.lgs. art. 86, comma 9°, n.276/2003) nell'ambito delle disposizione dei contratti collettivi che stabiliscono quando e quanti lavoratori interinali possono essere assunti. Inoltre l'art. 36, d.lgs n.165/2001 stabilisce che la durata del contratto non può superare i 3 mesi; v. in proposito Trib. Milano, 10 aprile 2007 in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, p.491: nel caso di un contratto di somministrazione a tempo determinato, le ragioni giustificative di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, di cui all'art. 20, comma 4°, d.lgs. n. 276/2003, devono essere specificamente indicate anche nel contratto di prestazione ex art. 1, d.lgs. n. 368/2001 e devono essere debitamente provate a cura dell'utilizzatore, a pena del riconoscimento dell'esistenza *ab origine* di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra il lavoratore e l'utilizzatore, e della conseguente possibilità di richiedere la reintegra ex art. 18, legge n. 300/1970 in caso di illegittima risoluzione del rapporto; e Tar Piemonte, sez. II, 27 giugno 2006, n. 2711 in *Mass. giur. lav.*, 2006, p.856, con nota di BARBIERI, per cui le pubbliche amministrazioni possono stipulare contratti di somministrazione di lavoro temporaneo; quando l'oggetto della prestazione sia la fornitura di lavoratori e non assuma alcun rilievo il concreto risultato conseguito allo svolgimento delle prestazioni lavorative, essendosi in presenza di obbligazioni di mezzo e non di risultato, il contratto è una somministrazione di lavoro e non un appalto di servizi. V. tuttavia Proc. Rep. Trib. Pordenone, 1 febbraio 2006, in *Lavoro pubbl. amm.*, 2006, p.343, per cui il reato di cui all'art. 18, comma 2°, d.lgs. n. 276/2003 (commesso dall'«utilizzatore che ricorra alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'art. 4, comma 1°, lett. a), ovvero da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'art. 4, 1° c., lett. b)», stesso d.lgs.), non è configurabile a carico delle pubbliche amministrazioni; e Trib. Pavia, 29 aprile 2006, in *Riv. critica dir. lav.*, 2006, p. 539, con nota di CAPURRO, secondo il quale è applicabile anche agli appalti conferiti dalle pubbliche amministrazioni. la norma di cui all'art. 29, comma 2°, d.lgs. n. 276/2003, secondo la quale, salvo diverse previsioni dei c.c.n.l. stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente 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.

del datore di lavoro prese *ex art. 41 Cost.*; la scelta insindacabile, in questo caso, non potrà che essere quella, altrettanto ovvia, del risparmio di costi *lato sensu*.

Che le ragioni esistano, in altre parole, basta ed avanza; che siano estranee e diverse da quella, fondamentale, della perdita economica per l'impresa è tutto da dimostrare da parte del lavoratore; al massimo si potrà ammettere che l'impresa debba giustificare il ricorso alla somministrazione piuttosto che ad un rapporto di lavoro a termine sulla base della difficile o lunga reperibilità della professionalità ricercata. Fermo restando che il legislatore, in genere, appalesa l'orientamento più liberalizzante, e in questa ipotesi l'idea di assimilare disciplina del lavoro a termine e disciplina del lavoro somministrato, a sua volta a tempo determinato. Se ciò è vero, infine, non stupisce che anche per il contratto di somministrazione a tempo determinato si consideri applicabile l'istituto della proroga, tra l'altro prevista espressamente dall'art. 22, c. 2, d.lgs. e da intendersi in forma scritta. Questa disposizione ha posto altresì la questione del riferimento della proroga medesima ad un contratto di lavoro stipulato in funzione di una somministrazione a termine: solo in questi casi, in effetti, la proroga sarà ammessa in ogni caso, anche più di una volta, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei limiti stabiliti dal contratto collettivo. Va da sé che se il contratto di somministrazione a termine a monte e a fondamento di quello di lavoro sottostante risulta invalido tale invalidità si riverbererà sull'utilizzatore, *sub specie* di costituzione del rapporto di lavoro in capo ad esso *ex art. 27, c. 1, d.lgs.*

L'art. 20, comma 3 ammette invece la somministrazione a tempo indeterminato:

- a) per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet ed extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati;
- b) per servizi di pulizia, custodia, portineria;
- c) per servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci;
- d) per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato;
- e) per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale;
- f) per attività di *marketing*, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale;
- g) per la gestione di *call center*, nonché per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali;

h) per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa;

i) in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.

Invece, come visto, nel caso di contratto di lavoro somministrato a tempo determinato devono essere indicate le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore per le quali si ricorre al lavoro in somministrazione²⁴.

La dottrina ha chiarito che il momento nel quale il divieto svolge i propri effetti è al termine del contratto di somministrazione, cosicché la norma appare inapplicabile alle ipotesi di risoluzione del rapporto anticipata rispetto alla scadenza del contratto di somministrazione medesimo ma anche, per altro verso, alla stipulazione di un mero patto di non concorrenza tra lavoratore e somministratore.

4.7 Il regime della responsabilità civile verso terzi.

Come nella legge del 1997, anche con la somministrazione si pone il problema della responsabilità civile per gli eventuali danni arrecati dal prestatore di lavoro a terzi nell'ambito della propria attività, al quale il legislatore risponde, nell'art. 26 d.lgs., del d.lgs. n. 276/2003 prevedendo :*"Nel caso di*

24 Sul punto la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che l'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 ha ribadito i criteri distintivi tra la somministrazione di lavoro e l'appalto di opera o di servizio di cui all'art. 1655 c.c., prevedendo che sussiste l'appalto solo nel caso in cui l'organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori e l'assunzione del rischio d'impresa restano in capo all'appaltatore e non al committente o utilizzatore delle prestazioni: v. Trib. Trento 1 febbraio 2011, Redazione Giuffrè 2011; T.A.R. Brescia (Lombardia) 13 novembre 2008, n.1627, in Foro Amministrativo - T.A.R. (II) 2008, 11, 2984 (s.m) Cass., sez. III, 20 dicembre 2004 in *Lavoro e prev. oggi*, 2005, p.519; sulla stessa falsariga cfr. Tribunale di Milano, 30 dicembre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, p.353 è illegittimo il contratto di fornitura di lavoro allorquando risultino insussistenti le esigenze di carattere temporaneo dedotte a base del medesimo; non concorrono ad integrare tali esigenze le necessità di personale riconducibili alla diversificazione dell'attività aziendale funzionale a sanare una situazione economica grave; in conseguenza, il lavoratore si considera fin dal principio del rapporto alle dipendenze della società utilizzatrice; Trib. di Milano, 9 dicembre 2006, *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p.126: "qualora il soggetto utilizzatore non dimostri la sussistenza delle specifiche motivazioni che giustificano il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, risulta illegittimo il termine apposto al contratto e, pertanto, il relativo rapporto di lavoro va imputato direttamente in capo all'utilizzatore e considerato a tempo indeterminato" e ancora "ai sensi del combinato disposto degli art. 20, comma 4°, e 21 d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, le ragioni di carattere tecnico, produttivo e organizzativo che rendono lecita la stipulazione di un contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato devono essere esplicitate, in maniera che risulti effettivo il rapporto causale tra l'esigenza dedotta dall'utilizzatore della prestazione lavorativa e l'assunzione del singolo lavoratore; a tal fine è insufficiente il richiamo a una causale prevista dal contratto collettivo, in quanto generica e indeterminata in relazione alla fattispecie concreta"; Trib. di Milano, 12 ottobre 2006, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p.414: nel caso di un contratto di somministrazione a tempo determinato, le ragioni giustificative di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, di cui all'art. 20, comma 4°, d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, devono essere debitamente provate a cura dell'utilizzatore, a pena del riconoscimento dell'esistenza *ab origine* di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra il lavoratore e l'utilizzatore, e della condanna al pagamento delle retribuzioni spettanti al dipendente a far data dalla *mora accipiendi* del datore di lavoro. Ha precisato Trib. di Novara, 13 marzo 2007, in *Corriere del merito* 2007, 7, 835 : in tema di distinzione tra appalto e somministrazione di manodopera, ricorre la prima fattispecie qualora l'appaltatore-somministratore non si sia limitato a fornire il proprio personale qualificato, mettendolo a disposizione del committente-utilizzatore, ma abbia erogato il servizio con propria organizzazione e gestione autonoma, assumendosi il rischio d'impresa e senza diretti interventi dispositivi e di controllo del committente.

somministrazione di lavoro l'utilizzatore risponde nei confronti dei terzi dei danni a essi arrecati dal prestatore di lavoro nell'esercizio delle sue mansioni”.

La questione sottesa è quella della possibilità che il lavoratore rechi danni, con i suoi comportamenti od omissioni, a soggetti terzi rispetto al rapporto trilatero tipico del lavoro temporaneo ed ora della somministrazione. E tuttavia si può osservare come l'art. 2049 c.c. configuri una responsabilità oggettiva dei padroni e dei committenti, espressione di un principio di garanzia e di solidarietà, nel senso di estendere la responsabilità su colui che meglio possa sopportare il rischio. Viceversa, nel caso che ci occupa, non sembra sussistere quel rapporto di subordinazione (diretta) tra lavoratore e datore di lavoro che la giurisprudenza richiede per applicare la norma richiamata, così che si può concludere per la “deroga” dell'art. 2049 c.c. da parte dell'art. 26 d.lgs. Peraltro, non ci pare neppure che l'art. 2049 c.c. possa essere chiamato in causa con riguardo ad una ipotetica responsabilità concorrente del somministratore, come da qualcuno ipotizzato, sulla base del carattere rappresentativo dell'attività dell'utilizzatore nei confronti del somministratore. Il contratto di somministrazione, di natura commerciale, non prevede né presuppone un rapporto di rappresentanza tra le due parti. Il soggetto che ha l'interesse, la direzione ed il controllo della prestazione lavorativa è l'utilizzatore; esso è il “padrone” o “committente”, anche nel caso particolare del lavoro somministrato, sebbene in termini economici e, appunto, commerciali alla fine risulti beneficiario della struttura negoziale complessiva il somministratore. E allora, con la dottrina commercialista, riteniamo di dover escludere non solo una responsabilità del somministratore per danni a terzi causati dal lavoratore somministrato, ma altresì la supposta duplicità di azioni da parte del terzo medesimo. Va da sé che tale conclusione appare sfavorevole per la parte lavoratrice ed in qualche modo anche per l'utilizzatore, ma risulta “sterilizzata” nel momento in cui si passa a considerare il rapporto interno, tra somministratore e utilizzatore, ove può forse ipotizzarsi un diritto di regresso o di rivalsa, concretamente esercitabile in casi in cui i danni derivino, infine, da un inadempimento del somministratore.

La responsabilità ex art. 26 del d.lgs. n. 276/2003 rappresenta, dunque, una deroga al principio secondo il quale l'esistenza di un rapporto di preposizione e la relativa responsabilità restano esclusi, nei casi in cui l'incarico di svolgere una determinata attività sia conferito da un imprenditore (ad esempio, l'appaltante) ad un altro imprenditore (ad esempio, l'appaltatore)²⁵.

²⁵ F.Farolfi, *Orizzonti tradizionali e nuove prospettive sulla responsabilità dei padroni e dei committenti*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.9, 2006, pag. 1422B.; Il rapporto tra imprenditori non è quindi materia di preposizione, salvo casi particolari, come quello rappresentato dal fenomeno del c.d. doppio committente. Sotto tale profilo meritano particolare considerazione alcune ipotesi di responsabilità (ad esempio quella prevista dall'art. 31, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, sulla responsabilità degli intermediari finanziari per il fatto illecito dei promotori, oppure quella di cui all'art. 26, d.lgs. n. 276/2003, sulla responsabilità dell'utilizzatore per i danni arrecati dal prestatore di lavoro in somministrazione), le quali certamente derogano al principio dell'autonomia e individuando l'operatività della

Va infine ricordato che l'articolo 26 si applica anche alle pubbliche amministrazioni utilizzatrici che quindi sono direttamente responsabili dei danni commessi dai lavoratori somministrati, anche se questi, come si è visto, non sono legati all'amministrazione da alcun vincolo diretto di subordinazione (con la conseguente inapplicabilità diretta dell'articolo 28 della Costituzione). Per «terzo» deve intendersi qualunque soggetto diverso dal lavoratore somministrato (autore del danno) e dalla amministrazione utilizzatrice (intesa come soggetto istituzionale). Trattandosi di attività compiuta da soggetto (il lavoratore somministrato) «estraneo» all'amministrazione, è possibile per l'amministrazione stipulare polizze assicurative a copertura dei danni ai terzi nell'esecuzione di tale attività, non sussistendo in tale caso i dubbi interpretativi sollevati dalla giurisprudenza contabile in caso di polizze assicurative a garanzia della responsabilità amministrativo-contabile del personale dipendente della P.A.²⁶

4.8. L'apposizione di clausole contrattuali ulteriori.

Il contratto di somministrazione, godendo di propria autonomia rispetto al contratto di lavoro, ammette la possibilità di apporre clausole particolari. Si possono citare alcuni esempi: clausola di mancato gradimento che consente all'utilizzatore di valutare le capacità lavorative dei lavoratori inviati ad adempiere la prestazione, con la possibilità di chiederne la sostituzione; clausole di esclusiva con cui si vieta all'agenzia di inviare il lavoratore in imprese concorrenti, clausole prenotative con cui individua i lavoratori; clausole di risoluzione automatica legate all'andamento dell'attività dell'utilizzatore o clausole risolutive se i lavoratori inviati non siano in grado di adempiere²⁷ con il somministratore.

Il carattere limitato delle previsioni sanzionatorie, contenute nelle norme in commento, e dunque la perdurante eccezionalità della deroga, pur lata e significativa, al divieto di intermediazione, sono confermati dal fatto che nel caso di diverse patologie o violazioni del contratto di somministrazione, e solo di esso, ci si è posti il dilemma dell'applicazione di una qualche sanzione. Così si è escluso, crediamo a ragione, che patologie genetiche o funzionali del contratto di somministrazione possano propagarsi automaticamente al contratto di lavoro; allo stesso modo il legislatore pare escludere che patologie genetiche e funzionali del contratto di lavoro possano incidere sul contratto di somministrazione, confermandosi così la accennata autonomia dei due contratti.

responsabilità da preposizione anche all'interno di rapporti tra soggetti imprenditori

²⁶ V.Lo Storto, *La somministrazione di lavoro a tempo determinato nella pubblica amministrazione: i rapporti tra pubblica amministrazione utilizzatrice e lavoratore e le rispettive responsabilità*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni* (II), fasc.3-4, 2005, pag. 545.

²⁷ M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, op. cit.

Quanto alle sanzioni penale e amministrativa, di cui trattano gli artt. 18 e 28 d.lgs. n. 276/2003, da un lato esse confermano, se ancora ve ne fosse bisogno, il tutto sommato ristretto spazio di liceità della somministrazione, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, ponendosi in una linea di sostanziale continuità con la tradizione lavoristica del nostro paese; dall'altro – e qui emerge il paradosso – esse si rivolgono principalmente ai profili soggettivi, sul lato del somministratore e, specularmente, su quello dell'utilizzatore. Parte del paradosso è costituito dal fatto che la legge riduce oggi la pena in considerazione del fatto che l'intermediazione illecita (*rectius* la somministrazione irregolare) è compiuta senza scopo di lucro (art. 18, c.1, 2° cpv.). In altre parole, nonostante le rassicuranti parole di parte della dottrina, ci pare che il fatto stesso che solo la somministrazione fraudolenta di cui all'art. 28 sia colpita specificamente dalla sanzione aggiuntiva della ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore e ciascun giorno di somministrazione, ma anche da una pena variabile dall'ammenda aumentata fino al sestuplo all'arresto per il più grave caso dello sfruttamento dei minorenni, denoti infine una sorta di riduzione generale delle tutele sul punto e in generale nel nuovo istituto. A questa conclusione non osta che, per altro verso, si sia prevista la sanzione alternativa (non “congiunta”, come qualcuno ha scritto dell'arresto e dell'ammenda nel caso di richiesta o percezione di compensi per l'avviamento al lavoro oggetto della somministrazione).

Il quadro si completa, come accennato, con l'apparato sanzionatorio relativo alla ulteriore fattispecie considerata e sanzionata nell'art. 28 d.lgs.: la somministrazione fraudolenta. Qui il legislatore si propone di sanzionare ancor più duramente la somministrazione posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo. Si tratta, come osservato anche dalla dottrina più critica nei confronti della riforma, di un aggravamento del regime sanzionatorio, che si indirizza prevalentemente alla tutela del lavoratore somministrato ma fors'anche, indirettamente, al complesso di lavoratori dipendenti dall'impresa. E che sembra invece particolarmente utile a colpire quei casi nei quali l'attività di somministrazione sia svolta in violazione delle norme del decreto medesimo, che costituisce in sé stessa elusione di norma inderogabile di legge.

Il fatto che la fattispecie sia posta *ad adiuvandum* rispetto a quella di cui all'art. 27 (“*ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18*”) depone a favore della autonomia del reato in essa tratteggiato; tant'è che la dottrina si è già espressa per la non cumulabilità delle due ipotesi criminose. Certo è che la norma richiama evidentemente lo schema dell'art. 1344 c.c., alla stregua di una fattispecie sanzionatoria di violazioni indirette di limiti legislativi posti all'autonomia privata. Una ricostruzione che lungi dal consentire visioni eccessivamente soggettive del negozio in frode alla legge, va piuttosto letto alla luce della teoria oggettiva del contratto in frode alla legge.

Da quest'ultimo punto di vista va rilevato come il meccanismo della frode alla legge possa riemergere – e così sia stato proposto – anche per quelle operazioni di “*esternalizzazione*” che a rigor di legge (o meglio decreto legislativo) risultano pienamente legittime (ad es. con il nuovo art. 2112 c.c.). Il che significa, a nostro avviso, che il legislatore della riforma, pur in un'ampia ricostruzione dei paradigmi giuslavoristici, sembra consentire una valutazione e un giudizio anche sanzionatorio nei confronti di tendenze liberiste, concretamente sfocianti in somministrazioni e appalti apparentemente regolari, ma che rischiano per questa stessa via non solo di incappare nelle maglie dell'art. 28 d.lgs. ma anche in quelle ben più stringenti della nullità dei negozi posti in essere in modo “formalmente” ineccepibile ma “sostanzialmente” fraudolento.

5. Spunti su appalti e somministrazione irregolare: quale rapporto?

E' il caso ora di porre in evidenza il rapporto tra il contratto d'appalto ed il contratto di somministrazione, trattandosi di due dei principali strumenti di flessibilità organizzativa e di decentramento produttivo rilanciati negli ultimi anni.

Il punto cruciale si situa nella relazione tra somministrazione regolare ed appalto, da un lato; ma soprattutto tra ogni forma di intermediazione non rientrante nella “tipizzata” figura della somministrazione, come sopra descritta, e il “nuovo” contenitore della somministrazione irregolare.

In effetti, laddove il contratto di somministrazione si ponga al di fuori delle norme date dal d.lgs. n. 276/2003, la legge stessa parla di somministrazione irregolare; ma altrettanto deve farsi – e con analoghe conseguenze in termini giuridici – laddove l'appalto, fuoriuscendo così in parte dalla tematica di questo incontro, si ponga come illecito. Se ciò è vero anche l'appalto illecito finirà sotto le maglie dell'art. 27 d.lgs. n. 276/2003, con applicazione delle sanzioni civili e penali. Il lavoratore, ma anche altro soggetto (ad es. un Ente previdenziale) potrà dunque richiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione: ciò valeva interpretativamente ma vale a maggior ragione dopo che l'art. 29, c. 3 bis, estende espressamente all'appalto illecito le sanzioni previste per la somministrazione irregolare.

Ora, al di là delle differenze strutturali tra appalto e somministrazione a tempo determinato, ciò significa che nelle ipotesi social-tipiche di appalti “a rischio” (spec. endoaziendali, e con riguardo ai profili delle direttive imposte dal committente e non dall'appaltatore) il legislatore ha voluto ricomprendere – e la stessa cosa è stata fatta in questa sede – le diverse ipotesi di decentramento imprenditoriale lecito nella medesima prospettiva di tutela lavoristica. Ad essi va aggiunto,

probabilmente, l'istituto del distacco²⁸, mentre a un diverso ruolo può essere ricondotto il contratto di lavoro subordinato a termine, come appare evidente da un raffronto tra esso, la somministrazione a tempo determinato e l'appalto (lecito) medesimo sotto il profilo dei costi e della flessibilità.

Sempre su un piano prevalentemente, ma non esclusivamente, teorico si è poi posto il problema del rapporto tra l'azione diretta *ex art. 1676 c.c.* e quanto invece previsto dall'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003: la domanda è se la prima si pone come norma ed azione a carattere residuale laddove la seconda risulterebbe essere al contrario la azione generale e principale. Se accogliamo la ricostruzione della responsabilità solidale di cui all'art. 1676 c.c. come delegazione di debito (cumulativa) e non più come fideiussione *ex lege*, possiamo anche concludere circa la "generalità" della portata dell'azione *ex art. 1676 c.c.*, e dunque escludere una sua ancillarità rispetto alla previsione di cui all'art. 29, c. 2, d.lgs. n. 276/2003: il che, tra le altre cose, rispecchierebbe anche la regola delle fonti in materia, ove il codice civile non può che porsi come norma e legge generale, di cui è esempio calzante in materia lavoristica l'art. 2087 c.c.

CAPITOLO II

Le norme sanzionatorie: la somministrazione irregolare, fraudolenta ed illecita.

Sommario: 1. Premessa - 2. La somministrazione irregolare - 3. L'illecito civile - 3.1 L'istruzione probatoria - 4. Il regime impugnatorio dell'azione di nullità della somministrazione irregolare - 4.1 L'intervento della Corte di giustizia Europea 11.04.2013 causa C - 290/2012: alla somministrazione non si applica la disciplina del lavoro a termine - 5. L'illecito penale - 6. La somministrazione fraudolenta - 7. L'Illecito amministrativo - 8. Conseguenze sul contratto di somministrazione in ipotesi di vizi del contratto di lavoro

1. Premessa

L'abrogazione della legge L. 1369/60, degli artt. 1 – 11 della L. 24.6.1997, n. 196 e dell'art. 27 della L. 264/49, non consente una liberalizzazione assoluta dell'affitto di manodopera, ma ha dato avvio ad una nuova fase di riorganizzazione del mercato del lavoro nell'ambito della quale sono state fissate nuove regole.

L'appalto e la somministrazione di lavoro si inseriscono in questo nuovo sistema, ma rimangono comunque attività che presentano un alto rischio d'offesa sociale. Per tale ragione il

²⁸ Va ricordato che a norma dell'art.7, comma 2, del Decreto-legge n. 76/2013 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 99/2013, che ha modificato la disciplina introdotta dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, qualora il distacco avvenga tra aziende che abbiano sottoscritto un contratto di rete di impresa, non occorre indagare su quale sia l'interesse del distaccante perché questo si presume, in forza dell'operare della rete, fatte salve le norme in materia di mobilità dei lavoratori. Per le stesse imprese è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso.

legislatore ha previsto un sistema sanzionatorio rigido per le ipotesi in cui non si rispettino i requisiti stabiliti dalla legge per accedere a tali ipotesi di “affitto” di lavoratori. Il regime sanzionatorio per la somministrazione illecita prescelto dal legislatore delegato è complesso. L’esigenza di tutelare in maniera efficace l’eterogeneità di interessi potenzialmente coinvolti ha suggerito di riproporre un impianto normativo in sostanziale continuità con la legge n. 1369/1960, realizzando una vera e propria successione di leggi penali nel tempo²⁹.

Sanzioni civili, amministrative e penali ricorrono anche nel d. lgs. n.276/2003, talvolta sovrapponendosi, a seconda che le violazioni relative al contratto di somministrazione ledano interessi giuridici personali e patrimoniali dei lavoratori coinvolti oppure interessi pubblici dell’inderogabilità delle norme protettive legali e contrattuali. I normali rimedi civilistici, viceversa, intervengono per perseguire le irregolarità del contratto di lavoro sottoscritto dal lavoratore somministrato, con ripercussioni solo per l’Agenzia di somministrazione³⁰.

2. La somministrazione irregolare.

Le fattispecie in cui la somministrazione viene considerata irregolare sono individuate dall’art. 27, d.lgs. n. 276/2003. Si tratta delle ipotesi in cui la somministrazione di lavoro “*avviene al di fuori dei limiti*” oggettivi e soggettivi stabiliti dalla legge negli art. 20 e art. 21, comma 1°, lett. a) - e), d.lgs. n. 276/2003. In altri termini, l’irregolarità può dipendere dal fatto che la somministrazione avvenga al di fuori dei casi ammessi (anche se in violazione di limiti quantitativi individuati dalla contrattazione collettiva) ovvero in casi espressamente vietati oppure sia promossa da soggetti non autorizzati (art. 20, d.lgs. n. 276/2003); ovvero dal fatto che il contratto risulti privo di forma scritta o dell’indicazione di elementi essenziali (art. 21, comma 1°, lett. a - e), d.lgs. n. 276/2003)³¹.

Come precisato dalla Circolare del Ministero del lavoro del 22.02.2005 n. 7, ove vi sia stata l’effettiva esecuzione del contratto di somministrazione, ricorre una fattispecie di somministrazione irregolare alla quale accede la sanzione civile dell’imputazione del rapporto in capo all’utilizzatore:

- se il contratto di somministrazione è concluso da un soggetto non autorizzato;

²⁹Sull’applicabilità dell’art. 2, c. p. la giurisprudenza è concorde. Vedi per tutte in tal senso Cass. pen., 25 ottobre 2005, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 733. In dottrina cfr. A. GUARNIERI, *Il fenomeno dell’interposizione nelle prestazioni di lavoro: linee evolutive e rinvio*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, Utet, 2007, p. 319.

³⁰In tal senso cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo*, op. cit., p.80.

³¹Ci si riferisce, in tale ultima ipotesi, alla mancanza nel contratto di somministrazione degli estremi dell’autorizzazione rilasciata all’Agenzia, del numero corretto dei lavoratori da somministrare (con indicazione assente o inferiore), dei casi e delle ragioni giustificative, dei rischi per la sicurezza e la salute a cui i somministrati potrebbero essere esposti, della data di inizio e della durata prevista della somministrazione (art. 21, 1° comma, lett. da a) - e), d.lgs. n. 276/2003).

- se il ricorso alla somministrazione di lavoro interviene fuori dalle esigenze di cui all'art. 20, comma 3°, d.lgs. n. 276/2003 (somministrazione a tempo indeterminato) ovvero fuori dalle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo ex art. 20, comma 4°, a meno che non sia prevista un'esplicita deroga prevista dalla legge o dalla contrattazione collettiva alla necessaria causalità della somministrazione a tempo determinato (come ad esempio nel caso di prima missione di un lavoratore purchè di durata non superiore ai 12 mesi);
- se il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato interviene in violazione dei limiti quantitativi individuati dalla contrattazione collettiva;
- se il contratto di somministrazione è privo dell'indicazione degli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore, inclusa ovviamente la specificazione della sezione dell'Albo cui l'Agenzia è iscritta;
- se il contratto di somministrazione è privo dell'indicazione del numero dei lavoratori da somministrare ad esso relativi ovvero se nell'esecuzione del contratto i lavoratori in somministrazione sono in numero maggiore rispetto a quanto indicato nel contratto;
- se il contratto di somministrazione è privo dell'indicazione specifica e puntuale dell'esigenza che legittima il ricorso alla somministrazione di lavoro ovvero nell'ipotesi in cui l'esecuzione della prestazione intervenga per soddisfare una esigenza diversa da quella individuata dal contratto di somministrazione;
- se il contratto di somministrazione è privo dell'indicazione dei rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate;
- se il contratto di somministrazione è privo dell'indicazione della data di inizio e della durata prevista del contratto di somministrazione.

L'effettività della tutela del lavoratore, ove le disposizioni sopra richiamate risultino violate, è garantita dal sistema degli obblighi di comunicazione posti a carico del somministratore dall'art. 21 co. 3 del d.lgs. 276/2003 e dalle sanzioni amministrative espressamente comminate in caso di inadempimento all'obbligo informativo ex art. 18 co. 3 e art. 19 co. 2. In relazione alle cause dell'irregolarità, il legislatore delegato individua illeciti distinti, che talora si sovrappongono, con sanzioni modulate a seconda della gravità della violazione.

3. L'illecito civile

L'irregolarità del contratto di somministrazione concreta innanzitutto un illecito civile, con conseguenze sanzionatorie prevalentemente in capo all'utilizzatore: secondo la migliore

interpretazione giurisprudenziale, l'interposto è terzo rispetto al contratto di lavoro e a suo carico non è configurabile alcun obbligo nei confronti del lavoratore³².

Originariamente si era inteso distinguere tra somministrazione meramente irregolare (ossia in violazione di limiti oggettivi e soggettivi) e somministrazione fraudolenta (ossia in frode agli standard di trattamento) differenziando le sanzioni civili applicabili: annullabilità del contratto su opposizione del lavoratore per la prima e nullità del contratto rilevabile anche dai terzi per la seconda.

Ciò emerge chiaramente dal disposto di legge che individua le sanzioni applicabili per la somministrazione irregolare. Nell'art. 27, 1° comma, d. lgs. n. 276/2003 si prevede che in caso di somministrazione irregolare il lavoratore sia l'unico legittimato ad adire l'autorità giudiziaria per il riconoscimento di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore a decorrere dall'inizio della somministrazione, con limitazione del sindacato giudiziale in merito alla verifica di conformità delle ragioni che consentono l'impiego del contratto di somministrazione ai principi generali dell'ordinamento e al loro mero accertamento³³. Si tratta di un'azione di annullabilità che può essere promossa su iniziativa esclusiva del lavoratore³⁴, senza il litisconsorzio necessario passivo del somministratore³⁵ e che la giurisprudenza, interpretando rigidamente la norma, riconosce solo quando il ricorso venga presentato ai sensi e per gli effetti dell'art. 414 c. p. c.³⁶.

L'iniziale intenzione di contrapporre somministrazione irregolare annullabile a somministrazione fraudolenta nulla è stata successivamente abbandonata. Nella versione definitiva del testo del d. lgs. n. 276/2003 la sanzione civile della nullità non solo non è stata espressamente comminata per la somministrazione fraudolenta, ma è stata al contrario espressamente prevista per la somministrazione irregolare priva della "*forma scritta, con indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 1*" dell'art. 21 (cfr. art. 21, 4° comma, d. lgs. n. 276/2003).

La dottrina ha segnalato come tale scelta abbia comportato l'applicazione della sanzione civile della nullità nella quasi totalità dei casi di somministrazione irregolare, relegando il regime dell'annullabilità all'ipotesi residuale della stipula di un contratto di somministrazione da parte di un

³² Cass. Sez. Un., 26 ottobre 2006, n. 22910 in *Argomenti dir. lav.*, 2007, p. 1011.

³³ Il legislatore delegato, utilizzando una formula di principio, giuridicamente non indispensabile vista la tutela costituzionale riconosciuta all'iniziativa economica privata nell'art. 41 cost., esclude che il giudice abbia facoltà di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecnico-organizzativo-produttive che spettano all'utilizzatore, qualora l'irregolarità della somministrazione dipenda dalla violazione dell'art. 20, 3° e 4° comma, d. lgs. n. 276/2003.

³⁴ Così in dottrina M. TIRABOSCHI, *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi – Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, cit., p. 75. Peraltro la giurisprudenza di merito si è espressa in senso contrario riconoscendo la legittimazione dell'Inps Trib. Monza, 23 agosto 2008, in *Informazione prev.*, 2008, p. 1075.

³⁵ Cfr. Cass., 11 settembre 2003, n. 13373 in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 854. La norma adotta un orientamento che la giurisprudenza aveva elaborato nel vigore della precedente disciplina cfr. Cass., Sez. Un., 22 ottobre 2002, n. 14897 in *Arch. Civ.*, 2003, 2, p. 147; Cass. 29 luglio 2009, n. 17643; Tribunale Napoli, 24 novembre 2011, n. 30770

³⁶ In giurisprudenza si veda Trib. Milano, ordinanza, 4 dicembre 2007, in *Guida al Lavoro*, 2008, n. 4, p. 31 che esclude l'ammissibilità di un'azione in via d'urgenza nell'ipotesi di presunto appalto di prestazioni di manodopera.

soggetto autorizzato, in forma scritta e completo degli elementi essenziali, ma in violazione dei divieti di cui all'art. 20, 5° comma, d. lgs. 276/2003³⁷. Se da un lato si conserva per la quasi totalità delle fattispecie di somministrazione irregolare l'apparato sanzionatorio civilistico della legge n. 1369/1960 (cfr. art. 2); dall'altro, si prevede la sanzione dell'annullabilità, riconoscendo “*il carattere non necessario di quel vecchio modo d'essere del divieto*”³⁸.

Successivamente con un decreto correttivo (d. lgs. n. 251/2004) è stato modificato l'art. 21, 4° comma, d. lgs. n. 276/2003. Sicché è oramai pacifico che attualmente la sanzione della nullità, con automatico riconoscimento dei lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore, riguarda solo ed esclusivamente la mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione e non anche la mancata indicazione degli elementi essenziali di cui all'art. 21, comma 1°, lett. a-e), d.lgs. n. 276/2003.

Con la Circolare del Ministero del lavoro del 22.02.2005 n. 7 si è esplicitamente precisata l'estensione del regime della nullità, con automatica ricostituzione del rapporto di lavoro direttamente alle dipendenze dell'utilizzatore, nei casi in cui il contratto di somministrazione di lavoro, indipendentemente dal fatto che il soggetto sia o meno autorizzato, sia posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo (somministrazione fraudolenta ex art. 28 d.lgs. 276/2003).

L'esame degli artt. 21, comma 4° e 27 comma 1° evidenzia, quindi, che per il vizio formale di mancanza della forma scritta opera una conversione *ex lege* con effetto *ex tunc*, oggetto di azione di accertamento, mentre in caso di somministrazione irregolare per violazione dei limiti e delle condizioni soggettive e oggettive stabilite dalla legge nell'art. 20 e art. 21, comma 1°, lett. a) - e), d.lgs. n. 276/2003 è prevista un'azione costitutiva da parte del lavoratore, cioè una conversione *ope iudicis* anch'essa *ex tunc* ovvero “*con effetto dall'inizio della somministrazione*”. In entrambi i casi tale effetto risulta temperato dalla prescrizione dell'art. 27 co. 2, come evidenziato dalla Circolare n. 7/2005 già citata: “*Nel caso in cui il rapporto di lavoro sia imputato direttamente in capo all'utilizzatore, vuoi per nullità del contratto di somministrazione vuoi per effetto della sentenza costitutiva a seguito dell'azione proposta dal lavoratore in una ipotesi di somministrazione irregolare, trova applicazione, direttamente o indirettamente e per analogia, l'articolo 27, comma 2 del decreto legislativo n. 276 del 2003.*”

Infatti, nell'impianto sanzionatorio del d.lgs. n. 276/2003, l'eventuale riconoscimento giudiziale del rapporto lavorativo direttamente in capo all'utilizzatore determina un regime di responsabilità

³⁷ P. ICHINO, Somministrazione di lavoro, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 319.

³⁸ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro*, cit., p. 320.

solidale tra le due imprese (somministratrice e utilizzatrice) (art. 27, comma 2°, d.lgs. n. 276/2003). Sul “nuovo” datore di lavoro (che in precedenza aveva utilizzato le prestazioni di lavoro somministrato irregolarmente) grava l’obbligo di pagamento di eventuali debiti retributivi/contributivi, nei limiti di quanto già erogato dal somministratore³⁹. Inoltre, l’utilizzatore risulterà responsabile degli atti posti in essere dal precedente datore di lavoro: gli atti, sino a quel momento compiuti dal soggetto somministratore, per la costituzione e la gestione del rapporto vengono imputati al “nuovo” datore di lavoro.

Infine, l’art. 27 co. 3 del decreto legislativo in commento, con riguardo al potere di controllo in capo al giudice in sede di conversione del contratto di somministrazione irregolare con istituzione di un rapporto di lavoro *ex tunc* alle dipendenze dell’utilizzatore, precisa che *“ai fini della valutazione delle ragioni di cui all’art. 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell’ordinamento, all’accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all’utilizzatore”*.

La norma ora citata, in conformità al consolidato principio giurisprudenziale in base al quale il giudice non può sindacare le scelte imprenditoriali del datore di lavoro prese ex art. 41 Cost., limita il controllo giurisdizionale alla valutazione delle condizioni che rendono possibile il ricorso alla somministrazione ai sensi della normativa vigente, circoscrivendo il giudizio alla legittimità e non al merito di tali scelte. Da ciò consegue che il giudice non potrà valutare l’opportunità o la convenienza delle scelte tecniche, organizzative e produttive che hanno determinato il ricorso alla somministrazione ma resterà, tuttavia, investito dell’indagine sulla effettività delle giustificazioni addotte e sulla rispondenza delle medesime ai limiti di legge.

Una parte della giurisprudenza ha tuttavia reagito con insofferenza a tale limitazione di sindacato precisando che se il giudice non può compiere alcun giudizio sul merito delle ragioni della scelta imprenditoriale, come chiarisce l’art. 27, comma 3, del d.lgs n. 276/03, tuttavia *“da un punto di vista sistematico, queste ragioni non possono neppure essere allargate al punto di essere identificate con mere preferenze dell’utilizzatore. Intesa in questo senso, la norma perderebbe qualsiasi senso e comporterebbe la possibilità di una scelta arbitraria di ricorrere alla*

³⁹Si tratta di un principio che avrebbe comunque trovato applicazione in forza dei principi di diritto comune in tema di adempimento del terzo (art. 1180 c.c.), qui ribadito *ad abundantiam*. In tal senso cfr. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo*, op. cit., p.83, la quale ritiene che “il somministratore – non più legato al terzo da alcun contratto – potrà rivalersi su quest’ultimo in base all’azione di ingiustificato arricchimento”. P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro*, Ipsa, 2008, p. 258 ritiene ipotizzabile che in forza del contratto commerciale nullo o irregolare l’agenzia di somministrazione possa agire nei confronti dell’utilizzatore per la ripetizione dell’indebito soggettivo o per arricchimento senza causa.

somministrazione. Una ragione giustificatrice o è controllabile o non è, tanto più se la legge impone di specificarla”.⁴⁰

3.1 L'istruzione probatoria.

La giurisprudenza mostra una certa varietà di orientamenti per quanto concerne lo svolgimento dell'istruzione probatoria e la portata degli oneri probatori e di allegazione delle parti coinvolte in un processo per somministrazione irregolare.

In ordine agli oneri probatori a cui è tenuto l'utilizzatore, infatti, si registrano diversi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo filone interpretativo solo qualora la causale, definita “elemento essenziale del contratto”, sia individuata con un grado di sufficiente specificità e concretezza nel contratto, l'utilizzatore sarà ammesso a fornire la prova dell'effettiva sussistenza della causale indicata in contratto, della sua “temporaneità”, nonché del nesso causale tra tali esigenze e il ricorso alla somministrazione. Viceversa nell'ipotesi in cui la causale non sia indicata in modo sufficientemente chiaro e preciso nel contratto l'utilizzatore non sarà nemmeno chiamato a fornire la prova concreta dell'esistenza di tali ragioni, risolvendosi il processo in un mero processo cartolare.

In questo senso si è espressa la Corte d'Appello di Venezia, secondo la quale sull'utilizzatore grava non solo l'onere di dare prova dell'effettiva sussistenza in concreto delle esigenze addotte nel contratto, ma anche quello di provare lo «*specifico riflesso che in concreto le dedotte esigenze hanno avuto nel singolo ufficio/sede nonché del nesso causale tra le esigenze stesse e la necessità di impiego del lavoratore assunto con indicazione delle specifiche mansioni assegnate e dell'ufficio/sede di destinazione*» (App. Venezia 5 ottobre 2011, n. 544).

In altre parole, secondo tale orientamento, il rispetto degli oneri formali costituisce condizione necessaria, ma non sufficiente affinché possa ritenersi legittimo il ricorso al contratto di somministrazione. L'onere di allegazione e prova che grava sull'utilizzatore è quindi estremamente rigoroso, dovendo investire, oltre all'effettiva sussistenza delle ragioni causali enunciate nel contratto, anche il nesso causale tra le stesse e il ricorso alla somministrazione (in tal senso *ex multis* Cass. 15 luglio 2011, n. 15610; App. Brescia 17 maggio 2012, n. 270; App. Venezia 5 ottobre 2011, n. 544; Trib. Milano 19 luglio 2011 n. 3748; App. Torino 2 marzo 2011).

⁴⁰ Trib., sez. lav. Milano ,17/06/2013,, n.2475. In senso analogo: Trib., sez. lav. Milano, 30/04/2011, n. 1583 che precisa: ciò non significa certo che al giudice sia precluso di valutare l'idoneità delle ragioni addotte al fine di giustificare il ricorso alla somministrazione e la effettiva riconducibilità dell'utilizzazione del lavoratore somministrato all'esigenza addotta.

E' evidente che in questo caso l'onere probatorio richiesto all'utilizzatore è configurato in modo analogo a quello che grava sul datore di lavoro in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Un diverso orientamento, invece, privilegia il piano dell'effettività delle ragioni casuali del ricorso alla somministrazione a tempo determinato, rispetto alla loro indicazione meramente formale nel contratto.

Il Tribunale di Milano, con sentenza del 9 dicembre 2010, si è ad esempio occupato di un contratto di somministrazione, la cui causale si riferiva genericamente alla necessità della convenuta di coprire un fabbisogno di personale dovuto a «situazioni temporanee di incremento produttivo». Il giudice milanese ha puntualizzato che in tal caso *«l'eventuale assenza di specificità nel contratto sottoscritto tra il somministratore e la lavoratrice [...] incide esclusivamente sui rapporti intercorrenti tra questi soggetti e non può essere pertanto riferito alla società utilizzatrice»*. Sotto il profilo formale, il giudicante non rileva irregolarità, invece presenti sul piano sostanziale: *«deve essere riconosciuta l'illegittimità del rapporto di somministrazione per motivi sostanziali non avendo la società offerto adeguata prova della sussistenza delle ragioni giustificatrici addotte e dell'effettiva riconducibilità dell'assunzione della ricorrente a tali ragioni»*.

Per tale orientamento è, dunque, solo «la mancanza in concreto della causa legittimante l'assunzione temporanea» ad integrare gli estremi della somministrazione irregolare di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. L'utilizzatore dovrà, dunque, in giudizio dimostrare la sussistenza concreta delle ragioni legittimanti il ricorso alla somministrazione a tempo determinato⁴¹.

In termini analoghi si è espresso il Tribunale di Treviso, che definisce *«priva di pregio la censura di carattere formale con cui l'attore lamenta la genericità/mancata specificazione delle ragioni che giustificano il contratto di somministrazione, richiedendo l'attuale formulazione*

⁴¹ In tal senso, Trib. Trieste, 29 novembre 2012: In ordine al contratto di somministrazione di lavoro va osservato che il legislatore consente il ricorso a tale forma flessibile contrattuale anche per esigenze di tipo ordinario ed attinenti alla normale attività del datore di lavoro purché si tratti, però, di esigenze del tutto temporanee e transitorie, in quanto la somministrazione deroga, in via d'eccezione, alla regola generale dell'assunzione diretta a tempo indeterminato. E', dunque, onere dell'utilizzatore fornire la prova delle ragioni giustificatrici del contratto di somministrazione di cui al D.lgs. n. 276/03; in mancanza (come nella specie), va affermata la sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore che deve essere condannato a ricostituire il rapporto e a risarcire il danno dalla data di messa in mora; Trib. Firenze 20 novembre 2012, in *Rivista critica di diritto del lavoro* 2012, 4, 925 (nota di: PAULLI). Anche nel contratto di lavoro somministrato a tempo determinato sussiste l'onere di specificazione della causale di cui all'art. 1 comma 2 d. lg. 6 settembre 2011 n. 368, onere che, in ipotesi di causale sostitutiva, si deve concretizzare nell'indicazione del nome del lavoratore sostituito e della causa della sostituzione, secondo quanto confermato dalla sentenza della Corte cost. 241/09. In assenza di tale specificazione le conseguenze, in forza del carattere unitario del contratto, ricadono sull'utilizzatore nei confronti del quale può essere dichiarata la costituzione del rapporto di lavoro (nella specie il giudice ha ritenuto generica la causale "sostituzione di personale mancante", ma - dopo aver affermato il predetto principio - non ha disposto la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, trattandosi di p.a.).

dell'articolo 21 comma 4 soltanto che il contratto commerciale sia stipulato per iscritto e non anche che il medesimo abbia un determinato contenuto [...] se ne inferisce che sul piano formale il contratto di somministrazione (che ricordiamolo è un contratto commerciale puro stipulato da due imprenditori) è affetto da nullità solo se non stipulato per iscritto e non anche se non contiene l'indicazione delle ragioni di cui all'articolo 20 comma 4, a fortiori l'insufficiente specificazione di tali ragioni non comporta l'imputazione ope legis del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore» (Trib. Treviso 16 settembre 2010).

In conclusione per tale indirizzo ermeneutico se le ragioni non devono essere indicate in modo specifico a pena di nullità, nel contratto di somministrazione, devono però genuinamente sussistere in concreto, con onere probatorio a carico dell'utilizzatore.

La Suprema Corte con la sentenza n. 156 del 15 luglio 2011 ha confermato tale orientamento precisando che l'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276 introduce una causale ampia non legata a specifiche situazioni tipizzate dal legislatore o dal contratto collettivo *«per cui si impone più che mai la necessità di una verifica diretta ad accertare non la temporaneità o la eccezionalità delle esigenze organizzative richieste per la somministrazione a termine quanto piuttosto la effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l'assunzione del singolo dipendente»* e rimane ferma la necessità che la società convenuta in giudizio dia la dimostrazione dell'effettiva esistenza delle esigenze cui si ricollega la somministrazione.

Ancor più netta è la sentenza n. 2521 del 21 febbraio 2012 sempre della Suprema Corte la quale riconosce piena legittimità alle c.d. causali generiche, ribaltando per così dire l'onere della prova: *«sebbene il lavoratore ricorrente lamenti il difetto di specificità della causale indicata nei contratti di somministrazione, nel motivo non si rinviene alcuna concreta indicazione delle ragioni che inducono a tale valutazione, alla luce del contenuto delle clausole stesse».*

La causale indicata nel contratto di somministrazione faceva riferimento, nel caso di specie, a *«punte d'intensa attività»* ed è stata ritenuta perfettamente legittima, in quanto *«ben nota e sperimentata nella pratica contrattuale che ha rinvenuto espressa consacrazione in risalenti norme legali relative al contratto a termine e confermata negli orientamenti della stessa giurisprudenza sì da rispondere in perfetta consonanza con gli orientamenti contrattuali alle più svariate esigenze aziendali di flessibilità organizzativa delle imprese».* Ne deriva che le punte di intensa attività risultano sicuramente ascrivibili nell'ambito di quelle ragioni di carattere tecnico-organizzativo-produttivo o sostitutivo che consentono il ricorso alla somministrazione a termine e che *«il riferimento alle stesse può ben costituire valido requisito formale ai sensi dell'art. 21 comma 1 lettera c), fermo restando in ogni caso a fronte di una norma che introduce una causale ampia la*

necessità di una verifica diretta ad accertare l'effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l'assunzione del singolo dipendente al fine di evitare che il ricorso alla somministrazione avvenga per causali non corrispondenti a quelle poste a giustificazione del contratto di assunzione e per il perseguimento di finalità elusive delle norme inderogabili di legge o del contratto collettivo».

Parimenti meritevole di attenzione è la tematica relativa agli oneri di allegazione gravanti, invece, sul lavoratore, poiché anche su questo punto si registrano orientamenti contrapposti.

Il Tribunale di Treviso ha ritenuto che se da un lato è *«indubitabile che a fronte di una specifica contestazione circa l'effettiva sussistenza delle ragioni che legittimano la somministrazione l'onere della prova gravi sull'impresa utilizzatrice ex art. 2697 c.c., sicché a fronte di puntuale censura del lavoratore circa la sussistenza o veridicità delle condizioni che legittimano l'utilizzazione indiretta della prestazione lavorativa, l'imprenditore è tenuto ad allegare il motivo che lo ha indotto ad avvalersi di tale strumento e a provarne la sussistenza»*, al contempo sottolinea come *«appare altrettanto incontrovertibile che l'onere del committente di provare le ragioni del ricorso alla amministrazione debba essere correlato – nell'ambito della circolarità degli oneri di allegazione, contestazione e prova che caratterizza il rito del lavoro – alle circostanze di fatto ritualmente e puntualmente allegare, presupponendo la relativa contestazione e prova che i dati fattuali della domanda siano tutti esplicitati in modo esaustivo in ricorso»*. Nella interpretazione del Tribunale veneto, dunque, sul ricorrente incombe un ben preciso onere probatorio che si sostanzia nello *«specificare in facto per quale motivo le esigenze connesse all'incremento dell'attività produttiva indicate in contratto sarebbero inesistenti o comunque non veritiere»* (Trib. Treviso 16 settembre 2010).

Altra giurisprudenza ha, invece, ritenuto sufficiente l'allegazione da parte del lavoratore della sola invalidità del contratto di lavoro e non anche di quello commerciale di somministrazione per verificare l'illegittimità anche di quest'ultimo (Trib. Napoli 3 febbraio 2011).

4. Il regime impugnatorio dell'azione di nullità nella somministrazione irregolare e la liquidazione del risarcimento del danno.

Il Collegato Lavoro ha introdotto termini stringenti per proporre l'azione civile per la costituzione ex tunc del rapporto di lavoro con l'utilizzatore.

Ai sensi dell'art. 32, comma 4, lettera d), l. n. 183/2010 il lavoratore se vuole ottenere la conversione deve entro sessanta giorni contestare la validità della somministrazione mediante atto scritto e entro i successivi centottanta giorni dalla contestazione depositare idoneo ricorso avanti l'autorità giudiziaria.

Un argomento assolutamente attuale è l'applicazione o meno alla somministrazione a termine irregolare della sanzione che il Collegato lavoro prevede in ipotesi di nullità del termine nel contratto di lavoro a tempo determinato. Come noto l'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010 prevede che: *“Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità omnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”* applicando nella quantificazione i criteri fissati dall'art. 8 l.n. 604/1966 in tema di tutela obbligatoria conseguente al licenziamento.

Poichè la norma fa espresso riferimento alle ipotesi di conversione del contratto a tempo determinato, ci si è chiesti se è ammissibile, e anzi doverosa, l'estensione anche alle fattispecie di somministrazione.

Il problema interpretativo che si è posto è quello di stabilire se la formula *“casi di conversione del contratto a tempo determinato”*, riguardi esclusivamente i contratti a termine o anche i contratti di lavoro temporaneo e di somministrazione.

La Corte di Cassazione nella recente sentenza del 21.11.2012-17.1.2013, n. 1148 ha concluso nel senso della applicabilità della medesima sanzione anche alle fattispecie della somministrazione e del lavoro temporaneo, fondando la conclusione su un doppio ordine di argomentazioni.

Un primo argomento di ordine sistematico: l'articolo 32, comma 4 (relativo, va precisato, al termine di impugnazione della cessazione di un rapporto), ha elencato i casi nei quali detta disposizione trova applicazione, mentre il successivo comma 5 allude *“ai casi di conversione”* senza ulteriori precisazioni, da ciò deriva che il comma 5, a differenza del precedente, si riferisce a ogni ipotesi di conversione, quindi anche alle fattispecie della somministrazione e del lavoro temporaneo. La Corte afferma espressamente: *“Il comma 5, al contrario, contiene una formulazione unitaria, indistinta e generale. Si parla di “casi” di “conversione del contratto a tempo determinato” senza indicare normative di riferimento, ne' aggiungere ulteriori elementi selettivi. 31. Quindi, per sapere se si rientra nell'ambito della norma, bisogna verificare la sussistenza di due (sole) condizioni; 1. se il contratto sia a tempo determinato e 2. se vi sia un fenomeno di conversione”*.

In secondo luogo la Corte ha valorizzato l'articolo 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (cd. Legge Fornero). La disposizione, che interpreta proprio l'articolo 32, comma 5, nello stabilire che l'indennizzo ivi previsto copre integralmente i pregiudizi subiti dal lavoratore, comprensivi di tutte le mensilità di retribuzioni omesse sino alla pronuncia della sentenza, qualifica quest'ultima come *“il provvedimento che abbia ordinato la ricostituzione del rapporto”*. Al

riguardo, come si legge nel punto 42 della motivazione della sentenza 1148/2013 *“l'utilizzazione del termine ricostituzione vuole probabilmente indicare che il concetto di conversione comprende non solo provvedimenti di natura dichiarativa, ma anche di natura costitutiva, quale potrebbe essere considerato quello previsto dall'art. 27 del decreto legislativo 276 del 2003”*. In altri termini, l'espressione conversione, di cui all'articolo 32, comma 5, non corrispondente a una precisa categoria giuridica e alluderebbe a tutti i casi nei quali si accerti l'illecita apposizione di un termine a un rapporto di lavoro.

Pertanto, la Corte, valorizzando l'effetto finale dell'instaurazione di rapporto subordinato a tempo indeterminato giunge alla conclusione dell'applicabilità della suddetta norma anche alle ipotesi di somministrazione e di lavoro temporaneo a termine illegittimi.

Diverse sono le pronunce che, al pari della Cassazione, hanno ritenuto applicabile alla somministrazione la sanzione prevista dal Collegato Lavoro per il contratto a termine. Si segnalano, senza pretesa di esaustività, Trib. Treviso, 29 febbraio 2012; App. Bari, 26 gennaio 2012; Trib. Brescia, 12 gennaio 2012; Trib. Padova, 29 novembre 2011.

Parte della giurisprudenza ha ritenuto che concludere nel senso dell'applicabilità dell'art. 32 comma 5 legge n. 183/2010 anche ai contratti di lavoro temporaneo e di somministrazione irregolare comporti inevitabilmente la limitazione della tutela risarcitoria assicurata al lavoratore, riconoscendogli un'indennità in concreto spesso più ridotta di quella che gli verrebbe assicurata ove si concluda invece per l'inapplicabilità di tale disciplina sanzionatoria specifica. Tale giurisprudenza, evidenziando le differenze strutturali tra contratto di lavoro a termine e somministrazione ha, infatti, ritenuto di dover riconoscere al lavoratore il danno secondo le regole generali,.

In tale orientamento si è inserisce la Corte d'Appello di Roma che in due recenti decisioni (sentenza n. 951/2013 del 29.1.2013 e sentenza n. 1174/2013 del 5.2.2013) si è posta in netto contrasto con la posizione sopramenzionata della Cassazione, giungendo alla conclusione dell'inapplicabilità dell'art.32 comma 5 sia alle ipotesi di somministrazione che alle ipotesi di lavoro temporaneo a termine.

La Corte valorizza in primo luogo le differenze strutturali tra contratto di lavoro a termine e contratto di somministrazione di manodopera. Sottolineando che nel contratto a termine il datore formale e sostanziale si identificano nella medesima parte e, quindi, rilevano soltanto due parti ed un solo contratto, nelle ipotesi di somministrazione e lavoro temporaneo, invece, vi sono due contratti tra loro funzionalmente collegati che mettono in relazione tre parti (il lavoratore, il somministrante e l'utilizzatore). In tali ultime ipotesi vi è un vero e proprio rapporto di lavoro tra il lavoratore ed il somministrante ed un altro di messa a disposizione di una prestazione lavorativa tra il

somministratore (il datore formale) e l'utilizzatore (il datore sostanziale). Pertanto, deve essere sottolineata la assoluta assenza di alcuna relazione o trattativa tra il datore sostanziale ed il lavoratore nella fase genetica del rapporto.

Tali distinzioni si riflettono per la Corte d'Appello di Roma anche nella fase ripristinatoria nei casi di illecito ricorso alle figure contrattuali in esame: nel caso di contratto a termine illegittimo, lo stesso rapporto già esistente tra le medesime parti si converte in rapporto a tempo indeterminato; invece, nel caso di somministrazione, il rapporto di lavoro, prima intercorso tra lavoratore e somministrante, viene meno, trasferendosi e, quindi, costituendosi tra due nuove parti, l'utilizzatore ed il lavoratore, come rapporto a tempo indeterminato.

Pertanto, sottolinea la Corte d'appello di Roma, se è vero che l'effetto finale delle ipotesi prese in considerazione è, comunque, l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, tuttavia, non sembra di poter affermare che si tratti della medesima "sanzione" prevista dall'ordinamento, in quanto, nel primo caso, si tratterebbe di una mera modifica della durata del medesimo rapporto, mentre, nel secondo caso, produce un legame contrattuale tra due parti in contrasto con la loro volontà, in quanto l'utilizzatore ricorre alla somministrazione proprio perché non vuole alcun vincolo giuridico con il lavoratore.

La Corte di Appello esclude, dunque, l'applicazione dell'art. 32, comma V L.183/2010.

È evidente come il panorama giurisprudenziale è quanto mai incerto e risulterebbe opportuno un intervento del Legislatore anche a fronte del recente intervento sul tema da parte della Corte di Giustizia Europea 11.04.2013 causa C-290/2012 su rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Napoli.

4.1 L'intervento della Corte di Giustizia europea

La Corte di Giustizia europea, su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli, ha precisato che *"La direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, e l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in allegato a tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un'agenzia di lavoro interinale né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un'impresa utilizzatrice"*.

Il caso portato all'attenzione dei giudici verteva su una controversia instaurata per ottenere la declaratoria di nullità di alcuni contratti a termine stipulati con una società di fornitura di lavoro temporaneo e dei sottostanti contratti di somministrazione, con conseguente accertamento e

declaratoria della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con il soggetto utilizzatore della prestazione lavorativa e condanna alla reintegrazione-riammissione nel posto di lavoro e pagamento, a titolo risarcitorio, dei danni commisurati alle mensilità di retribuzione maturate dalla scadenza del rapporto sino all'effettiva immissione in servizio.

Il Tribunale di Napoli, al quale era stata prospettata dal ricorrente la genericità dei motivi di ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato e perciò, una ipotesi di somministrazione irregolare alla luce degli articoli 20, 21 e 27 del d.lgs. 276/2003, ha dubitato della compatibilità di tale normativa con la clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato in quanto, a differenza della disciplina ordinaria in materia di contratti di lavoro a tempo determinato così come prevista dal d.lgs. 368/01, il d.lgs. 276/03, non pone limitazioni alla reiterazione di contratti di lavoro a termine per le agenzie di lavoro interinale.

Inoltre, il giudice remittente ha rilevato che, mentre il decreto legislativo n. 368/01 prevede che la causalità del contratto e della sua proroga attengano alle esigenze del datore di lavoro, il decreto legislativo n. 276/03 consente la conclusione di contratti di lavoro a termine, ove il contratto di somministrazione di lavoro sia stato anch'esso concluso a termine.

Per questi motivi il tribunale di Napoli ha ritenuto *che sia anzitutto necessario chiedersi se il rapporto di lavoro tra l'agenzia di lavoro interinale e il lavoratore interinale o quello tra quest'ultimo e l'impresa utilizzatrice rientrino nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro....* E quindi se la direttiva CE 1999/70 regoli (anche) il rapporto di lavoro a termine tra lavoratore somministrato ed agenzia di lavoro interinale ovvero tra lavoratore somministrato ed utilizzatore.

La Corte di Giustizia europea, ha rilevato che i rapporti di lavoro interinale a termine, dedotti nel giudizio di fronte al tribunale di Napoli rientrano nell'ambito della direttiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale (attuata in Italia con il decreto legislativo n° 24 del 02.03.2012) e sono perciò esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro sul lavoro a termine invocato dal tribunale di Napoli.

L'esclusione discende innanzitutto dalla previsione del quarto comma del preambolo dello stesso accordo quadro, dal quale risulta espressamente che esso non si applica ai lavoratori a tempo determinato messi a disposizione di un'azienda utilizzatrice da parte di un'agenzia di lavoro interinale.

A tal proposito ha precisato che la deroga prevista dal preambolo dell'accordo quadro riguarda il lavoratore interinale in quanto tale e quindi sia il suo rapporto di lavoro con l'agenzia di lavoro interinale sia il rapporto intrattenuto con l'azienda utilizzatrice.

Di seguito ha evidenziato come la medesima esclusione è riportata nella clausola 3, punto 1, del preambolo secondo la quale soltanto il rapporto di lavoro concluso «direttamente» con il datore di lavoro rientra nell'ambito di tale accordo quadro.

Inoltre, la Corte ha rilevato, che dallo stesso tenore letterale della clausola 2, punto 1, dell'accordo quadro emerge che la disciplina dei contratti e dei rapporti di lavoro ai quali si applica detto accordo quadro non è riconducibile a quest'ultimo né al diritto dell'Unione, bensì alla legislazione nazionale e/o alle prassi nazionali.

In conclusione per la Corte di Giustizia il lavoro a termine e la somministrazione di manodopera sono due fattispecie giuridiche regolate in maniera diversa dal diritto comunitario e per tale motivo non è possibile applicare al lavoratore interinale la medesima disciplina prevista per il lavoratore a termine dall'accordo quadro.

La pronuncia, oltre che con riferimento all'ambito di applicazione delimitato dalla specifica questione pregiudiziale decisa (possibilità di reiterazione delle assunzioni a termine) pare altresì destinata a favorire qualche ulteriore riflessione ermeneutica.

La decisione della Corte di Giustizia in commento pur avendo sottolineato e giustificato a livello normativo comunitario la necessaria distinzione tra il corpus normativo relativo al lavoro a termine (contenuto nel d.lgs. 368/01) e quello relativo al lavoro interinale a termine (contenuto nel d.lgs. 276/03) non pare, tuttavia, incidere in alcun modo sulla disciplina nazionale sanzionatoria. Infatti, come vedremo, sullo sfondo della sentenza della Corte di giustizia europea abbiamo i primi riscontri in quanto alla Corte di cassazione la richiama espressamente nella sentenza 13.404 del 29 maggio 2013.

Probabilmente si sopravvaluta la cornice comunitaria da parte di coloro che vorrebbero intravedere nel combinato disposto delle due direttive la 70/1999 in materia di contratto a termine e la 104/2008 in materia di somministrazione unitamente all'intervento della Corte di giustizia, fino al punto di esercitare un effetto diretto (quantomeno ermeneutico) sull'attuale assetto di cui all'articolo 32 del collegato lavoro.

In particolare la direttiva 104 del 2008, in materia di somministrazione, al di là del principio di parità di trattamento che forse può diventare "il cesto" da cui pescare tanto (nell'ambito dei rapporti con la normativa sul contratto a tempo determinato), è così a maglie larghe, nei principi enucleati, che precisi e incisivi diritti non si riescono a cogliere.

Dobbiamo anche ricordare che in forza dei principi generali in materia di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno il lavoratore non può invocare i diritti sanciti da una direttiva comunitaria se non stata trasposta nel diritto interno, salva comunque l'azione risarcitoria nei

confronti dello stato membro inadempiente se sussistono i parametri stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria.

Da questo punto di vista la sentenza della Corte di giustizia europea dell'11 aprile 2013 parte da una vicenda che è anteriore alla direttiva sulla somministrazione che, come noto, poteva essere attuata entro il termine del dicembre del 2011 tant'è che la sentenza stessa si limita a far riferimento alla direttiva sul contratto a termine che espressamente non era applicabile al rapporto di somministrazione. È, infatti, la Corte di giustizia europea esclude l'applicabilità della direttiva sul contratto a termine rapporto di somministrazione proprio perché espressamente esclusa, dal che se ne ricava, in via interpretativa, che tutte le volte in cui non si riscontra una espressa esclusione, le disposizioni sul contratto a termine dovrebbero ritenersi applicabili al contratto di somministrazione a tempo determinato.

Precisato quanto sopra è opportuno ricordare che la tutela per il lavoro somministrato non deriva principalmente dal diritto comunitario ma invece dal diritto interno che è sufficientemente preciso per poter dire con sicurezza quali siano i requisiti e quali siano le sanzioni applicabili alla violazione degli stessi.

Per quanto riguarda dunque, la limitazione del risarcimento del danno nei limiti previsti dall'articolo 32 del collegato lavoro (che prevede il ripristino del rapporto di lavoro con una indennità risarcitoria da 2,5 mensilità a 12), disapplicando il principio generale, che riconosce il diritto al risarcimento del danno dalla messa in disponibilità del lavoratore fino al ripristino del rapporto di lavoro, dedotto *l'aliunde perceptum*, che era stata vista inizialmente come un *vulnus* ad un sistema consolidato, oggi alla luce della rivisitazione dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori da parte della L. Fornero, possiamo considerarlo in linea con un sistema tendente a limitare l'indennizzo o il risarcimento del danno (salve le ipotesi espressamente previste) con o senza reintegrazione.

Con la sentenza 13.404 del 29 maggio 2013 la Corte di cassazione, pur ripercorrendo le argomentazioni della sentenza 1148/2013 (del resto l'estensore è il medesimo) prende in esame anche la pronuncia della Corte di giustizia europea dell'11 aprile 2013 nel frattempo pubblicata, sostenendo che proprio da tale sentenza si ricava un ulteriore argomento a conferma dell'applicabilità dell'articolo 32 del collegato lavoro anche al rapporto in somministrazione a tempo determinato.

Precisa infatti la Corte di cassazione con la sentenza 13404/2013 che, nel momento in cui la corte di giustizia ha chiarito che la direttiva 70/1999 sul contratto a tempo determinato non si applica alla somministrazione tempo determinato soltanto perché espressamente esclusa, implicitamente ammette l'automatica estensione dei principi e delle disposizioni in materia di contratto a tempo determinato alla somministrazione a termine come principio generale.

Va ricordato che l'articolo 32 del collegato lavoro non è necessariamente più favorevole al datore di lavoro perché, mentre l'azione risarcitoria ordinaria presuppone la detrazione dell'*aliunde perceptum*, nell'articolo 32 del Collegato Lavoro questo non è previsto così come non è previsto l'obbligo di messa in disponibilità da parte del lavoratore.

È chiaro che nella situazione attuale di disoccupazione diffusa, nella normalità dei casi l'articolo 32 al collegato lavoro risulterà più sfavorevole al lavoratore rispetto alla ordinaria azione risarcitoria prevista in precedenza.

5. *L'illecito penale*

L'abrogazione del divieto di interposizione di cui alla legge n. 1369/1960 operata dall'art. 85 del d.lgs. 276/2003 rivela la propria portata con riguardo al regime sanzionatorio della somministrazione *contra legem*.

Il divieto di interposizione sembra essere stato sostituito dalla fattispecie generale della somministrazione di lavoro consentita nei limiti di cui agli artt. 20 e 21, con la conseguenza che nel caso in cui la somministrazione sia resa in violazione degli obblighi e dei divieti tassativamente posti dalla legge, torna a rivivere il "divieto" della realizzazione di interposizioni di manodopera che, in quanto violano i limiti della fattispecie normativamente consentita, sono illecite e, quindi, vietate e sanzionate.

La continuità, sotto il profilo sanzionatorio, fra il vecchio e nuovo regime normativo viene sottolineata dalla giurisprudenza di legittimità la quale ha rilevato che "in tema di divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro, la condotta consistente nell'esecuzione di mere prestazioni di manodopera integra il reato prima previsto dagli artt. 1 e 2 l. 23 ottobre 1960, n. 1396 (oggi sostituito dagli artt. 4 e 18 d.lg. 10 settembre 2003, n. 276), atteso che tra le due fattispecie è ravvisabile un'ipotesi di continuità normativa"⁴².

⁴² Cass. pen. 18 aprile 2007, n. 21789. E ancora, Cass. pen. 10 giugno 2009, n. 38919: "*Integra il reato di intermediazione o interposizione di manodopera (art. 18 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276) il distacco di un dipendente presso altra impresa perché esegua la propria prestazione lavorativa in favore di quest'ultima, senza che esista un rilevante interesse del datore di lavoro che ha disposto il distacco*" (in motivazione la Corte ha precisato che tale condotta era vietata anche dall'abrogata l. 23 ottobre 1960 n. 1369). Si veda, inoltre, Cass. pen. 20 aprile 2006 n. 20758, in *Lavoro nella giur.* 2007, 1, p.33 nota MISCIONE: "*il d.lgs. 276/2003 ha solo ampliato l'ambito del regime derogatorio al di fuori del quale persiste il giudizio di disvalore della somministrazione di manodopera che rimane illecita. Pertanto, avendo come referente una valutazione di tipo strutturale delle due fattispecie tipiche, si deve ritenere che si è verificata una abrogazione con effetto solo parzialmente abolitivo, giacché solo alcuni fatti puniti dalla legge n. 1369/1960 non costituiscono più reato (la somministrazione di lavoro da parte di agenzie private abilitate e nelle ipotesi consentite). Per i residui casi, che rientrano nell'abito della nuova fattispecie penale, sussiste un nesso di continuità normativa tra il precetto previgente e quello attualmente formulato dagli artt. 4, 18, d.lgs. n. 276/2003*".

Fuori dai casi di somministrazione di lavoro esercitata da agenzie abilitate e consentita, si versa quindi, nella patologia la quale potrà avere ricadute sul piano civile, amministrativo o penale, come emerge dalle disposizioni degli artt. 18, 19, 27 e 28 del d.lgs. 276/2003.

L'art. 27 funge da norma di riferimento per l'inquadramento della somministrazione di lavoro *contra legem* ponendo la disciplina dei rimedi civili alla somministrazione irregolare, ossia alla somministrazione di lavoro avvenuta al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, co. 1, lettere a), b), c), d) ed e): quindi, in caso di assenza di autorizzazione ministeriale, la medesima fattispecie rileverà sotto il profilo civile *ex art. 27* e sotto il profilo penale ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. 276/2003.

Poiché la condizione di accesso alla somministrazione lecita è costituita per il somministratore dal fatto di possedere la prescritta autorizzazione, e per l'utilizzatore dalla circostanza di rivolgersi soltanto a agenzie autorizzate, ove manchi il titolo abilitativo entrambi tali soggetti commetteranno un illecito.

Nell'art. 18 comma 1° del d.lgs. 276/2003 tale ipotesi di reato viene declinata con riguardo alle varie tipologie di agenzie e la relativa sanzione è graduata, prevedendo, altresì, accanto all'ipotesi base contravvenzionale eventuali circostanze applicabili.

L'art. 18 comma 1°, primo periodo, prevede la fattispecie penale della somministrazione abusiva, sanzionando l'esercizio dell'attività di somministrazione a tempo determinato o a tempo indeterminato senza alcuna autorizzazione e iscrizione nell'apposito Albo in violazione di quanto previsto dall'art. 4, comma 1°, lettere a) e b), mentre il secondo comma dell'art. 18 disciplina la fattispecie speculare dell'utilizzazione illecita, ovvero la condotta di chi ricorra alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti diversi da quelli autorizzati ai sensi dell'art. 4, comma 1°, lettere a) e b).

Al fine del perfezionamento del reato di somministrazione abusiva dovrà sussistere sia un contratto di somministrazione proposto da un somministratore non autorizzato sia l'effettivo impiego delle prestazioni dei lavoratori nell'interesse dell'utilizzatore. La circostanza che la pena sia parametrata sul criterio "per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro" porta a ritenere che, ai fini della punibilità della condotta, non sia sufficiente la mera negoziazione fra somministratore non autorizzato e utilizzatore ma sia necessario l'effettivo utilizzo dei lavoratori inviati da un'agenzia non autorizzata. Pertanto, pur costituendo la somministrazione abusiva di cui all'art. 18, comma 1°, e l'utilizzazione illecita *ex art. 18, comma 2°*. due fattispecie autonome di reato, esse contribuiscono a fissare la fattispecie penale in maniera unitaria in quanto la

somministrazione abusiva può essere il presupposto dell'utilizzazione illecita e quest'ultima è la condizione di punibilità della prima⁴³.

Sotto il profilo oggettivo, l'utilizzazione illecita può essere individuata nell'utilizzazione di lavoratori inviati da soggetti diversi da quelli autorizzati ai sensi dell'art. 4, comma 1°, lettere a) e b) ma anche nelle ipotesi in cui l'utilizzatore ricorra alla somministrazione "al di fuori dei limiti previsti": in tale caso, ove, ad esempio, si verifichi l'effettivo impiego di prestatori di lavoro, inviati da un soggetto autorizzato, ma in violazione dei limiti posti dall'art. 20, comma 2° e 3°, per la somministrazione a termine o a tempo indeterminato, troverà applicazione la sanzione penale e non quella amministrativa di cui all'art. 18, comma 3°⁴⁴.

La struttura delle contravvenzioni di somministrazione abusiva e di utilizzazione illecita presenta elementi comuni, differenziandosi, come sopra esposto, sotto il profilo oggettivo della condotta. Le fattispecie di cui all'art. 18 comma 1° e 2° si caratterizzano per essere reati: a) di azione, necessitando di una condotta attiva dell'agente (stipula del contratto di somministrazione; impiego effettivo dei lavoratori abusivamente somministrati); b) a struttura unitaria, in quanto il numero dei lavoratori coinvolti rileva ai soli fini del calcolo della pena; c) reati di pericolo, bastando, per la realizzazione concreta del fatto di reato, la minaccia del bene tutelato (antigiuridicità del comportamento del soggetto che, senza rispettare i criteri legali, somministra o utilizza prestazioni di manodopera).

In rapporto alla durata del reato il riferimento al calcolo della pena secondo il criterio dei lavoratori occupati induce a ritenere che la somministrazione abusiva e l'utilizzazione illecita costituiscano entrambe ipotesi di reati permanenti, ovvero che si tratti di reati per il cui perfezionamento l'offesa al bene giuridico debba protrarsi nel tempo per effetto della persistente condotta volontaria del soggetto⁴⁵.

⁴³ P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro. Appalto e distacco*, Ipsa, Indicalia, 2009, p. 369 e ss. Con riguardo all'elemento soggettivo, l'A. ritiene sufficiente una partecipazione psicologica del somministratore alla fattispecie illecita realizzata sotto il profilo della condotta colposa anche se ciò potrebbe verificarsi al più in casi residuali, come nell'ipotesi del somministratore che abbia ricevuto comunicazione della propria iscrizione all'Albo con efficacia da una certa data e venga successivamente a conoscenza documentalmente della iscrizione in data successiva. Per l'utilizzatore risponde quanto meno sotto il profilo della colpa per non la negligenza, imperizia o imprudenza dimostrata nel non verificare la sussistenza in capo al somministratore dell'autorizzazione ministeriale. *Contra*, M. T. CARINCI, *Utilizzazionee acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, op. cit., p. 85 la quale ritiene necessario per l'integrazione del reato il dolo generico.

⁴⁴ Come osservato da M. T. CARINCI, *Utilizzazionee acquisizione indiretta del lavoro...*, op.ult. cit., p. 86, in virtù del principio di specialità fra illecito penale e illecito amministrativo (art. 18 comma 3°), ove ricorra l'elemento specializzante dell'effettiva utilizzazione si applica unicamente la sanzione penale.

⁴⁵ Sul reato permanente e istantaneo, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, Cedam, Padova, 1992, p. 428 ss. *Contra*, P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro...*, cit., p. 373 secondo il quale il reato di somministrazione abusiva costituisce un'ipotesi di reato istantaneo con effetti permanenti.

Da ciò consegue che la mera sottoscrizione del contratto di somministrazione, con un'agenzia non autorizzata, non seguita dalla concreta utilizzazione dei lavoratori nell'interesse dell'utilizzatore potrebbe ricadere nell'ipotesi di intermediazione abusiva di manodopera di cui alla seconda parte dell'art. 18 comma 1°.

Fra le fattispecie dirette a colpire l'abusivismo, l'art. 18 co. 1 disciplina nella seconda parte l'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione di cui all'art. 4, comma 1°, lettera c) e al penultimo periodo lo svolgimento non autorizzato di attività di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale di cui all'art. 4, comma 1°, lettere d) ed e). Entrambe tali ipotesi di reato sono soggette a una sanzione diversa da quella prevista per la somministrazione abusiva ex art. 18 comma 1°, prima parte⁴⁶.

Il tratto comune alle fattispecie criminose fin qui esaminate consiste, come visto, nella mancanza di autorizzazione, costituendo l'esercizio dell'attività in mancanza di autorizzazione il contenuto del precetto fissato dall'art. 4 e sanzionato con le pene previste dall'art. 18.

Al fine di fissare il momento in cui si perfeziona la fattispecie abusiva occorre, quindi, chiarire che cosa deve intendersi per autorizzazione. Nel caso dell'art. 18 del d.lgs. 276/2003, il riferimento deve intendersi a un atto amministrativo discrezionale con la conseguenza che penalmente rilevante è la condotta di colui che disattende all'obbligo di svolgere l'*iter* per l'ottenimento del provvedimento autorizzatorio, prima di intraprendere l'attività ad esso subordinata⁴⁷.

Oltre alla repressione delle fattispecie di abusivismo nell'attività di intermediazione e interposizione di prestazioni di lavoro e della condotta dell'utilizzatore ex art. 18, comma 2°, che adoperi forza lavoro inviata da soggetti sprovvisti di autorizzazione, l'art. 18 co. 4 richiamando il precetto dell'art. 11 co. 1 punisce la condotta di chi esiga o comunque percepisca compensi da parte

⁴⁶ Il trattamento sanzionatorio differenziato rispetto a quello della somministrazione abusiva ex art. 18, comma 1 prima parte, non prevedendo più la sanzione pecuniaria proporzionata al numero dei lavoratori "assunti" ha risolto i dubbi posti dalla dottrina. Si era, infatti, notato prima dell'intervento del d.lgs. n.124/2004, che le attività di ricerca e selezione del personale e il supporto alla ricollocazione professionale si ponevano in un momento anteriore all'occupazione, venendo così meno il criterio dei giorni dell'occupazione ai fini del calcolo della pena. In questo senso, M. MANTOVANI, *Commento all'art. 18 del d.lgs. 276/2003*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, op. cit., pp. 255-256.

⁴⁷ In questo senso, M. MANTOVANI, *Commento all'art. 18 del d.lgs. 276/2003*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro...*, cit., p. 251-253 e 267. Tale interpretazione consente di escludere la sanzionabilità penale per il caso in cui il soggetto si attivi diligentemente per ottenere l'autorizzazione e in luogo di questa, ricorrendo tutti i requisiti di legge, decorsi i termini prescritti dall'art. 4, comma 2°, si perfezioni il silenzio assenso. Nella diversa ipotesi in cui l'autorizzazione, pur presente, sia stata ottenuta in modo illecito l'Autore conclude per l'inesistenza dell'atto amministrativo, ad esempio qualora il provvedimento sia stato ottenuto tramite la commissione del reato di corruzione propria da parte del richiedente ex art. 319 c.p. o di falsità ideologica traendo in inganno il funzionario pubblico ex artt. 480 e 48 c.p. Così anche G. ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 18 del D.lgs. 276/2003*, in GRANDI-PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2009, p.240.

del lavoratore per avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione. In tale ipotesi, in aggiunta alla sanzione penale, è disposta anche la cancellazione dall'albo⁴⁸.

L'analisi del precetto posto dall'art. 11, comma 1°, sembra suggerire che si tratti di un reato proprio riferito ai "soggetti autorizzati o accreditati". Tuttavia, potrebbe trattarsi di un reato proprio non esclusivo, nel senso che il fatto, senza la qualifica soggettiva, potrebbe costituire un diverso reato. Mancando la qualifica soggettiva di agenzia per il lavoro autorizzata o accreditata in capo all'agente, la medesima condotta di esigere o percepire denaro dal lavoratore per avviarlo a prestazioni di lavoro, potrebbe configurare il reato di estorsione (art. 628 c.p.) o di truffa (art. 640 c.p.), ove sussistano gli altri elementi della fattispecie criminosa.

E le medesime ipotesi delittuose, pur mancando una clausola di riserva che faccia salva l'applicazione di altre disposizioni che prevedano il medesimo fatto a titolo di più grave reato, potrebbero essere contestate anche ai soggetti autorizzati o accreditati, laddove ricorressero i presupposti previsti dalle norme penali di cui all'art. 640 e all'art. 628 c.p.⁴⁹

L'art. 18 co. 4 fa salva l'ipotesi in cui in sede di contrattazione collettiva, ai sensi dell'art. 11 co. 2, sia stabilito che vengano versati compensi dai lavoratori, ove si tratti di avviare al lavoro specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati oppure si debbano fornire specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati. L'art. 11, comma 2°, sembra operare quale causa di giustificazione in presenza della quale, un fatto che altrimenti sarebbe reato, tale non è perché la legge lo impone o lo consente. L'art. 11, comma 2°, in particolare, tutelando l'interesse contrattato in sede collettiva e rispondente all'esigenza di assicurare una collocazione adeguata alle competenze di lavoratori altamente professionalizzati, anche a fronte di un esborso di denaro consentito dal lavoratore stesso, farebbe venir meno la sussumibilità del fatto concreto nella fattispecie astratta dell'art. 18 comma 4°⁵⁰.

⁴⁸M. T. CARINCI, *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 dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 85, ritiene che la norma non configuri un reato proprio ma che soggetto attivo del reato possa essere chiunque (chi rappresenta la società di somministrazione ed è titolare del potere di invio, un semplice dipendente della società di somministrazione, qualunque soggetto non autorizzato che autorizzi lavoro). L'A. ritiene, altresì, che il reato di cui all'art. 18 comma 4° possa concorrere con il reato di esercizio non autorizzato dell'attività di somministrazione (art. 181) o di somministrazione fraudolenta (art. 28). F. BASENGHI, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in L. GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276* (artt. 1-32), Torino, Giappichelli, 2004.

⁴⁹In questo senso, M. MANTOVANI, *Commento all'art. 18 del d.lgs. 276/2003*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro...*, cit., p. 270 e G. ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 18 del D.lgs. 276/2003*, in GRANDI-PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, op. ult. cit.

⁵⁰M. MANTOVANI, *Commento all'art. 18 del d.lgs. 276/2003*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro...*, cit., p. 270, ritiene si tratti di un'ipotesi di consenso non incidente sul piano dell'antigiuridicità, ma su quello della tipicità del fatto rilevando che il bilanciamento di interessi "avverrebbe sempre sul piano dell'interesse tutelato dalla norma e non per effetto dell'operare di interessi esterni, come invece si verifica per quel che riguarda le cause di giustificazione". G. ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 18 del D.lgs. 276/2003*, in GRANDI-

E' altresì sanzionata penalmente, estendendo le pene previste dall'art. 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300, la condotta dei responsabili delle agenzie per il lavoro e dei soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati che svolgano indagini sulle opinioni o mettano in atto trattamenti discriminatori a danno del lavoratore, in violazione del divieto posto dall'art. 10, comma 1°, del d.lgs. 276/2003. In tali ipotesi, l'art. 18, comma 5°, prevede che nei casi più gravi si applichi la misura aggiuntiva della sospensione dell'autorizzazione di cui all'art. 4 e che, ove si tratti di recidiva, sia disposta la revoca dell'autorizzazione stessa.

Il confronto fra la fattispecie vietata dall'art. 8 St. lav. e quella descritta nell'art. 10, comma 1°, del d.lgs. 276/2003 mostra una portata più ampia della seconda disposizione citata sia in ordine all'enumerazione dettagliata degli atti discriminatori vietati sia in ordine al profilo soggettivo. Infatti, a differenza di quanto avviene nell'art. 8 St. lav., il soggetto attivo del reato previsto dall'art. 18 co. 5 del d.lgs. 276/2003 non è solo il datore di lavoro ma anche tutti coloro che svolgono attività di intermediazione, di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale di cui all'art. 4, comma 1°, lettere c), d) e), riferendosi l'art. 10 in generale alle "agenzie per il lavoro" la cui definizione e specificazione è contenuta nell'art. 4⁵¹.

Per quel che qui rileva con riferimento alla somministrazione di lavoro, occorre concludere l'analisi delle ipotesi contravvenzionali previste dall'art. 18 del d.lgs. 276/2003 con l'esame del comma 5° bis. Dalla lettura combinata degli artt. 18, comma 5° bis, 29, comma 3° bis, 30 comma 4° bis e 27, comma 2°, del d.lgs. 276/2003 emerge, infatti, che il distacco, l'appalto e la somministrazione di lavoro fuori dai casi previsti dalla legge sono riconducibili a ipotesi di

PERA (a cura di), cit., qualifica la previsione dell'art. 112 in termini di limite esegetico della fattispecie che determina l'esclusione della tipicità stessa del fatto di esigere o percepire compensi quando ad essere coinvolti siano lavoratori altamente professionalizzati i quali abbiano interesse a trovare una collocazione adeguata alle loro competenze.

⁵¹ L'art. 8, legge n. 300/1970 sancisce che è fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché sui fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. L'art. 10, d.lgs. n. 276/2003 estende l'elencazione dei fattori suscettibili di avere valenza discriminatoria, prevedendo il divieto di svolgere indagini, trattamento di dati, preselezione dei lavoratori, anche con il loro consenso, in base alle convinzioni personali, all'affiliazione sindacale o politica, al credo religioso, al sesso, all'orientamento sessuale, allo stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, alla età, all'handicap, alla razza, all'origine etnica, al colore, all'ascendenza, all'origine nazionale, al gruppo linguistico, allo stato di salute nonché ad eventuali controversie con i precedenti datori di lavoro, a meno che non si tratti di caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dell'attività lavorativa. L'art. 10 prevede poi il divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo. A. LEPORE, *Commento dell'art. 18 comma 5 del d.lgs. 276/2003*, in R. DE LUCA TAMAJO e G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, Cedam, 2007, pp. 236-237, ritiene che la sanzione penale non sia applicabile ove le notizie siano apprese involontariamente. L'A. ritiene che nel caso in cui non sia riscontrabile l'intenzionalità della condotta (acquisire dati del lavoratore illegittimamente a fini discriminatori), potranno trovare applicazione solo i rimedi civilistici; L. IERO, *Sanzioni penali nel mercato del lavoro*, in M. MISCIONE e M. RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, p. 364.

somministrazione irregolare e soggetti all'applicazione delle sanzioni penali dettate dall'art. 18 co. 1 e 2 per la somministrazione abusiva.

Come rilevato in dottrina, l'introduzione nell'art. 18 del comma 5° bis ad opera del d.lgs. 251/2004 ha preso atto dell'estensione, già effettuata in via interpretativa, della disciplina della somministrazione abusiva ai casi di appalto di mere prestazioni lavorative e di distacco effettuati fuori dai limiti posti dalla legge. In questo modo, già prima dell'intervento del legislatore del 2004, si tentava di ovviare a una possibile incoerenza del sistema giuridico vietando alle imprese prive dell'autorizzazione richiesta alle agenzie per il lavoro *ex art. 4 del d.lgs. 276/2003* di effettuare attività di fornitura di manodopera celandosi dietro lo schermo di un contratto di appalto di servizi⁵².

Ai fini della distinzione fra appalto genuino o distacco e somministrazione di lavoro, le definizioni degli art. 29, comma 1°, e dell'art. 30, comma 1°, ricalcano la posizione giurisprudenziale già emersa nel vigore della l. n. 1369/1960. In particolare, il richiamo alla nozione civilistica di appalto *ex art. 1655 c.c.* consente di bilanciare il peso definitorio dei due elementi della consistenza dei mezzi di impresa e dell'organizzazione dei medesimi, come chiarito dai giudici di legittimità: *“In tema di mediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro, la distinzione tra contratto di appalto e quello di somministrazione di manodopera va operata non soltanto con riferimento alla proprietà dei fattori di produzione ma altresì alla verifica della reale organizzazione dei mezzi e dell'assunzione effettiva del rischio di impresa, in assenza dei quali si configura una mera fornitura di prestazione lavorativa, che, se effettuata da soggetti non autorizzati configura il reato di cui all'art. 18 d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276”*⁵³.

⁵² R. DEL PUNTA, *Le molte vite del divieto di interposizione nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 129 ss.; A. LEPORE, *Problemi di qualificazione e differenziazione della fattispecie legale*, in A. MARESCA (a cura di), *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi. Tra conflitto e competizione*, Ebitemp, Milano, 2009, pp. 34-35.

⁵³ Cass. pen., sez. III, 25 novembre 2004, n. 861. In materia di distacco, Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2009, n. 38919 in *CedCass.*, rv. 244959: *“Integra il reato di intermediazione od interposizione di manodopera (art. 18 d.lg. 10 settembre 2003 n. 276) il distacco di un dipendente presso altra impresa perché esegua la propria prestazione lavorativa in favore di quest'ultima, senza che esista un rilevante interesse del datore di lavoro che ha disposto il distacco (In motivazione la Corte ha precisato che tale condotta era vietata anche dall'abrogata l. 23 ottobre 1960 n. 1369). Con riguardo all'appalto endoaziendale, Cass. civ., sez. lav., 21 luglio 2006, n. 16788 in *Mass.*, 2006, 1545: “La nozione di appalto di manodopera o di mere prestazioni di lavoro, vietato dall'art. 1 della legge n. 1369 del 1960, in mancanza di una definizione normativa, va ricavata tenendo anche conto della previsione dell'art. 3 della stessa legge concernente l'appalto (lecito) di opere e servizi all'interno dell'azienda con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore; ne consegue che l'ipotesi di appalto di manodopera è configurabile sia in presenza degli elementi presuntivi considerati dal comma 3 del citato art. 1 (impiego di capitale, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante), sia quando il soggetto interposto manchi di una gestione di impresa a proprio rischio e di un'autonoma organizzazione – da verificarsi con riguardo alla prestazioni in concreto affidategli – in particolare nel caso di attività esplicate all'interno dell'azienda appaltante, sempre che il presunto appaltatore non dia vita, in tale ambito ad una organizzazione lavorativa autonoma e non assuma, con la gestione dell'esecuzione e la responsabilità del risultato, il rischio di impresa relativo al servizio fornito. Peraltro, con riferimento agli appalti cosiddetti “endoaziendali”, che sono caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, va precisato che il richiamato divieto di cui all'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 opera tutte le volte in cui l'appaltatore mette a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore stesso solo i compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della*

Data la riconducibilità delle fattispecie dell'appalto o del distacco *contra legem* alla somministrazione abusiva di cui all'art. 18 co. 1, anche in tale ipotesi si configurerà un reato contravvenzionale plurisoggettivo proprio con conseguente responsabilità penale sia in capo al somministratore (pseudo-appaltatore) sia in capo all'utilizzatore (pseudo-appaltante).

6. La somministrazione fraudolenta.

Il quadro sanzionatorio penale si completa con l'ulteriore fattispecie della somministrazione fraudolenta disciplinata nell'art. 28 del d.lgs. 276/2003, ovvero la somministrazione effettuata con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo.

Tale ipotesi di somministrazione illecita si differenzia da quella della somministrazione abusiva di cui all'art. 18 con riguardo al profilo soggettivo: pur trattandosi in entrambi i casi di contravvenzioni, con riguardo alla somministrazione fraudolenta si abbandona il principio generale, ex art. 42, comma 4°, c.p., dell'indifferenza fra colpa o dolo per la sussistenza del reato purché uno di tali elementi soggettivi in concreto ricorra, ma si esige per la stessa punibilità del fatto l'accertamento del dolo specifico.

Il dolo è specifico quando la norma di legge richiede, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale, che il soggetto agisca per un fine particolare previsto come elemento soggettivo costitutivo della fattispecie legale, ma che sta oltre il fatto materiale tipico, onde il conseguimento di tale fine non è necessario per la consumazione del reato⁵⁴.

Da ciò discende che per la consumazione del reato di cui all'art. 28 del d.lgs. 276/2003 appare sufficiente la finalità di eludere norme inderogabili a prescindere dal fatto che il risultato al quale l'intento elusivo è finalizzato si sia prodotto o meno, configurandosi un'ipotesi di reato di pericolo per il quale basta che il bene sia stato minacciato⁵⁵.

Per quanto attiene alla qualificazione della fattispecie di cui all'art. 28 del d.lgs. 276/2003 la dottrina appare orientata a considerare la somministrazione fraudolenta come una distinta e autonoma ipotesi di reato rispetto a quella disciplinata dall'art. 18, e non come una circostanza aggravante di tale ipotesi contravvenzionale⁵⁶.

prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo”.

⁵⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, Cedam, 1992, p. 331. Per la qualificazione del reato di somministrazione fraudolenta si veda anche, in senso parzialmente difforme, P. ICHINO, *Commento agli artt. 20-28*, cit., p. 317 ss.

⁵⁵ F. SCARPELLI, *Commento all'art. 28 del d.lgs. 276/2003*, cit., p. 435.

⁵⁶ Per la non cumulabilità delle due ipotesi criminose dell'art. 18 e dell'art. 28, d.lgs. n.276/2003 P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, Cacucci, 2004, p. 141 e M. T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di*

L'eventuale concorso apparente di norme fra l'art. 18 e l'art. 28 dovrebbe, quindi, essere risolto in virtù del principio di specialità, argomentando dal fatto che l'art. 28 del d.lgs 276/2003 può contenere tutti gli elementi della somministrazione abusiva di cui all'art. 18 con in più il connotato specializzante del dolo specifico, ovvero la finalità elusiva di norme imperative. Da ciò consegue che una volta accertata l'esistenza del dolo specifico, accanto agli altri elementi materiali della fattispecie, dovrebbe trovare applicazione la disposizione dell'art. 28 del d.lgs. 276/2003, "*ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18*".

Come per la somministrazione abusiva ex art. 18, comma 1° e 2°, si deve ritenere che anche il reato di somministrazione fraudolenta costituisca un reato plurisoggettivo proprio, cioè una contravvenzione unitaria in cui il somministratore e l'utilizzatore sono entrambi soggetti attivi della fattispecie, con la specificazione che, in tale ipotesi, entrambe le parti del contratto di somministrazione devono essere mosse dall'intento di eludere le norme predisposte a tutela del lavoratore.

Con riferimento alle ipotesi che potrebbero concretare casi di somministrazione fraudolenta ex art. 28 del d.lgs. 276/2003, la Circolare del Ministero del lavoro del 22 febbraio 2005, n. 7, sembra sgombrare il campo dai dubbi circa i confini fra somministrazione irregolare ex art. 27 e art. 18 del d.lgs. 276/2003 e somministrazione fraudolenta, stabilendo che "*(...) indipendentemente dal fatto che il soggetto sia o meno autorizzato (infra somministrazione irregolare) se il contratto di somministrazione di lavoro è posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, il contratto, concluso in frode alla legge, è nullo e, per analogia rispetto all'ipotesi precedente, i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore (...)*".

La circolare citata, oltre a colmare il vuoto lasciato dal legislatore in ordine alla sanzione civilistica per la somministrazione fraudolenta, conferma che possono darsi dei casi di somministrazione con finalità elusive di norme imperative anche in presenza di agenzie per il lavoro munite di autorizzazione ministeriale.

Quindi, nel caso concreto la somministrazione fraudolenta potrà trovare il proprio presupposto sostanziale in tutte le ipotesi di somministrazione illecita, abusiva o irregolare ma anche regolare, purché sia fornita la prova della finalità elusiva di norme imperative, di natura legale o contrattuale⁵⁷.

ramo. *Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, cit., p. 85. *Contra*, P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro. Appalto e distacco*, Ipsoa, Indicalia, 2009, p. 393 il quale ritiene che la pena dell'art. 28 "non si sostituisce a quella prevista per la somministrazione abusiva con utilizzazione illecita *tout court*, ma si aggiunge ad essa aggravandone l'esito sanzionatorio".

⁵⁷ Per quanto riguarda la prescrizione obbligatoria prevista dall'art. 15, d.lgs. n.124/2004 si deve ritenere che gli

Diversamente si rischia di cedere alla facile conclusione di ritenere che ogni somministrazione di lavoro in quanto resa fuori dai limiti consentiti dalla legge, non può che essere contraria a norme imperative e, quindi, fraudolenta, svuotando di contenuto la previsione dell'art. 28 del d.lgs. 276/2003. Analogo rischio si corre laddove si ritenga che la specifica finalità elusiva delle tutele del lavoratore debba necessariamente accompagnarsi “*alla irregolarità della somministrazione, poiché se questa è giustificata non può essere fraudolenta*”⁵⁸.

Al contrario, l'applicazione della sanzione dell'art. 28 potrebbe trovare spazio di applicazione nelle ipotesi di interposizione illecita di manodopera mascherate attraverso forme di appalto o distacco *contra legem* finalizzate ad aggirare le disposizioni di legge o contrattuali sul trattamento retributivo, assicurativo, previdenziale e normativo del lavoratore, realizzando un'illecita dissociazione fra utilizzazione del lavoro e titolarità del rapporto⁵⁹.

Quanto sopra esposto sembra trovare conferma anche nella circostanza che la Circolare n. 7/2005, prevedendo per la somministrazione fraudolenta la sanzione della nullità, richiama la nozione del negozio in frode alla legge alla quale la dottrina si era riferita già prima dell'intervento del Ministero⁶⁰.

Il richiamo al negozio in frode alla legge risulta utile ai fini della portata dell'accertamento dell'elemento psicologico e per far ricadere nel sistema sanzionatorio dell'art. 28 del d.lgs. 276/2003 somministrazioni e appalti formalmente regolari: se si aderisce alla teoria oggettiva del negozio in frode alla legge, infatti, si deve ritenere che, ove sia verificato obiettivamente l'utilizzo di una forma contrattuale tipica e lecita (ad esempio l'appalto ex art. 29 d.lgs. 276/2003) per ottenere un risultato

ispettori ministeriali dovranno dar conto degli elementi oggettivi accertati e documentati che possono supportare la contestazione del reato di somministrazione fraudolenta. Ciò è conforme all'orientamento espresso dalla giurisprudenza in merito al sindacato giudiziale sulla prova dell'elemento psicologico, Cass. pen, sez I, 25 novembre 1985, n. 13237 in edita a quanto consta: “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 dall'esistenza di tali circostanze – sempreché, ovviamente, le stesse o alcune di esse non lascino ragionevolmente supporre una deviazione del modo in cui vanno normalmente le cose della vita – l'esistenza di una rappresentazione e di una volizione di fatto, sulla base delle comuni regole di esperienza, procedendo, cioè, ad una estensione analogica al caso concreto dell'id quod plerumque accidit”.

⁵⁸ A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., p. 108: “La “specificità finalità elusiva delle tutele del lavoratore (art. 28) è elemento costitutivo del reato insieme alla irregolarità della somministrazione, poiché se questa è giustificata non può essere fraudolenta”.

⁵⁹ F. SCARPELLI, *Commento all'art. 28 del d.lgs. 276/2003*, cit., p. 434. P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro...*, cit., p. 400: “Nel caso in cui il distacco e l'appalto siano semplicemente privi dei requisiti di liceità legalmente stabiliti dai rispettivi primi commi degli articoli 29 e 30 scatterà l'ipotesi reato di cui all'art. 18 comma 5 bis (...). Al contrario, nel diverso caso in cui la fattispecie concretamente realizzatasi emerga in tutti i suoi connotati come “via di fuga” preventivamente e volutamente scelta per eludere le tutele inderogabili di legge e di contratto collettivo, gli organismi di vigilanza ministeriali (nelle vesti di ufficiali di polizia giudiziaria) e l'Autorità giudiziaria potranno procedere a contestare il diverso reato di somministrazione fraudolenta di cui all'articolo 28, proprio in virtù dell'ampiezza lessicale e strutturale della norma”.

⁶⁰G. SUPPIEJ, M. DE CRISTOFARO, C. CESTER (a cura di), *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Padova, Cedam, 2008, p. 223.

proibito, la prova dell'esistenza del dolo specifico può essere raggiunta attraverso elementi indiziari oggettivi⁶¹.

7. L'illecito amministrativo.

In sostanziale continuità con la normativa previgente, l'irregolarità della somministrazione viene sanzionata con particolare rigore in alcune ipotesi in cui l'illecito civile trova una parziale sovrapposizione con l'illecito amministrativo/penale⁶². A corredo della sanzione civile (prevista all'art. 27, comma 1°, d. lgs. n. 276/2003), vengono comminate sanzioni di diversa natura sia a carico dell'Agenzia di somministrazione, sia a carico dell'utilizzatore.

Ci si riferisce, innanzitutto, alla fattispecie in cui l'irregolarità della somministrazione sia dovuta alla mancanza di autorizzazione dell'Agenzia di somministrazione. L'illecito civile si sovrappone a quello amministrativo con la previsione, per entrambi i soggetti "coinvolti" nella somministrazione irregolare, di sanzioni amministrative pecuniarie di natura montante e no. In particolare, l'Agenzia che eserciti le attività di somministrazione senza autorizzazione è punita con un'ammenda di 50 euro per ciascun lavoratore somministrato e per ciascuna giornata di lavoro, ma qualora vi sia sfruttamento di minori la sanzione prevista ha natura penale è più grave, assorbente, e comporta la pena dell'arresto fino a diciotto mesi o dell'ammenda aumentata fino al sestuplo (art. 18, comma 1°, d. lgs. n. 276/2003). È poi prevista un'attenuante specifica dell'assenza dello scopo di lucro, rispetto alla quale in dottrina si sollevano perplessità sulle condizioni necessarie per la sua applicazione⁶³.

Analogamente, l'utilizzatore che ricorra alla somministrazione promossa da soggetti non autorizzati è analogamente perseguito con un'ammenda di 50 euro per ciascun lavoratore somministrato e per ciascuna giornata di lavoro, e qualora vi sia sfruttamento di minori, la sanzione prevista ha natura penale è più grave, assorbente, e comporta la pena dell'arresto fino a diciotto mesi o dell'ammenda aumentata fino al sestuplo (art. 18, comma 2°, d. lgs. n. 276/2003). Risulta dunque di estrema importanza per l'utilizzatore l'onere di verificare che l'Agenzia risulti in regola con i requisiti prescritti dagli artt. 4 e 5, d. lgs. n. 276/2003⁶⁴.

⁶¹ G. ZILIO GRANDI, *Commento agli articoli 27 e 28 del D.lgs. 276/2003*, in GRANDI-PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2009. Critica sull'applicabilità dell'art. 1344 c.c., M. T. SALIMBENI, *Commento all'art. 28 del d.lgs. 276/2003*, in R. DE LUCA TAMAJO e G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2007, pp. 422-423.

⁶² Cass. pen., 1 febbraio 2005, in *Lavoro giur.*, 2005, p. 957.

⁶³ M. PEDRAZZOLI, *Commento all'art. 12, comma 6. Inserto sulla correzione della cd. Riforma Biagi d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 12.

⁶⁴ S. BERTOCCO, *La somministrazione*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Torino, Utet, 2007, p. 1326 e in particolare p.

L'ulteriore ipotesi in cui l'area dell'illecito civile trova una parziale sovrapposizione con quella dell'illecito amministrativo è quella individuata nell'art. 18, comma 3°, e nell'art. 19, d.lgs. n. 276/2003.

L'art. 18, comma 3°, prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250,00 a euro 1.250,00 in caso di violazione degli obblighi e dei divieti di cui all'art. 20, commi 3, 4 e 5 e art. 21, commi 1° e 2°, e per il solo somministratore, anche per la violazione del disposto di cui all'art. 21, comma 3°. Con riguardo alle singole fattispecie di illecito amministrativo previste dall'art. 18 co. 3, esse colpiscono sia il somministratore sia l'utilizzatore, con la sola eccezione dell'omessa effettuazione della comunicazione scritta al lavoratore somministrato, in quanto tale obbligo viene espressamente posto dall'art. 21, comma 3°, a carico del somministratore.

Originariamente la norma sanzionava altresì la violazione dei requisiti previsti dall'art. 20, comma 1°, d.lgs. n. 276/2003, con un evidente refuso⁶⁵. Attualmente, a seguito dell'intervento del d.lgs. n. 251/2004 si puniscono solo le fattispecie in cui l'irregolarità della somministrazione sia dovuta all'assenza dei requisiti o alla violazione dei divieti previsti dall'art. 20, commi 3°, 4° e 5° o dall'art. 21, commi 1° e 2°, d. lgs. n. 276/2003⁶⁶. In tali casi, oltre che nell'ipotesi in cui il somministratore violi l'obbligo di informazione previsto nell'art. 21, comma 3°, d. lgs. n. 276/2003 si prevede sia per il somministratore, sia per l'utilizzatore un'ammenda che oscilla tra i 250 euro e i 1250 euro (art. 18, comma 3°, d. lgs. n. 276/2003).

L'art. 18, comma 3°, quindi, sanziona delle violazioni di carattere formale che determinano la stipula di un contratto di somministrazione irregolare concluso fuori dalle condizioni di liceità e ammissibilità, in ipotesi diverse dalla mancanza di autorizzazione, quali:

- 1) la stipulazione di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato concluso al di fuori dei casi in cui esso è ammesso (art. 20, comma 3°);
- 2) la conclusione di un contratto di somministrazione a tempo determinato fuori dalle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui all'art. 20 comma 4°;

1385.

⁶⁵M. PEDRAZZOLI, *Commento all'art. 12, comma 6. Insero sulla correzione della cd. Riforma Biagi d. lgs. 6 ottobre 2004, n. 251*, cit., p. 12; L. IERO, *Sanzioni nel mercato del lavoro dopo il "correttivo"*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, Ipsoa 2005, p. 57; V. FILÌ, *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2005, n.5, p. 405 e sul punto p. 413.

⁶⁶ Il d.lgs. n.251/2004 ha risolto alcune incoerenze rilevate dalla dottrina nella formulazione previgente dell'art. 18. La rubrica ora fa riferimento alle "sanzioni", eliminando l'aggettivo "penali" che male si attagliava a una norma che prevede anche sanzioni amministrative. Inoltre, nel disposto dell'art. 18 comma 3° è stato tolto il richiamo all'art. 20 comma 1, risolvendo così il problema di coordinamento fra la previsione di una sanzione penale di cui all'art. 18 comma 1 e 2 e quella di una sanzione amministrativa ex art. 18, comma 3 per il medesimo fatto (contratto di somministrazione stipulato con soggetto non autorizzato).

- 3) il ricorso alla somministrazione di lavoro nei casi in cui essa è tassativamente vietata (art. 20 comma 5°);
- 4) la conclusione di un contratto di somministrazione senza forma scritta o carente di alcuni degli elementi posti dall'art. 21, comma 1°;
- 5) la stipulazione di un contratto di somministrazione senza il contestuale recepimento delle indicazioni poste dalla contrattazione collettiva⁶⁷.

A completare il quadro del regime sanzionatorio degli illeciti amministrativi in materia di mercato del lavoro predisposto dal d.lgs. 276/2003, interviene l'art. 19 il quale sotto la rubrica "sanzioni amministrative" disciplina una pluralità di condotte concernenti violazioni degli obblighi di comunicazione il cui contenuto è fissato tramite il rimando ad altre disposizioni di legge.

Il primo comma della disposizione citata sancisce la pena pecuniaria amministrativa da euro 4.000,00 a euro 12.000,00 a carico di editori, direttori responsabili e gestori di siti internet i quali abbiano pubblicato annunci sulle attività di ricerca e selezione del personale, ricollocamento professionale, intermediazione e somministrazione effettuate in forma anonima e comunque da soggetti, pubblici o privati, non autorizzati o accreditati all'incontro tra domanda e offerta di lavoro, in violazione del divieto posto dall'art. 9 del d.lgs. 276/2003. L'intento del legislatore, come chiarito anche dalla successiva Circolare del Ministero del lavoro del 21 luglio 2004, n. 30, è quello di garantire che l'attività di intermediazione e di somministrazione del lavoro sia svolta da agenzie autorizzate o accreditate in modo da evitare il proliferare di annunci con intenzioni fraudolente. Solo attraverso il ricorso a un soggetto autorizzato, o ai centri per l'impiego, è consentito a chi ricerca manodopera di mantenere l'anonimato in quanto i soggetti che gestiscono il flusso delle comunicazioni sono ritenuti idonei a preservare sia la trasparenza del mercato sia la tutela dei lavoratori.

Il minimo comune denominatore delle fattispecie sanzionate dall'art. 19 commi 2°, 3° e 4° è il tentativo di contenere il lavoro nero e le devastanti ricadute che lo stesso sortisce in tema di maggiore incidenza degli infortuni sul lavoro collegati all'impiego di manodopera irregolare.

L'art. 19, comma 2°, stabilisce la sanzione pecuniaria amministrativa da euro 250,00 a euro 1.500,00 per ogni lavoratore interessato, per violazione dell'art. 4 bis, comma 2°, del d.lgs. 181/2000, in caso di mancata consegna, all'atto di assunzione al lavoratore, da parte del datore di lavoro privato e degli enti pubblici economici di una dichiarazione sottoscritta contenente i dati di

⁶⁷ Il d.lgs. n. 276/2003 attua un complessivo ripensamento dell'impianto normativo in un'ottica di depenalizzazione. Tuttavia, come osservato "il ricorso a sanzioni amministrative può concretamente sortire un effetto generale e speciale preventivo ben più consistente rispetto a quello derivante dall'applicazione di una sanzione penale pecuniaria bagatellare e oblazionabile", così G. ZILIO GRANDI, *Commento agli articoli 27 e 28 del D.lgs. 276/2003*, in GRANDI-PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2009.

registrazione effettuati sul libro matricola, nonché in caso di carenza della informazione delle condizioni applicabili al contratto e al rapporto di lavoro prevista dal d.lgs. n. 152/1997.

L'art. 19, comma 3°, punisce, con la sanzione amministrativa da euro 100,00 a euro 500,00 per ogni lavoratore interessato, le violazioni degli obblighi di comunicazione disciplinati da tre distinte disposizioni richiamate nella norma in commento, ovvero: a) la mancata comunicazione delle variazioni del rapporto di lavoro da effettuarsi entro 5 giorni nei confronti del servizio competente nel cui ambito territoriale è situata la sede di lavoro (art. 4 bis commi 5° e 7° d.lgs. n. 181/2000); b) la mancata comunicazione al servizio competente per territorio da parte dei datori di lavoro privati, degli enti pubblici privati e delle pubbliche amministrazioni dei dati anagrafici del lavoratore, della data di assunzione, della data di cessazione per i rapporti di lavoro a termine, della tipologia contrattuale, della qualifica professionale e del trattamento economico e normativo, in caso di instaurazione del rapporto di lavoro subordinato e di lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa, anche in forma di socio lavoratore e di cooperativa (art. 9 bis, comma 2°, d.l. n. 510/1996)⁶⁸; c) la violazione dell'obbligo in capo al datore di lavoro di comunicare al servizio competente per territorio la cessazione dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato entro i 5 giorni successivi e dei rapporti di lavoro a tempo determinato, nei casi in cui la cessazione si è avvenuta in data diversa da quella comunicata all'atto dell'assunzione (art. 21, comma 1°, l. 264/1996).

Infine, l'art. 19, comma 4°, prevede la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 50,00 a euro 250,00 per ogni lavoratore interessato in caso di mancata comunicazione, ex art. 4 bis, comma 4°, del d.lgs. 181/2000, da parte dell'impresa fornitrice di lavoro temporaneo dell'assunzione, proroga e cessazione dei lavoratori temporanei assunti nel corso del mese, entro il giorno 20 del mese successivo alla data di assunzione⁶⁹.

Anticipando quanto verrà successivamente precisato, si rileva che il sistema sanzionatorio predisposto dal legislatore per gli illeciti amministrativi mostra una differenziazione fra le ipotesi di cui all'art. 18, comma 3°, e art. 19, comma 1°, e le fattispecie disciplinate dall'art. 19 commi 2°, 3° e 4°, nonché fra queste ultime e le sanzioni proporzionali c.d. improprie previste per talune contravvenzioni penali.

⁶⁸ La sanzione dell'art. 19, comma 3 si applica, tramite il rinvio operato dall'art. 86, comma 10 ter, d.lgs. n. 276/2003, anche nei casi di instaurazione di rapporti di lavoro nel settore edile. In tale ipotesi, come precisato dall'art. 86, comma 10 bis, gli obblighi di comunicazione di cui all'art. 9 bis, comma 2, d.l. n.510/1996 debbono essere adempiuti il giorno antecedente a quello dell'instaurazione del rapporto, mediante documentazione avente data certa.

⁶⁹ Per un'analisi delle fattispecie previste dall'art. 19 anche in relazione alle modifiche introdotte dalla l. n. 286/2006, E. MASSI, *Commento dell'art. 19 del d.lgs. 276/2003*, in R. DE LUCA TAMAJO e G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2007, p. 240 ss.

Nel caso degli illeciti di cui all'art. 19 commi 2°, 3° e 4° del d.lgs. 276/2003), la previsione di una sanzione pecuniaria articolata fra un minimo e un massimo si connota del requisito della proporzionalità a seguito dell'introduzione del parametro di calcolo dei "lavoratori interessati". La discrezionalità del giudice, in tale caso, trattandosi di una norma proporzionale c.d. elastica, potrà esprimersi nel graduare la sanzione fra il minimo e il massimo fissato dalla legge tenendo conto degli indici di cui all'art. 11 della l. 689/81, ossia: 1) la gravità dell'illecito; 2) l'opera svolta dall'agente nell'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito; 3) la personalità del trasgressore; 4) le condizioni economiche dell'agente⁷⁰.

Per l'ipotesi in cui il somministratore, in spregio dell'art. 21, comma 3°, abbia omesso la comunicazione scritta al lavoratore delle informazioni relative al contratto di cui all'art. 21, comma 1°, o della data di inizio e della durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, si pone un problema circa il possibile cumulo della sanzione prevista dall'art. 18 co. 3 con la sanzione prevista dall'art. 19, comma 2°. La norma da ultimo citata sanziona, infatti, l'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di consegna al lavoratore di una dichiarazione sottoscritta contenente i dati di registrazione effettuati sul libro matricola, nonché la carenza della informazione delle condizioni applicabili al contratto e al rapporto di lavoro prevista dal d.lgs. n. 152/1997.

La circostanza che la comunicazione scritta di cui all'art. 21, comma 3°, possa dover essere ripetuta ogni qualvolta il lavoratore somministrato venga inviato presso più utilizzatori, il fatto che le indicazioni prescritte dall'art. 21, comma 3°, richiedono dei dati aggiuntivi rispetto alle informazioni che devono essere fornite al lavoratore *ex art. 4 bis, comma 2°, del d.lgs. 181/2000*, richiamato dall'art. 19, comma 2°, in una con la specifica previsione di due distinte sanzioni ai sensi dell'art. 18, comma 3°, e dell'art. 19 comma 2°, portano a ritenere che si tratti di due differenti condotte diversamente sanzionate⁷¹.

Nell'ipotesi in cui la medesima condotta possa risultare, quindi, in contrasto con la disposizione dell'art. 18 co. 3 e dell'art. 19, comma 2°, l'eventuale concorso di reati dovrà essere risolto ai sensi dell'art. 7 della l. 689/81: "*Salvo che sia diversamente stabilito dalla legge, chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo*".

⁷⁰ Sul diritto penale amministrativo, F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 986. Si noti che, a differenza di quanto previsto nell'art. 10, comma 1, legge n. 689/81, ai sensi del quale le sanzioni proporzionali non hanno un limite massimo, le disposizioni dell'art. 19, d.lgs. n.276/2003 richiamate *supra* prevedono un minimo e un massimo.

⁷¹ In questo senso P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro...*, cit., pp. 356-357.

Agli illeciti amministrativi previsti dall'art. 18, comma 3°, può trovare applicazione l'istituto della diffida di cui all'art. 13 del d.lgs. 124/2004 limitatamente alle inosservanze che risultino essere “*comunque sanabili*”⁷². Sul punto è intervenuta la Circolare 23 marzo 2006, n. 9, che ha stabilito che la diffida potrà essere applicabile solo nelle ipotesi in cui la somministrazione sia priva delle indicazioni previste dall'art. 21, comma 1°, lettere f)-k) e nel caso di mancata consegna al lavoratore della comunicazione di inizio somministrazione ex art. 21, comma 3°. In tali ipotesi, secondo quanto previsto dall'art. 13, comma 2°, del d.lgs. 124/2004, il somministratore che provveda a integrare il contenuto del contratto di somministrazione o a consegnare la prescritta comunicazione ex art. 21, comma 3°, nel termine assegnato dal personale ispettivo, sarà ammesso al pagamento della sanzione nella misura pari al minimo edittale, cioè € 250,00, con contestuale estinzione del procedimento sanzionatorio.

Per quanto riguarda le sanzioni penali per la somministrazione illecita o fraudolenta previste dall'art. 18 e dall'art. 28, occorre notare che il legislatore per talune fattispecie di reato adotta una pena graduata fra un minimo e un massimo e per altre una pena proporzionale c.d. impropria, basata su una pena fissa ancorata a un parametro di calcolo variabile⁷³.

Con riferimento alle modalità di calcolo della pena pecuniaria proporzionale la nota del Ministero del Lavoro 21 febbraio 2008, n. 2852, induce a propendere, in conformità all'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina, per l'adozione del sistema della doppia moltiplicazione il quale prevede che dapprima si moltiplichi la base monetaria per un coefficiente (numero dei lavoratori occupati) e, in seguito, si moltiplichi il prodotto di tale operazione per l'altro coefficiente (numero delle giornate lavorative).

Non sono ancora stati risolti, invece, gli altri problemi connessi alla scelta dell'impiego delle pene proporzionali c.d. improprie. La circostanza che la base sanzionatoria sia stata fissata in maniera predeterminata dal legislatore – ad esempio, € 50,00 nell'ipotesi dell'art. 18 co. 1 prima parte o € 20,00 nell'art. 28 – determina la conseguenza che la base monetaria subisce gli effetti della svalutazione monetaria e che non è consentita al giudice l'individualizzazione della pena ex art. 133 c.p. Con riferimento alla commisurazione della pena ex art. 133, comma 1°, n. 3) e, in particolare, alla natura contravvenzionale dei reati di cui si discute, non è dato al giudice, nell'esercizio del suo

⁷² Art. 13, comma 1° e 2°, d.lgs. n. 124/2004: “*In caso di constatata inosservanza delle norme in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, questi provvede a diffidare il datore di lavoro alla regolarizzazione delle inosservanze comunque sanabili, fissando il relativo termine. In caso di ottemperanza alla diffida, il datore di lavoro è ammesso al pagamento dell'importo delle sanzioni nella misura pari al minimo previsto dalla legge ovvero nella misura pari ad un quarto della sanzione stabilita in misura fissa. Il pagamento dell'importo delle sanzioni amministrative estingue il procedimento sanzionatorio*”.

⁷³ La pena pecuniaria proporzionale è prevista per la somministrazione abusiva, l'utilizzazione illecita, l'appalto e il distacco *contra legem* art. 18, comma 5° bis, d.lgs. n. 276/2003, la somministrazione fraudolenta.

potere discrezionale, di determinare la pena in misura differente a seconda che il fatto sia stato posto in essere con dolo o con colpa.

Ai fini della determinazione della pena in concreto, l'art. 18 prevede due circostanze speciali, una aggravante l'ipotesi base di reato, cioè l'aver commesso il fatto con sfruttamento dei minori, e una attenuante, ovvero la mancanza dello scopo di lucro.

Grazie all'intervento del d.lgs. n. 251/2004 sono stati risolti i problemi connessi all'individuazione delle fattispecie base di reato alle quali possono accedere le descritte circostanze, eliminando così i dubbi sollevati dalla previgente formulazione dell'art. 18, comma 1°, la quale poteva indurre a ritenere che fosse prevista un'indifferenziata applicabilità delle circostanze ivi previste a tutte le contravvenzioni descritte nell'art. 18, comma 1°⁷⁴.

L'aggravante dello sfruttamento trova applicazione sia con riguardo al comportamento dell'utilizzatore (art. 18 comma 2°) sia con riguardo al somministratore abusivo cioè l'Agenzia per il lavoro che operi senza l'autorizzazione ministeriale di cui all'art. 4 comma 1° lettere a) e b) o che eserciti attività di intermediazione abusiva ex art. 4, comma 1°, lettera c), determinando l'aggiunta della pena dell'arresto fino a 18 mesi e l'aumento dell'ammenda fino al sestuplo⁷⁵.

Per quanto attiene alla circostanza attenuante dell'assenza di scopo di lucro, essa opera con riguardo all'intermediazione abusiva e all'esercizio abusivo dell'attività di selezione e ricerca del personale e di supporto alla ricollocazione professionale, mentre non si applica alla contravvenzione di somministrazione abusiva di cui all'art. 4, comma 1°, lettere a) e b). Come rilevato dalla dottrina, l'ipotesi di una somministrazione abusiva senza scopo di lucro nel caso della norma da ultimo citata risultava assai improbabile in quanto le Agenzie che esercitano l'attività di somministrazione di lavoro scambiano la loro prestazione con il pagamento di un compenso per il servizio reso⁷⁶.

⁷⁴ Sull'esegesi della norma dell'art. 18, comma 1 ai fini dell'individuazione delle ipotesi base di reato nella precedente formulazione, M. MANTOVANI, *Commento all'art. 18 del d.lgs. 276/2003*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro...*, cit., p. 262 ss.

⁷⁵ Si tratta di una circostanza speciale, prevista per uno o più reati determinati, e ad efficacia speciale, con riguardo alle fattispecie base dell'art. 1, prima parte, e dell'art. 18 comma 2°, in quanto stabilisce la misura della pena in modo dipendente dalla pena ordinaria del reato (l'ammenda è aumentata fino al sestuplo) e, altresì, prevedendo una pena diversa e aggiuntiva (arresto fino a 18 mesi). Per quanto attiene al significato di "sfruttamento" esso potrà comprendere i casi di invio presso l'utilizzatore di minori che non abbiano compiuto i quindici anni e, comunque, che non abbiano concluso il periodo di istruzione obbligatoria ai sensi degli artt. 3 e 4 della l. 977/1967. Secondo P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro...*, cit., p. 378, vi rientrerebbe anche l'adibizione al lavoro di adolescenti (il minore fra i 15 e i 18 anni di età che ha concluso l'obbligo scolastico) nelle mansioni, nei processi e nei lavori di cui all'art. 6 della l. 977/1967. G. ZILIO GRANDI, *Commento all'articolo 18 del D.lgs. 276/2003*, in GRANDI-PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2009, rileva che l'esclusione dell'applicabilità della circostanza aggravante all'ipotesi di violazione di cui all'art. 4 comma 1° lettere d) e e) solleva dubbi di legittimità costituzionale.

⁷⁶ Fra gli altri, P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro...*, cit., p. 379. Con riguardo al regime di imputazione delle circostanze, per quella aggravante si deve ritenere operi il principio dell'imputazione almeno colposa ex art. 59 2 c.p. e che, quindi, essa aggravi il reato se conosciuta o conoscibile, ignorata per colpa o ritenuta inesistente per errore determinato da colpa (l'*erroraetatis* nel caso di specie varrà come difetto di diligenza e, quindi, colpa, secondo, MANTOVANI, *Commento all'art. 18 del d.lgs. 276/2003*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del*

Per completare il quadro delle sanzioni penali previste nell'art. 18 del d.lgs. 276/2003, infine, viene in rilievo la previsione, per il caso di condanna per una delle contravvenzioni sanzionate al comma 1° della disposizione in commento, della misura di sicurezza della confisca obbligatoria, in deroga alla facoltatività sancita dall'art. 240 c.p., del mezzo adoperato per la realizzazione del reato.

Con riguardo alla compatibilità con le fattispecie di reato previste dagli artt. 18 e 28 del d.lgs. 276/2003 delle forme di estinzione agevolata del reato quali la prescrizione o l'oblazione, si osserva quanto segue.

Per le ipotesi di somministrazione illecita, non aggravata, per le quali è prevista la sola pena dell'ammenda, cioè in caso di somministrazione abusiva in violazione dell'art. 4 co. 1 lettere a) e b) di cui all'art. 18, comma 1°, di esercizio abusivo dell'attività di selezione e ricerca del personale e di supporto alla ricollocazione professionale ai sensi dell'art. 18, comma 1°, di utilizzazione illecita *ex art. 18, comma 2°*, e di somministrazione fraudolenta *ex art. 28*, con esclusione, quindi, della sola intermediazione abusiva, deve ritenersi ammesso il ricorso alla oblazione. Si tratta della c.d. oblazione obbligatoria disciplinata all'art. 162 c.p.: in forza di tale disposizione, l'ammissione del contravventore a pagare una somma corrispondente alla terza parte del massimo della pena stabilita dalla legge per la contravvenzione commessa, oltre alle spese del procedimento, estingue il reato.

Nei casi di somministrazione illecita per i quali è prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, come ad esempio in ipotesi violazione del divieto di oneri in capo ai lavoratori *ex art. 18 comma 4°*, trova, invece applicazione l'istituto dell'oblazione discrezionale, sottoposta ai rigidi limiti dell'art. 162 bis c.p.⁷⁷.

8. Conseguenze sul contratto di somministrazione nell'ipotesi di vizi del contratto di lavoro.

Il diritto di chiedere la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore è esercitabile, ex articolo 27 decreto legislativo n. 276/2003, in caso di violazione di disposizioni che disciplinano

mercato del lavoro..., cit., p. 266). Per quanto attiene alla circostanza attenuante G. ZILIO GRANDI, *Commento all'articolo 18 del D.lgs. 276/2003*, in GRANDI-PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi...*, cit., ritiene che non possa essere applicata *ex art. 59 comma 1°* in quanto essa presuppone che il soggetto si prefigga consapevolmente lo scopo di non richiedere un compenso. Con riferimento al rapporto fra le ipotesi aggravate di cui all'art. 18 del d.lgs. 276/2003 e i reati di cui all'art. 26 della l. 977/1967, secondo MANTOVANI, *Commento all'art. 18 del d.lgs. 276/2003*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro...*, cit., p. 266 esso andrebbe risolto ai sensi dell'art. 84 c.p. (reato complesso) così che non si determinerebbe un concorso di reati. Si avrebbe, invece, un concorso formale eterogeneo di reati *ex art. 81 comma 1° c.p.* secondo G. ZILIO GRANDI, *Commento all'articolo 18 del D.lgs. 276/2003*, in GRANDI-PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi...*, cit. e P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro...*, cit., p. 378.

⁷⁷ Più difficile appare, invece, l'operatività in concreto dell'istituto della prescrizione obbligatoria di cui all'art. 15 del d.lgs. 124/2004 data la difficoltà di rimuovere l'antigiuridicità del fatto e la sua lesività per il periodo lavorativo già realizzato presso l'utilizzatore. Si veda in argomento, circa la compatibilità fra somministrazione abusiva o somministrazione fraudolenta e prescrizione, P. RAUSEI, *Somministrazione di lavoro...*, cit., pp. 376-377 e pp.394-396.

esclusivamente il contratto di somministrazione, con conseguente imputazione del rapporto di lavoro in capo all'impresa utilizzatrice .

Il collegamento tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro somministrato porta a chiedersi se, in presenza di vizi formali e/o sostanziali del solo contratto di lavoro, si debba comunque imputare all'utilizzatore la conseguenza sanzionatoria prevista dall'articolo 27, decreto legislativo n. 276/2003.

La questione si è posta in giurisprudenza per le ipotesi in cui il lavoratore ha impugnato solo il contratto di lavoro a termine stipulato con l'agenzia fornitrice, contestando la genericità della causale in esso indicata (identica a quella del contratto di somministrazione), ed ha convenuto l'impresa utilizzatrice per chiedere l'imputazione del rapporto di lavoro in capo a quest'ultima.

In tali ipotesi la giurisprudenza ha osservato, in primo luogo, che le ragioni richieste dall'articolo 20 per il contratto di somministrazione a termine devono essere riprodotte anche nel contratto di lavoro, in quanto l'articolo 1, decreto legislativo n. 368/2001, richiamato dall'articolo 22, decreto legislativo n. 276/2003, riproduce il disposto dell'articolo 20: la sanzione di cui all'articolo 27 del decreto legislativo n. 276/2003 non potrebbe, quindi, essere evitata, *«laddove sia carente una sufficiente specificazione delle ragioni giustificative nel contratto di lavoro somministrato, semplicemente tramite una dimostrazione di motivazioni dettagliate per la prima volta negli atti processuali, poiché [...] la disciplina presuppone che il testo negoziale di cui all'art. 22, comma 2, sia completo dell'elemento di carattere formale attinente alla specificazione delle causali»* . La giurisprudenza, peraltro, ha spesso osservato che, in ogni caso, deve sempre ritenersi sussistente, in capo all'utilizzatore, l'onere di conoscere e controllare l'esatto contenuto del contratto di lavoro somministrato: *«l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti legittimanti la scissione tra la gestione normativa e la gestione tecnico-produttiva del lavoratore [...] ricade sul datore di lavoro, al quale spettadi dimostrare le condizioni che giustificano il ricorso a uno schema che del tutto si discosta da quello tipico nel quale si riscontra, invece, identità tra il soggetto gestore dell'uno e ell'altro aspetto del rapporto»* .

Nei casi menzionati, dunque, il Tribunale, dopo aver accertato la mancata specificazione delle causali del contratto di lavoro impugnato dal lavoratore e che l'utilizzatore, a sua volta, non aveva comunque fornito prova concreta della specificità delle ragioni indicate nel contratto di somministrazione ha applicato la sanzione ex articolo 27, decreto legislativo n. 276/2003 nei confronti dell'impresa utilizzatrice.

Nei casi di somministrazione a termine, infatti, l'orientamento maggioritario tende ad "allargare" i confini di responsabilizzazione della impresa utilizzatrice, addebitandole le conseguenze sanzionatorie della assenza e/o genericità delle causali del contratto di lavoro.

L'orientamento minoritario, al contrario, esclude che l'assenza o l'insufficiente specificazione delle causali del contratto di lavoro possa determinare, ex se, l'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'impresa utilizzatrice e, dunque, in caso di mancata impugnazione e/o contestazione del contratto di somministrazione, non applica la sanzione dell'articolo 27, decreto legislativo 276/2003. Ciò in forza del dato testuale per cui tale sanzione non contempla, nel suo ambito applicativo, la violazione delle disposizioni sul rapporto di lavoro somministrato.

È evidente che l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi implica una determinata valutazione dei rapporti sussistenti tra il contratto di lavoro e il contratto di somministrazione.

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO DERIVANTE DA SOMMINISTRAZIONE

Sommario: 1. Contratto di lavoro e disciplina applicabile. - 2. La forma e il contenuto del contratto di lavoro. - 3. Le mansioni e lo *ius variandi*: profili di responsabilità. - 4. Il patto di prova. - 5. La proroga del periodo di assegnazione, la continuazione dopo il termine e la successione di contratti di lavoro temporaneo. - 6. Il potere direttivo e disciplinare. - 7. Il licenziamento dei lavoratori. - 8. Il trattamento retributivo spettante al lavoratore e l'indennità di disponibilità.- 9. Il trattamento previdenziale ed assistenziale del lavoratore. - 10. I diritti sindacali. - 11. La tutela della salute e sicurezza del lavoratore temporaneo

1. Contratto di lavoro e disciplina applicabile

Il contratto stipulato tra l'agenzia per il lavoro e il lavoratore è un contratto di lavoro subordinato contraddistinto da alcune peculiarità⁷⁸. Il comma 1 dell'art. 20 dispone che *“il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato”*.

La stessa giurisprudenza ha tenuto a precisare che *“l'art. 20 comma 1 d.lgs. n. 276 del 2003 prevede espressamente che il contratto c.d. di somministrazione è quello concluso tra l'utilizzatore ed il somministratore, sicché non può essere confuso con quello, sebbene parallelo, di assunzione che intercorre, invece, tra quest'ultimo ed il lavoratore*. Ed anche la circolare esplicativa del Ministero del Lavoro del 22 febbraio 2005 n. 7 evidenzia la duplicità dei contratti, tra loro collegati ma distinti ribadendo, ove ve ne fosse bisogno, che *“il requisito della forma scritta a pena di nullità concerne espressamente il (solo) contratto di somministrazione”*⁷⁹.

⁷⁸ Sul contratto di lavoro somministrato si veda R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, op. ult. cit., 403; M.T. CARINCI - C.CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in CARINCI F. (diretto da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Utet, Torino, 2004; M. RICCI, *La somministrazione di lavoro dopo la riforma*, in R. DE LUCA TAMAJO, M.RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, Esi, Napoli, 2004, p. 103; O. MAZZOTTA, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979; P. BELLOCCHI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in *Dir lav*, I, p. 35; O. BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2001; L. MARIUCCI, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli, Milano, 1979.

⁷⁹ Tribunale Bari, 26 settembre 2007, in *Not. giur. lav.*, 2008, p.159. V. anche Tribunale Monza, 22 novembre 2005, in *Riv. critica dir. lav.*, 2006, p.327, secondo cui *il rapporto di lavoro somministrato (tanto più se a termine) ha natura speciale rispetto all'ordinario rapporto di lavoro, sicché spetta al datore di lavoro fornire la prova in ordine alle condizioni che lo legittimano (nella specie il giudice ha ritenuto insufficiente, a fronte della causale «picco di produzione», un'offerta di prova priva di indicazioni circa l'ordinario livello produttivo); e Tribunale Milano, 24 gennaio 2007, in Riv. critica dir. lav., 2008, p.159, secondo cui *la scissione fra titolare e utilizzatore, prevista dalla somministrazione di lavoro, costituisce uno schema che si discosta da quello tipicamente previsto per il contratto di lavoro nel quale vi è identità del soggetto che ha la gestione tecnico-produttiva e quella normativa*.*

Ciò premesso, e come sopra avvertito, si deve segnalare la possibilità di distinguere il contratto di lavoro somministrato⁸⁰ secondo due tipologie: il contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato (art. 22 comma primo) e il contratto di lavoro somministrato a termine (art. 22 comma secondo).

Il d.lgs. 24/2012 ha peraltro riconosciuto l'ammissibilità delle forme contrattuali c.d. speciali quale il contratto di lavoro a tempo parziale (art. 22, co 3bis, D. Lgs. 276/2003).

Negli anni, si è detto, la fattispecie ha tuttavia subito alcune modifiche ma oggi la somministrazione a tempo indeterminato è ammessa esplicitamente, ed in ciò si evidenzia il “*saltum*” rispetto alla situazione precedente del 1997 e a quella auspicata in fasi successive, per favorire maggiormente le tipiche espressioni di fenomeni di segmentazione dell'impresa che a questo punto risultano in perfetta concorrenza con il “classico” appalto.

La somministrazione a tempo determinato, peraltro, richiama espressamente le norme sul lavoro a tempo determinato di cui al d. lgs. 368 del 2001. Queste, per la stipulazione di un contratto a termine valido richiede che ricorrano “*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*” e che tali ragioni siano temporanee. In modo similare, il contratto di lavoro somministrato a termine, deve essere giustificato da ragioni di carattere organizzativo di tipo temporaneo. Se nel contratto a tempo determinato queste esigenze devono essere in capo al datore di lavoro, similmente, nel contratto di lavoro somministrato devono essere proprie del somministratore. Di qui la difficoltà di riscontrare tale esigenza nel somministratore, visto che l'attività da questo svolta riguarda fondamentalmente proprio la messa a disposizione di lavoratori⁸¹. In questa prospettiva, quindi, dovrebbe paradossalmente ritenersi regola generale l'applicazione del contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato e solo eccezionalmente la possibilità di stipulare il contratto a tempo determinato.

Con questo si escluderebbe altresì il collegamento dell'istituto considerato, pur nella sua versione a tempo determinato, anche con l'ordinaria attività svolta dall'utilizzatore e si può così facilmente concludere per la sostanziale “*acaualità*” della somministrazione a termine nei limiti della non arbitrarietà e non illiceità della stessa.

80 Cfr. M. T. CARINCI, *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 dell'impresa*, op. cit.; M. DEL CONTE, *Rimodulazione degli assetti produttivi tra libertà di organizzazione dell'impresa e tutele dei lavoratori*, in M. TIRABOSCHI (cura di) *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi, Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 419; R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, op. ult. cit., p. 403.

81 Vedi M.T. CARINCI, *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 dell'impresa*, cit., p. 64.

Ora, al di là di possibili questioni costituzionali prontamente segnalate dalla dottrina più critica nei confronti del meccanismo della somministrazione, e dei limiti di delega forse superati dal legislatore delegato, appare in ogni caso evidente la diversa funzione e *ratio* della somministrazione, a tempo indeterminato e determinato, giocata tutto intorno al difficile rapporto tra durata del lavoro temporaneo o somministrato e ampiezza causale dello stesso. E questo può comportare, *a fortiori*, una difficile relazione tra i diversi strumenti, sempre più numerosi nelle mani delle imprese, per la “fluidità” (se non destrutturazione)⁸² dei confini dell’impresa stessa, con contestuale riduzione dell’appetibilità del nuovo strumento, la somministrazione a tempo indeterminato, quantomeno sotto il profilo delle convenienze economiche delle Agenzie somministratrici; e con contestuale riduzione del quadro di tutele dei lavoratori coinvolti, “filtrate” dalla presenza del contratto commerciale da un lato e dal soggetto utilizzatore dall’altro⁸³.

Sui rapporti di lavoro sottostanti il decreto legislativo non prevede specifici requisiti di validità ma in generale richiama le norme generali. Infatti, l’art. 22 comma 2 dice che “*i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*”. Pertanto, il contratto di lavoro/somministrazione è sottoposto alla disciplina del lavoro subordinato e a tutti gli effetti rientra nel dettato dell’art. 2094 c.c.⁸⁴, salvo che per le eccezioni espressamente disposte dalle norme ad esso dedicate.

Peraltro, se il decreto legislativo detta una specifica disciplina per il contratto di lavoro somministrato ciò è dovuto alla necessità dell’implicazione di un rapporto che, oltre ad essere caratterizzato per la stipulazione di due distinti contratti, vede il coinvolgimento di tre soggetti diversi. Invero, nella somministrazione è impossibile ricondurre tutti i poteri tipicamente del datore di lavoro all’agenzia che somministra il lavoro. Se da un lato questo soggetto si impegna con il lavoratore con un contratto di lavoro, dall’altro lato il medesimo non è l’effettivo fruitore della prestazione. In quanto tale, dunque, non sarà in grado di poter esercitare il potere direttivo che solitamente gli è riconosciuto, anche se ciò non significa che tale potere verrà meno bensì che viene operata una distinzione tra il soggetto che potrà esercitare il potere direttivo da quello che invece eserciterà il potere disciplinare.

⁸²Cfr. per tutti L. MARIUCCI, *Dove va il diritto del lavoro?*, in *Lav. e dir.*, 2005, p.259-276.

⁸³ G. ZILIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 269.

⁸⁴ Si arriva a tale conclusione attraverso l’analisi della causa del contratto, la medesima nel contratto di lavoro subordinato *ex art.* 2094 e nel contratto di lavoro somministrato. In entrambi i casi vi è lo scambio fra prestazioni rese in condizioni di eterodeterminazione e retribuzione. Inoltre anche nella somministrazione si impegna a rendere la propria prestazione in conformità alle direttive impartite nell’esercizio del potere direttivo come nella subordinazione. M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo*, cit. Sulla nozione di subordinazione e interposizione di lavoro si veda anche R. DEL PUNTA, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 625 e altresì M. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 288.

In breve e sommariamente, si deve ora ricordare che l'art. 20, comma 2, dispone che *“per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore. Nell'ipotesi in cui i lavoratori vengano assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato essi rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa presso un utilizzatore, salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro”*. E' evidente quindi che, per tutto il periodo della somministrazione, il potere direttivo è esercitato dall'utilizzatore, mentre il potere disciplinare spetta all'impresa di somministrazione.

Al prestatore, d'altro canto, è corrisposto dal somministratore un trattamento economico non inferiore a quello corrisposto ai dipendenti di pari livello assunti dall'impresa utilizzatrice, mentre la stessa agenzia di somministrazione si preoccupa di versare anche i contributi previdenziali.

All'agenzia di somministrazione è versato l'importo corrispondente agli oneri retributivi e contributivi sostenuti, da parte dell'impresa utilizzatrice, cui si aggiunge un ulteriore elemento economico, che costituisce il “lucro” dell'Agenzia per il lavoro.

I due soggetti, si è già detto, sono inoltre obbligati in solido nei confronti del lavoratore nel caso di mancato adempimento dell'obbligo retributivo. Prima di esaminare in dettaglio tale importante, ma non perfetta, disposizione è il caso tuttavia di individuare la struttura della retribuzione garantita. Sul punto, chiarendo alcune incertezze derivanti dalla precedente normativa, l'art. 23, comma 4 ha precisato che sono i contratti collettivi applicabili dall'utilizzatore a determinare le erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione dei programmi concordati tra le parti o correlati all'andamento economico dell'impresa, secondo la nota formula del Protocollo del 23 luglio 1993. A monte, ovviamente, viene delineata la struttura retributiva dei lavoratori somministrati, alla quale si applicheranno, come detto, le norme generali e speciali del rapporto di lavoro subordinato. E a maggior ragione quelle dell'altra fonte tipica del rapporto, data dal contratto collettivo.

La regola della parità, o meglio del minimo, trova peraltro chiari limiti di applicazione. Ad esempio laddove, come notato in dottrina⁸⁵, manchi nell'impresa utilizzatrice un concreto parametro di riferimento dato da una figura professionale con inquadramento pari a quello del lavoratore “somministrato”; la risposta, in questi casi, pare essere quella di un raffronto virtuale, sulla base delle previsioni collettive applicabili all'impresa utilizzatrice⁸⁶. Ciò che più rileva in ogni caso, è il valore sistematico del precetto di parità, che ritrova la propria origine in modello di concorrenza

85 G. ZILIO GRANDI, *Commento, subartt. 4, c. 2-4; 8; 10, c. 1 e 3; 11, c. 1-3 legge n. 196/1997*, cit.

86Cfr. P. ICHINO, *Appalto*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, Zanichelli, 2004.

europeo tra imprese che esclude tra i fattori competitivi proprio quello del trattamento economico e lavorativo dei lavoratori.

Spostandoci su altro versante sempre l'utilizzatore risponde dei danni nei confronti di terzi arrecati dal prestatore di lavoro nell'esercizio della prestazione.

Infine, prima di approfondire gli aspetti a cui si è solo fatto cenno, si deve precisare che la disciplina applicabile al contratto di lavoro di somministrazione è quella propria del codice civile e delle leggi speciali, anche risultano presenti norme specifiche che hanno in parte derogato ai principi generali, in parte ripetuti ed in parte ancora hanno diversificato i trattamenti a seconda della tipologia contrattuale, a tempo determinato o indeterminato, a cui si fa concreto riferimento.

2. La forma e il contenuto del contratto di lavoro

Oltre quanto sopra riportato, va rilevato che il contratto di lavoro in somministrazione deve ovviamente contenere i requisiti essenziali del contratto, nel rispetto della disciplina comune dell'art. 1325 c.c. debbono essere presenti, dunque, l'accordo, la forma, la causa e l'oggetto.

Quanto al primo elemento non si deve valutare la sola coincidenza delle dichiarazioni ma deve essere fatta una valutazione sul complessivo comportamento posto in essere dalle parti.

Quanto alla forma - mezzo attraverso il quale le parti manifestano il loro consenso – essa, pur se nella generalità dei casi è significativamente libera, non essendo previste particolari modalità di manifestazione del consenso. Con chiara sopravvalutazione, tuttavia, della volontà effettivamente manifestata dalle parti nella concretezza dell'agire, subisce nel nostro caso una deroga per la quale il legislatore prevede la forma scritta⁸⁷ così come avviene al contratto di lavoro a tempo parziale (art. 2 d. lgs. 61/2000), al contratto di apprendistato (artt. 47-53 d. lgs. n. 276/2003), al contratto di inserimento (artt. 54-59 d. lgs. n. 273/2003), al contratto di lavoro intermittente (artt. 33-40 d. lgs. n. 276/2003) e al contratto di lavoro ripartito (artt. 41-45 d. lgs. n. 276/2003).

Un'ipotesi particolare riguarda la previsione, nel contratto collettivo, della forma scritta *ad substantiam* del contratto individuale. In questo caso la giurisprudenza ha precisato che i soli accordi verbali non risultano sufficienti alla costituzione di un contratto individuale valido, e, ove si verifichi che, il contratto, nullo per difetto di forma, riceva di fatto esecuzione, la nullità non produce effetto per il periodo di esecuzione della prestazione, subentrando in tal caso la particolare tutela dell'art.

⁸⁷Vedi P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit. In giurisprudenza v. Tribunale Vicenza, 15 aprile 2005, in *Rass. giur. lav. Veneto*, 2005, fasc. 2, 30, n. PILATI, secondo cui *la stipulazione in forma verbale* di un contratto per prestazioni di lavoro temporaneo determina, in applicazione dell'art. 10, comma 2°, seconda parte, legge n. 196/97, *la trasformazione di tale contratto in un contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'impresa fornitrice*; stante la tempestività della messa in mora da parte del lavoratore e la mancata richiesta di detrazione dell'*aliundeperceptum* da parte dell'impresa fornitrice, quest'ultima è obbligata al risarcimento del danno, pari alle retribuzioni maturate dalla stipulazione del contratto fino all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro.

2126 c.c., senza ulteriori conseguenze in termini di altri e diversi diritti⁸⁸. In particolare, il contratto collettivo nazionale di lavoro per le agenzie di somministrazione di lavoro nulla dispone circa la forma, e quindi la possibilità di una vincolatività, introdotta dal Ccnl, risulta allo stato solo eventuale.

Con riguardo alla disciplina precedente, va poi posto in maggior rilievo come il decreto legislativo n. 276/2003 stabilisca che il contratto di somministrazione tra agenzia ed utilizzatore debba contenere specifici requisiti di forma a pena di nullità, diversamente da quanto invece previsto nella legge n. 196/1997, ove la disciplina del contratto di lavoro stipulato tra agenzia interinale e lavoratore non doveva seguire precise particolari formalità. Così la giurisprudenza ha ribadito che *“il requisito della forma scritta a pena di nullità concerne espressamente il solo contratto di somministrazione, non il contratto di lavoro fra lavoratore e somministratore; del resto, diversamente opinando, si finirebbe per far irragionevolmente ricadere sull’utilizzatore, in un modo quanto mai gravoso, le conseguenze della mancata osservanza del requisito di un contratto rispetto al quale è formalmente estraneo e che non rientra nella sua sfera di controllo”*⁸⁹.

La norma non entra tuttavia nel merito della forma del contratto tra l’agenzia di somministrazione e il lavoratore, che pertanto, si è già avvertito, si ritiene debba seguire i principi generali e risulti dunque sottoposto alle regole generali del codice civile.

Il contratto stipulato tra l’agenzia e il lavoratore è peraltro indipendente ed autonomo rispetto al contratto stipulato tra l’agenzia e l’utilizzatore, cioè il primo non subisce l’influenza del rapporto di somministrazione qualora, ad esempio, questa cessi. Non a caso la norma di legge e la citata Circolare ministeriale n. 7/2005 apportano alcuni chiarimenti. Se pure il legislatore lascia ampia facoltà di scelta del tipo negoziale da utilizzare, e quindi l’agenzia potrà stipulare contratti a tempo indeterminato, a termine, di lavoro ripartito, a tempo parziale, intermittente e di apprendistato, è evidente che la forma richiesta dipenderà dalla tipologia contrattuale concretamente prescelta, che sarà dunque scritta, *ad substantiam* o *ad probationem*, solo nei casi in cui tale requisito è stabilito dalla legge per la specifica tipologia contrattuale utilizzata.

Più in generale, e venendo alla normativa lavoristica applicabile, i contratti di lavoro somministrato a tempo indeterminato, nel rispetto dell’art. 22, comma 1, risultano soggetti alla *“disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali”*.

⁸⁸Cass., 28 luglio 1959, n. 2412.

⁸⁹ Tribunale Bari, 27 settembre 2007 e Tribunale Prato, 2 aprile 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p.584 in cui si legge che *“a mancata tempestiva produzione in giudizio del contratto di somministrazione comporta il difetto di prova della forma scritta dello stesso, con la conseguente costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell’utilizzatore (nella specie il giudice ha respinto l’istanza dell’utilizzatore volta a ottenere un ordine di esibizione del contratto a carico del somministratore, né ha ammesso la produzione tardiva del documento da parte di quest’ultimo)”*.

Nel caso di lavoro somministrato a tempo determinato, invece, l'art. 22, comma 2, dispone che “*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'articolo 5, commi 3 e 4*”: in altre parole si prescrive come necessaria la forma scritta del contratto⁹⁰. Di conseguenza, la giurisprudenza ha ribadito tale principio attraverso pronunce che hanno sottolineato come gli oneri formali di chi assume con un contratto a termine gravino in generale su colui che beneficia delle prestazioni con contratto di somministrazione a tempo determinato. Così che il contratto di somministrazione a termine e il contratto di lavoro a tempo determinato paiono assolvere alla medesima funzione pratica di utilizzare la prestazione di lavoro per un tempo limitato e a ciò consegue che gli oneri gravanti su entrambi risultano i medesimi; in sostanza anche il contratto di lavoro somministrato deve assolvere i medesimi oneri di specificazione e forma previsti dall'art. 1, comma 2, d.lg. 6 settembre 2001 n. 368⁹¹.

Si discute inoltre sulla possibilità che possa instaurarsi con il lavoratore somministrato un contratto di inserimento o di lavoro intermittente. In questi casi la Circolare precisava che “*l'applicabilità, per quanto compatibile, della disciplina di cui al decreto legislativo n. 368 del 2001 non vale a fare di detti contratti una tipologia di lavoro a termine utilizzabile ai fini di somministrazione*”. La recente giurisprudenza ha però espresso un orientamento differente, stabilendo che non sussiste incompatibilità tra l'assunzione, da parte di un'agenzia autorizzata, con rapporto di lavoro somministrato a tempo determinato ai sensi dell'art. 20 d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e il contratto di reinserimento di cui all'art. 54 del medesimo decreto⁹².

Per quanto riguarda la causa del contratto, quale ragione pratica che spinge le parti a contrarre⁹³, essa corrisponde all'interesse che viene ad essere soddisfatto attraverso l'operazione contrattuale. Fermo restando che le parti devono perseguire interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c), la funzione economico-sociale che il contratto è volto a soddisfare appare rappresentata dallo scambio tra lavoro e retribuzione. Il decreto legislativo n. 276/2003 non si esprime circa la causa del contratto di lavoro nella somministrazione. Su questo punto la lacuna è

90 Per un commento agli articoli del decreto legislativo v. anche: E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, p. 332; P. ICHINO, *Artt.20-29*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 257.

91 Sul punto Tribunale Milano, 22 giugno 2010, n. 2831; Tribunale Monza, 27 ottobre 2009, in *Riv. critica dir. lavoro*, 2009, p. 984.

92 Vedi Tribunale Milano, 25 novembre 2008, in *Riv. critica dir. lavoro*, 2009, p.169.

93 Nella sconfinata dottrina civilistica vedi per tutti P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, II, p. 115 ss. F. FERRARA jr., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 127; E. BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1957, 32 ss.; più di recente v. G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in ANGELICI E FERRI (a cura di), *Studi sull'autonomia dei privati*, Utet, Torino 1997, p. 97 ss. U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela in Il contratto e le tutele*, Giappichelli, Torino 2002, p. 241 ss.

stata tuttavia colmata dalla giurisprudenza che è intervenuta portando chiarimenti circa il silenzio della norma e possibili dubbi risalenti ad un rapporto che non si limita ad essere tra lavoratore ed agenzia di somministrazione e quindi limitatamente a datore di lavoro e lavoratore. In questa situazione, infatti, il rapporto tra questi soggetti nasce per la volontà di soddisfare l'interesse che sorge da un altro contratto, quello di somministrazione. Per questo motivo, la giurisprudenza ha indicato la necessità che la causale del lavoro subordinato stipulato tra l'agenzia e il lavoratore debba essere corrispondente a quanto espresso nella causale del contratto di somministrazione. Si richiede dunque che sia sufficientemente specifica e dettagliata. In ogni caso, l'eventuale carenza di specificità della causale del contratto di lavoro inciderà esclusivamente sui rapporti intercorrenti tra le relative parti e non potrà essere riferita alla società utilizzatrice. Questa ultima, tuttavia, risulterà onerata della prova della sussistenza delle ragioni giustificatrici addotte, nonché del nesso di causalità fra le suddette ragioni e l'utilizzazione del lavoratore in somministrazione⁹⁴.

Circa il contenuto del contratto, infine, esso deve contenere l'insieme delle dichiarazioni che rientrano nell'accordo e, nella sostanza, viene a coincidere con l'oggetto del contratto. Nel contratto di lavoro, di regola, l'oggetto del contratto è costituito tanto dalla prestazione di lavoro (manuale od intellettuale) quanto dalla retribuzione. La somministrazione rappresenta tuttavia un caso particolare, poiché il contenuto del contratto comprenderà questo requisito ma la prestazione non sarà eseguita a favore il datore di lavoro bensì a favore dell'utilizzatore. Inoltre il decreto legislativo dispone che le ulteriori informazioni contenute nel contratto di somministrazione, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, siano comunicate per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore (art. 21, comma 3°). Inoltre, nel rispetto del principio generale che non consente una dissociazione tra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo, di cui il fenomeno della somministrazione costituisce comunque una deroga, seppure ampia, si pone l'obbligo all'utilizzatore di garantire che la prestazione sia in concreto corrispondente alle ragioni previste, verificabili dal lavoratore; dette ragioni, per esigenza di certezza del diritto e per consentirne il controllo, devono risultare per iscritto e devono essere comunicate per scritto al lavoratore, assieme agli altri elementi del contratto di somministrazione⁹⁵.

Il contratto di lavoro somministrato può, inoltre contenere anche taluni elementi accidentali propri del contratto di lavoro subordinato in genere, ma in questo caso vale la regola generale per cui non devono considerarsi essenziali ai fini della validità dello stesso; essi rappresentano infatti mere

94Cfr. Tribunale Milano, 29 gennaio 2009 in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p.23.

95Vedi Corte di appello Milano, 12 gennaio, 2009, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, p.138.

clausole accessorie rimesse alla volontà delle parti e dunque non assimilabili ad elementi obbligatori a pena di nullità.

3. Le mansioni e lo jus variandi: profili di responsabilità.

Premesso che il contratto di somministrazione deve contenere l'indicazione delle mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento (art. 21, comma 1° lettera f), e che tale indicazione appare estremamente importante per comprendere il trattamento retributivo a cui i lavoratori hanno diritto, considerato che l'art. 23, comma 1°, precisa che il trattamento economico non può essere inferiore a quello dei dipendenti di pari livello assunti direttamente dall'utilizzatore, a parità di mansioni svolte, occorre considerare la soppressione, rispetto alla legge del 1997, della previsione secondo la quale al prestatore di lavoro temporaneo non poteva comunque essere corrisposto il trattamento previsto per la categoria di inquadramento di livello più basso quando tale inquadramento era considerato dal contratto collettivo come avente carattere esclusivamente transitorio. L'eliminazione di questa specificazione, a detta del Ministero del lavoro (v. la più volte citata Circolare del Ministero del lavoro 22 febbraio 2005), deve interpretarsi nel senso che l'applicazione del principio della parità di trattamento deve essere oggi operata tenendo conto delle mansioni cui è adibito il lavoratore in somministrazione, nonché della specifica professionalità dallo stesso esplicitata. Lo stesso lavoratore, inoltre, deve essere informato se le mansioni alle quali è adibito richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici (art. 23, comma 5), e il compito di dare notizia dei rischi spetta all'utilizzatore, conformemente a quanto già previsto dal decreto legislativo 626 del 1994. Ovviamente, sarà l'utilizzatore a dover rispettare nei confronti del lavoratore somministrato gli stessi obblighi di sicurezza previsti per propri dipendenti ed è responsabile nel caso di violazione degli stessi.

In tema di modificazione delle mansioni, si notano profonde differenze tra la regola generale per i contratti di lavoro subordinato in genere e quanto disposto per la somministrazione⁹⁶.

Nell'art. 2103 c.c. si legge, infatti, che “*il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è assunto*”. Nell'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro rientra cioè la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti, e senza il preventivo consenso del medesimo, fermo restando il divieto dell'assegnazione di mansioni non equivalenti o inferiori alle precedenti. Sempre secondo la norma codicistica, come modificata dallo Statuto dei diritti dei lavoratori, ogni patto contrario sarebbe nullo, così che la deroga alla norma non risulta ammessa né a livello di contratto

⁹⁶Cfr. M. VITALETTI, *Il contratto di somministrazione e l'appalto*, in A. MARESCA (a cura di), *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi*, Franco Angeli, Milano, 2009, p.49.

collettivo né di pattuizione individuale. Il lavoratore potrà, invece, essere assegnato allo svolgimento di mansioni superiori, ma in tal caso avrà “*diritto al trattamento corrispondente all’attività svolta*”. Come si anticipava, la disciplina è diversa, nel caso della somministrazione, fondamentalmente in conseguenza dell’esistenza di un rapporto trilaterale. Se, si è detto, al soggetto utilizzatore compete l’esercizio del potere direttivo, altrettanto avviene anche per la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni superiori o comunque a mansioni non equivalenti a quelle dedotte in contratto. In questo caso, tuttavia, l’utilizzatore deve necessariamente darne notizia al somministratore per iscritto, nonché consegnarne copia al lavoratore. E pertanto, nel caso di inadempimento del menzionato obbligo di informazione, l’utilizzatore risponderà in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori, così come lo stesso utilizzatore risponderà anche per l’eventuale risarcimento del danno derivante dall’assegnazione a mansioni inferiori. Ove, invece, all’obbligo di comunicazione sia stata data regolare esecuzione, troverà applicazione la regola generale in base alla quale somministratore e utilizzatore rimangono solidalmente responsabili.

Ma vi è di più, perchè la giurisprudenza ha ravvisato nell’attribuzione di mansioni, diverse rispetto a quelle individuate nel contratto, anche un’ipotesi di somministrazione irregolare in quanto non rispettosa delle condizioni previste all’art. 20 e 21, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n. 276 del 2003. Pertanto, “*a norma dell’art. 27 d.lgs. n. 276/2003 (risulta) legittima la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato - stante la nullità con il contratto stipulato, del termine ivi apposto - con l’utilizzatore con effetto dall’inizio della somministrazione*”⁹⁷.

Visto il tipo di relazione che si instaura, di tipo trilaterale, non sembra infine di facile soluzione individuare le fattispecie di responsabilità che si muovono attorno alla tipologia di cui trattasi⁹⁸. Infatti, il rapporto di somministrazione “*contraddice un principio fondamentale che informa tutta la disciplina giuslavoristica: quello della effettività e materialità del rapporto di lavoro nonché dell’imputazione della titolarità del rapporto in capo all’effettivo fruitore delle prestazioni lavorative ed al soggetto da cui il lavoratore sia eterodiretto, il cui accertamento giudiziale può*

⁹⁷Cfr. Tribunale Ascoli Piceno, 24 giugno 2008 in *Dir. e lav. Marche*, 2008, p.300.

⁹⁸ Così Tribunale di Napoli, 5 luglio 2012, n. 19941: “*Per somministrazione di lavoro si intende il contratto di fornitura professionale di manodopera concluso da ogni soggetto, denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, denominato somministratore, a ciò autorizzato. La somministrazione di lavoro dà vita ad un rapporto giuridico che coinvolge tre soggetti - un rapporto trilatero (tra lavoratore e somministratore, tra somministratore ed utilizzatore, tra lavoratore e somministratore) - in cui bisogna distinguere il contratto di somministrazione ed il contratto di lavoro, due contratti "distinti, ma collegati", essendo ciascuno funzionalizzato ad esigenze diverse, ma postulando entrambi un collegamento negoziale fra le pur distinte fonti contrattuali ed un rapporto necessariamente trilaterale fra i soggetti dell’operazione, tutti coinvolti, per la reciproca integrazione che avviene fra i loro interessi, in un rapporto di lavoro caratterizzato dalla scissione fra gestione normativa e gestione tecnico-produttiva del lavoratore, diverso da quello tipico che postula, invece, l’identità fra soggetto gestore della fase normativa e quello gestore della fase tecnico produttiva*”

avvenire contro qualsiasi apparenza di carattere formale”⁹⁹. A tal riguardo, la Suprema Corte si era in precedenza espressa affermando che doveva escludersi la possibilità di configurare due diversi datori di lavori¹⁰⁰, “*dovendosi considerarsi come parte datoriale solo colui su cui in concreto fa carico il rischio economico dell’impresa nonché l’organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore ... Per andare in contrario avviso non può sostenersi neanche che l’indicato principio di carattere generale ha perduto consistenza giuridica a seguito dell’entrata in vigore del D. Lgs. n. 276 del 2003*”; e con riferimento alla dissociazione tra titolare e utilizzatore ancora i Giudici aggiungono che “*allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti del legislatore per la suddetta disarticolazione si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro come avviene in ipotesi di “somministrazione irregolare” ex art. 27; fattispecie che, giusta quanto sostenuto in dottrina, continuano ad essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera*”¹⁰¹.

4. Il patto di prova.

Secondo le regole codicistiche il contratto di lavoro ammette la possibilità di apposizione di un patto di prova. Come noto, l’art. 2096 c.c. dispone la possibilità che le parti del contratto individuale di lavoro pattuiscano un periodo di prova per sperimentare la reciproca convenienza del rapporto, sicché in tal senso la prova costituisce un elemento meramente accidentale del contratto, il quale può essere dunque stipulato anche in via definitiva senza tale clausola.

⁹⁹Vedi Cass. 22 giugno 2010, 15055, in *Mass.*, 2010, p.682.

¹⁰⁰In dottrina cfr. P. TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro (una riflessione sulla struttura del rapporto di lavoro)*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p.85; M. MARAZZA, *L’interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di disoccupazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, p.103; G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Franco Angeli, Milano, 1995.

¹⁰¹Tribunale Trieste sez. lav. , 12/09/2012, n. 253: “*La somministrazione regolare rientra in una forma di impiego del lavoratore consentito dal legislatore anche se la dissociazione tra il datore di lavoro formale e l’effettivo utilizzatore della fattispecie deve essere verificato puntualmente dal giudicante che ha il dovere di sindacare l’effettiva sussistenza delle esigenze cui si collega la “missione” del dipendente interinale, allo scopo di escludere il rischio di abuso dello strumento contrattuale. Qualora l’irregolarità della somministrazione emerga dal fatto che il riferimento causale dell’apposizione del termine (sostituzione di lavoratori in ferie estive) risulta diverso da quello indicato nel contratto (temporanea utilizzazione in qualifiche aziendali temporaneamente scoperte), in difetto di prova dell’esistenza di ragioni organizzative tali da giustificare il ricorso alla somministrazione applicando l’art. 27 d. lg. n. 276 del 2003, trattandosi di somministrazione irregolare, compete al giudice il potere di costituire un rapporto a tempo indeterminato del tutto nuovo tra l’utilizzatore e il somministrato.* “

In tal senso anche Tribunale Milano, 14 aprile 2004, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, p. 583; v. altresì Cass., Sez. Un., 26 ottobre 2006, n. 22910, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 1011; sulla questa decisione si veda R. DEL PUNTA, *Divieto di interposizione e responsabilità dell’interposto*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, p.503 ss.; Cass., 12 ottobre 2006, n. 21818, in *Or. giur. lav.*, 2007, I, p. 744; Tribunale Milano, 5 febbraio 2007, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 809; in relazione alla disciplina del lavoro temporaneo (legge n. 196/1997) v. Cass., 1° febbraio 2008, n. 2488, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p.22. In dottrina cfr. O. MAZZOTTA, *La dissociazione tra datore di lavoro e utilizzatore della prestazione*, in A. VALLEBONA (cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, Torino, 2009, p. 925. V. anche *supra*, paragrafo 2.

La causa del patto di prova va individuata nell'interesse e nella tutela di entrambe le parti del rapporto di lavoro ad attuare il suddetto esperimento, e dunque sia favore del datore di lavoro che del lavoratore, almeno formalmente. In particolare, il datore di lavoro potrà accertare le attitudini e le capacità professionali nonché la personalità del prestatore e questo ultimo potrà verificare le concrete modalità esecutive del rapporto lavorativo propostogli, la sua convenienza, l'esattezza e la puntualità dell'adempimento del primo¹⁰².

Le parti devono tuttavia accordarsi per iscritto sul patto di prova e vi deve essere specifico riferimento alle mansioni per le quali la prova è prevista, al lavoratore in prova spetterà il normale trattamento retributivo, ivi compreso il diritto alle ferie e all'indennità di fine rapporto di lavoro. Salva la previsione espressa di una durata minima della prova, peraltro, durante il periodo di prova ovvero alla sua scadenza le parti risultano libere di recedere senza preavviso e la relativa indennità sostitutiva, con la mera conseguenza che, in caso di dimissioni o licenziamento, al lavoratore spetterà solo la retribuzione per le ore lavorate.

Va rilevato come il periodo di prova sia di regola specificamente regolato nei contratti collettivi¹⁰³, in particolare ammettendosi che il patto sia apposto anche nel caso di stipulazione di un contratto di somministrazione, sia esso a tempo determinato che a tempo indeterminato. Tale aspetto trova una propria specifica regolazione nell'articolo 28 del CCNL per le Agenzie di somministrazione del 24 luglio 2008. La norma stabilisce invero che, nel caso di un rapporto di lavoro (somministrato) a tempo determinato, è consentito apporre un periodo di prova per ogni singola missione. Viene esclusa invece tale possibilità laddove intervengano successive missioni del lavoratore presso la medesima impresa utilizzatrice e con le medesime mansioni, altresì se esse si collocano entro 12 mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro precedente. Il periodo di prova è inoltre contrattualmente determinato in 1 giorno di effettiva prestazione per ogni quindici giorni di calendario a partire dall'inizio della missione. In ogni caso il periodo di prova non può essere inferiore a 1 giorno e superiore a 11 per missioni fino a 6 mesi nonché a 13 per missioni superiori a 6 mesi, restando così possibile che, per le missioni di durata inferiore a 15 giorni, possa essere stabilito un solo giorno di prova.

Tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la stipulazione del patto di prova in due contratti successivamente stipulati fra le parti allorché lo stesso sia rispondente alle sue specifiche finalità,

¹⁰² Sul patto di prova v. per tutti R. NUNIN, *La clausola di prova*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato, costituzione e svolgimento*, vol. II, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro, Commentario*, Torino, Utet, 2007.

¹⁰³ Per un approfondimento I. ALVINO, *La disciplina collettiva dell'appalto e della somministrazione*, in *Il contratto di somministrazione e l'appalto*, in A. MARESCA (a cura di), *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi*, op. cit., p. 69 ss.

ovvero riguardando non solo le capacità professionali ma altresì il *modus vivendi* o addirittura eventuali problemi di salute del lavoratore. Per la medesima ragione, deve *a contrario* ritenersi illegittimamente apposto un patto di prova che non sia funzionale alla citata e reciproca sperimentazione, per essere questa già intervenuta, e con esito positivo, attraverso lo svolgimento di un precedente rapporto tra le parti, anche per il tramite di un'agenzia di lavoro temporaneo o somministrato, avente ad oggetto le medesime mansioni.

In applicazione dei suddetti principi la giurisprudenza ha ritenuto ingiustificato e nullo *ex art.* 1418 c.c. il patto di prova stipulato successivamente ad un contratto di lavoro interinale, durante il quale il prestatore aveva svolto le medesime mansioni del contratto di lavoro poi intervenuto, di modo che il datore di lavoro aveva pertanto già potuto verificare, e per un congruo periodo di tempo, le attitudini professionali del lavoratore.

Dall'accertata nullità del patto di prova discenderà, come noto, l'ingiustificatezza del recesso intimato sul presupposto di un valido patto di prova, con conseguente condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno corrispondente (trattandosi di rapporto di lavoro a tempo determinato) alle retribuzioni non corrisposte fino alla data di reperimento di un'altra attività lavorativa nel periodo anteriore alla scadenza del termine inizialmente pattuito¹⁰⁴.

5. La proroga del periodo di assegnazione, la continuazione dopo il termine e la successione di contratti di lavoro temporaneo.

¹⁰⁴ Cass., sez. Lav., 22/06/2012, n. 10440 “*Nel lavoro subordinato, il patto di prova tutela l'interesse di entrambe le parti del rapporto a sperimentarne la convenienza, dovendosi ritenere l'illegittimità del fatto ove la suddetta verifica sia già intervenuta, con esito positivo, per le specifiche mansioni in virtù di prestazione resa dallo stesso lavoratore, per un congruo lasso di tempo, a favore del medesimo datore di lavoro. Ne consegue che la ripetizione del patto di prova in due successivi contratti di lavoro tra le stesse parti è ammissibile solo se essa, in base all'apprezzamento del giudice di merito, risponda alla suddetta causa, permettendo all'imprenditore di verificare non solo le qualità professionali, ma anche il comportamento e la personalità del lavoratore in relazione all'adempimento della prestazione, elementi suscettibili di modificarsi nel tempo per l'intervento di molteplici fattori, attinenti alle abitudini di vita o a problemi di salute. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha respinto il ricorso del datore di lavoro avverso la declaratoria di nullità del secondo patto di prova, apposto al contratto a tempo indeterminato stipulato appena quindici giorni dopo la scadenza del rapporto a termine, durato tra le stesse parti per quasi sette mesi, non avendo l'imprenditore dimostrato l'esistenza di uno specifico motivo di rivalutazione delle caratteristiche del lavoratore)*”.

Cfr. Tribunale Busto Arsizio, 22 gennaio 2002, in *Riv. critica dir. lav.*, 2002, p. 345 secondo la quale “ai sensi dell'art. 2096 c.c. il periodo di prova è finalizzato all'accertamento da parte del datore di lavoro delle capacità professionali del lavoratore; deve pertanto ritenersi nullo il patto di prova allorché il dipendente abbia già svolto le medesime mansioni presso la medesima impresa in forza di un contratto di lavoro interinale, poiché in tale ipotesi le parti hanno già potuto sperimentare la proficuità della collaborazione (nella specie i due rapporti si erano succeduti senza soluzione di continuità)”. Conformemente anche Trib. Milano 11 maggio 2001, in *Lav. giur.*, 2002, p. 288: è illegittimo il patto di prova apposto ad un contratto di lavoro che faccia seguito ad un periodo di prestazione nell'azienda come lavoratore interinale, quando le mansioni svolte nei due periodi siano sostanzialmente le stesse e sempre che il motivo del recesso non sia inerente ad elementi del rapporto sperimentabili soltanto con la dipendenza diretta.

L'art. 22, comma 2 del d.lgs. 276/2006 prevede che il termine inizialmente posto al contratto di lavoro possa essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore.

A fronte dell'ampia formulazione della norma si deve escludere, nei casi previsti dalla contrattazione collettiva, l'applicabilità dei limiti di legge in base al quale è possibile prorogare solo contratti a termine di durata iniziale inferiore a tre anni ed entro tale limite massimo.

La disciplina della proroga nel contratto di somministrazione, in deroga alle disposizioni del d.lgs. 368/2001, rinvia al contratto collettivo nazionale del settore.

La proroga deve, comunque, essere giustificata da ragioni oggettive e la cui verifica deve essere condotta con riferimento alla originaria esigenza che ha determinato la condizione di ricorso alla somministrazione di lavoro in capo al somministratore ovvero come risultante del contratto di somministrazione relativamente all'organizzazione dell'utilizzatore¹⁰⁵. Sussiste inoltre il vincolo dell'identità delle attività per la quale il contratto di somministrazione era stato stipulato. Essa, infatti, identifica il contratto originario e conseguentemente giustifica la proroga e non la stipulazione di un nuovo contratto.

La disposizione di legge non prevede alcun vincolo relativamente al fatto che le proroghe debbano intervenire per lo stesso tempo previsto nella missione iniziale.¹⁰⁶

L'art.42 del CCNL Somministrazione recita: "Con riferimento al dettato previsto all'art. 22, comma 2, secondo periodo, del D. Lgs 276 del 2003, il periodo di assegnazione iniziale può essere prorogato per 6 volte nell'arco di 36 mesi. Il periodo temporale dei 36 mesi si intende comprensivo del periodo iniziale di missione, fermo restando che l'intero periodo si configura come un'unica missione".

Per quanto concerne la prosecuzione dell'attività oltre la scadenza del termine contrattualmente fissato, il legislatore ha espressamente richiamato l'applicazione di quanto stabilito dalla disciplina sul lavoro a termine.

Sulla possibilità di stipulare successivi contratti di lavoro a termine, a differenza di quanto accadeva in passato, il legislatore ha rinviato *in toto* alla disciplina del lavoro a termine, stabilendo tuttavia la non applicazione dei commi 3 e 4, art. 5, d.lgs. 368/2001 ai rapporti di lavoro inerenti la somministrazione, e rendendo in tal modo lecite sia le ipotesi di riassunzione ravvicinata, sia

¹⁰⁵ In tal senso Tribunale di Roma, sez. Lavoro, 17 febbraio 2009; Tribunale di Siracusa, sez. Lavoro, 27 gennaio 2009; Tribunale di Roma, 13 marzo 2009; Tribunale di Treviso, sez. Lavoro, 16 settembre 2010; Tribunale di Treviso, sez. Lavoro, 17 settembre 2010, tutte inedite a quanto consta.

¹⁰⁶ Si precisa tuttavia che la disciplina speciale per la proroga sembrerebbe non valere nel caso di contratto di lavoro a termine stipulato in funzione di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato, ove, in ossequio all'art. 22, comma 1° la relativa proroga deve ritenersi soggetta alla disciplina generale posta dall'art. 4, d.lgs. n.268/2001.

l'ipotesi di assunzioni successive a termine senza soluzione di continuità, con una buona dose di flessibilizzazione, in tal modo, nell'impiego della somministrazione di lavoro.¹⁰⁷

6. Il potere direttivo e disciplinare.

Ai sensi dell'art. 20, comma 2°, il lavoratore somministrato svolge la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione ed il controllo dell'impresa utilizzatrice. Da ciò si deduce che l'interesse di cui all'art. 2104 c.c., che il lavoratore somministrato è chiamato a soddisfare, è certamente riferito alla stessa impresa, pur con riguardo al complesso tecnico organizzativo entro il quale l'attività lavorativa si svolge. Da ciò si evince che il contratto di somministrazione determina un particolare atteggiarsi delle obbligazioni connesse al rapporto di lavoro che intercorre tra l'Agenzia di somministrazione ed il lavoratore. Alcune di queste obbligazioni subiscono infatti degli adattamenti, in considerazione della scissione tra titolarità giuridica del rapporto ed effettiva utilizzazione della prestazione che si verifica nella somministrazione.

Così, rispetto allo schema tipico del lavoro subordinato ex art. 2094 c.c., il potere direttivo e disciplinare è soggetto ad una disciplina speciale, che tiene conto della necessità di includere nel loro esercizio non solo il datore di lavoro formale, ma anche quello sostanziale, ovvero il soggetto utilizzatore.

Secondo quanto prevede l'art. 20 comma 2°, dunque, per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse e sotto il controllo e la direzione dell'utilizzatore. E tuttavia il datore di lavoro formale non viene privato completamente del potere direttivo nei confronti dei propri dipendenti; egli rimane infatti titolare di tale potere nella fase di assegnazione all'utilizzatore e nelle fasi precedenti e successive allo svolgimento della prestazione.

Ciò che, inoltre, comporta lo stesso sdoppiamento dell'obbligo di diligenza, relativo sia nei confronti sia del somministratore che dell'utilizzatore, verso il quale ultimo è "parametrato" a quanto imposto ai lavoratori (comparabili) dipendenti dall'utilizzatore. A sua volta il dovere di fedeltà trova attuazione nei riguardi di entrambe le realtà imprenditoriali presenti nello schema negoziale. Nei confronti di quest'ultimo esso si sostanzia prevalentemente nell'obbligo di astenersi dal compimento di atti suscettibili di arrecare pregiudizio all'organizzazione produttiva. Viceversa, nei confronti del

¹⁰⁷A tal proposito c'è da chiedersi se fosse questo il risultato realmente voluto dal legislatore alla luce della *ratio* che ancora oggi governa i fenomeni interpositori; se è vero che è ammissibile la ripetizione anche ravvicinata delle missioni da parte dello stesso lavoratore presso la medesima impresa, è altresì vero che la somministrazione è ammissibile solo a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività per esigenze di carattere temporaneo individuate ai sensi del comma 2°, art. 1, legge n. 196/1997.

somministratore la fedeltà del lavoratore si concretizza essenzialmente nell'obbligo di non concorrenza¹⁰⁸.

Particolare regolamentazione è prevista per il potere disciplinare, il quale pur rimanendo fondamentalmente incardinato in capo all'Agenzia datore di lavoro, di fatto presuppone un'indispensabile attività propulsiva dell'utilizzatore. Così, l'esercizio del potere disciplinare è riservato al somministratore, ma compete all'utilizzatore il compito di comunicare all'Agenzia gli elementi che formeranno oggetto della contestazione disciplinare. L'utilizzatore, pertanto, assolve ad un ruolo informativo essenziale, in quanto, sebbene la valutazione del comportamento e l'eventuale irrogazione delle sanzioni rientri nella piena discrezionalità del datore di lavoro formale, tali atti non potranno prescindere dalla qualità e dalla quantità delle informazioni fornitegli dall'utilizzatore¹⁰⁹.

7. Il licenziamento del lavoratore.

Il licenziamento del lavoratore somministrato o meglio alle dipendenze di una Agenzia per il lavoro presenta alcune peculiarità. Anzitutto, durante il periodo di prova presso l'utilizzatore il somministratore potrà esercitare il recesso *ad nutum*, a seguito di un giudizio non positivo espresso dall'utilizzatore. Terminato il periodo di prova il recesso è invece ammesso solo per giusta causa nel caso di rapporto a termine, mentre, nel caso di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, si dovrà applicare la disciplina generale in materia.

Il potere di recesso è evidentemente attribuito e riferibile alla sola impresa fornitrice e da questa esercitato, ma tale va da sé che esso potrà esercitarsi prevalentemente con riferimento a comportamenti ed inadempienze compiute nei confronti dell'impresa utilizzatrice e da quest'ultima comunicate.

Di più difficile soluzione appare la questione nel caso di somministrazione a tempo indeterminato con l'agenzia di somministrazione.

Mentre nel contratto a termine (*rectius* nella somministrazione a tempo determinato) l'unico rapporto di lavoro a cui fare riferimento per accertare eventuali mancanze o inadempienze è quello

108 Tra le poche Trib.Milano, 4 marzo 2009, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009,1,183 con nota di SCORCELLI: "Ai sensi dell'art. 2125 c.c., deve ritenersi nullo il patto di non concorrenza la cui ampiezza sia tale, in ragione del tipo di attività vietata e della sua estensione territoriale, da comportare una drastica limitazione della libertà della capacità lavorativa e professionale del lavoratore tenuto conto della specifica professionalità da questi acquisita (nella fattispecie, è stato ritenuto nullo un patto di non concorrenza della durata di un anno esteso a tutto il territorio italiano e avente a oggetto lo svolgimento di qualsiasi attività in concorrenza con la datrice di lavoro, attiva nel settore somministrazione di lavoro e selezione del personale, stipulato con un lavoratore che aveva maturato esperienze professionali solo in quel campo, stante l'impossibilità per il lavoratore di utilizzare all'estero tale professionalità in considerazione della normativa specifica applicabile alla realtà italiana)".

109 Il meccanismo richiama alla mente quel che avviene nel settore del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 55 d.lgs. n. 165/2001 e succ. modifiche: cfr. per tutti S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in SCIALOJA e BRANCA(a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2003.

con l'utilizzatore, nei casi in cui il contratto sia a tempo indeterminato le inadempienze si potranno verificare anche nei confronti dell'agenzia, durante gli intervalli tra una missione e l'altra. Durante i periodi di missione invece, non vi è ragione di ritenere di poter applicare una disciplina di recesso diversa rispetto al lavoratore a tempo determinato e, quindi, il licenziamento sarà riconducibile solo alle ipotesi di giusta causa.

Se questo è vero, solo negli intervalli di attesa l'esecuzione del contratto riassume i connotati propri di un rapporto privo di un termine, e deve ritenersi applicabile la disciplina generale di cui alla l. n. 604/1966, di modo che il recesso potrà essere determinato anche da aventi relativi al rapporto di agenzia inquadrabili nello schema del giustificato motivo oggettivo o soggettivo.

Quanto ai casi di illegittimità del recesso e alle relative conseguenze, occorre i diversi regimi concretamente applicabili, caso per caso.

Per i contratti per prestazioni di lavoro a termine, al licenziamento ingiustificato conseguirà così il diritto del lavoratore al risarcimento del danno, corrispondente alle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito se il rapporto non fosse stato anticipatamente risolto, salva la prova dell'*aliunde perceptum*.

In caso di contratto di lavoro a tempo indeterminato, e dunque durante i soli periodi di disponibilità, troverà invece applicazione – a seconda dei limiti dimensionali dell'impresa di somministrazione – il regime di tutela reale ovvero obbligatoria¹¹⁰.

8. Il trattamento retributivo spettante al lavoratore e l'indennità di disponibilità

110 Nella scarsa giurisprudenza sul punto v. Trib. Milano 26 gennaio 2009, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, 2, p.414 con nota di VESCOVINI, secondo la quale “nell'ipotesi di illegittimità del contratto di somministrazione, il contratto con l'impresa fornitrice viene sostituito per espressa previsione di legge da un rapporto di lavoro direttamente alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice, per cui la risoluzione del rapporto di lavoro alla scadenza contrattualmente prevista configura un licenziamento orale e per fatti concludenti, con applicabilità dell'art. 18 l.n.300/1970”; conf. Trib. Milano 13 marzo 2007, e Trib. Milano, 14 febbraio 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 2, p.413 con nota di BERETTA per la quale “ai sensi dell'art. 21, comma 4° d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, è nullo il contratto di somministrazione privo dell'indicazione scritta relativa alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che giustificano il ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato (nella specie il contratto non era stato prodotto in giudizio); conseguentemente, il lavoratore deve essere considerato a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore e, in caso di licenziamento, si applicano le conseguenze ex art. 18 st. lav., a nulla rilevando che, successivamente al rapporto di somministrazione e senza soluzione di continuità, la società utilizzatrice e la lavoratrice avessero stipulato un contratto di lavoro a tempo determinato per ragioni sostitutive; Tribunale Monza 22 novembre 2005, in *Riv. critica dir. lav.*, 2006, 1, p.327: “In caso di utilizzo illegittimo del contratto di lavoro somministrato a termine, va dichiarata la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore ex art. 27 d.lg. 10 settembre 2003 n. 276 e tale rapporto deve ritenersi a tempo indeterminato stante l'automatica sostituzione della clausola nulla ex art. 1419 comma 2 c.c.; trattandosi poi di scadenza di termine illegittimamente apposto non può trovare applicazione il regime sanzionatorio del licenziamento”. V. anche Trib. Pesaro, 7 luglio 2009, in *Riv. critica dir. lav.*, 2009, p.1026 con nota di MERONI: “La mera diversità di criterio di calcolo della retribuzione utilizzato dall'agenzia di somministrazione (retribuzione a ora) rispetto a quello previsto dal contratto collettivo applicabile ai dipendenti dell'impresa utilizzatrice (mensilizzazione indipendente dall'effettivo numero di ore lavorate) non costituisce un trattamento deteriore per il lavoratore”.

Anche l'obbligazione retributiva ed i connessi obblighi contributivi si atteggiano in maniera particolare nel contratto di somministrazione. Il soggetto obbligato nei confronti del lavoratore al pagamento della retribuzione e all'assolvimento degli obblighi contributivi è il somministratore come previsto dall'art. 21, co. 1, lett. h). Tuttavia, questi deve necessariamente raccordarsi con l'utilizzatore, il quale è tenuto a trasmettergli tutte le informazioni relative al trattamento retributivo applicabile ai lavoratori di lui dipendenti che svolgono pari mansioni (art. 21, co. 1, lett. j); e una volta versata la retribuzione e corrisposti i contributi previdenziali, il somministratore ha diritto di ottenere il rimborso dall'utilizzatore degli oneri effettivamente sostenuti per retribuzioni e contributi (art. 21, co. 1, lett. j e i).

Per quanto riguarda il trattamento economico e normativo del lavoratore somministrato, ad esso si applica il principio di parità di trattamento con i dipendenti dell'utilizzatore adibiti a mansioni analoghe, e ciò con riguardo al trattamento economico e normativo, che dovrà essere "complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livelli dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte" (art. 20, co 1, D. Lgs. 276/2003, modif. dal d. lgs. 24/2012). Il rinvio al trattamento complessivo lascia intendere che l'obbligo di parità di trattamento non vada valutato con riferimento ai singoli aspetti del rapporto di lavoro, che possono anche non ricevere identica disciplina; ciò che è essenziale tuttavia per la legge è che il trattamento globalmente riservato al lavoratore somministrato non sia inferiore, appunto nel suo complesso, a quello goduto dai dipendenti – comparabili con il lavoratore somministrato – dell'utilizzatore.

Il legislatore non fornisce chiarimenti in ordine alle fonti dei trattamenti per cui deve essere garantita la parità. E' ragionevole tuttavia ritenere che oggetto della previsione legale siano i trattamenti applicati alla generalità dei dipendenti dell'utilizzatore in quanto previsti dal contratto collettivo nazionale e, se presente, da quello integrativo, da regolamenti aziendali o dalla prassi aziendale, ma non i trattamenti individuali attribuiti *ad personam*, in quanto per essi, differenziati a livello individuale, sarebbe impossibile operare una corretta comparazione.¹¹¹

L'art. 22 comma 3° riconosce inoltre al lavoratore assunto a tempo indeterminato il diritto di percepire un'indennità di disponibilità per i periodi in cui rimane in attesa di assegnazione.

¹¹¹ Tuttavia la legge lascia aperta la possibilità ai contratti collettivi di inserire delle deroghe al principio di parità. I contratti collettivi applicati dall'utilizzatore possono infatti stabilire modalità e criteri per la corresponsione della retribuzione variabile legata al conseguimento di obiettivi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa, potendo così prevedere criteri differenziati di calcolo della retribuzione variabile. In dottrina v. G. ZILIO GRANDI, *I fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo dopo la riforma del mercato del lavoro*, in E. GRAGNOLI e A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 45 ss.; di recente G. FALASCA, *Somministrazione: si applica l'indennità sostitutiva del risarcimento danni*, in *Giur. Lav.*, 2011, 9, p.12.

La corresponsione dell'indennità è dovuta al lavoratore in tutte le ipotesi in cui non svolga la prestazione presso un utilizzatore, indipendentemente dal fatto che la sua inattività sia dovuta ad una cessazione anticipata dell'assegnazione ovvero consegua all'esaurimento della durata inizialmente convenuta nella missione.

Sotto il profilo giuridico, peraltro, l'indennità viene inquadrata dalla dottrina come il corrispettivo (retributivo) della disponibilità resa dal lavoratore al somministratore nei periodi di intervallo che separano successive assegnazioni¹¹².

La sua misura è individuata dal contratto collettivo applicato al somministratore, e comunque nell'importo minimo, inderogabile in senso peggiorativo sia a livello individuale sia a livello collettivo, essa è stabilita e periodicamente aggiornata da un Decreto del Ministero del Lavoro¹¹³.

Se durante il periodo di disponibilità il lavoratore svolge la propria attività presso lo stesso somministratore la sua indennità sarà proporzionalmente ridotta (circ. Min. Lav. 7/2005).

Si segnala, inoltre, che in seguito della riforma Fornero non è più possibile derogare al principio della parità di trattamento nei contratti di somministrazione conclusi nell'ambito di specifici programmi di formazione, inserimento e riqualificazione professionale erogati in favore dei lavoratori svantaggiati. L'art. 23, comma 2 del d.lgs. 276/2003 è stato, infatti, abrogato.

9. Il trattamento previdenziale ed assistenziale del lavoratore.

L'impresa somministratrice è gravata degli oneri contributivi, previdenziali ed assistenziali, previsti dalla vigenti disposizioni di legge, anche se poi tali oneri vengono rimborsati dall'impresa utilizzatrice. In caso di mancato adempimento da parte dell'impresa somministratrice emerge tuttavia una responsabilità solidale dell'impresa utilizzatrice sia nei confronti del lavoratore che dell'ente previdenziale, limitatamente nei periodi di effettiva adibizione dei lavoratori nella propria organizzazione imprenditoriale.

L'obbligazione solidale dell'impresa utilizzatrice, sussidiaria, presuppone la precedente escussione del creditore principale ed un atto di costituzione in mora dopo la infruttuosa scadenza del termine di pagamento imposto all'impresa fornitrice. Pare tuttavia da condividere la limitazione della responsabilità solidale alle sole sanzioni civili e non anche a quelle amministrative, conseguenti

¹¹² Tale indennità ha inoltre natura retributiva, considerato che la stessa è assoggettata a prelievo contributivo, seppure in deroga al criterio del minimale contributivo, secondo quanto previsto dall'art. 25, comma 1, d.lgs. n. 276/2003. V. in dottrina G. ZILIO GRANDI, *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti*, in *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a cura di A.PERULLI, Giappichelli, Torino, 2004, pp.49-72.

¹¹³ Va inoltre specificato che l'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo. Pertanto, in mancanza di diverse e più favorevoli indicazioni negoziali delle parti individuali e collettive, l'indennità non concorre al calcolo della retribuzione che si utilizza come parametro per la determinazione delle voci retributive dirette ed indirette o differite. Il Decr. Min. 5 maggio 2004 ha fissato un importo minimo pari a €350,00.

all'inadempimento dell'Agenzia, posto che le prime operano direttamente, mentre le seconde richiedono l'elemento soggettivo della colpevolezza (ma v. anche *infra*, parte terza).

L'art. 25, comma 1°, dispone espressamente che le aliquote contributive da utilizzare sono quelle del settore terziario (art. 49, l. n. 88/1989) sia per i dipendenti stabili dell'organizzazione, sia per i lavoratori somministrati. Tale scelta legislativa si atteggia a deroga al principio di parità delle condizioni tra i lavoratori dipendenti dell'utilizzatore e i lavoratori temporanei, posto che, qualora l'utilizzatore non sia del settore terziario, si determinerà l'applicazione di diversi principi contributivi e previdenziali.

Le Agenzie per il lavoro devono inoltre versare al Fondo per la formazione una contribuzione pari al 4% calcolata sulla retribuzione del lavoratore. Il contributo deve essere versato a decorrere (e a cessare) dal periodo di paga. Sull'indennità di disponibilità invece i contributi devono essere versati per il loro effettivo ammontare, anche in deroga alla vigente normativa in materia di minimale contributivo.

10. I diritti sindacali.

La legge sulla somministrazione di lavoro si esprime in modo molto lacunoso in materia di diritti sindacali in favore dei lavoratori somministrati. La peculiare triangolarità del rapporto ha invero duplicato i soggetti nei confronti dei quali il lavoratore può far valere i propri diritti sindacali. Dall'altro lato la stessa triangolarità del rapporto ha fatto sollevare forti perplessità sulla stessa configurabilità di diritti che si fondano sull'impianto definito dallo Statuto dei Lavoratori pensato rispetto ad una organizzazione tradizionale del lavoro.

Nel quadro configurato dalla legge si possono esaminare fondamentalmente due differenti livelli di esercizio dei diritti sindacali; i diritti sindacali utilizzabili esercitabili presso l'impresa utilizzatrice e quelli esercitabili presso l'impresa fornitrice.

L'art. 24 d.lgs. 276/2003 sancisce il riconoscimento dei diritti sindacali previsti dallo Statuto in favore dei lavoratori delle società o imprese di somministrazione. Nel comma 2° del medesimo articolo la previsione generale viene specificata come una formula che potrebbe apparire rispettiva "il prestatore di lavoro, per tutta la durata del suo contratto, ha diritto di esercitare presso l'impresa utilizzatrice i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrice".

Alla luce di un'interpretazione estensiva di tale norma si potrebbe ritenere escluso solamente l'esercizio di quei diritti e di quelle prerogative, come potrebbe essere la partecipazione alle r.s.a.,

che comportando effetti di lungo periodo, potrebbero essere incompatibili con la presenza temporanea dei lavoratori in azienda.

Per quanto attiene all'effettivo esercizio di tali diritti, parte della dottrina ritiene che i lavoratori dell'impresa utilizzatrice quelli somministrati in essa operanti abbiano un interesse sindacale analogo e, pertanto, questi ultimi potrebbero esercitare i propri diritti sindacali per il tramite delle rappresentanze sindacali costituite in azienda dai lavoratori dipendenti della stessa.

Per quanto attiene all'esercizio dei diritti sindacali nei confronti dell'Agenzia di somministrazione, la legge sancisce unicamente che ai lavoratori temporanei dipendenti della stessa Agenzia che operino presso diversi utilizzatore spetta uno specifico diritto di riunione che la contrattazione collettiva deve definire nella sua modalità di esercizio. Il c.c.n.l. dei lavoratori temporanei prevede la possibilità di indire tali riunioni durante l'orario di lavoro e presso le sedi delle imprese fornitrici, solamente a favore delle organizzazioni sindacali firmatarie del c.c.n.l., cioè solo al sindacato esterno, senza possibilità di gestione di tale potere da parte delle rappresentanze sindacali interne all'impresa utilizzatrice o all'impresa fornitrice.

11. La tutela della salute e sicurezza del lavoratore temporaneo.

Il diritto alla tutela della salute e della sicurezza del posto di lavoro è un diritto che certo non può e non deve seguire il processo di flessibilizzazione di molti istituti giuridici del diritto del lavoro. Al contrario, l'attenzione per questo diritto, che coinvolge il lavoratore in quanto persona, deve essere sempre maggiore, tanto da divenire un momento centrale ed imprescindibile del rapporto di lavoro.

Il recepimento della direttiva comunitaria avvenuto con il d.lgs n. 626/1994 e successive modifiche ha notevolmente intensificato questo atteggiamento creando un corpus normativo fondato su alcuni principi che si possono riassumere nella nozione di prevenzione, partecipazione e nell'obbligo di formazione ed informazione dei lavoratori.

I profili di peculiarità della somministrazione incidono fortemente sulla materia della salute e sicurezza dei lavoratori¹¹⁴.

La disciplina della somministrazione così come prevista dal d.lgs. n. 276/2003 ripropone una disciplina pressoché identica a quella prevista dalla l. n. 196/1997; con riferimento agli obblighi in materia di tutela della salute e sicurezza.

L'art. 23, comma 5°, del d.lgs. 276/2003 prevede la ripartizione del relativo obbligo tra somministratore ed utilizzatore.

¹¹⁴In giurisprudenza v. ad es. Trib.Milano, sez. lav., 7 maggio 2009, n. 1919, *Redazione Giuffrè*, 2009: "In caso di somministrazione di lavoro, è l'impresa utilizzatrice, effettivo datore di lavoro, a dover porre in essere tutte le necessarie misure a tutela della sicurezza del lavoratore. La mancata dotazione di dispositivi di protezione personale al lavoratore implica la responsabilità per eventuali danni sopportati dal soggetto".

La legge prevede che sia il somministratore a dover informare i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale, con anche il connesso obbligo di informare e addestrare il lavoratore all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale il lavoratore è assunto.

Il contratto di somministrazione può derogare alla ripartizione dell'obbligazione prevista dalla legge e può prevedere che esso sia adempiuto dall'utilizzatore, così come chiarito anche dalla Circ. Min. Lav. 13/2009.. Tale deroga deve però essere indicata dal contratto con il lavoratore.

L'art. 23 dispone inoltre che, ove le mansioni cui è adibito il prestatore di lavoro richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, l'onere di informare il lavoratore è attribuito all'utilizzatore, conformemente a quanto previsto dal d.lgs 81 e successive modifiche ed integrazioni. E' inoltre attribuito all'utilizzatore l'obbligo di adempiere anche nei confronti dei lavoratori in somministrazione a tutti gli obblighi di protezione previsti per i lavoratori alle proprie dirette dipendenze così come è attribuita all'utilizzatore la responsabilità relativa agli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi.

L'applicazione di tale previsione comporta che l'obbligo relativo alla sorveglianza sanitaria, preventiva e periodica deve essere adempiuta dall'impresa utilizzatrice.

Nel contratto di somministrazione, inoltre, deve in ogni caso essere indicato espressamente la presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate. Tale indicazione sarà poi oggetto di comunicazione al lavoratore interessato.

CAPITOLO IV

IL CONTRATTO DI APPALTO: ESTERNALIZZAZIONI, VINCOLI GIURIDICI E RESPONSABILITA' SOLIDALE, CAMBIO DI GESTIONE

Sommario: 1. Premessa. - 2. Dal divieto di appalto di mere prestazioni di lavoro ai requisiti dell'appalto genuino - 3. Appalti illeciti e sanzioni. - 4. I contratti per l'esternalizzazione diversi dall'appalto. - 4.1 La differenza tra appalto e somministrazione di lavoro. - 4.2. La differenza tra appalto e contratto d'opera. - 4.3. La differenza tra appalto e subfornitura industriale. - 5. Affidamento di lavori in appalto e tutela della sicurezza. - 6. La responsabilità solidale nell'appalto. - 6.1. Il regime della solidarietà - 6.2 Il rapporto con l'azione diretta dell'art. 1676 c.c.- 6.3 L'estensione del regime della solidarietà anche "ai lavoratori con contratto di lavoro autonomo". - 6.4 L'esclusione delle pubbliche amministrazioni da regime della solidarietà. - 6.5 Derogabilità al regime solidaristico dell'art. 29 ad opera della contrattazione collettiva. - 7. La responsabilità solidale in ambito fiscale. - 8.Cambio gestione negli appalti

1. Premessa

La disciplina giuslavoristica in materia di appalti è in continua evoluzione cercando un difficile equilibrio tra le esigenze di esternalizzazione dell'impresa e i vincoli giuridici connessi al fenomeno interpositorio ovvero di somministrazione irregolare di manodopera.

Due, in particolare, sono i settori di disciplina da sempre al centro del dibattito giurisprudenziale, ossia quello della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori coinvolti in un appalto e quello del regime di solidarietà passiva operante tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori: sono proprio questi, infatti, i settori maggiormente interessati dalle recenti riforme del legislatore.

L'appalto consente al committente di beneficiare di prestazioni lavorative rese al di fuori dello schema del lavoro dipendente. Questo dato rende l'appalto, così come la somministrazione e il distacco, una forma di utilizzazione mediata della forza lavoro.

L'utilizzo corretto di questo strumento presuppone, come si vedrà, che l'appalto sia genuino.

Il rischio che il legislatore ha voluto scongiurare è che l'appalto divenga nella pratica una elusione legale del divieto di interposizione/somministrazione irregolare.

Il legislatore ha cercato di introdurre una normativa idonea ad evitare che l'appaltante operi come un committente finto, il quale gestisce direttamente la forza lavoro formalmente dipendente dall'appaltatore.

2. Dal divieto di appalto di mere prestazioni di lavoro ai requisiti dell'appalto genuino

La legge n. 1369/1960 prevedeva un rigorosissimo divieto di interposizione di manodopera nel lavoro.

Nel sistema originario l'imprenditore poteva lecitamente affidare a terzi, mediante contratto di appalto (art. 1655 c.c.) il compimento di un'opera o di un servizio, anche interno al proprio ciclo produttivo, ma non l'esecuzione di mera attività lavorativa.

Era, dunque, considerato lecito l'appalto in cui l'imprenditore (appaltante) si rivolgeva, per l'esecuzione di un'opera o un servizio, ad un altro soggetto (appaltatore) in possesso di una propria ed effettiva organizzazione di uomini e mezzi, mentre erano considerate illecite le ipotesi in cui l'appaltatore si interponeva tra lavoratori e appaltante al solo scopo di consentire a quest'ultimo di ottenere prestazioni di lavoro senza assumere direttamente i lavoratori.

L'art. 1, comma 3, della legge n. 1369 del 1960 in merito stabiliva una presunzione assoluta in forza della quale era *“considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali,*

macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante”.

Ne risultava che anche un appalto genuino poteva inciampare nel divieto legale per il solo fatto dell'utilizzazione di capitali, macchine e attrezzature fornite dal committente anche se a titolo oneroso.

La conseguenza dell'interposizione vietata (oltre ad una sanzione penale a carico di imprenditore e interposto) era che i lavoratori così occupati venivano *“considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato la loro prestazione”.*

Con la riforma del d.lgs. n. 276 del 2003 la legge n. 1369 del 1960 è stata abrogata e con essa è caduto il divieto generale di fornitura di manodopera a terzi.

Cionondimeno, l'ordinamento continua a reprimere le forme illecite, ovvero attuate al di là delle regole e dei requisiti che presiedono alla somministrazione regolare.

Nel sistema delineato dalla Riforma Biagi il divieto di interposizione permane, ma è stata eliminata la precedente presunzione assoluta. L'imprenditore, oggi, è libero di appaltare a terzi l'esecuzione di opere o servizi anche interni al proprio ciclo produttivo, purché si tratti di un appalto genuino e non di mere prestazioni di lavoro.

L'imprenditore, pertanto, ha di fronte a sé diverse possibilità: eseguire direttamente l'opera o il servizio con proprio personale; eseguire direttamente l'opera o il servizio utilizzando personale somministrato da apposite agenzie nelle ipotesi consentite; affidare il compimento dell'opera o del servizio ad un terzo, lavoratore autonomo, che lo esegua con lavoro prevalentemente proprio; appaltare l'opera o il servizio ad un terzo, imprenditore, che lo esegua con propria organizzazione ed a proprio rischio o ricorrere alla c.d. “subfornitura industriale”.

L'appalto lecito (art. 1655 c.c.), denominato anche “genuino” (art. 84, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003), si distingue dalla “interposizione illecita” e dalla “somministrazione irregolare di lavoro” proprio in quanto l'appaltatore non si limita a fornire personale, ma organizza i mezzi necessari e assume il rischio dell'impresa (art. 29, comma 1 e art. 84, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003) secondo i caratteri essenziali dell'appalto ai sensi dell'art. 1655 c.c..

Per le disposizioni di diritto comune, vale a dire l'art. 1655 c.c. richiamato dallo stesso d.lgs. 276/2003 (art. 29) l'appalto è il contratto con cui l'appaltatore si obbliga a fornire al committente *“con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio”* (art. 1655 c.c.) un'opera o un servizio.

Pertanto, si è in presenza di una forma lecita di appalto quando sussiste con certezza l'assunzione del rischio d'impresa e l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore.

L'organizzazione dei mezzi presuppone la disponibilità da parte di un vero imprenditore delle attrezzature, dei macchinari, nonché della esistenza di una vera e propria organizzazione tecnico gestionale.

Proprio con riguardo a tale aspetto è intervenuto il d.lgs. 276/2003.

Nella vigenza della l. 1369/1960 l'esistenza, in capo all'appaltatore, di una reale organizzazione costituiva un indice essenziale di liceità dell'appalto e di assenza di intento fraudolento. Tale criterio ha, però, perso nel tempo la propria efficienza distintiva, diventando sempre più obsoleto a fronte del massiccio ricorso all'esternalizzazione da parte dell'impresa e alla diffusione dei cd. appalti a bassa intensità di capitale per il compimento di determinati servizi (da quelli tradizionali di facchinaggi e pulizia a quelli più recenti connessi, ad esempio, alle tecnologie informatiche).

In ragione di questo mutato contesto il d.lgs. 276/2003 interviene legittimando, in linea di principio, anche gli appalti in cui l'appaltatore risulti un mero organizzatore e fornisca esclusivamente lavoratori da utilizzare nell'appalto.

In seguito, dunque, alla Riforma del 2003 il requisito dell'organizzazione dei mezzi, indispensabile per considerare un appalto lecito, *rectius* genuino, può, anche, risultare semplicemente dal fatto che l'appaltatore eserciti concretamente il potere direttivo e organizzativo sui lavoratori utilizzati.

Caso emblematico di appalto considerato lecito è, per esempio, quello dei contratti di appalto concernenti lavoratori specialistici, eseguiti grazie alle elevate competenze dei dipendenti dell'appaltatore a fronte del ruolo marginale delle attrezzature impiegate.

Il legislatore, inoltre, precisa che l'appalto può essere eseguito dall'appaltatore anche utilizzando il ramo d'azienda in precedenza cedutogli dal committente (art. 32, comma 2, d.lgs. n. 276 del 2003).

Alla luce dei criteri esposti si possono tracciare delle indicazioni operative schematiche.

I lavoratori dell'appaltatore:

- non devono sostituire per nessuna ragione i dipendenti del committente;
- prendono ordini soltanto dall'appaltatore, che nomina a tal fine un "responsabile del servizio";
- non sono soggetti al potere direttivo e di controllo del committente o di uno o più collaboratori di quest'ultimo;
- non possono essere allontanati né sanzionati dal committente;

- non sono retribuiti dal committente;
- non sono a disposizione del committente ma dell'appaltatore;
- non devono giustificare le proprie assenze al committente;
- non devono richiedere le ferie, permessi o giustificare ritardi al committente;
- devono essere riconoscibili come lavoratori dell'appaltatore (apposita divisa, dotazione dei DPI da parte dell'appaltatore, tesserino di riconoscimento);
- non devono essere impiegati in lavori diversi da quelli appaltati;
- nei luoghi di lavoro non devono confondersi con i lavoratori del committente: va assolutamente evitata la messa a disposizione di abbigliamento con loghi del committente;
- devono, ove possibile, utilizzare propri strumenti ed attrezzature, meglio se identificabili (l'utilizzo di macchine e strumenti propri del committente è ammesso purché la consistenza di tale utilizzo non prevalga sulla complessa attività organizzativa della intera gestione dell'appalto da parte dell'appaltatore).

Il committente, inoltre, nell'esercizio dell'attività di controllo, non può dirigere i lavoratori o esercitare il potere direttivo nei confronti dei lavoratori in capo all'appaltatore, non può in pratica sostituirsi all'appaltatore, decidendo per il numero dei lavoratori da utilizzare.

Il corrispettivo (quanto meno formalmente) dovrà essere pattuito in funzione della realizzazione dell'opera o del servizio e non delle ore effettive di lavoro eseguite dai lavoratori dell'appaltatore.

3. Appalti illeciti e sanzioni

Se i requisiti risultanti dalla nozione civilistica ex art. 1655 c.c. e dall'art. 29 d.lgs. 276/2003, risultano mancanti non si è in presenza di un appalto genuino, bensì di una illecita intermediazione nella prestazione di lavoro.

L'interposizione risulta illecita in quanto non è svolta da soggetti in possesso della relativa autorizzazione (le agenzie di somministrazione), né alle condizioni stabilite dal d.lgs. 276/2003 (presupposti oggettivi).

In tal caso sono previste delle sanzioni penali: a carico del committente e appaltatore è prevista una ammenda di Euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione (art. 18, comma 5bis, introdotto dal d.lgs. 251/2004). Se, poi, l'appalto illecito è stato posto in essere al fine di eludere in tutto o in parte i diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o contratto collettivo è prevista una ulteriore ammenda di Euro 20 per ogni lavoratore impiegato e per ogni giorno di lavoro.

Inoltre i dipendenti dell'appaltatore possono agire in giudizio per chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del " soggetto che ha utilizzato la prestazione", da intendersi come appaltante (art. 29, comma 3bis e 3 ter, d.lgs. 276/2003, introdotti dal d.lgs. 251/2004).

In tale ipotesi, infatti, l'appaltatore è un finto imprenditore e la sua funzione si esaurisce nell'ambito del vietato fenomeno interpositorio.

Si segnala, inoltre, il reato previsto dall'art. 603bis c.p. "*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*", inserito nel corpus del codice penale dal d.l. 138/2011 (c.d. manovra economica bis 2011), con l'intento di reprimere il c.d. caporalato, ossia i fenomeni di sfruttamento del lavoro irregolare. La norma sanziona "*chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori*". Lo "sfruttamento" che la norma vuole reprimere può desumersi da diversi elementi tra cui:

- la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;
- la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;
- la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale;
- la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti.

Tra le pene accessorie previste in caso di condanna rileva anche il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione, e relativi subcontratti.

4. I contratti per l'esternalizzazione diversi dall'appalto

L'imprenditore, per "acquisire" un'opera o un servizio da un terzo non ha disposizione solamente lo strumento giuridico dell'appalto. Se non ritiene, infatti, di eseguire direttamente l'opera o il servizio con proprio personale egli può utilizzare personale somministrato o affidare il compimento dell'opera o del servizio ad un terzo, lavoratore autonomo oppure ricorrere alla "subfornitura industriale".

4.1 La differenza tra appalto e somministrazione di lavoro

Gli istituti dell'appalto e della somministrazione¹¹⁵ rappresentano forme lecite di "esternalizzazione" della manodopera, strumenti, cioè, che l'impresa può utilizzare per svolgere determinate attività e servizi all'esterno del proprio ciclo produttivo ovvero di cui può avvalersi per impiegare manodopera non assunta e retribuita direttamente.

Lo schema contrattuale della somministrazione di lavoro è una fattispecie i cui confini si sono sempre sovrapposti e confusi con il contratto di appalto, specie se di servizi.

Comprenderne le differenze tra i due istituti permette di capire le diverse funzioni economiche ravvisabili nei due istituti, al fine di individuare le ragioni che spingono gli operatori economici a preferire l'uno o l'altro schema contrattuale.

Il discrimine tra somministrazione e appalto di servizi è ravvisabile, come si deduce dallo stesso art. 29 del d. lgs. 276/2003, nel tipo di obbligazione dedotta in contratto: la mera fornitura di manodopera nel primo caso, un risultato produttivo nel secondo.

La somministrazione, a tempo determinato e indeterminato, rappresenta un'internalizzazione di forza lavoro, perché consente all'utilizzatore di ricorrere a mercati esterni del lavoro per acquisire manodopera che opera nel proprio interesse. L'agenzia di somministrazione assume con un contratto di lavoro subordinato il prestatore di lavoro e, in virtù del collegamento con l'impresa committente, dato dal contratto di somministrazione (contratto di natura commerciale), il lavoratore eseguirà la prestazione lavorativa nell'interesse dell'impresa utilizzatrice.

L'impresa committente è titolare dei poteri di direzione tipici del datore di lavoro, pur non configurandosi come tale. Sarà quest'ultima a servirsi del potere direttivo e organizzativo nei confronti del prestatore di lavoro. L'utilizzatore, nell'optare per la somministrazione, mantiene, dunque, il controllo sull'esecuzione di tutta l'attività lavorativa.

L'appalto è, invece, una vera esternalizzazione, che si fonda sulla stipulazione di un contratto commerciale. Questo schema negoziale assicura un risultato produttivo, togliendo all'impresa committente la facoltà di dare direttive ai dipendenti dell'appaltatore, in quanto l'appaltante non è

¹¹⁵Vasta la letteratura in materia: senza pretesa di esaustività v. L. CARAVITA, *Somministrazione di lavoro e appalto*, in *Dir. prat. lav.*, 2003, p. 2815 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 167; G. FERRARIS, *Somministrazione di lavoro*, in G. FAVALLI – A. STANCHI (a cura di), *La riforma Biagi*, Piacenza, 2003; M.T. CARINCI – C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, appalto, trasferimento di azienda*, vol. 8, II, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Milano, 2004; F. BANO, *La somministrazione di lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Torino, 2004, 1 ss.; F. SCARPELLI, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 2004; V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2004, p. 295 ss.; P. BELLOCCHI, *La somministrazione di lavoro: profili generali*, in *Dir. lav.*, 2005, I, 35 ss.; P. CHIECO, *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti, i rimedi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 339; C. RUSSO (a cura di), *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda*, Torino, 2006.

titolare di nessun potere datoriale. Il committente, nell'optare per l'appalto, perderà, dunque, a differenza della somministrazione, il controllo sull'esecuzione dell'attività lavorativa. L'appaltante beneficia dell'attività lavorativa dei dipendenti di un altro soggetto, rimanendo totalmente estraneo al rapporto di lavoro. È l'appaltatore che assume, organizza e dirige i lavoratori necessari all'assolvimento dell'obbligo contrattuale.

4.2 La differenza tra appalto e contratto d'opera

Il contratto d'opera differisce dal contratto di appalto perché solo in quest'ultimo l'attività viene svolta da un'impresa (media o grande), mentre nel contratto d'opera viene svolta prevalentemente dallo stesso prestatore d'opera o da una piccola impresa (art. 2083 c.c.).

Il contratto d'opera, in altri termini, è il tipico contratto con cui viene "acquisita" la prestazione del "lavoratore autonomo". Si tratta, in particolare, del contratto con cui "una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente". A norma dell'art. 2222 c.c. a questo contratto si applicano gli articoli da 2222 a 2228 c.c., "salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV del codice civile" (artt. 1655 ss.), norme tra le quali spicca proprio, per quanto qui interessa, l'appalto.

4.3 La differenza tra appalto e subfornitura industriale.

Lo schema della subfornitura nelle attività produttive (istituto regolato dalla legge 18 giugno 1998, n. 192) differisce dall'appalto.

L'appalto è caratterizzato dall'autonomia dell'appaltatore in ogni caso compatibile con il controllo e la sorveglianza esercitata dal committente. L'appaltatore, dovendo perseguire il risultato dell'opera, non deve solo attenersi alle norme tecniche ed alle direttive dell'appaltante, ma deve opporre le eventuali necessarie obiezioni di ordine tecnico.

La subfornitura è, invece, caratterizzata dal controllo diretto ed integrale sull'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa committente. Progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche sono forniti dall'impresa committente, la quale, dovendo il prodotto o il servizio essere inserito nella produzione di un bene complesso, trasferisce al subfornitore il c.d. *knowhow*. La dipendenza tecnologica e progettuale verso il committente risiede in questo integrale trasferimento da parte del committente medesimo al subfornitore delle nozioni sul come fare un determinato bene o servizio, al punto che il subfornitore, a differenza dell'appaltatore, è privo di autonoma capacità valutativa in ordine alla congruità delle prescrizioni.

5. Affidamento di lavori in appalto e tutela della sicurezza

Il legislatore pone una particolare attenzione alla tutela dei lavoratori impiegati in ipotesi di appalto. In particolare la legge impone al committente di verificare l' idoneità tecnico-professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi di cui si avvale e, inoltre, deve fornire agli stessi soggetti dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente in cui sono destinati ad operare e sulle misure di prevenzione e di emergenza adottate in relazione alla propria attività.

Gli obblighi di collaborazione prevenzionale appena richiamati venivano imposti, nell'originaria formulazione dell'art. 7 del d. lgs. n. 626 del 1994, soltanto nel caso di appalti c.d. interni e cioè nel caso di *“affidamento dei lavori ad imprese appaltatrici o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda (i.e. del committente), o di una singola unità produttiva della stessa”*. La c.d. Finanziaria 2007 (l. n. 296 del 2006) aveva esteso l'ambito di applicazione della collaborazione prevenzionale anche agli appalti *“nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima”*. In seguito il d. lgs. n. 106 del 2009 ha precisato che la collaborazione prevenzionale è imposta al datore di lavoro committente limitatamente ai casi in cui *“abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo”*. La giurisprudenza ha interpretato tale locuzione come necessità che il committente sia proprietario dei predetti luoghi o, quanto meno, ne abbia la detenzione su base negoziale.

La legge n. 123 del 2007, inoltre, ha imposto al committente di elaborare un documento unico di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze (DUVRI), documento che deve essere allegato al contratto di appalto.

Le soluzioni normative esaminate sono state interamente *“trasfuse”* nell'art. 26 del d. lgs. n. 81 del 2008 (T.U. Sicurezza), il quale, rispetto alla normativa precedente, ha sentito l'esigenza di apportare un'unica novità: l'indicazione nel contratto dei costi relativi alla sicurezza è imposta addirittura a pena di nullità dell'appalto stesso.

La novella del 2009 ha, invece, alleggerito gli obblighi previgenti.

In primo luogo ha precisato che l'obbligo del DUVRI *“non si applica ai servizi di natura intellettuale, alle mere forniture di materiali o attrezzature, nonché ai lavori o servizi la cui durata non sia superiore ai due giorni, sempre che essi non comportino rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni, biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza dei rischi particolari di cui all'allegato XI”* del Testo Unico sicurezza. In secondo luogo, ha notevolmente stemperato la rigidità dell'obbligo di indicazione dei costi di sicurezza a pena di nullità del contratto

di appalto, riferendosi ora ai soli “*costi delle misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi in materia di salute e sicurezza sul lavoro derivanti dalle interferenze delle lavorazioni*”.

Per quanto concerne, poi, la responsabilità per gli infortuni subiti dai lavoratori utilizzati nell'appalto, l'art. 26, comma 4, del Testo Unico Sicurezza stabilisce che “*l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Inail) o dell'Istituto dipendenza per il settore marittimo (Ipsema)*”.

La disposizione in commento specifica, poi, che il regime di solidarietà non opera per il caso in cui i danni subiti dal lavoratore si pongano come “*conseguenza dei rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o subappaltatrici*”.

La norma prevede in capo al committente una vera e propria ipotesi di responsabilità oggettiva per gli infortuni occorsi ai dipendenti dell'appaltatore (o del subappaltatore), dipendenti nei confronti dei quali non esercita alcun potere direttivo e di controllo.

La norma sembra, inoltre, legittimare azione diretta contro il committente per il risarcimento del danno biologico differenziale, ossia per la differenza tra quanto percepito dal lavoratore a titolo di indennità sociale ex art. 38 Cost. e quanto gli spetta come soggetto vittima di un danno alla salute ex art. 32 Cost. in base ai parametri sanciti dalle Tabelle del Tribunale di Milano.

6. La responsabilità solidale nell'appalto.

Come detto in premessa uno dei settori di maggiore interesse e per questo inciso maggiormente dalle recenti riforme in tema d'appalto è il regime di solidarietà passiva operante tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori riguardo ai debiti retributivi, assicurativi, previdenziali ed assistenziali dell'impresa appaltatrice in relazione ai lavoratori da quest'ultima impiegati¹¹⁶.

¹¹⁶Per una più ampia disamina si rinvia a I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 3, p. 507 ss.; E. BARRACO, *Nuova disciplina lavoristica degli appalti*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 1505 ss.; G. BURRAGATO, *La disciplina giuslavoristica degli appalti dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, Relazione tenuta al convegno organizzato dal Centro studi D. Napoletano, Milano, 18 aprile 2007, *datt.*, pag. 5; P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *WorkingpaperC.s.d.l.e. "Massimo D'Antona"*, 2007, n. 52, nonché in *Lav. giur.*, 2007, 5, p. 467 ss.; F. FALASCA, *Con la finanziaria cambia ancora la disciplina degli appalti*, in *Guida lav.*, 2007, 4, p. 39 ss.; F. MATTIUZZO, *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore, subappaltatore*, in *Lav. giur.*, 2007, 6, p. 559 ss.; P. RAUSEI, *Responsabilità solidale, verifiche ispettive e apparato sanzionatorio*, in *Dir. prat. lav.*, 2007, p. 2655 ss.; P. TULLINI, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, I, p. 895.

La norma di riferimento è l'art. 29, comma 2 del decreto legislativo n. 276 del 2003, recentemente modificato sia dall'art. 4, comma 31 della L. n.92/2012 che dall'articolo 9, comma 1 del d. l. 28 giugno 2013, n. 76 convertito con modifiche dalla Legge 99/2013. In particolare quest'ultimo intervento del legislatore, con una norma di interpretazione autentica e quindi con valenza retroattiva, ha cercato di definire con maggiore chiarezza i soggetti beneficiari della disciplina in discorso intervenendo, come si vedrà, in una triplice direzione. In primo luogo estendendo il regime dell'art. 29 *“ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo”*. In secondo luogo puntualizzando che la disciplina di cui all'art. 29, comma 2 non si applica alle pubbliche amministrazioni e in ultimo specificando che la contrattazione collettiva può derogare alla disciplina dell'art. 29, comma 2 solo in relazione ai debiti di natura retributiva.

L'intervento del legislatore del 2013 è stato quanto mai opportuno, perché ha cercato di chiarire uno dei profili più discussi riguardo alla solidarietà di cui all'art. 29, comma 2, ossia l'ambito di applicazione della stessa.

6.1 Il regime della solidarietà

Il vincolo di solidarietà posto dall'art. 29, comma 2 replica un modulo legislativo già noto ed utilizzato, con il quale si intende *«rafforzare l'adempimento delle obbligazioni retributive e previdenziali, ponendo a carico del soggetto economico che utilizza lavoratori dipendenti da altro imprenditore il rischio economico di dovere rispondere in prima persona, senza beneficiare nemmeno del beneficio di escussione, delle eventuali omissioni degli imprenditori da lui utilizzati»*.¹¹⁷

Il lavoratore utilizzato, dunque, nell'ultimo subappalto può esercitare la propria pretesa creditoria non solo nei confronti del proprio datore di lavoro, ma anche nei riguardi del committente, dell'appaltatore e di tutti i subappaltatori a monte del subappalto medesimo per il quale è stato impiegato.

Committente, appaltatore ed eventuali sub-appaltatori sono, dunque, tenuti in solido a corrispondere ai lavoratori impiegati negli appalti di opere o servizi, i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e assicurativi dovuti.

Il vincolo di solidarietà di cui trattasi, che concerne qualsivoglia ipotesi di omissione contributiva posta in essere dall'appaltatore, ivi comprese eventuali contribuzioni da versare a favore di enti

¹¹⁷A. SGROI, *op. cit.*, p. 12.

esercenti forme di previdenza complementare, non opera laddove i committenti siano persone fisiche che non esercitano un'attività d'impresa o professionale (art. 29 comma 3 ter).

Il c.d. decreto semplificazioni (art. 21 del d.l. n. 5 del 2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 35 del 2012) ha, peraltro, circoscritto con maggior precisione la solidarietà del committente, prevedendo che essa opera soltanto con riferimento al periodo di esecuzione dell'appalto. Il committente, dunque, non risponde per crediti sorti in periodi temporali fuori del tempo di efficacia del contratto commerciale di appalto.

Si segnala, inoltre, che la Circolare del Ministero del Lavoro n. 2 del 2012 ha specificato che la solidarietà non opera per le sanzioni civili previste per l'ipotesi di omissione contributiva, di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Tale circolare risulta particolarmente importante, perchè ha sconfessato la precedente interpretazione ministeriale (Riposta ad interpello n. 3 del 2010 del Ministero del Lavoro), che comprendeva le sanzioni civili nell'alveo della solidarietà.

Importanti novità sono state introdotte anche a livello processuale.

Il decreto semplificazioni (d. l. n. 5 del 2012 convertito con modificazioni in l. n. 35 del 2012) ha, infatti, previsto un'attenuazione della posizione di garanzia del committente quantomeno a livello processuale, potendo quest'ultimo eccepire il *beneficium excussionis*. Il legislatore, a fronte della difficoltà pratica di convenire il predetto beneficium in via negoziale (cfr. art. 1944, comma 2, cod. civ.), l'ha, dunque, introdotto in via generale con efficacia vincolante per i "terzi" interessati, ossia i lavoratori ed enti previdenziali.

Sempre a livello processuale si segnala, poi, che la riforma Fornero è intervenuta per imporre il litisconsorzio necessario di tutta la filiera dell'appalto e dunque i lavoratori e gli enti previdenziali dovranno convenire in giudizio per i crediti di propria competenza "*il committente ... unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori*". Il decreto semplificazioni, invece, prevedeva che poteva essere convenuto in giudizio il solo committente.

Inoltre, sempre la Riforma Fornero, ha esteso il *beneficium excussionis* a favore del committente anche ai rapporti di quest'ultimo con i subappaltatori.

Infine, l'ultimo capoverso dell'articolo 29 in commento prevede la possibilità, da parte del committente, di richiedere la restituzione di quanto pagato attraverso l'azione di regresso. Il "recupero" dovrebbe comprendere il capitale, gli interessi e le spese (cfr. art. 1950 cod. civ. in materia di regresso contro il debitore principale).

6.2 Il rapporto con l'azione diretta dell'art. 1676 c.c.

Si deve sottolineare che le garanzie previste in capo ai lavoratori dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 non si sostituiscono, ma si aggiungono all'azione generale prevista dall'art. 1676 c.c., l'unica esperibile una volta che siano decorsi due anni dalla cessazione dell'appalto.

L'art.1676 c.c. prevede che «*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 è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda*».

La citata disposizione prevede un'azione¹¹⁸ eccezionale, concessa per una maggior tutela dei diritti dei lavoratori,¹¹⁹ esercitabile da qualsiasi dipendente dell'appaltatore nei confronti di un soggetto che, pur estraneo al rapporto di lavoro, si è avvalso del risultato della prestazione dello stesso: siffatta azione ha «*lo scopo di apprestare ai lavoratori dell'appaltatore una particolare garanzia proprio per il caso di difficoltà, in primo luogo economiche d'impresa, del suo datore di lavoro, consentendogli eccezionalmente il soddisfacimento dei crediti, nei limiti previsti dalla norma, ad opera del committente*».¹²⁰

Quanto all'ambito di applicazione, l'art. 1676 c.c. ricomprende tanto gli appalti privati, quanto quelli pubblici, mentre, sotto il profilo del soggetto passivo dell'obbligazione, si riferisce a tutti i committenti, compresi quelli che non svolgono attività d'impresa o professionale.

È condizione dell'azione l'esistenza di un credito dell'appaltatore verso il committente in relazione al compimento dell'opera o servizio oggetto dell'appalto¹²¹(oltre, che, ovviamente, la sussistenza di un credito di lavoro in capo al dipendente).¹²² Resta ferma l'azione del lavoratore nei confronti dell'appaltatore.¹²³ Inoltre, se dopo la proposizione dell'azione *de qua* il committente corrisponde quanto dovuto all'appaltatore non è, comunque, liberato dall'obbligazione verso gli ausiliari dell'appaltatore.¹²⁴

¹¹⁸Cassazione, 14 marzo 2001, n. 3559, in *Giur. it.*, 2001, p. 1883, ha precisato che con l'azione *ex art.* 1676 c.c. «*i lavoratori fanno valere un diritto proprio*». In termini v. anche Cassazione, 24 ottobre 2007, n. 22304, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 2, II, p. 518.

¹¹⁹Cfr. B. MIRANDA, *L'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore verso il committente*, in *Lav.* 80, 1988, p. 842.

¹²⁰Così Trib. Roma, 5 ottobre 1988, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 544.

¹²¹Trib. Torino, 11 marzo 2005, in *Giur. piem.*, 2006, 1, p. 84, ha precisato che è irrilevante l'eventuale esistenza di debiti del committente relativi ad altre opere o ad altri servizi resi dal medesimo appaltatore.

¹²²Secondo Trib. Monza, 12 giugno 2002, in *Giur. mil.*, 2002, p. 363, è onere del dipendente-ricorrente dare prova dell'effettivo debito, al momento della presentazione della domanda, del committente verso l'appaltatore.

¹²³Cfr. Cassazione, 10 luglio 1984, n. 4051, cit.

¹²⁴Cfr. F.A. CIRRI, *Sull'azione degli ausiliari dell'appaltatore verso il committente*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2199; M. TATARELLI, *L'azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore contro il committente: fallimento del datore di lavoro ed altre questioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 547 s. In giurisprudenza, Cassazione, 19 aprile 2006, n. 9048, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 4.

L'art. 29, comma 2 del d. lgs. n. 276/2003 ha, invece, una diversa portata: committente ed appaltatore, nonché ciascuno degli eventuali subappaltatori, sono responsabili in solido, entro il limite di anni due dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere, i trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati negli appalti di opere o servizi ed i correlati contributi previdenziali dovuti agli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria. Deve ritenersi che i debitori solidali restino soggetti ad un termine unico per il pagamento, spirato il quale lavoratori ed enti di previdenza potranno escutere indifferentemente l'una o l'altra impresa.

6.3 L'estensione del regime della solidarietà anche “ai lavoratori con contratto di lavoro autonomo”

Il primo periodo dell'art. 9, comma 1 del d.lgs. 28 giugno 2013, n. 76 ha specificato che le disposizioni sulla solidarietà di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 trovano applicazione anche in “*relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo*”.

L'intervento del legislatore è quanto mai opportuno considerando l'orientamento di una parte della dottrina e della giurisprudenza che escludeva, dati i riferimenti dell'art. 29, comma 2, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, l'applicazione della solidarietà ai lavoratori autonomi.

In tal senso per esempio si è pronunciato il Tribunale di Milano 11 luglio 2011 e il Tribunale di Nocera Inferiore, sez. II, 20 ottobre 2011. Entrambe le pronunce ritenevano che per i “*trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto*” la solidarietà operasse solo nei confronti dei lavoratori subordinati.

Peraltro la modifica del 2013 non ha posto alcuna differenziazione tra le diverse tipologie di rapporto di lavoro autonomo, per cui si ritiene estesa la disciplina della solidarietà a qualsiasi tipo di contratto di lavoro autonomo stipulato nell'ambito dell'appalto, indipendentemente dal fatto che si sia in presenza o meno di un sostituto d'imposta.¹²⁵

Si segnala che, peraltro, relativamente almeno alla solidarietà relativa agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa sarebbe stato corretto che il legislatore differenziasse a seconda del tipo

¹²⁵ Cfr. in tal senso Circolare del Ministero del Lavoro 29 agosto 2013, n. 35: “*la ratio sottesa all'istituto della solidarietà, volta a tutelare i lavoratori per i quali gli obblighi previdenziali e assicurativi sono prevalentemente assolti dal datore di lavoro/committente, lascia tuttavia intendere che il riferimento ai “lavoratori con contratto di lavoro autonomo” sia limitato sostanzialmente ai co.co.co./co.co.pro. impiegati nell'appalto e non anche a quei lavoratori autonomi che sono tenuti in via esclusiva all'assolvimento dei relativi oneri. Una diversa interpretazione porterebbe sostanzialmente ad una coincidenza tra trasgressore e soggetto tutelato dalla solidarietà, ampliando ingiustificatamente le effettive responsabilità del committente, con evidenti distonie sul piano delle finalità proprie dell'istituto*”;

di lavoro autonomo, ossia tra quello in cui detti oneri ricadono integralmente sul lavoratore e quello in cui tali oneri ricadono almeno in parte sul committente.

In ogni caso l'intervento del legislatore ha il pregio di porre fine a una vivace controversia interpretativa sul punto.

6.4 L'esclusione delle pubbliche amministrazioni da regime della solidarietà

Il secondo periodo dell'articolo 9, comma 1, del D.L. n. 76/2013 stabilisce che le disposizioni dell'art. 29, comma 2 non si applicano *“ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*.

Tale norma va certamente a ribadire quanto già previsto dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, il quale stabilisce che il medesimo decreto non si applica alle pubbliche amministrazioni, ma in ogni caso risulta essere assolutamente opportuno considerando l'interpretazione opposta offerta da numerose corti di merito.

Infatti l'indirizzo maggioritario, precedente al d. l. n. 76/2013, riconosceva la possibilità di applicare il regime della solidarietà di cui all'art. 29, comma 2 anche alle pubbliche amministrazioni¹²⁶.

In particolare tali corti di merito hanno sostenuto che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, il quale esclude dall'applicazione del decreto le pubbliche amministrazioni, dovesse interpretarsi, in conformità al dettato normativo dell'art. 6 della L. n. 30/2003, come un'endiadi, escludendo, dunque, dall'applicazione del decreto le pubbliche amministrazioni nella veste di datrici di lavoro, ma non le pubbliche amministrazioni quali committenti di un appalto.

La Corte d'Appello di Torino (sentenza n. 169 dell'8 marzo 2012) ha persino affermato che escludere le pubbliche amministrazioni dalla disciplina della solidarietà avrebbe potuto comportare una violazione dell'art. 3 della Costituzione in quanto *“si attribuirebbe una posizione di ingiustificato privilegio alle pubbliche amministrazioni committenti rispetto ai committenti privati”*.

A fronte di tale radicato orientamento delle corti di merito e considerando l'efficacia retroattiva dell'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 76/2003 la riforma avrà sicuramente un importante impatto sui procedimenti in corso.

¹²⁶ Cfr. *ex multis* Trib. Milano 13 dicembre 2013, in banca dati *Leggi d'Italia Professionale*; Trib. Bologna 21 agosto 2012, in banca dati De Jure Trib. Varese 19 gennaio 2012, in *Lav. giur.*, 2012, 12, 1203; Trib. Milano 22 gennaio 2010, 317 in *Riv. crit. dir. lav.* 2010, 2, 534; Trib. Bolzano 6 novembre 2009, in *Riv. giur. lav.*, 1-10, II, 120; Trib. Milano 27 maggio 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 2, 483; Trib. Milano 18 novembre 2008, n. 4859 in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 1, 226, est. Bianchini; Trib. Pavia 29 aprile 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 2, 358; contra App. Torino 26 settembre 2011, in *Lav. nelle p.a.*, 2011, 3-4, 536; Trib. Bari 31 ottobre 2011, in *Guida Lav.*, 2012, 9, 41; Trib. Milano 18 novembre 2008, 4601, est. Porcelli, inedita consta; nel senso dell'esclusione dell'applicazione dell'art. 29, comma 2, d. lgs. n. 276 del 2003 alle p.a. anche Min. Lav., Interpello n. 35 del 2009; Circ. Min. lav. n. 5 del 2011, Circ. Inail 11 ottobre 2012, n. 54; *Vademecum Min. lav.* del 22 aprile 2013, prot. n. 37/00074258, pag. 13.

6.5 Derogabilità al regime solidaristico dell'art. 29 ad opera della contrattazione collettiva

La Riforma Fornero era intervenuta direttamente sull'art. 29¹²⁷ dando la possibilità alla contrattazione collettiva di introdurre delle deroghe al regime solidaristico relativo ai debiti retributivi, contributi previdenziali e assicurativi.

Il d.l. n. 76/2013, riprendendo quanto già indicato dal Ministero del Lavoro con il Vademecum del 22 aprile 2013 sulla legge n. 92/2012 del 22, ha, invece, specificato che la contrattazione collettiva può introdurre deroghe solo *“in relazione ai trattamenti retributivi dovuti ai lavoratori impiegati nell'appalto con esclusione di qualsiasi effetto in relazione ai contributi previdenziali ed assicurativi”*.

I contratti collettivi nazionali stipulati da associazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative del settore sono, dunque, legittimati a ridefinire, secondo la nuova disciplina, il regime delle obbligazioni solidali solo con rispetto agli obblighi di carattere retributivo e non quelli di tipo previdenziale e/o assicurativo. Ciò risulta quanto mai opportuno considerando che gli Istituti previdenziali e assicurativi sono soggetti terzi rispetto agli accordi derogatori intercorsi tra le parti e, inoltre, i principi generali non permettono alla fonte contrattuale di incidere direttamente sui “saldi” di finanza pubblica.

Si segnala, peraltro, che né il legislatore del 2012 né quello del 2013 hanno specificato quale sia il contratto collettivo nazionale che può efficacemente prevedere la deroga, ossia se quello del committente o dell'appaltatore. Sul punto si attendo le prime pronunce da parte della giurisprudenza.

Resta, infine, da risolvere il problema del rapporto tra la fattispecie legale in deroga rispetto alla deroga prevista dall'art. 8 della legge n. 148 del 2011 relativa alla c.d. contrattazione di prossimità, delegata ad introdurre discipline derogatorie anche in relazione al “regime della solidarietà negli appalti”.

La dottrina che si è espressa sul punto ritiene che l'art. 8 della legge 148 sia stato parzialmente abrogato dalla riforma del 2012, che ha dettato una specifica regolamentazione della derogabilità collettiva della materia della solidarietà negli appalti sostanzialmente incompatibile

¹²⁷ Corte Costituzionale 18 gennaio 2013 n.5, in Giurisprudenza Costituzionale 2013, 1, 145 : È manifestamente inammissibile la q.l.c. dell'art. 29, comma 2, d.lg. 10 settembre 2003, n. 276 censurato, in riferimento all'art. 76 cost., laddove dispone che: *“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”*. Il rimettente ha infatti omesso qualunque motivazione circa la ritenuta applicabilità al caso di specie dell'art. 29, comma 2, d.lg. n. 276 del 2003 (più volte modificato a seguito di “ius superveniens”) proprio nella versione specificamente sottoposta a scrutinio, come novellata dall'art. 1, comma 911, l. 27 dicembre 2006, n. 296; né ha considerato che l'intervenuta modificazione ha trasformato la natura della norma de qua da legge in senso materiale a legge in senso formale, così affrancandola dal vizio di eccesso di delega (sent. n. 218 del 1987; ordd. n. 159, 294 del 2004, 253 del 2005, 150 del 2006, 89 del 2009, 123 del 2002).

con quella generale apprestata dal legislatore del 2011. Anche in tal caso si attendono dei chiarimenti da parte del Ministero del Lavoro o, comunque, da parte della giurisprudenza.

7. *La responsabilità solidale rispetto agli oneri fiscali*

Un particolare regime di responsabilità solidale è prevista dall'art. 35, comma 28, del decreto legge n. 223/2006, convertito, con modificazioni, nella legge n. 248/2006 sostituito dall'art. 13 d.l. 83/2012 conv. In L. 134/2012 relativamente agli aspetti fiscali.

In particolare la norma prevede che l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore del versamento all'erario delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e del versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta dal subappaltatore all'erario in relazione alle prestazioni effettuate nell'ambito dei rapporti di sub appalto.

La disciplina normativa prevede, dunque, che ogni imprenditore della filiera è tenuto a controllare il precedente anello della catena.

Dal punto di vista operativo, tre paiono le questioni di maggior rilevanza pratica: entrata in vigore della disposizione, individuazione della documentazione idonea a esentare il committente dal regime della solidarietà ed esatta delimitazione della solidarietà.

Circa le prime due questioni, l'Agenzia delle entrate con la circolare n. 40/e dell'8 ottobre 2012 e con la circolare n. 2/E del 1° marzo 2013, ha fornito le seguenti direttive.

In primo luogo ha stabilito che il meccanismo di cui all'art. 35 si applica soltanto ai contratti di appalto stipulati a far data dal 12 agosto 2012 e che l'eventuale rinnovo di un contratto deve ritenersi equivalente ad una nuova stipula e, pertanto, la disciplina in esame è applicabile, a partire dalla data di rinnovo, anche ai contratti rinnovati successivamente al 12 agosto 2012.

Inoltre il Ministero ha chiarito che la certificazione circa la correttezza degli adempimenti deve essere richiesta solamente in relazione ai pagamenti effettuati a far data dall'11 ottobre 2012 (trattandosi di adempimenti tributari) e che l'attestazione dell'avvenuto adempimento può essere assolta non solo a mezzo delle asseverazioni prestate dai Caf imprese e dai professionisti abilitati, ma anche attraverso un'apposita dichiarazione sostitutiva resa dall'appaltatore/subappaltatore.

Circa l'esatta latitudine della solidarietà, vi è da dire che essa non è soggetta ad alcun termine di decadenza (a differenza di quanto previsto dall'art. 29, comma 2) e viene opportunamente contenuta - dal punto di vista quantitativo - "nei limiti dell'ammontare del corrispettivo dovuto".

Tale ultimo inciso ha suscitato in realtà diverse interpretazioni.

Per un primo orientamento ermeneutico il limite potrebbe essere inteso come quello del corrispettivo dovuto sulla base del contratto di appalto/subappalto, con conseguente, totale irrilevanza dei pagamenti intervenuti prima della domanda da parte dell' Agenzia delle entrate. Secondo altra lettura il limite potrebbe essere inteso come quello del corrispettivo ancora dovuto (e quindi residuo) al momento della domanda dell' amministrazione finanziaria.

La Circolare n. 2/E dell' Agenzia delle Entrate ha precisato, poi, che sono escluse dal campo di applicazione della solidarietà in ambito fiscale le seguenti tipologie contrattuali: appalti di fornitura di beni, contratto d' opera ex art. 2222 c.c., contratto di trasporto, contratto di subfornitura (disciplinato dalla legge n. 192 del 1998) e le prestazioni rese nell' ambito del rapporto consortile.

In ultimo si segnala che la normativa descritta nel testo, relativa alla responsabilità solidale dell' appaltatore per il versamento all' Erario dell' imposta sul valore aggiunto dovuta dall' appaltatore e dal subappaltatore è stata fatta oggetto di una denuncia alla Commissione delle Comunità europee da parte di Confindustria, presentata il 12 marzo 2013, per violazione del diritto comunitario ed in particolare per la violazione del principio di proporzionalità e affidamento ai soggetti passivi IVA di compiti propri dell' Amministrazione Finanziaria.

8. Cambio gestione negli appalti

Come noto, la vicenda dei rapporti di lavoro in caso di successione negli appalti trova esclusiva disciplina nella contrattazione collettiva mentre il Legislatore si è preoccupato esclusivamente di alcune precisazioni di “contorno” e in particolare con **l'art. 7, comma 4 bis, della L. n. 31/2008** secondo cui *“nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l' invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, l' acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l' applicazione delle disposizioni di cui all' articolo 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall' azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative”*.

A questa si aggiunga la disposizione, già citata, **dell' art. 29, comma 3 del D.Lgs. n. 276/2003,**

“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”.

Tutto il resto deriva solo da fonte negoziale e in particolare nella contrattazione collettiva di categoria che, di regola, impone alla Gestione subentrante l’assunzione del personale regolarmente assunto (come risultanti dal Libro matricola o dal Libro unico del lavoro) dalla Gestione uscente (normalmente con una anzianità minima al fine di evitare abusi) e, di regola, con esclusione delle figure direttive

Ciò che rileva, secondo la giurisprudenza,, tanto ai fini del diritto all’assunzione presso la Gestione subentrante, quanto al fine di eventuali trattamenti economici o contrattuali è l’annotazione nei libri paga e matricola o nel Libro unico del lavoro.

La Suprema Corte con la sentenza 12 giugno 2009 n. 13715, nell’interpretazione del CCNL Turismo pubblici esercizi, ha confermato la sentenza della Corte d’Appello di Roma che aveva statuito come determinante il dato formale dell’iscrizione, materialmente connessa all’oggetto dell’ appalto.

“Nel caso in esame, il giudicante ha bene ed adeguatamente motivato (“la costruzione sintattica pone l’espressione riferiti all’unità produttiva interessata fra due virgole”; “nessuna congiunzione, nessun elemento grafico lega le frasi in termini di alternatività o concorrenza”) l’interpretazione per cui “anzianità di servizio utile è solo quella che risulta dai libri paga e matricola”.La norma è fondata sulla necessità d’una oggettiva conoscibilità e certezza” (Cass.13715/2009). Questo significa che il dato dell’iscrizione formale nel Libro paga e matricola (o sul Libro unico del lavoro se adottato) rappresenta il presupposto su cui si regge l’istituto e sulla quale viene strutturata la gara d’appalto (e quindi l’offerta dei contendenti) che indica espressamente la forza lavoro presente ai fini del subentro e il relativo trattamento economico e normativo.

La fattispecie in esame presuppone, ovviamente, la genuinità dell’appalto in essere (e cioè che si possa ravvisare in capo all’appaltatore “l’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto”) trovando viceversa applicazione le disposizioni in tema di somministrazione irregolare.

In secondo luogo occorre che il servizio appaltato sia rimasto invariato in quanto se *“mutano le condizioni dell’appalto, si impone la riorganizzazione delle prestazioni lavorative necessarie per lo svolgimento del servizio: ne consegue l’impossibilità di prendere in carico tutti i lavoratori “ereditati” dal precedente appaltatore a parità di termini contrattuali”*¹²⁸.

¹²⁸ **D. Buoncrisiani** :*Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, fasc.2, 2007, pag. 165.

Il problema principale che si pone, in caso di mutamento del servizio o di diversa organizzazione dello stesso e quindi di mancato assorbimento del personale in forza, è se l'eventuale riduzione del personale rimane in capo alla Gestione uscente o passa quale onere della Gestione subentrante. Tenuto conto, come sopra precisato, che la diversa disciplina pattizia può essere determinante nella gestione degli eventuali esuberi (proprio perché non sussiste in proposito disciplina di rango legislativo di dettaglio) si può in linea di principio stabilire che, in tutti i casi in cui il servizio dato in appalto alla nuova gestione cambia in riduzione (quantomeno con riferimento al personale da impiegare) sarà la Gestione uscente a dover provvedere agli esuberi. Quando invece il servizio appaltato rimane il medesimo ma, per effetto di economia di gestione o di duplicazione di figure, la Gestione subentrante può eseguire il servizio con minor personale, sarà quest'ultima a dover affrontare la eventuale procedura di riduzione del personale.

Certo è che, anche nel caso di passaggio dei lavoratori dalla vecchia alla nuova gestione, se è scontato che il rapporto di lavoro si costituisce ex novo (salvo comunque il trascinarsi dei diritti maturati) in mancanza di una disciplina di dettaglio, non è chiaro a quale titolo si risolva il rapporto con la gestione uscente e gli strumenti tradizionali (dimissioni, licenziamento, risoluzione consensuale) appaiono insufficienti a regolare la fattispecie.

La contrattazione collettiva, in genere, si limita a precisare che in caso di risoluzione del rapporto con la Gestione uscente non è dovuto il preavviso, ma resta terreno di nessuno l'atto di risoluzione del rapporto tanto che, se si trattasse di licenziamento si porrebbe il problema di escludere la procedura ex art. 223/1991 in presenza dei relativi requisiti dimensionali e di recesso. Questo, tuttavia, non può portare a considerare il cambio di gestione negli appalti assimilabile alla cessione di ramo d'azienda, con automatica continuazione del rapporto con il cessionario e il datore di lavoro uscente non potrà essere costretto a "cedere" il lavoratore che dovrà rimanere in forza salvo dimettersi.

NEL NOSTRO SITO TROVERETE IL LINK PER SCARICARE IL PRESENTE DOCUMENTO IN FORMATO DIGITALE
www.studiolegalevis.it

APPALTO
NORME
LAVORO
TEMPORANEO
RATTO
NALE
NTRATTO

NEL NOSTRO SITO TROVERETE IL LINK PER SCARICARE IL PRESENTE DOCUMENTO IN FORMATO DIGITALE
www.grupposerenissima.it



Serenissima Ristorazione S.p.A.
Viale della Scienza, 26 - 36100 Vicenza