



Università
Ca' Foscari
Venezia

**Corso di Laurea magistrale (*ordinamento ex
D.M. 270/2004*)
in Amministrazione, Finanza e Controllo**

Tesi di Laurea

Ca' Foscari
Dorsoduro 3248
30123 Venezia

La somministrazione nell'ordinamento giuridico italiano

Relatore

Ch. Prof.ssa Vania Brino

Correlatore

Ch. Prof. Gaetano Zilio Grandi

Laureando

Marco Vanzetto
Matricola 827443

Anno Accademico

2013 / 2014

INDICE

TITOLO: La somministrazione nell'ordinamento giuridico italiano

Premessa	5
Introduzione	
- 1. Dal monopolio pubblico alla sentenza Job Centre II	10
- 2. La legge 1369/1960 e il lavoro interinale	20
- 3. Il Libro Bianco, la legge n.30/2003 e la somministrazione di lavoro	24
Capitolo I: Somministrazione di lavoro	
- 1. Dibattito tra autonomia contrattuale e formalismo	32
- 2. La nozione di somministrazione	35
- 3. I soggetti della somministrazione	40
3.1 L'utilizzatore	41
3.2 Le agenzie	43
3.3 L'autorizzazione	46
3.4 L'accreditamento	51
3.5 La procedura di autorizzazione	54
3.6 I requisiti giuridici e finanziari	56
3.7 L'assetto organizzativo e le competenze professionali	61
3.8 La BCNL	63
3.9 I fondi per la formazione e l'integrazione del reddito	65
- 4. La somministrazione a tempo determinato	71
- 5. La somministrazione a tempo indeterminato	76
5.1 Un bilancio	76
5.2 Confronto tra somministrazione a tempo determinato e	

staff leasing	79
5.3 Gli ultimi indirizzi e l'ampliamento dell'elenco	85
- 6. I casi di divieto	88
- 7. La forma del contratto	89
7.1 Proroga del contratto di somministrazione a termine	96
Capitolo II: Il rapporto di lavoro	
- 1. La tipologia del contratto di lavoro	97
- 2. Potere direttivo e potere disciplinare	102
- 3. Il rapporto di lavoro	105
3.1 Parità di trattamento	107
3.2 Trattamento economico-retributivo	108
3.3 Indennità di disponibilità	109
3.4 Responsabilità solidale	110
3.5 Ius variandi	111
3.6 Clausole limitative dell'assunzione	112
3.7 Rischi e salute	113
3.8 Diritti sindacali e garanzie collettive	114
3.9 Norme previdenziali	115
- 4. La somministrazione irregolare	116
- 5. Sanzioni penali, amministrative e somministrazione fraudolenta	118
Capitolo III: Le recenti modifiche della disciplina	
- 1. Il decreto legislativo n.24/2012	120
- 2. Il decreto legge "Crescita 2.0"	122
- 3. La riforma Fornero e il decreto legge n.76/2013	123
- 4. Il Jobs Act	124

Capitolo IV: La somministrazione in Europa: cenni

- 1. La direttiva n.2008/104/CE	126
- 2. I principali indici di comparazione	130
2.1 L'autorizzazione	131
2.2 Le condizioni del ricorso al lavoro tramite agenzia	131
2.3 Il formalismo contrattuale	132
2.4 Il contratto di lavoro	133
2.5 Diritti e doveri di agenzia e utilizzatore	133
2.6 Le rappresentanze sindacali	134
2.7 Il regime sanzionatorio	135

Conclusioni

Dieci anni di somministrazione di lavoro: un bilancio	136
---	-----

Bibliografia e sitografia	140
----------------------------------	------------

Ringraziamenti	143
-----------------------	------------

PREMESSA

Questo studio si propone di tracciare un quadro generale che evidenzi, il più possibile in modo organico, l'istituto della somministrazione di lavoro, sottolineando le crucialità e i punti focali di una tipologia che ha visto la luce non più di un decennio fa con la legge 14 febbraio 2003, n.30 (c.d. Legge Biagi) e il relativo decreto legislativo di attuazione 276/2003. Si tratta dunque di una realtà piuttosto recente, dettata dal mutevole contesto che ha caratterizzato la scena nazionale e internazionale negli ultimi anni, spinta dall'esigenza di un bisogno oramai fisiologico e conclamato di rinnovamento che aveva investito il mercato del lavoro italiano, giunto verosimilmente a un punto irreversibile di non ritorno considerata la sua staticità dinanzi ai cambiamenti portati dallo sviluppo e dall'avvento della globalizzazione alla quale si doveva dare una risposta significativa e in linea con le aspettative degli attori economici, in primis aziende e lavoratori. Solo in questo modo può essere spiegata la portata e la vastità della riforma del mercato del lavoro voluta dal legislatore del 2003, che ha impresso un notevole impulso alla cosiddetta flessibilità in entrata, introducendo molte nuove tipologie contrattuali, tra cui come detto il lavoro in somministrazione, che ha proseguito il percorso iniziato dal lavoro interinale introdotto in Italia nel 1997 con la legge n. 196 (c.d. Pacchetto Treu) e nato dalle ceneri di quel che rimaneva del monopolio pubblico di collocamento, non più sostenibile e proponibile vista la mutata realtà europea e internazionale, che si reggeva ancora sulla "Legge Fanfani" del secondo dopoguerra, vietando l'esercizio della mediazione a soggetti che non fossero lo Stato. A distanza di tempo si può provare a tracciare un primo bilancio di questi dieci anni di vita dell'istituto, caratterizzato gioco forza da luci e ombre, con diversi aspetti da

perfezionare e migliorare ma con anche un numero importante di obiettivi raggiunti. Primo fra tutti, in questo senso, così com'era negli intenti del Libro Bianco del 2001, garantire un elevato livello di flessibilità per le imprese, in modo da rispondere adeguatamente alle esigenze di un mercato e di un contesto economico in continua evoluzione, al fine di non restare impreparati nei momenti di crisi e stagnazione. Da questo punto di vista, complessivamente tale obiettivo può dirsi centrato grazie all'introduzione e all'utilizzo dello strumento della somministrazione di lavoro. In questo senso, anche nel 2013 secondo le stime di Assolavoro, i lavoratori impiegati con tale fattispecie hanno fatto segnare un incremento del 4,5% su base mensile rispetto al 2012, passando da 265000 a 277000. Tale trend è confortato anche dal rapporto tra gli occupati in somministrazione e quelli totali, sempre facendo riferimento ai campioni analizzati da Assolavoro. Si è passati, infatti, dall'1,19% del 2012 all'1,28% del 2013, confermando un miglioramento costante anno dopo anno, nonostante il grave periodo di recessione economica che sta caratterizzando l'intero mercato del lavoro nazionale ed internazionale. Questi segnali incoraggianti sono stati sottolineati dal presidente di Assolavoro stessa, Luigi Brugnaro, il quale ha voluto ribadire recentemente come tale strumento "rappresenta un driver formidabile per un'occupazione flessibile di qualità e per la competitività delle imprese". Ovviamente tali indici positivi sono da ascrivere ad uno sforzo congiunto di sostegno all'intero movimento sia da parte degli attori coinvolti in prima persona nella vicenda che del legislatore, il quale soprattutto negli ultimi anni ha prodotto uno sforzo notevole di misure correttive e di implementazione del testo originale del decreto legislativo n.276/2003. Come si è visto nel corso della trattazione, anche gli ultimi provvedimenti del Jobs Act hanno avuto l'intento di apportare ulteriori miglioramenti al funzionamento dell'istituto, rafforzando da una parte le

esigenze di tutte le parti protagoniste della vicenda e bilanciando dall'altra gli eventuali squilibri che potevano scaturire, con un occhio di riguardo sempre alle tutele dei lavoratori somministrati, soggetto debole del rapporto e dunque meritevoli di una protezione imprescindibile. Volendo fare una panoramica sull'andamento complessivo dell'intero sistema, facendo sempre riferimento alle fonti di Assolavoro e alle associazioni di categoria, si può notare come il ricorso ai lavoratori somministrati sia largamente utilizzato nel settore dell'industria manifatturiera (52%), con a seguire il settore del credito (17%) e del commercio (11%). Per quel che concerne la distribuzione per fasce d'età, vi è da sottolineare come tale strumento flessibile investa principalmente i giovani dai 18 ai 24 anni (23%) e quelli dai 25 ai 29 (21%). La frequenza del ricorso all'istituto tocca punte importanti soprattutto al nord ovest (43,7%), mentre è più debole al sud e nelle isole (10,4%). La somministrazione ha dimostrato poi, come si evince tra l'altro dalla relazione di Assolavoro, "di risultare un valido antidoto per far fronte alle crescenti distorsioni presenti nel mercato del lavoro, come la maggior parte delle collaborazioni e le false partite IVA, visto che più elevato è il tasso di penetrazione della somministrazione nel mercato del lavoro e più basso è il ricorso al lavoro in nero e sotto tutelato"¹. Inoltre può venire considerata a tutti gli effetti come strumento di crescita e di risparmio per le imprese: da un lato infatti consente a queste ultime di poter verificare la sussistenza di un loro possibile ampliamento tramite il ricorso a lavoratori temporanei, permettendo all'imprenditore di sfruttare possibili opportunità di sviluppo che il mercato offre e dall'altro favorendo possibilità di risparmio sui costi di formazione e gestione del personale interno nonché sulla ricerca e selezione dei lavoratori. Se si vuole ampliare il campo di riferimento a livello europeo, invece, si può notare che,

¹ Assolavoro, "La somministrazione di lavoro"

nonostante gli effetti della recessione globale di questi ultimi anni, come sottolineato da Spattini e Tiraboschi, “il tasso di penetrazione medio si attesta tra l’1,5% e il 2%”². Poi tra i diversi paesi membri si raggiungono soglie differenti, “passando dal massimo del 3,6% del Regno Unito allo 0,1% della Grecia, con l’Italia che si attesta attorno allo 0,7%”³. Per quel che riguarda il distinguo tra i somministrati uomini e donne, nel nostro paese lo scarto è minimo (52% uomini e 48% donne), mentre nelle realtà francesi e tedesche il ricorso all’istituto è a netta prevalenza maschile (70% in Francia e Germania). Per dare, in conclusione, anche uno sguardo alla durata delle missioni, come riportano Spattini e Tiraboschi, “in Italia il 66% dei contratti di fornitura ha una durata inferiore ad un mese, agli antipodi della Germania dove il 64% ha durata superiore ai tre mesi”⁴. Da questi numeri emerge, dunque, come sia a livello nazionale che a livello comunitario tutto sommato l’impatto avuto dalla somministrazione può essere catalogato in termini positivi. Questi profili verranno attentamente analizzati e approfonditi nell’ambito di questa ricerca, tenendo in considerazione e tentando di soddisfare appieno ogni esigenza e sfumatura che la pratica richiede, conciliando nella trattazione dell’argomento gli aspetti storici e il contesto che hanno portato alla sua nascita, la sua evoluzione, intesa in termini di sviluppo, sia sul palcoscenico nazionale, attraverso i vari indirizzi forniti via via dal legislatore, che su quello europeo, tratteggiando un confronto con la regolamentazione comunitaria e con alcuni paesi dell’UE, passando ovviamente mediante la descrizione

² Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.1

³ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.1

⁴ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.2

della struttura di tale contratto e di tutti gli obblighi che sorgono in capo ai vari soggetti coinvolti nel rapporto.

INTRODUZIONE: L'EVOLUZIONE STORICA DEL FENOMENO

SOMMARIO: 1. Dal monopolio di collocamento pubblico alla sentenza Job Centre II – 2. La legge 1369/1960 e il lavoro interinale – 3. Il Libro Bianco, la legge n.30/2003 e la somministrazione di lavoro

1. Dal monopolio di collocamento pubblico alla sentenza Job Centre II

Per quasi tutta la seconda metà del secolo scorso il modello di collocamento pubblico obbligatorio dominò la scena del mercato del lavoro in Italia, resistendo molto più che in altri paesi alle varie spinte di apertura all'esternalizzazione e di modernizzazione che da più parti con il trascorrere del tempo venivano invocate e che il contesto inevitabilmente richiedeva, sulla convinzione che la sua presenza fosse ormai inadatta a rappresentare in modo compiuto e adeguato la volubilità delle tipologie di segmentazione che il processo produttivo e il sistema lavorativo proponevano. Il modello venne istituito formalmente con la legge 264 del 29 aprile 1949 (c.d. Legge Fanfani), sotto “Provvedimenti in materia di avviamento al lavoro e di assistenza ai lavoratori involontariamente disoccupati”, con la quale si dava realtà concreta al monopolio esclusivo dello Stato in tema di mediazione nel mercato del lavoro: la scelta di lasciare la regolamentazione della disciplina esclusivamente alla sfera pubblica andava ascritta a congiunture politiche che prevalsero su tutto il resto, spingendo il legislatore dell'immediato dopoguerra a togliere definitivamente l'esercizio di tale pratica dall'ambito di competenza dei sindacati, rientrando nel novero delle loro funzioni durante il ventennio di dominio mussoliniano. Come ben rileva Spattini, “l'intervento pubblico trae origine dalla sua funzione di controllo della crisi, rappresentata dagli squilibri tra domanda e offerta di lavoro, dagli elevati livelli di

disoccupazione, ma pure dai bassi salari e dalle carenti condizioni di lavoro: tali circostanze evidenziavano la loro potenziale pericolosità sociale, che non poteva più essere ignorata, potendo di fatto sfociare in aperti conflitti di lavoro e di classe e dunque diventava in quel momento prioritario l'intervento dello Stato nel mercato del lavoro, al fine di controllare la crisi e le possibili derive con ripercussioni sulla stessa sovranità nazionale"⁵. Sempre Spattini, in questo senso, sottolinea come la funzione svolta dall'intervento pubblico era quella di "raccolgere informazioni riguardanti il mercato del lavoro, gestirne direttamente i suoi flussi e la sua evoluzione, orientare le dinamiche dell'impiego di manodopera salariata, eliminare gli squilibri del mercato cercando di favorire gli incontri tra domanda e offerta di lavoro riducendo al minimo la disoccupazione, distribuire equamente le occasioni di lavoro e offrire, infine, alle imprese servizi di reperimento e selezione della manodopera stessa: così facendo si riteneva che in un contesto monopolistico fosse maggiormente garantita anche la trasparenza del mercato"⁶. Ma già durante il periodo a cavallo tra le due guerre, a livello internazionale con la Convenzione dell'OIL del 1933, n.34, come messo in evidenza da Corti, "si era rafforzata la convinzione del ruolo di assoluto protagonista dello Stato a scapito dell'attività privata di collocamento, sancendo per gli stati firmatari l'obbligo di porre in essere agenzie pubbliche di collocamento per l'elargizione di servizi sotto la visione dell'autorità centrale, dichiarando di fatto illegittima la presenza di agenzie private di placement con fini lucrativi"⁷. Il modello di collocamento italiano, tuttavia, "aveva comunque

⁵ Spattini S., "Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo", Giuffrè Editore, pag.6

⁶ Spattini S., "Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo", Giuffrè Editore, pagg.1-2

⁷ Corti M., "Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali", in "Il nuovo diritto del lavoro", a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pag.5

dimostrato di eccedere per vincolismo in quanto i tre pilastri su cui si erigeva, vale a dire funzione statale, monopolio pubblico e chiamata numerica, abbinati insieme non esistevano in alcuna altra esperienza del mondo occidentale libero”⁸. La legge Fanfani era dunque concepita con la precisa volontà di assegnare allo Stato il monopolio dell’attività di collocamento, con l’intento di conferire alla struttura pubblica la funzione di strumento guida volto alla ricerca di un impiego per cittadini disoccupati o per coloro che erano alla ricerca di una nuova occupazione. La normativa così delineata non prendeva in considerazione non solo gli agenti privati e come menzionato in precedenza i sindacati, ma disimpegnava dallo svolgimento dell’intermediazione tra domanda e offerta di lavoro pure gli enti locali e quelli territoriali più in generale. Al datore di lavoro, come puntualizza tra gli altri Corti, “veniva imposto il ricorso agli uffici di collocamento in caso di nuove assunzioni e tale obbligo diveniva più pressante incidendo pesantemente sull’autonomia contrattuale di datore stesso e lavoratore nei casi di richiesta numerica, ovvero quando il primo poteva solamente indicare il numero di lavoratori che gli servivano, essendo poi tenuto ad assumere quelli che gli venivano avviati dall’ufficio sulla base del preciso ordine di precedenza stabilito dalla normativa”⁹. Come si è ben potuto notare, tuttavia, il sistema della chiamata numerica, nonostante venisse considerato come il parametro di riferimento del modello dal quale non si poteva prescindere, lasciava anche possibilità di spazio per quella nominativa, la quale rappresentava la via più pratica per le imprese di dimensioni non rilevanti con un numero di dipendenti uguale o inferiore a cinque. Nell’evenienza, invece, di un’entità più cospicua di

⁸ Corti M., “Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali”,in “Il nuovo diritto del lavoro”, a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pagg.5-6

⁹ Corti M., “Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali”,in “Il nuovo diritto del lavoro”, a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pag.6

assunzioni, questa veniva tollerata ma entro i limiti di una percentuale prestabilita e comunque bassa. Inoltre deve essere ricordato come le disposizioni inerenti il collocamento erano ascrivibili esclusivamente per l'assunzione dei disoccupati, considerando il fatto che, come prescriveva l'art.11, comma 6, legge n.264/1949, *“era ammesso il passaggio di un prestatore di lavoro generico direttamente e immediatamente dall'azienda nella quale era occupato ad un'altra”*, senza dover fare alcun riferimento per qualsiasi verifica agli uffici pubblici. Dunque, come ben tratteggiato dallo stesso Corti, *“emerge come il rigore del collocamento pubblico italiano fosse più formale che reale, con gli imprenditori dediti ad escogitare vie sempre nuove e tecniche elusive per evitare la chiamata numerica e con i tribunali che contribuirono ulteriormente ad ammorbidire la disciplina”*¹⁰. Il sistema di monopolio del collocamento pubblico testè tratteggiato, salvo per qualche modifica, restò tale fino agli anni Settanta, dove il primo importante cambiamento così intenso avvenne con gli artt. 33 e 34 della legge 21 maggio 1970, n.300 (c.d. Statuto dei Lavoratori). La via intrapresa con tale scelta abbracciò sensibilmente e inequivocabilmente i canoni dell'inasprimento della procedura, constatato che se da un lato vennero prese in considerazione le istanze di una più consistente partecipazione nella gestione del collocamento delle organizzazioni sindacali, dall'altro si assistette alla drastica riduzione dei casi di ricorso alla chiamata nominativa e all'immediato asservimento al parere vincolante dei pubblici uffici nel caso di passaggio diretto del lavoratore da un'impresa all'altra. L'effetto della manovra, come si evince del resto dai pareri in merito della letteratura, *“non diede al sistema di collocamento nuova linfa, sortendo, invece, il risultato perverso di impedire*

¹⁰ Corti M., *“Mercato del lavoro, intermediazione e collocamenti speciali”*, in *“Il nuovo diritto del lavoro”*, a cura di L.Fiorillo, A.Perulli, Ed.Giappichelli, 2014, pag.8

definitivamente agli uffici del lavoro di abbracciare le moderne pratiche che si andavano sperimentando in capo alle agenzie per l'occupazione degli Stati europei più avanzati sotto questo punto di vista, affossandoli di fatto nella compilazione e aggiornamento di liste e nella registrazione di incontri già avvenuti liberamente nel mercato del lavoro”¹¹. Il punto di svolta verso la liberalizzazione dell'intero apparato si ebbe con le successive riforme che sono intervenute a regolare il sistema, dapprima quella attuata dalla legge 28 febbraio 1987, n.56 e di seguito la legge 23 luglio 1991, n.223. Con la prima, come fa notare tra gli altri Corti, “il superamento del collocamento vincolistico fu inaugurato surrettiziamente, tramite l'assegnazione di nuovi compiti alle Commissioni regionali per l'impiego, organi di concertazione locale introdotti un decennio prima dalla legge n.675/1977, che ora ricevevano ampi poteri di deroga alle regole ordinarie del collocamento”¹². Più approfonditamente, secondo quanto sancito dalla normativa, l'art.25 dà disposizione alle suddette Commissioni, previa motivata deliberazione, di proporre al Ministero del Lavoro *“deroghe ai vincoli esistenti per le imprese in materia di assunzioni dei lavoratori, tenendo conto delle dimensioni delle imprese presenti sul territorio e della tipologia differenziata delle fasce di disoccupazione, in specie quella giovanile”*¹³. Inoltre, secondo l'art. 17 *“le Commissioni regionali e circoscrizionali possono stipulare con i datori di lavoro convenzioni nelle quali, a fronte dell'impegno ad assumere un determinato numero di lavoratori, esse consentono che una quota degli avviamenti per chiamata numerica sia effettuata con chiamata nominativa, e ciò sia per il*

¹¹ Corti M., “Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali”,in “Il nuovo diritto del lavoro”, a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pagg.10-11

Sartori A., “La legge Fanfani”,pag.70

¹² Corti M., “Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali”,in “Il nuovo diritto del lavoro”, a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pag.12

¹³ Legge 28 febbraio 1987, n.56,art.25

collocamento ordinario che per quello obbligatorio”¹⁴. In questo senso vi è da sottolineare come già con la legge 863/1984 erano accettate le assunzioni nominative per il 50% di quelle numeriche: per assistere all’abrogazione della chiamata numerica e all’estensione per intero a tutti di quella nominativa si dovette attendere la legge 223/1991. Il sistema delle assunzioni verrà completamente liberalizzato qualche anno dopo, con il decreto legislativo 1 ottobre 1996, n.510 convertito in legge 28 novembre 1996, n.608 dove venne definitivamente abolita la chiamata nominativa, lasciando spazio a quella diretta sulla base di un più semplificato meccanismo di domanda e offerta. Nell’ottica della costituzione di un moderno sistema di servizi per l’impiego, il decreto legislativo n.469/1997 (c.d. decreto Montecchi), per la concomitanza della Riforma Bassanini, di cui era attuazione, sul decentramento in virtù del principio di sussidiarietà delle funzioni dello Stato, “assegnò alle Regioni i compiti in materia di collocamento e di politica attiva del lavoro, la cui erogazione fu a sua volta girata alle Province”¹⁵. Lo Stato centrale si riservava la funzione di vigilare, indirizzare e coordinare in materia di lavoro. La conclusione dell’esperienza del monopolio pubblico di collocamento indubbiamente fu il risultato di un percorso segnato per troppo tempo dalla lapalissiana mancanza di funzionalità e capacità degli uffici pubblici di collocamento e dalla mancanza di concorrenza nel sistema italiano del mercato del lavoro. Tale inefficienza, come constatato in questo senso da Spattini, “veniva messa a nudo dalla realizzazione di un numero limitato di incontri tra domanda e offerta di lavoro, da una limitata diffusione delle informazioni e di conseguenza dalla riduzione della possibilità di portare a compimento suddetti incontri, compromettendo per questa via la trasparenza e

¹⁴ Legge 28 febbraio 1987, n.56,art.17

¹⁵ Corti M., “Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali”, in “Il nuovo diritto del lavoro”, a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pag.16

l'efficienza del mercato del lavoro, non riuscendo più così a monitorare i flussi di manodopera né indirizzarli, venendo di fatto meno l'effettivo controllo pubblico del mercato del lavoro"¹⁶. La riforma si rese fisiologicamente necessaria e in questo senso un importante impulso verso una direzione riformatrice venne dalla Corte di Giustizia Europea con la nota sentenza Job Centre II¹⁷. Quest'ultima "era una cooperativa a responsabilità limitata in via di costituzione con sede in Italia, il cui statuto prevedeva come attività principale la mediazione fra domanda e offerta di lavoro subordinato e fornitura temporanea a terzi di prestazioni di lavoro, con lo scopo di consentire a lavoratori e imprenditori, soci e non soci, di fruire di tali servizi sul mercato del lavoro italiano e comunitario"¹⁸. La Job Centre decise di presentare ricorso contro "la mancata omologazione del proprio atto costitutivo a causa del conflitto che si era palesato fra il proprio oggetto sociale e le leggi 264/1949, che vieta l'esercizio della mediazione tra domanda e offerta di lavoro subordinato anche quando tale attività è svolta gratuitamente, dove l'intermediazione di manodopera effettuata in contrasto con suddetta norma e l'assunzione di lavoratori al di fuori del collocamento pubblico viene punita con sanzioni penali e amministrative, e 1369/1960, che vieta la mediazione e l'interposizione nei rapporti di lavoro"¹⁹. La Job Centre sosteneva che "il divieto di qualsiasi attività di mediazione e interposizione tra domanda e offerta di lavoro che non sia svolta da enti pubblici fosse in contrasto con gli articoli 86 e 90 del Trattato di Roma, in quanto gli uffici pubblici di collocamento non erano in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato per questa tipologia di attività e inoltre la giurisprudenza comunitaria era solita considerare tali

¹⁶ Spattini S., "Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo", Giuffrè Editore, pag.14

¹⁷ Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 1997, C-55/96

¹⁸ Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 1997, C-55/96

¹⁹ Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 1997, C-55/96

istituti alla stregua di un'impresa e dunque soggetti agli obblighi della libera concorrenza"²⁰. Nel contesto del diritto della concorrenza, la nozione di impresa, così come sostenuto dalla Corte, "comprende qualsiasi entità che svolge un'attività economica, a prescindere dal proprio status giuridico e dalle modalità di finanziamento: l'attività di collocamento di manodopera veniva qualificata perciò come attività d'impresa, con la conseguenza che un ente come un ufficio pubblico di collocamento doveva essere inteso a tutti gli effetti come impresa ai fini dell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie"²¹. Constatata la posizione sopra descritta, la Corte condannò l'Italia, in quanto il monopolio del collocamento, stante l'inefficienza degli uffici, provocava strutturalmente una restrizione del servizio offerto ai cittadini (come si legge dalla sentenza "*gli uffici pubblici di collocamento non sono palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro*"²²), "configurando di fatto un abuso di posizione dominante, impedendo ai privati di svolgere tale attività e creando in questo modo delle limitazioni nel mercato del lavoro"²³. Dopo quasi mezzo secolo dunque venne abbattuto il sistema del monopolio pubblico del collocamento, anche se non risulta del tutto corretto sostenere che la sua abolizione sia in toto da ascrivere al pronunciamento della Corte di Giustizia Europea. Questo risultato, infatti, ha seguito un percorso del tutto autonomo nel nostro Paese, come descritto in precedenza, risentendo inoltre della situazione che progressivamente si era venuta a creare a livello europeo, che ha visto nell'ultimo decennio del '900 il venir meno dei monopoli pubblici di collocamento anche in altri paesi in Europa. In questo senso deve essere

²⁰ Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 1997, C-55/96

²¹ Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 1997, C-55/96

²² Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 1997, C-55/96

²³ Corti M., "Mercato del lavoro, intermediazione e collocamenti speciali", in "Il nuovo diritto del lavoro", a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Ed. Giappichelli, 2014, pag. 18

ricordato come nel 1997 l'OIL, con la Convenzione n.181, ha dato il via libera alla liberalizzazione del mercato del lavoro pensando a un sistema dove potessero agire indistintamente una vastità di agenti, pubblici e privati. Tuttavia, in questo senso, una parte della dottrina giuslavoristica italiana è stata concorde nel ritenere che tali “processi di deregolamentazione e privatizzazione delle fasi di incontro tra domanda e offerta di lavoro registrati in Italia a partire dal 1997 e successivamente con il decreto legislativo n.276/2003 abbiano dato luogo a un sostanziale arretramento dello Stato a tutto vantaggio delle libere dinamiche del mercato; anzi, l’abolizione del monopolio pubblico del collocamento viene considerata come la prova più significativa della rinuncia a ogni forma di controllo pubblico del mercato del lavoro”²⁴. Questa prospettiva viene però ribaltata se si affronta la questione da un’angolazione differente, entrando nell’ottica del diritto pubblico dell’economia, che contempla il venir meno dell’intervento pubblicistico come una diversa modalità di governo del mercato del lavoro. In questo senso, come rileva Spattini, “gli uffici e le strutture pubbliche sono stati progressivamente affiancati da servizi resi da operatori privati, vuoi in regime di concorrenza vuoi in una logica di complementarietà, dove se il settore pubblico svolge generalmente l’attività di collocamento e perciò di incontro tra domanda e offerta di lavoro, al settore privato viene concesso di svolgere altre attività che non vengono mai effettuate in proprio dal pubblico, come ad esempio ricerca e selezione, ricollocazione ma pure formazione professionale”²⁵. Così facendo lo Stato, mediante il sistema delle autorizzazioni, definisce e visiona le modalità di ingresso dei privati nel mercato del lavoro consentendo loro l’erogazione di

²⁴ Spattini S., “Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo”, Giuffrè Editore, pagg.2-3

²⁵ Spattini S., “Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo”, Giuffrè Editore, pag.16

servizi per l'impiego che l'apparato pubblico non riusciva più a svolgere in modo efficiente, aumentando l'offerta per datori di lavoro e lavoratori. Risulta evidente, sposando quanto sostenuto da Spattini in merito, come “questa modalità di intervento pubblico non possa essere interpretata come un arretramento dello Stato: l'abbandono dell'intervento in via esclusiva del settore pubblico non significa, infatti, un ridimensionamento o l'eliminazione dei servizi pubblici per l'impiego, bensì l'introduzione di servizi aggiuntivi relativi all'incontro tra domanda e offerta di lavoro da parte di altri soggetti, il più delle volte in regime di convenzione”²⁶. Tale funzione di regolazione e di indirizzo dell'attore pubblico può venire intesa come governo pubblico del mercato del lavoro, dove lo Stato fissa il perimetro entro il quale si devono muovere i vari agenti, dettando gli obiettivi e la via da seguire, in modo da privilegiare, tramite la suddetta riforma di riorganizzazione dei servizi pubblici per l'impiego, l'efficienza che da troppo tempo era stata persa. Allo Stato dunque “competere l'organizzazione e la disciplina del mercato del lavoro, tramite la selezione dei soggetti che vi possono operare e, a seguire, la definizione delle politiche e degli obiettivi in materia di servizi per l'impiego e in generale di mercato del lavoro, la cui concretizzazione non necessariamente può avvenire mediante interventi pubblici diretti, ma potrà realizzarsi contemporaneamente attraverso servizi pubblici e privati oppure, in una logica di sussidiarietà, soltanto da quest'ultimi, ma pur sempre nel contesto definito dal pubblico”²⁷.

²⁶ Spattini S., “Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo”, Giuffrè Editore, pag.16

²⁷ Spattini S., “Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo”, Giuffrè Editore, pag.17

2. La legge 1369/1960 e il lavoro interinale

Una delle norme imperative, assieme alla legge 264/1949, della legislazione italiana in materia di lavoro fu il generale divieto di interposizione di manodopera. Entrato nel nostro ordinamento con la legge 23 ottobre 1960, n.1369, il mancato rispetto di tale dettato normativo prefigurava l'applicazione di pesanti sanzioni penali, mentre sul piano civile i lavoratori occupati in violazione del divieto istituito dalla norma venivano considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'imprenditore che aveva usufruito delle prestazioni. Il ricorso a siffatta disposizione era ascrivibile, come sostenuto tra gli altri da Pagliarini, "al bisogno di evitare che l'imprenditore, ponendo tra sé e il lavoratore una sorta di diaframma – e cioè interponendo un terzo soggetto che si limitasse ad assumere, dirigere e retribuire la manodopera, senza impiego di capitali e attrezzature proprie– potesse sfuggire alle obbligazioni conseguenti alla diretta utilizzazione della prestazione lavorativa in essere"²⁸. In questo senso, come ribadito anche da Fabrizio, "la garanzia rappresentata dalla legge 1369/1960, che sanzionava l'appalto di manodopera e ogni altra forma interpositiva, mirava a colpire qualunque situazione da cui potesse scaturire una possibile forma di sfruttamento della forza lavoro da parte dell'appaltatore o dell'intermediario"²⁹. L'intento si prefigurava di natura esplicitamente antifraudolenta, simbolo di una delle garanzie imprescindibili in capo al lavoratore, "trattandosi di quell'indispensabile corrispondenza tra la titolarità formale del rapporto e l'utilizzazione della prestazione lavorativa, con la conseguenza della completa presa di coscienza in seno

²⁸ Pagliarini M., "Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione"- La somministrazione di lavoro, pag.1

²⁹ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione:le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.7

all'utilizzatore stesso della prestazione di diritti ed obblighi che il sistema riversa presso il datore di lavoro"³⁰. Lo stesso Pagliarini, nella sua analisi, rileva che "il divieto legale del fenomeno interpositivo nasceva all'interno di una realtà economica in cui decentramento era sinonimo soprattutto di sfruttamento aggiuntivo dei lavoratori e contestuale lucro parassitario da parte di pseudo-appaltatori di manodopera"³¹. Come evidenziato dalla relazione della Commissione parlamentare di inchiesta sulle condizioni dei lavoratori in Italia del 1958, e dunque un'indagine effettuata un po' di tempo prima che il divieto facesse la sua comparsa, si era riscontrato che l'obiettivo principale era quello di fuggire ai processi di esternalizzazione. Era emerso, infatti, un contesto produttivo nel quale, per il tramite di imprese prestanome occulte che si dovevano occupare del reclutamento e della retribuzione dei prestatori di lavoro i quali dovevano poi essere introdotti nell'apparato lavorativo dell'effettivo datore di lavoro, quest'ultimo eludeva il giogo delle maglie delle responsabilità che sussistevano in capo all'imprenditore, mentre i lavoratori erano costretti a dipendere dall'interposto, che sovente risultava una figura non dotata di un'organizzazione di impresa vera e propria e di una gestione economica rischiosa. Come constatato da Pagliarini, "l'evoluzione economico-sociale dell'organizzazione d'impresa, ed in particolare i fenomeni di esternalizzazione e decentramento, ha portato via via a una progressiva erosione del divieto di interposizione, alimentata dal cosiddetto fenomeno di "smaterializzazione" dell'impresa, consistente nel fatto che sempre più la funzione imprenditoriale si realizza tramite l'utilizzo di beni immateriali o attraverso attività puramente organizzative della forza lavoro, con

³⁰ Pagliarini M., "Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione"- La somministrazione di lavoro, pag.1

³¹ Pagliarini M., "Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione"- La somministrazione di lavoro, pag.1

conseguente ridimensionamento di quegli elementi tradizionalmente idonei ad identificare l'azienda"³². Con l'andare dei decenni si riscontrava l'esigenza, da più parti invocata, di modellare tale dettato normativo in base ai cambiamenti che investirono la realtà economica e produttiva, dove i sempre più frequenti processi di esternalizzazione e segmentazione del processo produttivo mettevano in risalto la non idoneità della legge 1369/1960 con i nuovi modelli che man mano stavano prendendo piede. Il bisogno di agire sul divieto posto dalla normativa suddetta aveva trovato terreno fertile anche nella giurisprudenza, la quale da tempo non considerava più illegittime le fattispecie interpositorie in linea con i comprovati fabbisogni aziendali, a differenza di quelli nei quali la presenza di attori interposti fosse volta a non rispettare le tutele dei prestatori di lavori. Tale presa di posizione da parte della giurisprudenza dimostra che, come rilevato anche da Zappalà, "il modello interpretativo della legge n.1369/1960 non fosse così rigido, lasciando spazio a prospettive applicative nuove ed equilibrate, di volta in volta supportate da un "buon senso pratico" nel discernere i casi di reale pericolo per le esigenze di tutela dei lavoratori, dai casi di moderna e tutto sommato inevitabile organizzazione dei processi produttivi"³³. Sull'onda di tale mutamento economico ha fatto il suo ingresso la normativa che ha avuto il compito di disciplinare il lavoro temporaneo/interinale. La legge n. 196/1997, passata alla storia come "Pacchetto Treu" dal nome del Ministro del Lavoro che lo ideò, "ha consentito di fatto ad un'impresa fornitrice di assumere lavoratori dipendenti per metterli temporaneamente a disposizione di un'impresa utilizzatrice che organizza, dirige e si avvale delle loro prestazioni, senza

³² Pagliarini M., "Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione"- La somministrazione di lavoro, pag.3

³³ Zappalà L., "Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sul contratto di somministrazione di lavoro", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 12/2004, pag.3

dover acquisire il ruolo di datore di lavoro”³⁴. Come verrà più approfonditamente descritto in seguito nel corso della trattazione per la somministrazione, il lavoro interinale ne anticipa lo schema, prevedendo un rapporto di lavoro trilaterale. L’agenzia interinale, infatti, si frappone tra datore di lavoro e lavoratore, consentendo all’impresa avente necessità di pattuire un rapporto contrattuale di fornitura di manodopera con essa, erogando per l’arco temporale stabilito e comunque limitato le figure professionali a lei richieste. In questo modo il lavoratore effettua la propria prestazione lavorativa in capo ad un’altra azienda per un periodo circoscritto, ma risulta alle dipendenze giuridiche dell’agenzia interinale, che provvede alla sua retribuzione. La legalizzazione del lavoro interinale, sebbene rappresentò una deroga al generale divieto di interposizione della legge n. 1369/1960 poiché questa non fu esplicitamente abrogata, segnò un ulteriore contributo alla modernizzazione del mercato del lavoro italiano, dopo l’abolizione del monopolio pubblico di collocamento, raggiungendo il suo compimento con il decreto legislativo n. 276/2003 che ha introdotto tra le altre la figura del contratto di somministrazione, completando così il percorso iniziato anni prima con il “Pacchetto Treu”.

³⁴ Pagliarini M., “Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione”- La somministrazione di lavoro, pag.3

3. Il Libro Bianco, la legge 30/2003 e la somministrazione di lavoro

All' inizio del nuovo millennio la discussione attorno alle misure migliorative e agli strumenti correttivi da apportare nel mercato del lavoro in relazione all'andamento degli sviluppi economici e normativi caratterizzanti il contesto di riferimento si fece sempre più pressante, in un'ottica volta al completamento della riforma iniziata nel 1997 con l'introduzione del "Pacchetto Treu". E' all'interno di questo scenario che si inserisce la pubblicazione, redatta da un gruppo di lavoro coordinato tra gli altri da Maurizio Sacconi e Marco Biagi, del cosiddetto "Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia", presentato a Roma il 3 Ottobre 2001. L'intento era quello di raccogliere all'interno di un documento politico spunti, riflessioni e proposte da parte del neo eletto governo Berlusconi in materia di lavoro, volto alla modernizzazione di un sistema che ancora stentava a seguire il passo delle nuove logiche poste dalla materia con l'avvento della globalizzazione e dei cambiamenti che si riscontravano nei paesi dell'UE. Come si legge dal testo stesso l'obiettivo era quello della *"promozione di una società attiva, con una maggiore possibilità di occupazione per tutti, con una migliore qualità complessiva del mercato del lavoro, con regole più moderne tenendo conto delle peculiarità della situazione italiana"*³⁵. L'input arrivava dall'UE, sollecitando una strategia che perseguisse un livello di crescita economica tale da poter sostenere un aumento significativo del tasso di occupazione senza pregiudicare di contro la qualità del lavoro e la coesione sociale. La direzione auspicata, entro la quale muoversi, era quella di *"un mercato del lavoro flessibile che deve migliorare la qualità, oltre che la quantità, dei posti di lavoro, rendendo più fluido l'incontro tra obiettivi e desideri delle imprese e dei lavoratori,*

³⁵ "Libro Bianco", pag.V

consentendo ai singoli individui di cogliere le opportunità lavorative più proficue cercando di evitare di rimanere intrappolati in situazioni a rischio di forte esclusione sociale”³⁶. Il punto di riferimento in questo senso era quello che si stava verificando oltre i confini nazionali, dove “*le esperienze dei paesi europei che hanno con più successo riformato il mercato del lavoro hanno evidenziato l’importanza di disporre di un nuovo assetto del sistema di incentivi e ammortizzatori sociali in grado di concorrere al bilanciamento tra flessibilità e sicurezza, in modo da accrescere l’occupazione e diminuire le forme di precarizzazione evitando il sorgere di pericolose fratture sociali*”³⁷. L’idea portante di questo documento andrà a costituire in seguito l’impianto normativo della legge delega n.30/2003 e del conseguente decreto legislativo n.276/2003. Volendo addentrarci più approfonditamente nella disamina del tema in questione, il Libro Bianco ha sollecitato l’urgenza di misure correttive “*per eliminare quegli ostacoli normativi che ancora rendono complicato l’utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili, che sono state utilizzate in larga misura in tutti i paesi europei senza che questo abbia comportato situazioni di esclusione sociale o di bassa qualità del lavoro*”³⁸. In questo senso l’esigenza del perfezionamento e del miglioramento della fattispecie del lavoro interinale prese sempre più corpo, manifestandosi come una necessità indispensabile “*per favorire l’incontro tra domanda e offerta e più in generale per avviare una riforma complessiva della disciplina in materia di intermediazione di manodopera, anche alla luce dei processi di esternalizzazione del lavoro e nel rispetto delle condizioni di tutela del lavoro stesso*”³⁹. La nuova disciplina doveva dunque muoversi lungo una

³⁶ “Libro Bianco”, pag.VIII

³⁷ “Libro Bianco”, pag.VIII

³⁸ “Libro Bianco”, pag.XIII

³⁹ “Libro Bianco”, pag.XIII

direttrice che garantisca un livello adeguato in termini di limpidezza e trasparenza dei processi di esternalizzazione. Nella seconda parte del Libro Bianco, nell'affrontare più specificatamente il tema del lavoro interinale e dell'intermediazione, si è sottolineato come *“il lavoro temporaneo tramite agenzia di cui alla legge 24 giugno 1997, n.196 abbia costituito una positiva riforma nel senso della modernizzazione del mercato del lavoro italiano, auspicando che non vengano frapposti ulteriori ostacoli per sperimentare altre forme di modernizzazione capaci di provocare ricadute sul piano occupazionale, fermo restando che si tratta comunque di una legislazione più restrittiva di quella esistente in numerosi paesi dell'area comunitaria”*⁴⁰. Una delle più grandi limitazioni, tuttavia, che si è riscontrato nella legge 196/1997 è la contemplazione dell'esclusività dell'oggetto sociale per le imprese di fornitura di lavoro temporaneo, consistente appunto in tale attività. Tale vincolo per queste imprese, si è rimarcato, *“comporta una limitazione alle attività di incontro tra domanda e offerta di lavoro, precludendo la ricerca e selezione del personale non finalizzata immediatamente alla fornitura di lavoro temporaneo, nonché le attività di supporto alla ricollocazione professionale”*⁴¹. Al fine di bypassare tale situazione, si è sostenuto l'importanza di pervenire a *“un unico sistema autorizzatorio per l'intervento dei privati nella mediazione tra domanda e offerta di lavoro, superando il divieto posto dalla norma citata prevedendo espressamente che, in presenza di determinati requisiti, si possano svolgere anche le attività di mediazione, nonché di ricerca, selezione e supporto alla ricollocazione professionale”*⁴². Al riguardo risulta poi considerevole l'intento, visto l'esito favorevole della sperimentazione della fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, *“di*

⁴⁰ “Libro Bianco”, pag.68

⁴¹ “Libro Bianco”, pag.69

⁴² “Libro Bianco”, pag.69

ripensare criticamente l'impianto complessivo della legge n.1369/1960 che vieta la somministrazione di lavoro altrui come disposizione di carattere generale, avendo tale normativa alimentato fenomeni anomali di esternalizzazione del lavoro che incidono pesantemente sia sulla correttezza della competizione fra le imprese sia sulle dimensioni fra le aziende stesse che compongono il tessuto produttivo del paese"⁴³. Secondo il Libro Bianco, infatti, appare lapalissiano come i capisaldi della legge 1369/1960 risultino ormai obsoleti, superati dall'evoluzione dei rapporti di produzione, spingendo sempre più le imprese a non tenerli in considerazione, non tanto per logiche fraudolente o ingannatrici, quanto in particolare per l'incoerenza del contenuto di tale disposizione con l'odierno contesto economico dove, soprattutto nel settore terziario(ad esempio nel campo della consulenza informatica), sempre più spesso sono utilizzate forme di somministrazione di lavoro palesemente in contrasto con gli intenti speculativi e parassitari sul lavoro a cui si rifaceva negli anni Sessanta il legislatore. Volgendo alla conclusione si reputava necessario pertanto *"rispetto ai processi di esternalizzazione del lavoro, avviare un percorso di riforma complessiva della materia, di modo che le istanze di tutela del lavoro, che devono essere mantenute rispetto a forme di speculazione parassitaria sul lavoro altrui, non pregiudichino la modernizzazione dei meccanismi di funzionamento del mercato del lavoro"*⁴⁴.

Di lì a poco, seguendo l'importante richiamo riscosso dalla pubblicazione del Libro Bianco, fu presentato in Senato nel novembre 2001 il disegno di legge n.848 per la riforma del mercato del lavoro, nel quale sono stati travasati la maggior parte dei progetti del documento politico. Seguendo

⁴³ "Libro Bianco", pag.70

⁴⁴ "Libro Bianco", pag.70

poi un tortuoso iter parlamentare condito da modifiche varie, che comunque non ne hanno pregiudicato l'impianto originale, il disegno di legge si è trasformato nella legge 14 febbraio 2003, n.30 ("Delega al governo in materia di occupazione e mercato del lavoro"), passata alla storia come Legge Biagi, dedica espressamente voluta dall'esecutivo in onore del giuslavorista che ha partecipato alla stesura del Libro Bianco e barbaramente ucciso il 19 Marzo 2002 da un commando di terroristi appartenenti alle Nuove Brigate Rosse. A dare attuazione alla legge venne emanato il decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276, entrato successivamente in vigore il 24 Ottobre 2003. La Legge Biagi è stata portatrice di numerose novità, partendo dalla convinzione più volte ribadita nel Libro Bianco e poc'anzi esposta che la flessibilità in entrata sia lo strumento più efficace per raggiungere gli obiettivi prefissati dall'Unione Europea in tema di lavoro, rispondendo alla sfida che l'allora contesto economico imponeva di raccogliere per la creazione di nuovi posti di lavoro, combattendo l'alta percentuale del tasso di disoccupazione. Andando più nel dettaglio dei contenuti, con la riforma sono stati modificati e introdotti numerosi contratti di lavoro, tra cui la cosiddetta somministrazione di lavoro, volta a prendere il posto del lavoro interinale introdotto sei anni prima dal "Pacchetto Treu". L'art.1, comma 2 della legge n.30/2003 alle lettere a) e b) indica i criteri direttivi entro i quali si deve estendere la delega al governo, sussistenti nello snellimento e nella semplificazione delle strutture volte alla convergenza tra domanda e offerta di offerta di lavoro, con il chiaro scopo di modernizzare e razionalizzare la disciplina del collocamento pubblico secondo canoni di efficienza e competitività. Ciò deve essere realizzato, si sostiene, attraverso l'abrogazione di tutte quelle disposizioni incompatibili con la nuova regolamentazione del modello di collocamento (inclusa la legge

264/1949), stabilendo un nuovo sistema sanzionatorio, fermo restando la conservazione per le Province delle funzioni amministrative loro attribuite dal decreto legislativo n.469/1997 e promuovendo forme di incentivazione nel raccordo tra agenti privati e pubblici, in vista di un più positivo funzionamento del mercato del lavoro salvaguardando le disposizioni assegnate a Regioni e Province stesse. Sempre l'art.1, comma 2, lettera m della normativa sancisce l'abrogazione della legge 1369/1960, caratterizzante per quarant'anni il mercato del lavoro italiano, sostituendola con una nuova disciplina fondata sui seguenti principi:

- 1) autorizzazione della somministrazione di manodopera solo da parte di determinati soggetti identificati;
- 2) ammissibilità della somministrazione di manodopera, anche a tempo indeterminato, in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, individuate dalle leggi o dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative;
- 3) chiarificazione dei criteri di distinzione tra appalto e interposizione, nonché di interposizione illecita laddove manchi una ragione tecnica, organizzativa o produttiva ovvero si verifichi o possa verificarsi la lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al prestatore di lavoro;
- 4) garanzia del regime della solidarietà tra fornitore e utilizzatore in caso di somministrazione di lavoro altrui;
- 5) trattamento assicurato ai lavoratori coinvolti nell'attività di somministrazione di manodopera non inferiore a quello cui hanno diritto i dipendenti di pari livello dell'impresa utilizzatrice;
- 6) conferma del regime sanzionatorio civilistico e penalistico previsto per i casi di violazione della disciplina della mediazione privata nei rapporti di

lavoro, prevedendo altresì specifiche sanzioni penali per le ipotesi di esercizio abusivo di intermediazione privata nonché un regime sanzionatorio più incisivo nel caso di sfruttamento del lavoro minorile;

7) distinzione concreta tra interposizione illecita e appalto genuino, sulla base di indici e codici di comportamento elaborati in sede amministrativa che tengano conto della rigorosa verifica della reale organizzazione dei mezzi e dell'assunzione effettiva del rischio di impresa da parte dell'appaltatore⁴⁵.

Sempre all'art.1, comma 2 della suddetta legge, alle lettere i) e l) vengono enucleati rispettivamente i principi dell'abolizione del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo in capo alle imprese che esercitano attività di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo (art.2 legge 196/1997) sia ai soggetti che svolgono la mediazione tra domanda e offerta di lavoro, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale (art.10 decreto legislativo n. 469/1997) da una parte e l'identificazione di un unico regime autorizzatorio per gli intermediari pubblici e privati dall'altra. Emerge dunque come la riforma del lavoro introdotta dalla Legge Biagi segua pariteticamente gli intenti e gli obiettivi predisposti nel Libro Bianco e non poteva che essere altrimenti visto che può essere considerata a tutti gli effetti la traduzione dei suoi principi sul piano legale. Con il decreto legislativo n.276/2003 viene portato così a termine il percorso di riforma e ammodernamento del mercato del lavoro iniziato nel 1997 con l'avvento del lavoro interinale, in cui il legislatore ha dato puntuale seguito all'intento di riformare completamente la somministrazione di manodopera scegliendo la strada di una sua liberalizzazione attraverso l'abrogazione della legge n.1369/1960 e degli articoli dall'1 all'11 della normativa n.196/1997 inerente il lavoro interinale. I riferimenti alla figura della

⁴⁵ "Legge n.30/2003"

somministrazione nel decreto legislativo invece si trovano nel capo I, titolo III, dall'art. 20 al 28, nel titolo I contenente all'art.2 la sua definizione, nel titolo II con la regolamentazione delle agenzie di somministrazione, nel titolo VIII dove trova spazio la procedura di certificazione per la separazione tra somministrazione di lavoro e appalto stabilita nell'art.84 e in conclusione nel titolo IX, nel quale viene fatta menzione delle abrogazioni rispettivamente della legge n.1369/1960 e degli articoli dall'1 all'11 della normativa sul lavoro interinale.

CAPITOLO I: SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Dibattito tra autonomia contrattuale e formalismo – 2. La nozione di somministrazione – 3. I soggetti della somministrazione – 4. La somministrazione a tempo determinato – 5. La somministrazione a tempo indeterminato – 6. I casi di divieto – 7. La forma del contratto

1. Dibattito tra autonomia contrattuale e formalismo

L'avvento della riforma Biagi nel mercato del lavoro italiano, con l'introduzione di nuovi modelli flessibili e fattispecie contrattuali, ha innescato il dibattito tra i vari commentatori, con riferimento in questo caso alla tipologia della somministrazione di lavoro, sulla libertà lasciata alle parti in sede di definizione del legame contrattuale. Da una parte la corrente maggioritaria ha ampiamente rilevato come la tendenza del legislatore sia stata quella, in conformità con i principi normativi, di conferire comunque alle parti un'ampia dose di autonomia nella stipulazione del rapporto. D'altro lato, invece, c'è chi ritiene che si sia intrapresa una strada tendente verso l'eccessivo formalismo del nuovo istituto della somministrazione. La sua tipizzazione, infatti, attraverso una minuziosa regolamentazione in ciascuna delle relazioni che contraddistinguono la triangolazione dei rapporti che vengono ad innescarsi altro non porta che a un contenimento dell'autonomia contrattuale delle parti. Allo stato dei fatti francamente porre nettamente in contrasto i due ragionamenti può sembrare fin troppo controproducente, poiché entrambi i punti di vista presi singolarmente possono essere condivisi. L'istituto della somministrazione di lavoro, così come è stata disciplinata, indubbiamente lascia ampi margini al grado di libertà goduto dagli attori che vanno ad instaurare il rapporto. In questo senso, basti pensare a quanto dispone l'art.20, comma 4 decreto legislativo n.276/2003: la forma della somministrazione a tempo determinato è

ammessa “*a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore*”. Risulta lapalissiano come la fattispecie possa essere utilizzata in virtù di qualsiasi ragione ed esigenza sorgente in capo all’imprenditore rientrante nell’ambito della sua attività d’impresa . Come sostiene, tra gli altri, Chieco, “in questa indeterminata ampiezza è possibile riconoscere nella somministrazione a termine una connaturata natura acausale, nel senso di essere svincolata da esigenze tipiche e precostituite dalla legge”⁴⁶. L’ampia autonomia goduta dalle parti può essere vista anche prendendo velocemente in esame l’altra tipologia di somministrazione, lo staff leasing. L’art.20, comma 3, lettera i) del decreto in esame, infatti, ne prevede il ricorso “*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*”. Dunque viene rimessa la possibilità di poter ricercare altre situazioni nelle quali far rientrare l’instaurazione di un rapporto di somministrazione a tempo indeterminato, oltre all’elencazione tassativa prevista dal legislatore, lasciando tutto sommato una discreta libertà alle parti, sempre nel rispetto dei canoni stabiliti dalla normativa. D’altro canto, tuttavia, anche il formalismo gioca un ruolo importante nello svolgimento della vicenda, assumendo una veste significativa in ognuna delle prospettive del trilatero che viene a crearsi con la somministrazione di lavoro. Per quel che riguarda il contratto di somministrazione, a farla da padrone poiché investiti del ruolo di soggetti attivi risultano agenzia ed imprenditore, con il lavoratore relegato alla funzione di mero oggetto, seppur con ampi diritti come in seguito verrà puntualmente descritto, del negozio. Ecco, dunque, come

⁴⁶ Chieco P., “Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 10/2004, pag.14

sottolineato anche da Zappalà, “la forma del contratto di somministrazione che viene imposta agli attori protagonisti del rapporto gioca il ruolo di garante al fine di espletare con la massima chiarezza possibile la buona riuscita dell’intero sistema posto in essere dal legislatore, rappresentando nello stesso tempo una protezione per l’essere umano, che è il “bene” oggetto dello scambio”⁴⁷. Proseguendo, poi, nel porre l’attenzione ad un’altra angolazione del rapporto trilaterale instaurato, ossia la stipulazione del contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore somministrato, si evince come il formalismo qui assolve a compiti comunicativi. Infatti la normativa pone in essere per l’agenzia somministratrice il compito di dare informazione al lavoratore, totalmente estraneo al contratto di somministrazione, sull’effettività e sulle modalità di tale legame. Sposando la tesi di Zappalà, in questa situazione “il formalismo diviene mezzo di comunicazione fra il contratto di lavoro e quello di somministrazione, tra loro collegati, rendendo allo stesso tempo possibile sia la dissociazione fra titolarità formale e sostanziale del rapporto di lavoro, sia l’estensione degli effetti del contratto commerciale al lavoratore terzo”⁴⁸. Infine, per quello che riguarda l’ultimo lato del trilatere, quello concernente la vertenza tra lavoratore e utilizzatore, è stato messo in risalto come il pericolo dell’instaurazione di un rapporto diretto di lavoro subordinato tra questi sia scongiurato dal ruolo ricoperto dal formalismo. La peculiarità dell’istituto della somministrazione è quella che fa sì che tra il datore di lavoro e la prestazione del lavoratore non sorga nessun vincolo di lavoro subordinato. Ecco allora, come puntualmente rileva sempre Zappalà, “il formalismo ha la funzione di garantire all’utilizzatore la possibilità di opporre al

⁴⁷ Zappalà L., “La forma nel contratto di somministrazione”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 39/2005, pag. 3-4

⁴⁸ Zappalà L., “La forma nel contratto di somministrazione”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 39/2005, pag. 5

lavoratore terzo, che volesse far accettare l'avvenuta costituzione nei suoi confronti di un rapporto di lavoro subordinato, il contratto di somministrazione e, di conseguenza, il diritto da questo nascente di poter utilizzare e dirigere il lavoratore senza ricadere nella fattispecie di cui all'art.2094 c.c.⁴⁹. Risulta dunque evidente che nell'istituto della somministrazione di lavoro, autonomia delle parti e formalismo siano ben incardinate all'interno del sistema, in un'ottica di complessivo bilanciamento tale da consentire a tutti gli attori in gioco obblighi e tutele che ben si prestano al regolare funzionamento della fattispecie.

2. La nozione di somministrazione

La somministrazione di lavoro regolata dal decreto legislativo n.276/2003 si presenta come un istituto dai tratti ben marcati ma allo stesso tempo investito da un alone di complessità frutto di un intreccio le cui componenti si trovano in ordine sparpagliato qua e là e non sempre secondo criteri che corrispondono ad un unico quadro riconducibile a canoni omogenei nel loro insieme. L'ingresso del negozio nel novero del sistema legislativo nazionale ha segnato indubbiamente un cambiamento epocale nell'ambito del diritto del lavoro, prendendo il testimone da un passato che si stava facendo ormai ingombrante e non più riproponibile in un'ottica di trasformazione e modernizzazione che all'inizio del nuovo millennio stava caratterizzando il panorama europeo. La sua entrata in scena contemporaneamente all'abrogazione della legge n.1369/1960 e degli artt.

⁴⁹ Zappalà L., "La forma nel contratto di somministrazione", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 39/2005, pag.6

1-11 l. 196/1997, oltre a tutte le disposizioni legislative e regolamentari incompatibili con il decreto legislativo n. 276/2003 ai sensi dell'art. 85, comma 1, lettera i), è stata una chiara risposta al deterioramento del tessuto produttivo e dei processi organizzativi dell'impresa, sino a quel momento considerati propedeutici alla difesa soprattutto contestuale dei diritti dei lavoratori. Portando avanti l'idea di fondo del legislatore del 1997 per quanto concerne il lavoro temporaneo, la nuova disciplina si pone nell'ottica, intrapresa dalle legislazioni dei paesi europei più scrupolosi in tema di segmentazione del processo produttivo, della flessibilità. Come sostenuto da Ichino, “nel mercato del lavoro moderno, infatti, non può che assolvere un compito benefico l'attore che, nella fase di preparazione della prestazione in cui trova la sua essenza l'istituto della somministrazione di lavoro, fornisce nel rispetto dei canoni di professionalità una funzione volta a reperire e gestire la forza lavoro”⁵⁰. Tuttavia, in questo senso, “ciò che conta ai fini della legittimità del contratto è la genuinità della natura imprenditoriale dell'organizzazione retrostante dell'attività del somministratore, che prepara e rende possibili quelle prestazioni”⁵¹. Entrando nel vivo della trattazione, la somministrazione di lavoro viene definita dall'art. 2, comma 1, lettera a) del decreto legislativo n.273/2003 come “*fornitura professionale di manodopera, a tempo indeterminato o a termine, ai sensi dell'art.20*”. Si evince innanzitutto da questo primo passaggio come questa fattispecie generale possa assumere la duplice forma e dello staff leasing (cosiddetta somministrazione a tempo indeterminato) e del lavoro a termine (cosiddetta somministrazione a tempo determinato). Completando la definizione, l'art.20 sopra menzionato detta

⁵⁰ Ichino P., “La somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco”, in M. Pedrazzoli, “Il nuovo mercato del lavoro”, Zanichelli, Bologna, 2004, pag.6

⁵¹ Ichino P., “La somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco”, in M. Pedrazzoli, “Il nuovo mercato del lavoro”, Zanichelli, Bologna, 2004, pag.6

le condizioni di liceità dell'istituto, recitando al primo comma come *“il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad un altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato ai sensi delle disposizioni in tema di agenzie per il lavoro”*. Il successivo comma 2 stabilisce che *“per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore”*. Si tratta pertanto di una fattispecie che prevede l'assunzione e la messa a disposizione di lavoratori da parte di una struttura imprenditoriale chiamata agenzia di somministrazione (impresa fornitrice), per lo svolgimento di una prestazione di lavoro nei confronti di un'altra struttura imprenditoriale (impresa utilizzatrice), inserendola nel proprio apparato produttivo nonché svolgendola nell'interesse e sotto la direzione e il controllo di quest'ultima. Come si comprende facilmente, anche dalla lettura data, tra gli altri, da Degl'Innocenti, *“ci si trova di fronte a tre soggetti, legati da una relazione triangolare, succinta da reciproci diritti ed obblighi: un rapporto commerciale tra le due strutture o imprese (definito contratto di somministrazione), un rapporto di lavoro subordinato tra impresa fornitrice e il lavoratore e un rapporto giuridico regolato tra quest'ultimo e l'agenzia utilizzatrice”*⁵². Dunque, come si può ben notare, rimane ben salda la struttura trilaterale dei rapporti che aveva caratterizzato la passata esperienza del lavoro interinale, dal quale traevano origine due differenti tipologie di contratto. Le questioni tra agenzia di somministrazione e l'utilizzatore vengono disciplinate nel contratto di somministrazione, mentre spetta al contratto di lavoro regolare le vicende tra l'agenzia stessa e il lavoratore. Il contratto di somministrazione è caratterizzato da una natura commerciale, che prevede il rispetto

⁵² Degl'Innocenti S., *“Il lavoro somministrato”*, Ed.Lavoro, pag.10

dell'obbligo facente riferimento all'agenzia somministratrice di veicolare i lavoratori e la loro prestazione di lavoro presso il soggetto utilizzatore previo il pagamento di quanto pattuito, mentre spetta all'art. 2094 c.c. definire il vincolo tra lavoratore e agenzia attraverso un normale contratto di lavoro a tempo determinato o indeterminato. Tra impresa utilizzatrice, invece, e lavoratori non sorge alcun legame diretto nonostante questa si avvalga e goda delle loro prestazioni lavorative in quanto questi sono vincolati negozialmente all'agenzia di somministrazione. Come si vedrà più avanti nel seguito della trattazione dove verranno attentamente analizzate tutte le implicazioni che sorgono tra i vari attori protagonisti della fattispecie, l'eventuale beneficio che la somministrazione ricama in favore dell'impresa utilizzatrice consiste nella sua non titolarità formale del ruolo di datore di lavoro nei confronti dei somministrati. Cosicché, come sostiene Fabrizio, "alla stregua delle particolari e contingenti necessità che l'impresa di volta in volta rileva, essa potrà rivalersi su un'ampia gamma di opportunità contrattuali, tra cui la somministrazione, andando a scegliere il più consono e vantaggioso a seconda delle sue specifiche esigenze"⁵³. Come sottolinea Aimo, invece, "i due contratti distinti, invece, che l'agenzia stipula risultano funzionalmente collegati tra loro poiché finalizzati ad assolvere un obiettivo economico unitario (garantire all'utilizzatore la disponibilità di determinate prestazioni di lavoro), mentre il rapporto che si instaura tra lavoratore e utilizzatore si connota come rapporto giuridico, non meramente fattuale"⁵⁴. Ciò viene più volte evidenziato nel decreto legislativo n. 276/2003, dove viene ampiamente sottolineata la sussistenza di un legame fra i due contratti. L'art.21, comma 3 dispone come il somministratore deve portare a conoscenza del

⁵³ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pagg.11-12

⁵⁴ Aimo M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.415

lavoratore al momento della stipulazione del contratto di lavoro o al momento dell'invio presso l'utilizzatore il contenuto e gli elementi essenziali del contratto di somministrazione. In questo modo, fa notare Zappalà, "si può assistere al collegamento funzionale dei due contratti, rendendo opponibile al lavoratore terzo quanto pattuito nel medesimo contratto di somministrazione"⁵⁵. Lo stesso art.27, comma 1 del decreto, nell'ipotesi che si vengano a creare gli estremi di una somministrazione irregolare, prevede che il lavoratore possa chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione. Questo legame tra i due contratti è finito sovente sotto la lente di ingrandimento della dottrina, la quale lo reputa "elemento in grado di spiegare e giustificare la dislocazione in capo all'utilizzatore di alcuni poteri imprenditoriali, primo fra tutti quello direttivo, che altrimenti rimarrebbe priva di un suo fondamento"⁵⁶. Emerge ancora con più evidenza come "le parti coinvolte danno luogo ad un'operazione economica unitaria (che si caratterizza per il perseguimento di un medesimo scopo) attraverso l'istituzione di due contratti, distinti ma collegati, a cui la legge riconnette una particolare partizione dei tipici poteri ed obblighi datoriali, attribuendo altresì un contenuto in parte comune ai suddetti negozi"⁵⁷. Tuttavia, come ribadito dalla stessa Aimo, "l'assunto simul stabunt, simul cadent non opera in modo cadenzato per tutte le vicissitudini contrattuali previste, poiché, in questo senso, la correlazione strutturale tra i due contratti non è del tutto esente dell'autonomia o delle tutele che questi comunque riescono a mantenere"⁵⁸. Ad esempio, se nello svolgimento della propria missione il

⁵⁵ Zappalà L., "La forma nel contratto di somministrazione", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 39/2005, pag.26

⁵⁶ Aimo M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.420

⁵⁷ Aimo M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.420

⁵⁸ Aimo M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.420, che riporta gli esempi seguenti

lavoratore dà luogo a una situazione di inadempimento del contratto commerciale, comunque non inquadrabile in un licenziamento, ciò potrà avere dei risvolti sullo stesso rapporto commerciale che potrà venire risolto o interrotto mentre il rapporto di lavoro normale continua a proseguire. Oppure basti pensare, sempre su questa falsariga, al caso del lavoratore in malattia: anche qui tale circostanza può riverberare sul contratto commerciale arrivando addirittura all'anticipata conclusione, al contrario dei diritti negoziali che il lavoratore gode nei confronti dell'agenzia somministratrice che continueranno a protrarsi. Il quadro qui prospettato dai vari pareri della dottrina mette in risalto in tutta la sua complessità e problematicità le vicissitudini e i risvolti del collegamento delle due tipologie contrattuali. Allargando, poi, il cerchio alla giurisprudenza, anche quest'ultima ha percepito in modo differente nei suoi pareri la valenza di questo collegamento, creando poi problematiche non di poco conto e dubbi interpretativi sul piano concreto della loro applicazione.

3. I soggetti della somministrazione

L'art.20 decreto legislativo n.276/2003 nel definire le condizioni di liceità dell'istituto della somministrazione, al primo comma individua in modo sommario i soggetti protagonisti della fattispecie, ossia utilizzatore e somministratore. Nel seguito della disposizione vengono dati ragguagli circa gli ambiti produttivi leciti e dei casi non consentiti, anche con delle variazioni rispetto alla precedente disciplina del lavoro interinale. Prima di addentrarci più in profondità, vi è da segnalare che le dinamiche che scaturiscono tra i due attori sopra menzionati possono anche portare alla costituzione di clausole di vario tipo nel contratto commerciale,

disciplinando le questioni della loro vicenda non soggette dal rispetto di vincoli posti da norme inderogabili. In questo senso possono essere portate ad esempio, come riporta Aimò, “le pattuizioni inerenti la sostituzione di lavoratori somministrati nei casi di malattia o infortunio, piuttosto che accordi tesi a non inviare lavoratori già assegnati a un’impresa utilizzatrice ad un suo concorrente, oppure clausole recanti il nome della forza lavoro da mandare o legate al recesso in base al corso dell’attività dell’impresa utilizzatrice”⁵⁹.

3.1 L’utilizzatore

Per quanto concerne la figura dell’utilizzatore, l’art.20, comma 1 dispone che il contratto di somministrazione può essere validamente posto in essere da ogni soggetto, imprenditore o meno, indipendentemente dall’ambito produttivo di appartenenza. Non è ipotizzato, dunque, alcun rilevante vincolo preclusivo per i soggetti utilizzatrici della somministrazione. Sotto tale aspetto, il legislatore non fa più alcun tipo di riferimento per quanto riguarda i vincoli che la precedente disciplina poneva a riguardo dei settori di agricoltura ed edilizia: la legge n.196/1997, infatti, all’art.1, comma 3 prevedeva che in questi due ambiti la somministrazione fosse ammessa solo “*in via sperimentale previa intesa tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*”. Anche se deve essere rimarcato, come sottolineato da Chieco, che “tali restrizioni erano già state tolte per gli impiegati di questi settori con l’art.64, comma 1 della legge n.488/1999, per cui se ne può

⁵⁹ Aimò M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.424

ricavare che la portata innovativa introdotta viene ad attenuarsi”⁶⁰. Diverso discorso, invece, deve essere fatto per gli enti pubblici e in particolare per la pubblica amministrazione. A tal proposito il secondo comma dell’art.1, recitante *“il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni”*, come sostiene Ichino, *“avrebbe potuto far pensare a un divieto nei loro confronti di ricorso alla somministrazione di lavoro, anche a tempo determinato, in contrasto con la possibilità di ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo che invece era data agli enti stessi dall’ordinamento previgente”*⁶¹. A fronte di tale interpretazione, interviene il successivo art.86, comma9 a disporre diversamente, scacciando i dubbi circa questo impedimento. Con formulazione tutt’altro che lineare, viene individuata da parte del legislatore un’eccezione a tale esclusione, stabilendo esplicitamente che per gli enti pubblici sia consentita l’applicazione integrale della disciplina della somministrazione a termine (resta escluso invece il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato), fatta eccezione per l’attuazione della sanzione in merito alla trasformazione del rapporto di lavoro in capo all’ente pubblico utilizzatore nell’evenienza di somministrazione irregolare. Come sottolinea Aimò, *“ciò è in linea con l’espresso divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni in caso di violazione di disposizione imperative, sancito dall’art.36, comma 5 del decreto legislativo n.165/2001, ed ancora prima col principio costituzionale dell’accesso all’impiego pubblico mediante concorso”*⁶². Un’eccezione al divieto generale di stipulare per la pubblica amministrazione un contratto di somministrazione a tempo indeterminato risiede nel caso specificato

⁶⁰ Chieco P., *“Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo”*, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 10/2004, pag.21

⁶¹ Ichino P., *“La somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco”*, in M. Pedrazzoli, *“Il nuovo mercato del lavoro”*, Zanichelli, Bologna, 2004, pag.14

⁶² Aimò M P., *“Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”*, 2014, pag.429

dall'art.20, comma 3, lettera i bis) del decreto legislativo n.276/2003, dove viene concessa la pattuizione di un rapporto di staff leasing *“per l'esecuzione, in tutti i settori produttivi, pubblici e privati, di servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia”*. Infine, tornando all'art.86, comma 9, vi è da sottolineare come questo, introdotta l'eccezione sopra descritta, rimarchi il fatto che trovano applicazione per la pubblica amministrazione le sanzioni amministrative di cui all'art.19. In questo caso si è concordi con l'analisi di Chieco, il quale sostiene che *“si tratta di una precisazione inutile e anzi fuorviante, in quanto non vengono richiamate le sanzioni penali previste dall'art.18, nonché quelle per la somministrazione fraudolenta, che sono certamente applicabili anche quando soggetto attivo del reato sia la pubblica amministrazione”*⁶³.

3.2 Le agenzie

Dal lato del fornitore, il legislatore, continuando il percorso seguito con il lavoro interinale, ha disposto che il contratto di somministrazione si ritiene regolarmente stipulato solamente in virtù di determinati e ben specificati requisiti soggettivi in capo ad agenzie autorizzate. I soggetti che intendono intraprendere l'attività di somministrazione devono attenersi a precisi criteri oggettivi e soggettivi, giuridici e finanziari stabiliti espressamente negli artt. 4 e 5 del decreto legislativo n.276/2003, con l'auspicio da parte di governo, sindacati e associazioni imprenditoriali di evitare l'ingresso nel nascente mercato dell'impiego italiano di soggetti privi di affidabilità e solidità economica. Questa precisa volontà va ad inserirsi all'interno del più vasto quadro riformatore intrapreso con la Legge Biagi, dove sono stati

⁶³ Chieco P., *“Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo”*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 10/2004, pag.22

completamente rivisitati gli assetti organizzativi del mercato del lavoro nazionale. Come evidenziato da Corti, “si è agevolata l’attività delle agenzie private e favorito l’ingresso di un numero sempre più elevato di attori abilitati e autorizzati all’esercizio dell’attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro, tra cui nuovi soggetti pubblici e privati, dove trovano spazio le agenzie di somministrazione”⁶⁴. In questo senso si è voluto insistere affinché prendesse corpo una vera e propria rete di servizi pubblici e privati all’impiego, con l’intenzione ampiamente manifestata di suscitare una partecipazione tutt’altro che passiva e inerte del soggetto in cerca di un’occupazione, sviluppando una logica più di servizio rispetto a quella dei meri adempimenti formali, con una razionalizzazione delle pratiche burocratiche per le imprese che assumono lavoratori⁶⁵. La costituzione di questa rete di servizi per l’impiego ha il lapalissiano intento di aprire il mercato del lavoro a un numero di agenti via via sempre più vasto, per poter incrementare sia l’efficienza dei servizi sia il sostegno nei confronti del lavoratore in cerca di lavoro. La buona riuscita della volontà espressa dal legislatore nella riforma sarà prevalentemente ascrivibile al ruolo svolto dalle agenzie di somministrazione, perno insostituibile e punto fermo inamovibile della nuova tendenza di cambiamento. La loro propensione ad adempiere al meglio il compito dell’attività di somministratore da una parte e la loro attitudine di mostrare disponibilità alla realizzazione di una rete di servizi per l’impiego risulterà alla distanza l’ago della bilancia che farà propendere verso il successo o il fallimento l’esito della vicenda. Non a caso, come previsto nell’art.13 decreto legislativo n.276/2003, e ribadito tra gli altri da Fabrizio, “il legislatore

⁶⁴ Corti M., “Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali”,in “Il nuovo diritto del lavoro”,a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pag.28

⁶⁵ Fabrizio S.,“Dal lavoro interinale alla somministrazione:le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.28

considera questi specifici operatori gli interlocutori privilegiati cui rivolgersi per aumentare il tasso di occupabilità nel nostro paese e per sperimentare forme di raccordo tra pubblico e privato”⁶⁶. Come contemplato dall’art.4, comma 1 del decreto in esame, ai fini dello svolgimento dell’attività di somministrazione (ma anche di intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale) è necessaria l’iscrizione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali in un apposito albo, articolato in cinque sezioni. Per quello che attiene più specificatamente all’attività di somministrazione, si deve fare riferimento alle prime due sezioni, indicate alla lettera a) e b) della disposizione poc’anzi menzionata, del suddetto albo. Nella prima (lettera a), infatti, sono iscritte le agenzie cosiddette generaliste, abilitate cioè allo svolgimento di tutte le attività di cui all’art.20 (di cui si parlerà in seguito quando verranno descritte la somministrazione a tempo determinato e lo staff leasing) di somministrazione, a tempo determinato o indeterminato. Per loro, essendo iscritte in modo automatico anche nella terza, quarta e quinta sezione dell’albo, è contemplata, inoltre, la capacità di svolgere pure le attività di intermediazione, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale. Nella seconda sezione (lettera b), il legislatore ha previsto l’iscrizione delle agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato abilitate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche (di cui si vedrà in seguito) previste dall’art.20, comma 3, lettere da a) a h). queste vengono comunemente identificate come agenzie specialiste. Per dovere di completezza, va rammentato come nella terza sezione dell’albo trovano spazio le agenzie autorizzate all’intermediazione, le quali, come sancito

⁶⁶ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.30

dall'art.4, comma 6 del decreto, risultano automaticamente iscritte anche nella quarta e quinta sezione, potendo di fatto svolgere pure attività di ricerca e selezione del personale nonché supporto alla ricollocazione professionale. Infine, nelle ultime due sezioni, come si è già desunto, trovano iscrizione rispettivamente le agenzie di ricerca e selezione del personale e le agenzie di supporto alla ricollocazione professionale, nell'ambito appunto di una vasta gamma di operatori voluta con la riforma, "con lo scopo di realizzare" , come ribadito nell'art.3, comma 1 del decreto, *“un sistema volto a garantire trasparenza ed efficienza nel mercato del lavoro, migliorando le capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti sono in cerca di una prima occupazione, con particolare riferimento alle fasce deboli del mercato del lavoro”*.

3.3 L'autorizzazione

Per dare piena operatività al regime autorizzatorio visto qui per l'art.4, ma anche per i successivi artt.5 e 6 del decreto, il legislatore ha dato luogo a una serie di circolari del Ministero del lavoro e decreti vari. L'intento ovviamente è di assoggettare entro i limiti richiesti tutti quegli attori, che la nuova disciplina indistintamente chiama "agenzie per il lavoro", intenzionati a svolgere le attività sopra menzionate, introducendo con l'istituzione dell'albo i parametri al di fuori dei quali non è consentito l'esercizio di tali attività. Conseguentemente sia le precedenti agenzie interinali che le nuove agenzie di somministrazione o comunque i nuovi soggetti desiderosi di operare in tale ambito sono chiamati ad attenersi alle ferree procedure e alle disposizioni rigide impartite dal legislatore del 2003. In questo senso, come si è potuto constatare, quest'ultimo ha avuto premura di istituire l'albo informatico delle agenzie per il lavoro, di definire

l'articolazione e la tenuta del medesimo nonché le relative procedure di iscrizione e autorizzazione allo svolgimento delle attività, di esplicitare competenze professionali e struttura organizzativa che le agenzie di somministrazione, ma pure quelle di intermediazione, devono possedere per svolgere l'attività e infine di stabilire disposizioni di raccordo fra la normativa previgente e quella vigente⁶⁷. L'albo sopra descritto, nel quale le agenzie autorizzate devono essere iscritte per poter operare, fa parte del regime autorizzatorio fermamente imposto dal legislatore. Questo, tutto sommato, non rappresenta una novità di così grande rilievo per il panorama del mondo del lavoro italiano, poiché già in uso, con le opportune differenze, con la legge n.196/1997 che consentiva l'esercizio alle agenzie interinali. Con la riforma si è provveduto ad una sua puntuale estensione e rivisitazione, istituendo per tutti gli attori, tralasciando l'attività da loro svolta, un unico sistema di autorizzazione a livello nazionale. L'autorizzazione, come disposto dall'art.2, comma 1, lettera e), è *“il provvedimento mediante il quale lo Stato abilita operatori pubblici e privati, denominati agenzie per il lavoro, allo svolgimento delle attività di somministrazione di lavoro, intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale”*. Talora tale esercizio, come in seguito verrà ampiamente descritto, sia effettuato in regime non autorizzato, sono computate ai soggetti trasgressori sanzioni amministrative e penali: si evince così in tutta la sua forza la volontà del legislatore di imprimere la massima rigidità possibile nel rispetto dei vincoli da lui individuati e introdotti. Volendo fare un passo indietro tornando al contenuto dell'albo istituito dal Ministero del lavoro, è possibile notare come i vincoli giuridici e finanziari imposte alle agenzie

⁶⁷ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.32

risultino discostanti tra loro, in una scala che vede aumentare il grado di rigorosità tanto è più è gravosa l'attività esercitata. Viene in questo modo spiegata, come nota Fabrizio, "l'articolazione cosiddetta "a scalare" che si è voluta prospettare per il sistema, dove, sulla base delle maggiori spese effettuate, come viene descritto nell'art.4, comma 6 del decreto, le agenzie di somministrazione individuate alla lettera a) del primo comma (le cosiddette generaliste) sono automaticamente iscritte anche alle sezioni individuate dalle lettere c), d), e), così come le agenzie di intermediazione di cui alla lettera c) possono comparire anche nelle sezioni seguenti d) e e)"⁶⁸. Si prospetta, dunque, un ruolo di vero e proprio attore polifunzionale per i soggetti che ottengono l'autorizzazione per l'attività di somministrazione a tempo determinato, poiché risultano essere coinvolti non solo nella loro funzione tipica espressa dal legislatore, ma è permesso loro di svolgere intermediazione, ricerca e selezione e ricollocazione di personale. Questa si prefigura come un'importante novità rispetto al regime previgente, in quanto per queste agenzie viene abolito il requisito dell'oggetto sociale esclusivo. "Quest'ultimo imponeva alle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo di svolgere tale attività in modo appunto esclusivo e impediva così di esercitare anche l'intermediazione, la ricerca e selezione del personale e il supporto alla ricollocazione professionale"⁶⁹. Come ribadito anche da Corti, "la maggior parte della dottrina si è espressa in termini tutto sommato positivi a fronte di tale novità"⁷⁰, considerando anche la sussistenza evidente del legame tra l'attività di somministrazione e i servizi di mediazione tra domanda e offerta di lavoro. Ovviamente

⁶⁸ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.33

⁶⁹ Aimo M.P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.426 e Corti M., "Mercato del lavoro, intermediazione e collocamenti speciali", in "Il nuovo diritto del lavoro", a cura di L.Fiorillo, A.Perulli, Ed.Giappichelli, 2014, pag.29

⁷⁰ Corti M., "Mercato del lavoro, intermediazione e collocamenti speciali", in "Il nuovo diritto del lavoro", a cura di L.Fiorillo, A.Perulli, Ed.Giappichelli, 2014, pag.29

nessuna costrizione incombe nell'esercizio delle attività di cui queste agenzie sono di diritto autorizzate. Si tratta semplicemente di una possibilità ulteriore che rientra nell'ambito delle loro facoltà. E, anzi, in un'ottica di lungo periodo nulla vieta di ipotizzare per le agenzie la gestione inclusiva del personale dell'utilizzatrice, dando il la a fasi di esternalizzazione di tale esercizio. Sempre in questo senso, c'è da dire, inoltre, che l'abolizione del requisito dell'esclusività dell'oggetto sociale consente alle agenzie anche di associare ulteriori attività a quelle autorizzate, sebbene con caratteristiche differenti da queste, anche prive dei requisiti autorizzativi. Nei confronti di tali soggetti, al fine di non snaturare la finalità per cui l'agenzia è stata costituita, la legge impone l'obbligo di indicare la somministrazione di lavoro come oggetto sociale prevalente e richiede la presenza di distinte divisioni operative, gestite con strumenti di contabilità analitica, tali da consentire di conoscere tutti i dati economico – gestionali specifici⁷¹. Di contro, nessun vincolo alla menzione dell'oggetto sociale prevalente è previsto per quei soggetti che intendono essere autorizzati all'espletamento dell'attività di somministrazione a tempo indeterminato. E' dunque consentito loro lo svolgimento di attività che non richiedono autorizzazioni a fianco della somministrazione per la quale si è fatta domanda di autorizzazione. A differenza delle agenzie generaliste ai fini della somministrazione a tempo indeterminato esse sono, però, obbligate ad esercitare esclusivamente l'attività oggetto di autorizzazione, anzi devono richiedere più autorizzazioni per l'esercizio delle distinte attività di cui all'art.20, comma 3 e devono possedere i requisiti obbligatori

⁷¹ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.33 e Aimo M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.426

di legge previsti per ogni singola richiesta di autorizzazione⁷². Un punto importante sul quale riflettere, sempre connesso al sistema delle autorizzazioni, viene espresso nell'art.4, comma 7 del decreto, in cui si fa riferimento al fatto che *“l'autorizzazione non può essere oggetto di transazione commerciale”*. Al fine di consolidare e sedimentare i compiti di vigilanza e controllo del processo autorizzativo, la circolare del Ministero del lavoro n.25 del 24 giugno 2004 recante *“Agenzie per il lavoro”*, ha stabilito *“l'impossibilità del trasferimento o della concessione dell'autorizzazione a soggetti terzi, anche a titolo non oneroso e il divieto di ricorso a contratti commerciali per cedere a terzi anche parte dell'attività oggetto dell'autorizzazione, compresa l'attività di commercializzazione”*. Di conseguenza, come si evince, la circolare prosegue *“nel vietare l'esternalizzazione, cioè l'attribuzione a terzi dello svolgimento delle attività oggetto dell'autorizzazione, e quindi anche delle attività di ricerca e selezione dei candidati, della gestione delle banche dati e della stipula dei contratti”*. Dunque il novero delle attività richiedenti autorizzazioni deve essere esercitato in via diretta e primariamente da coloro che sono stati appunto autorizzati nel tramite delle proprie strutture e del personale dipendente. Il mancato rispetto del divieto di transazione comporta la sospensione e/o la revoca dell'autorizzazione. Era, invece, vietato in origine dalla circolare del Ministero del lavoro n.25/2004 il servizio reso dal procacciatore d'affari, che era stato investito dall'agenzia, consistente nel reperimento dei clienti da girare poi all'agenzia stessa. Sulla questione è intervenuta la successiva circolare ministeriale n.27/2004, che ha eliminato il divieto, consentendo l'utilizzo di tale possibilità. Le motivazioni di questo ripensamento legislativo si fonderebbero sul fatto

⁷² Fabrizio S., *“Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”*, 2004, pag.34

che, come sostenuto da Fabrizio, “l’attività del procacciatore d’affari non è caratterizzata dall’obbligo di promuovere verso corrispettivo la conclusione di affari per l’agenzia proponente, perché essa è svolta senza vincolo di stabilità, in via del tutto occasionale ed episodica”⁷³. Il divieto sussiste, invece, per altre tipologie contrattuali come ad esempio agenzia e mediazione, dove il procacciatore d’affari svolge un ruolo attivo e decisivo ai fini della pattuizione dei rapporti in essere.

3.4 L’accreditamento

Accanto alla disciplina dell’autorizzazione vi è da considerare anche quella dell’accreditamento: per le agenzie di somministrazione, infatti, è prevista la possibilità di poter essere accreditate nella Regione dove si svolge la loro attività. In base da quanto disposto dall’art.2, comma 1, lettera f), l’accreditamento è *“il provvedimento mediante il quale le Regioni riconoscono a un operatore, pubblico o privato, l’idoneità a erogare i servizi al lavoro negli ambiti regionali di riferimento, anche mediante l’utilizzo di risorse pubbliche, nonché la partecipazione attiva alla rete dei servizi per il mercato del lavoro con particolare riferimento ai servizi di incontro fra domanda e offerta”*. Va subito detto, per sgombrare il campo da equivoci, che l’accreditamento risulta essere una facoltà e non un vincolo in capo alle agenzie autorizzate. Dopo aver ottenuto questa certificazione, la Regione provvederà all’iscrizione del soggetto accreditato in un apposito albo denominato “Elenco regionale dei soggetti accreditati”, il quale da quel momento consentirà all’agente di poter esercitare nella Regione stessa. Compito di quest’ultima, come previsto dalla normativa, è

⁷³ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pagg.34-35

quello, ovviamente, di regolare la procedura e le modalità inerenti tale ambito, nonché specificare le caratteristiche e il grado di efficienza di quanto viene erogato. Con l'istituzione, prevista dal legislatore, dell'accREDITAMENTO devono venire chiariti i confini e la sfera di intervento di questo secondo livello di certificazione, tenendo conto della libertà di cui godono le Regioni nella regolazione della fattispecie, sempre osservando chiaramente ciò che viene prospettato dalla disciplina generale posta in essere dal legislatore stesso. L'accREDITAMENTO è chiamato a svolgere una duplice funzione, espressamente voluta e ideata con la riforma del collocamento. La linea alla quale si tende è quella delineata da Fabrizio. In primo luogo, sostiene questa, "rende, innanzitutto, riconoscibile ai lavoratori e alle imprese l'attività svolta sul territorio dagli operatori pubblici e privati, che erogano in tutto o in parte questi servizi al lavoro comprendendo tutto ciò che è utile a favorire l'incontro tra domanda e offerta di lavoro"⁷⁴. A ciò deve essere aggiunto, così come può essere concepito nell'intento del legislatore del 2003, "il meccanismo volto ad assicurare, tramite gli agenti, una vasta gamma di servizi dislocata a livello nazionale rivolta ai lavoratori e alle imprese"⁷⁵. Emerge, dunque, che "l'accREDITAMENTO investe, dunque, l'area dell'intermediazione intesa in senso lato, cioè l'insieme di tutti quei servizi volti a favorire il matching tra domanda e offerta di lavoro, comprendendo tutte le azioni messe in campo dalle Regioni per far fronte alla disoccupazione e favorire l'inserimento nel mercato del lavoro dei soggetti più svantaggiati"⁷⁶. A garanzia e presidio del quadro delineato sono state poste, come detto, le Regioni, le quali sono

⁷⁴ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.36

⁷⁵ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.36

⁷⁶ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.36

chiamate allo svolgimento di un compito delicato e assai complicato. La gestione e la costruzione di tale raccordo passa necessariamente per scelte, talvolta anche dolorose, che esplicheranno i loro effetti sul mercato del lavoro, in primis regionale, avendo di conseguenza delle ripercussioni sul grado di apertura goduto dagli operatori privati. Potendo disporre, in questo senso, di ampia autonomia, i modelli di attuazione di questo disegno possono essere i più svariati. Si può passare da un contesto regionale dove viene lasciata ampia operatività agli intermediari privati nella formazione di percorsi, anche con il sostegno di incentivi pubblici, a tutela dell'occupazione dei lavoratori, combattendo ogni forma di disoccupazione, a situazioni dove risulta più rigida la distinzione tra i servizi appannaggio dei privati e quelli rientranti nella sfera pubblica. Oppure nulla osta al prefigurarsi di scenari intermedi dove la Regione promuove una sorta di mutua convivenza sottoforma, ad esempio, di convenzioni tra pubblico e privati per una migliore e più produttiva distribuzione nella rete di servizi. Per quanto concerne le agenzie di somministrazione, invece, portando avanti l'idea di Fabrizio, è chiaro che “per esse si tratta di verificare l'interesse anche economico e le imposizioni alla propria rete organizzativa, per prendere parte ad un meccanismo più ampio che eroga servizi rivolti per la maggior parte a soggetti non immediatamente spendibili nel mercato del lavoro bisognosi di essere supportati con azioni diverse dall'addestramento al lavoro, a cui esse hanno per la gran parte ricorso per rendere operativo da subito il lavoratore inviato in missione presso l'azienda utilizzatrice”⁷⁷. Serve, inoltre, dare delucidazioni per quanto attiene i campi di intervento di accreditamento e autorizzazione, in quanto rischiano di vertere sui medesimi spazi e attori.

⁷⁷ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.37

Per quel che riguarda l'intermediazione, il legislatore ha disposto che i servizi di formazione e orientamento al lavoro siano ricompresi nel novero del regime autorizzativo. L'accertamento, invece, può disporre, tra le altre, di attività tese a favorire la convergenza tra domanda e offerta di lavoro, che rappresenta a sua volta uno dei servizi peculiari degli operatori che svolgono l'intermediazione, in quanto da esse guadagnano gran parte dei loro benefici. Indubbiamente, riprendendo Fabrizio, in questo senso, "rimangono molte zone d'ombra inerenti il funzionamento del doppio livello di certificazione, auspicando che un'ampia chiarezza sui rispettivi ruoli di Stato e Regioni venga fatta dal legislatore per garantire che una serie di attività vengano svolte nei singoli territori regionali nel rispetto di uniformità, trasparenza e qualità di erogazione dei servizi da parte di tutti gli operatori autorizzati e/o accreditati"⁷⁸.

3.5 La procedura di autorizzazione

L'art.4, commi 2 e seguenti del decreto legislativo n.276/2003 disciplina, come stabilito nel comma 5 della stessa disposizione, *"le modalità di presentazione della richiesta di autorizzazione, i criteri e i profili per la verifica del corretto andamento dell'attività svolta cui è subordinato il rilascio dell'autorizzazione stessa"*. Con l'art.48, comma 1 del Collegato Lavoro sono stati introdotti nel comma 2 dell'art.4 del decreto in esame alcuni cambiamenti, anche se non sembrano degni di nota nell'indirizzare in modo diverso, da quanto stabilito originariamente, l'andamento della vicenda. Il dettaglio della procedura trova poi apposita descrizione nel decreto ministeriale del 23 dicembre 2003. Come disciplinato, volendo

⁷⁸ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.38

entrare nel merito, dall'art.4, comma 2, il Ministero del lavoro, dopo aver constatato la validità dei requisiti giuridici e finanziari espressi nell'art.5 e che saranno trattati in seguito, rilascia nel termine di 60 giorni, dal momento in cui è pervenuta la richiesta, un'autorizzazione provvisoria all'esercizio dell'attività, iscrivendo nello stesso tempo l'agenzia nell'apposita sezione dell'albo. Come viene chiarito nel decreto ministeriale del 23 dicembre 2003, per il rilascio dell'autorizzazione provvisoria *“i soggetti interessati devono predisporre un documento analitico dal quale si evince che l'agenzia dispone di un'organizzazione tecnico – professionale idonea allo svolgimento della specifica attività di cui sta richiedendo l'autorizzazione, indicando le unità organizzative, dislocate territorialmente, nonché l'organico”*. Successivamente, trascorsi due anni, il direttore generale della Direzione, sulla richiesta dell'agenzia entro 90 giorni successivi a pena di decadenza, provvede al rilascio dell'autorizzazione definitiva a tempo indeterminato, dopo aver attentamente verificato la correttezza dell'attività svolta e il rispetto degli adempimenti previsti dalla legge e dal contratto collettivo. L'autorizzazione provvisoria viene prorogata durante il periodo di attesa per il rilascio o il diniego di quella definitiva. L'art.4, comma 3 del decreto chiarisce, poi, che se il Ministero non si adopera sulle richieste nel rispetto dei tempi previsti, l'autorizzazione provvisoria o a tempo indeterminato viene considerata accettata. Questo cosiddetto silenzio – assenso sulla questione è stato giudicato dai più molto discutibile, considerata l'importanza di quanto richiesto nell'autorizzazione. L'art.6, ai commi 6 e 8, del decreto legislativo n.276/2003 prevedeva, inoltre, il rilascio per lo svolgimento delle attività di intermediazione, selezione e ricerca del personale e supporto alla ricollocazione professionale, delle autorizzazioni da parte delle Regioni e Province Autonome, con validità circoscritta al territorio di

loro competenza. La procedura era la medesima di quella vista sopra, con il rispetto dei requisiti previsti per l'autorizzazione nazionale di cui agli art.4 e 5 del decreto, con l'eccezione ovviamente dell'art.5, comma 4, lettera b) secondo cui *“l'attività di intermediazione interessi un ambito distribuito sull'intero territorio nazionale”*. Ora, con l'art.29, comma 1, decreto legge n.98/2011 che ha di fatto preso il posto dell'art.6 del decreto legislativo n. 276/2003, all'iter per l'autorizzazione regionale non viene più fatto caso. Una menzione veloce si trova nel terzo comma del nuovo art.6, in cui si sottolinea *“ferme restando le normative regionali vigenti per specifici regimi di autorizzazione su base regionale”*. Secondo i primi commentatori, tra cui Corti, *“la materia ora è integralmente rimessa alla competenza regolatoria delle singole Regioni, pur con il vincolo del rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e dei principi fondamentali desumibili dal decreto legislativo n. 276/2003”*⁷⁹.

3.6 I requisiti giuridici e finanziari

L'art.5 del decreto legislativo n. 276/2003 reca i requisiti giuridici e finanziari che devono possedere le agenzie utilizzatrici per l'iscrizione all'albo e la previa autorizzazione ad operare di cui al precedente art.4. Come sottolineato dalla maggior parte dei commentatori, tra cui Corti, *“risulta più appropriato inquadrare alcuni di essi come obblighi legati all'esercizio dell'attività oggetto di autorizzazione”*⁸⁰. Nel complesso la disciplina *“non contiene innovazioni sostanziali rispetto a quella già prevista dagli artt.2, legge n.196/1997, e 10, decreto legislativo n.469/1997,*

⁷⁹ Corti M., *“Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali”*,in *“Il nuovo diritto del lavoro”*,a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pag.36

⁸⁰ Corti M., *“Mercato del lavoro,intermediazione e collocamenti speciali”*,in *“Il nuovo diritto del lavoro”*,a cura di L.Fiorillo,A.Perulli,Ed.Giappichelli,2014,pag.31

essendo la comparsa di nuove condizioni legata a mutamenti della regolamentazione o alla nascita di nuovi istituti (ad esempio l'obbligo di prevedere distinte divisioni operative o quello di interconnessione con la BCNL)⁸¹. L'art.5, comma 1 del decreto contiene i requisiti e gli obblighi valevoli per tutte le agenzie iscritte all'albo:

- l'agenzia deve essere costituita nella forma giuridica di società di capitali o cooperativa, italiana o di altro Stato membro dell'Unione Europea. In caso di cooperative di produzione e lavoro, dispone la legge, viene richiesta la presenza di almeno 60 soci per le agenzie generaliste e almeno 20 per quelle specialiste e tra essi deve comparire come socio sovventore almeno un fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione. Per le agenzie che svolgono attività di selezione e ricerca del personale e supporto alla ricollocazione professionale è ammessa anche la forma della società di persone (lettera a);
- la sede legale o una sua dipendenza nel territorio italiano o di altro Stato membro dell'Unione Europea (lettera b);
- la disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di competenze professionali adeguate, in merito alle quali è intervenuto il decreto ministeriale 5 maggio 2004 (lettera c);
- l'assenza di condanne penali, anche non definitive, e sanzioni per determinati reati menzionati nel comma e sottoposizione a misure di prevenzione in capo agli amministratori, direttori generali, dirigenti muniti di rappresentanza e soci accomandatari (lettera d);
- la presenza di distinte divisioni operative tali da portare a conoscenza tutti i dati economico – gestionali specifici in capo alle sole agenzie generaliste (lettera e);

⁸¹ Corti M., "Mercato del lavoro, intermediazione e collocamenti speciali", in "Il nuovo diritto del lavoro", a cura di L.Fiorillo, A.Perulli, Ed.Giappichelli, 2014, pag.31

- l'interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro (BCNL), nonché l'invio al Ministero del lavoro di ogni informazione strategica per un efficace funzionamento del mercato del lavoro, a pena di revoca dell'autorizzazione, compresi, come stabilito dall'art.48 della legge n.183/2010, *“i casi in cui un percettore di sussidio o indennità pubblica rifiuti senza giustificato motivo un'offerta formativa, un progetto individuale di reinserimento nel mercato del lavoro ovvero un'occupazione congrua ai sensi della legislazione vigente”* (lettera f).

La legge n.183/2010, in particolare con l'art.48 (cosiddetto Collegato Lavoro), ha modificato il testo della lettera f), così come originariamente previsto dal decreto legislativo n.276/2003. Rispetto alla versione originaria del decreto Biagi, il legislatore, come rilevato tra gli altri anche da Corti, *“ha attribuito maggiore peso agli obblighi di informazione delle agenzie, specificando, in particolare, quelli relativi al rifiuto del disoccupato con sussidio di accettare una misura di politica attiva o un'offerta di lavoro, e sanzionandone espressamente il mancato rispetto con la revoca dell'autorizzazione”*⁸². Tale rivisitazione è da ascrivere principalmente alla logica di potenziamento degli ammortizzatori sociali per quel che concerne la figura del disoccupato, in linea con la scia europea. Com'è stato sottolineato dallo stesso Corti, *“la norma è direttamente funzionale all'implementazione della banca dati per i destinatari di strumenti di sostegno al reddito, la cui istituzione è stata prevista dall'art.19, comma 4, d.l. n.185/2008”*⁸³.

L'art.5, comma 1 del decreto legislativo n.276/2003 prevedeva un ulteriore requisito di cui alla lettera g) riguardante *“il rispetto delle disposizioni*

⁸² Corti M., *“Mercato del lavoro, intermediazione e collocamenti speciali”*, in *“Il nuovo diritto del lavoro”*, a cura di L.Fiorillo, A.Perulli, Ed.Giappichelli, 2014, pag.33

⁸³ Corti M., *“Mercato del lavoro, intermediazione e collocamenti speciali”*, in *“Il nuovo diritto del lavoro”*, a cura di L.Fiorillo, A.Perulli, Ed.Giappichelli, 2014, pag.34

*dell'art.8 del suddetto decreto a tutela del diritto del lavoratore alla diffusione dei propri dati nell'ambito da essi stessi indicato". Questa disposizione è da considerarsi tacitamente abrogata con l'eliminazione prevista dall'art.1, lettera a) d.l. n.134/2009 dei primi due commi dell'art.8. I rimanenti commi (dal secondo al sesto) dell'art.5 trattano, invece, in modo più dettagliato e definito i requisiti e gli obblighi che devono sorgere in capo a ciascuna agenzia di somministrazione in base alla sezione di appartenenza dell'albo. In prima istanza il legislatore si è premurato di chiarire il capitale da versare, adottando un meccanismo decrescente in base all'attività svolta. Per le agenzie di somministrazione generaliste (se l'agenzia è costituita in forma di cooperativa si parla di disponibilità di capitale e riserve indisponibili) non deve essere inferiore a 600000 euro, passando poi per i 350000 euro di quelle specialiste, 50000 euro per l'intermediazione fino ad arrivare ad una quota che non scenda sotto ai 25000 euro per le agenzie di ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale. Inoltre è stato disposto per le agenzie di somministrazione generaliste e per quelle di intermediazione che la loro attività interessi un ambito distribuito sull'intero territorio nazionale e comunque comprendente almeno quattro Regioni. Un altro aspetto disciplinato è quello inerente la garanzia dei crediti dei lavoratori impiegati e dei corrispondenti crediti contributivi degli enti previdenziali. Si rende necessaria, in questo senso, la costituzione presso un istituto di credito di un deposito cauzionale di 350000 euro per le agenzie generaliste iscritte nella prima sezione dell'albo. A partire dal terzo anno, tale requisito viene sostituito da una fidejussione bancaria o assicurativa o comunque facente riferimento ad intermediari autorizzati non inferiore al 5% del fatturato dell'anno precedente, o comunque in misura non minore a 350000 euro. L'art.5, comma 2, lettera c) precisa che *"sono esonerate dalla prestazione**

di queste garanzie le società che abbiano assolto obblighi analoghi previsti per le stesse finalità dalla legislazione di un altro Stato membro dell'Unione Europea". Ciò per dare esecuzione a una sentenza di condanna del nostro paese da parte della Corte di Giustizia che, con sentenza sulla causa C – 279/00 del 07/02/2002, ha appurato nel non rispetto degli artt.49 e 56 TCE la mancata rilevanza di obblighi comparabili ai quali un prestatore di servizi transnazionali sia già soggetto nello Stato membro di provenienza, in base ai divieti delle restrizioni alla libera prestazione di servizi e ai movimenti di capitali⁸⁴. Per le agenzie specializzate, invece, la somma per il deposito cauzionale e la successiva fidejussione non deve essere inferiore a 200000 euro. Il legislatore prevede, poi, la regolare contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito di cui all'art.12 del decreto legislativo n. 276/2003, nonché il regolare versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e il rispetto degli obblighi prescritti dal contratto collettivo nazionale. Questi requisiti devono essere circoscritti alle sole agenzie di somministrazione. Deve essere, inoltre, indicata l'attività svolta come oggetto sociale prevalente, anche se non esclusivo, per le agenzie di somministrazione generaliste e di intermediazione, o solo come oggetto sociale per quelle di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale. Non viene richiesta la presenza di tale adempimento per le agenzie di somministrazione specialiste, alle quali la Circolare del Ministero del lavoro n.25/2004 consente di affiancare all'attività di somministrazione a tempo indeterminato altre attività, svolte anche in via prevalente.

⁸⁴ Aimo M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.426

3.7 L'assetto organizzativo e le competenze professionali

Tornando ai requisiti previsti dall'art.5, comma 1, alcuni dei quali tra l'altro erano già presenti nella regolamentazione del lavoro interinale, ci si deve soffermare in particolare ad approfondire quelli che vanno ad intaccare significativamente le modalità di esecuzione dell'attività delle agenzie e la loro organizzazione. In questo senso deve essere considerato il requisito della disponibilità di uffici in locali idonei allo specifico uso e di adeguate competenze professionali, così come previsto dal Decreto del Ministero del lavoro 5 maggio 2004 che ha dato attuazione di quanto disposto dall'art.5, comma 1, lettera c) del decreto legislativo n.276/2003. Innanzitutto deve essere ribadito che l'esigenza da parte delle agenzie di disporre di un'organizzazione tecnico – professionale adeguata per l'esercizio della loro attività risulta imprescindibile ai fini dell'ottenimento del nulla osta autorizzativo. Quanto al personale qualificato di cui si devono dotare le agenzie, prosegue il decreto, questo deve essere caratterizzato *“da adeguate competenze professionali che possono derivare, alternativamente, da un'esperienza professionale di durata non inferiore a due anni acquisita in qualità di dirigente, quadro, funzionario o professionista, nel campo: della gestione o della ricerca e selezione del personale o della fornitura di lavoro temporaneo o della ricollocazione del personale; dei servizi all'impiego; della formazione professionale; dell'orientamento o mediazione tra domanda e offerta di lavoro; delle relazioni sindacali”*. Per quanto concerne la struttura organizzativa, i requisiti minimi richiesti alle agenzie di somministrazione, così come disciplinato dal D.M. 5 maggio 2004, sono l'obbligo di presenza minima in quattro Regioni, con un numero di dipendenti qualificati, dotati delle caratteristiche viste poc'anzi, di almeno quattro unità nella sede principale

e di almeno due unità per unità organizzativa (filiale). Nelle restanti unità organizzative, intendendo per tali tutte le altre filiali diverse da quelle rientranti nella struttura organizzativa “di base”, devono essere presenti almeno due dipendenti aventi un profilo professionale adeguato all’esercizio della specifica attività oggetto dell’autorizzazione, ma non necessariamente con le caratteristiche indicate dal decreto ministeriale sopra citato⁸⁵. In questo modo, così come sottolineato anche da Fabrizio, “la circolare ministeriale n.30/2004 dirime i dubbi lasciati dalla circolare ministeriale n.25/2004 che, limitandosi a richiedere nelle filiali la presenza di almeno due dipendenti qualificati, aveva fatto ritenere sulla base del dato letterale che fossero richieste per queste figure professionali le stesse “adeguate competenze” di cui al D.M. 5 maggio 2004”⁸⁶. L’art.2 D.M. 5 maggio 2004, nel disciplinare i locali, afferma che *“le agenzie per il lavoro devono essere in possesso di locali idonei allo svolgimento dell’attività autorizzata, distinti da quelli di altri soggetti, in conformità alla normativa in materia di sicurezza ed igiene nei luoghi di lavoro”*. Le unità organizzative, che nell’esercizio dell’attività autorizzata accolgono direttamente e offrono un servizio ai clienti, vengono considerate sportelli e come tali devono prevedere un’apertura al pubblico in orario di ufficio ed essere accessibili ai disabili ai sensi della normativa vigente⁸⁷. Infine il decreto reca all’art.3 le condizioni di pubblicità e trasparenza per le varie unità organizzative, le quali *“devono indicare in modo visibile gli estremi dell’autorizzazione e dell’iscrizione all’albo, oltre all’indicazione*

⁸⁵ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.41

⁸⁶ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.41

⁸⁷ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.42

dell'organigramma delle funzioni aziendali con il responsabile dell'unità organizzativa".

3.8 La BCNL

Un altro requisito degno di nota che merita un'attenta osservazione è, come espresso dall'art.5, comma 1, lettera f) l'interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro (BCNL), la cui disciplina si trova nel successivo art.15 del decreto legislativo n.276/2003. Come si rinviene nel primo comma, essa si prefigura come un sistema aperto e trasparente volto a favorire l'intersezione tra domanda e offerta di lavoro sulla base di una rete di nodi, cioè Borse, regionali. *"Tale sistema"*, prosegue il primo comma, *"è alimentato da tutte le informazioni utili a tale scopo immesse liberamente nel sistema stesso sia dagli operatori pubblici e privati, autorizzati o accreditati, sia direttamente dai lavoratori e dalle imprese"*. L'accesso alla Borsa per lavoratori ed imprese deve avvenire liberamente, immettendo direttamente candidature o richieste di personale senza dover ricorrere all'ausilio di intermediari da qualsiasi punto della rete tramite gli appositi ingressi per tutti i soggetti pubblici e privati, autorizzati o accreditati. Per quest'ultimi sorge il dovere di inserire nella BCNL le informazioni reperite dal lavoratore nonché quelle derivanti dalle imprese richiedenti, in ossequio ai canoni temporali e territoriali individuati. All'obbligo di garantire su espressa richiesta degli utenti, lavoratori e imprese, che l'offerta o la domanda di lavoro possa essere ricercata anche tramite internet, si aggiunge per tutte le agenzie il dovere di dare alle autorità pubbliche competenti ogni informazione strategica per un efficace

funzionamento del mercato del lavoro⁸⁸. In questo modo il legislatore, mediante lo strumento della Borsa, come sottolinea Fabrizio, “vede assicurato il monitoraggio statistico e il giudizio delle politiche del lavoro”⁸⁹. Qualora le agenzie di somministrazione non provvedono a garantire la loro adesione alla BCNL, l’autorizzazione per poter esercitare non verrà rilasciata. Come chiarisce, poi, l’art.15, comma 4 del decreto in esame, la Borsa si articola in due ambiti, uno a livello nazionale e l’altro su scala regionale. Quanto al primo, si nota che vi fanno parte la definizione degli standard tecnici nazionali e dei flussi informativi di scambio, l’interoperabilità dei sistemi regionali e l’individuazione di quelle informazioni che rendono efficace e trasparente l’incontro tra domanda e offerta di lavoro. Nel novero del secondo, invece, rientrano l’integrazione dei sistemi pubblici e privati presenti sul territorio, la definizione e la realizzazione del modello di servizi al lavoro, nonché degli standard nazionali di intercomunicazione. Il quadro tracciato lascia aperte molte problematiche, prima tra tutte la tutela della riservatezza dei dati immessi. La Borsa, in questo senso, come sostenuto tra gli altri da Fabrizio, “dovrà dare importanti garanzie e rassicurazioni di protezione a tutti gli agenti coinvolti nella rete e dunque anche ai vari intermediari, oltre che a imprese e lavoratori”⁹⁰.

⁸⁸ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.43

⁸⁹ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.43

⁹⁰ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.44

3.9 I fondi per la formazione e l'integrazione del reddito

La disciplina dei fondi per la formazione e l'integrazione del reddito trova spazio nell'art.12 del decreto legislativo n.276/2003, come specificazione del precedente art.5, comma 2, lettera d) che li stabilisce tra i requisiti giuridici e finanziari al fine di poter svolgere l'attività di somministrazione. Come dispone il primo comma dell'art.12, in capo alle agenzie di somministrazione sorge l'obbligo di versare a tali fondi un contributo finanziario obbligatorio nella misura del 4% della retribuzione garantita ai lavoratori assunti dall'agenzia stessa sia con contratto a tempo determinato che indeterminato. A partire dal 2013, per quel che concerne il contributo riservato ai soli lavoratori somministrati a termine, questo è stato portato al 2,6%, mentre rimane invariato al 4% quello per i lavoratori somministrati in staff leasing. Per ottemperare a tale abbassamento, il CCNL del 10.09.2013 ha stabilito un versamento aggiuntivo del 1,6%, per tutte le agenzie di somministrazione, delle retribuzioni dei lavoratori a tempo determinato, con canoni precisi di ripartizione. Come rilevato da Fabrizio, "superando la precedente disciplina del lavoro interinale, che prevedeva il ricorso indistinto alle risorse finanziate con tale contributo sia che si trattasse di assunzione a tempo determinato che a tempo indeterminato, ora il legislatore ha voluto introdurre una separazione a seconda del tipo di intervento"⁹¹. Per quello che concerne le risorse assegnate nel caso dei lavoratori a tempo determinato, queste, specifica l'art.12, comma 1 del decreto, sono rivolte "a promuovere percorsi di qualificazione e riqualificazione anche in funzione di continuità di occasioni di impiego e a prevedere specifiche misure di carattere previdenziale". Nel caso, invece,

⁹¹ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pag.56

dell'assunzione a tempo indeterminato, il secondo comma afferma che sono destinate:

- ad iniziative comuni finalizzate a garantire l'integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato nel caso di fine lavori;
- ad iniziative volte a verificare l'utilizzo della somministrazione per favorire l'emersione e combattere gli appalti illeciti;
- ad iniziative per l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati anche in regime di accreditamento con le Regioni;
- ad iniziative per la promozione di percorsi di qualificazione e di riqualificazione professionale.

Ad occuparsi di questi fondi, l'art.12, comma 4 del decreto prevede che siano degli enti bilaterali, nel caso specifico si tratta di EBITEMP e FORMATEMP. Per quanto riguarda l'ente nazionale bilaterale per i lavoratori temporanei (EBITEMP), il suo finanziamento deriva prevalentemente dai contributi erogati dalle agenzie per il lavoro, nella quota pattuita nella contrattazione dello 0,2% delle retribuzioni imponibili dovute ai lavoratori somministrati a tempo determinato. A completare il finanziamento provvedono anche somme corrisposte dalle imprese al fondo permessi sindacali, eventuali proventi di natura pubblicitaria o privatistica o derivanti da iniziative di carattere sociale. I principali scopi a cui è chiamato ad occuparsi tale ente ineriscono anzitutto all'assicurazione contro gli infortuni di lavoro. Come da accordo tra sindacati e associazioni datoriali di settore, EBITEMP è chiamato al versamento di un'indennità economica, per un breve periodo di tempo, a favore dei lavoratori somministrati a tempo determinato in situazioni derivanti da invalidità di infortunio che permanga anche dopo la conclusione della missione. La seconda tipologia di intervento erogata dall'ente è quella di favorire

l'accesso agevolato al credito per i lavoratori assunti con contratto di somministrazione a tempo determinato, tramite l'istituzione di un fondo apposito. Come rileva Degl'Innocenti, "quest'ultimo fa fronte all'esigenza del lavoratore, a seguito della discontinuità del lavoro, di superare situazioni di difficoltà quando si rivolge ad un istituto di credito per la contrazione di un prestito dovuto allo spostamento o al trasferimento a inizio della sua missione"⁹². Le richieste per questo finanziamento da parte dei lavoratori temporanei interessati prevedono la domanda specifica all'ente con in allegato la relativa documentazione, che poi sarà posta al vaglio di una commissione. In questo senso si è scelto di aumentare l'entità dei prestiti, che possono arrivare fino ad un massimo di 10000 euro, evidenziando una serie di fasce intermedie relative all'entità della richiesta del prestito, create in base ai requisiti che la commissione richiede ai lavoratori per potervi accedere⁹³. In particolare, per i prestiti fino a 1000 euro deve essere prevista per il lavoratore una missione della durata di almeno 30 giorni alla data di richiesta, senza un peso significativo per la motivazione. Per i prestiti dai 1000 euro ai 2500 euro la durata richiesta per la missione è la stessa del caso precedente, solo che qui la motivazione diventa rilevante per l'erogazione della somma. Sempre non inferiore ai 30 giorni deve essere la missione anche per i prestiti dai 2500 euro ai 4000 euro, solo che in questo caso a poterne usufruire saranno i lavoratori che hanno già estinto un precedente prestito di almeno 1000 euro erogato da EBITEMP. In ultima istanza, per i prestiti dai 4000 euro ai 10000 euro, sarà la commissione ad esprimersi sulle domande di finanziamento presentate. Un'altra prestazione sicuramente significativa assicurata da tale ente degna di essere menzionata riguarda il sostegno al reddito, attraverso

⁹² Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.105

⁹³ Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.105

un contributo di importo equivalente a un'indennità di disponibilità, cioè 700 euro. Vi possono fare richiesta i lavoratori somministrati a tempo determinato che da almeno 45 giorni sono disoccupati e che nell'ultimo anno abbiano lavorato, anche in modo discontinuo, per un periodo non inferiore a sei mesi. L'altro ente bilaterale previsto è il FORMATEMP, il quale è destinato ad occuparsi della formazione dei lavoratori temporanei, in un'ottica, come ribadito da Degl'Innocenti, "in cui quest'ultima diventa parte integrante del lavoro somministrato stesso, dove la componente formativa viene considerata alla stregua di un tratto immanente e inseparabile dell'istituto della somministrazione"⁹⁴. Su questa scia, basta riflettere su una serie di equazioni per rendersene conto: "formazione adeguata è sinonimo, per il lavoratore, di maggiore capacità di stare all'interno del mercato del lavoro; per l'agenzia risulta una garanzia di un servizio efficiente per i clienti; per l'impresa utilizzatrice è una spinta a un maggior ricorso al lavoro somministrato medesimo"⁹⁵. In base agli accordi intercorsi negli anni tra le parti sociali, FORMATEMP prevede l'erogazione di quattro tipologie di prestazione inerenti la formazione, in virtù di un vademecum istituito dal fondo. Si tratta di formazione di base nella misura del 10%, formazione professionale (80%), formazione on the job (6%) e formazione continua (4%). La prima è pensata per imprimere conoscenze di ordine generale, valide in ogni ambito attinente alla sfera lavorativa. In questo senso si cerca di fornire, tramite questo servizio, competenze professionali e trasversali in grado di ottenere degli standard il più possibile proficui per una vantaggiosa occupazione dei lavoratori somministrati. Coloro a cui sono rivolti tali sforzi risultano i somministrati in attesa di svolgere una nuova missione o con una in corso. Sono chiamate

⁹⁴ Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.109

⁹⁵ Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.110

a svolgere le attività di formazione le varie agenzie tramite personale proprio, ricorrendo a professionisti esterni oppure contando sull'ausilio di centri di formazione e orientamento esterni. La seconda prestazione riguarda la formazione professionale, finalizzata, come ribadito da Degl'Innocenti, "alla creazione di competenze o specializzazioni professionali e al trasferimento di competenze cosiddette trasversali, collegandosi alle qualificazioni emerse dall'analisi dei fabbisogni del settore"⁹⁶. Si cerca in questo modo di aiutare il lavoratore ad adattarsi meglio ai vari ambiti produttivi che il soggetto utilizzatore può presentare. Tali attività vengono poste in essere da centri formativi accreditati esterni rivolti ai lavoratori somministrati in attesa di missione o con una già in corso. La formazione on the job mira, invece, "a raccordare la professionalità del lavoratore alle esigenze legate all'espletamento della mansione in contesti produttivi e organizzativi individuati, con lo scopo di formare e addestrare i corsisti all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento delle attività lavorative per le quali vengono assunti"⁹⁷. Tale servizio deve essere erogato da un organo appositamente qualificato, anche all'interno delle strutture dell'impresa utilizzatrice ed è rivolto ai somministrati in missione retribuita. Per quanto concerne la formazione continua, "essa comprende iniziative mirate al soddisfacimento delle esigenze di formazione dei lavoratori temporanei con una determinata anzianità nel settore e fa riferimento a modelli che consentono la realizzazione di obiettivi quali l'anticipazione dei bisogni, la riqualificazione, l'aggiornamento e l'adattamento professionali"⁹⁸. Destinatari di tale attività sono coloro che sono in missione con almeno due mesi di lavoro nell'ultimo anno, coloro che durante la missione intendono

⁹⁶ Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.115

⁹⁷ Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.117

⁹⁸ Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.118

prendere parte a un corso di formazione in orario extra – lavorativo oppure i somministrati che stanno aspettando per una missione e negli ultimi dodici mesi abbiano lavorato non meno di un mese e risultino disoccupati da almeno 45 giorni. Alla realizzazione di tale prestazione concorrono tutti i richiedenti indicati nella domanda dei progetti o dai soggetti che propongono il corso, purchè i soggetti presso i quali si svolge la formazione siano enti accreditati da FORMATEMP o presso le Regioni⁹⁹. In ossequio a quanto disposto dal decreto legislativo n.276/2003, è stato costituito anche un ente bilaterale per i lavoratori somministrati assunti con un contratto a tempo indeterminato. Tale fondo (EBIREF) ha visto la luce a seguito di un accordo tra le varie associazioni sindacali ed è destinato all'erogazione di servizi inerenti l'integrazione del reddito, la borsa lavoro e la formazione tra le principali, nonché tutela sanitaria e assicurazione anti – infortuni. Per l'integrazione del reddito, il fondo interviene sostenendo per sei mesi l'indennità di disponibilità del lavoratore, ma la natura di tale intervento varia a seconda che l'agenzia firmi un accordo sindacale entro i primi tre mesi, e allora il contributo del fondo sarà del 60% contro il 40% dell'APL, altrimenti le percentuali verranno corrisposte in senso inverso¹⁰⁰. La borsa lavoro specifica del settore, invece, viene istituita per valutare l'esistenza di tutte le modalità volte ad un immediato reimpiego per i somministrati che hanno a che vedere con situazioni di messa in disponibilità e il licenziamento. Per quanto concerne l'attività formativa, EBIREF, così come per FORMATEMP, mette a disposizione servizi di formazione continua e professionale.

⁹⁹ Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.121

¹⁰⁰ Degl'Innocenti S., "Il lavoro somministrato", Ed.Lavoro, pag.127

4. La somministrazione a tempo determinato

La somministrazione di lavoro a tempo determinato, così come prefigurato negli intenti del legislatore, ha preso il posto del modello del lavoro interinale entrato in vigore grazie alla legge n.196/1997. L'utilizzo di questa nuova tipologia è consentito, sulla base di quanto disposto in materia di contratti a termine, così come recita l'art.20, comma 4 del decreto legislativo n.276/2003, *“a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore”*. Come rilevato dalla maggior parte della dottrina, sorgono, tuttavia, spontanei i dubbi circa una questione di eccesso di delega rispetto a quanto previsto dalla delega legislativa stessa. In questo senso la legge delega n.30/2003 all'art.1, comma 2, lettera m), n.2 prevedeva l'ammissibilità della somministrazione di manodopera a fronte di *“ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, individuate dalla legge o dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative”*. Nel decreto legislativo n.276/2003, invece, non viene fatta menzione alcuna all'individuazione delle ragioni in capo alla disciplina normativa e alla contrattazione collettiva, lasciando in questo modo uno spazio molto più esteso per avvalersi della somministrazione a termine rispetto a quello che originariamente era stato concepito nella delega. Inoltre, come sottolineato anche da Fabrizio, *“l'utilizzo di clausole generali, sulle quali si fonda l'istituto e che riprendono la disciplina del contratto a tempo determinato, risulta il mezzo più appropriato per garantire il più possibile flessibilità al rapporto contrattuale, soddisfacendo le necessità dell'impresa utilizzatrice nei*

vari ambiti tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo”¹⁰¹. Le ragioni legate a quest’ultimi, a differenza della formula del contratto a titolo temporaneo, vanno ascritte all’ordinaria attività dell’utilizzatore, in modo tale da togliersi qualsiasi dubbio sull’estenuante dibattito inerente la temporaneità o meno delle causali che di fatto consentono la stipulazione di un rapporto di somministrazione a termine. In questo senso la temporaneità non va associata alle esigenze dell’imprenditore, il quale può fare uso dell’istituto della somministrazione anche per ragioni di stabilità; ciò che deve prefigurare la durata temporanea è la tipologia contrattuale che si è deciso di adottare. Secondo tale lettura, pertanto, come ribadisce anche Pagliarini, “sarebbe consentito utilizzare la somministrazione a termine a fronte di qualsiasi motivazione riferibile all’attività d’impresa e a fronte di qualsiasi ragione ispirata all’interesse dell’imprenditore e all’interpretazione che di esso ne dà l’utilizzatore stesso, trattandosi, in base a un’espressione gergale, di un “causalone”¹⁰². Come sottolinea Fabrizio, “suddette ragioni devono venire specificate in via preventiva dall’imprenditore nel contratto stipulato devono comunque fare riferimento a requisiti di oggettività, che devono essere verificabili al fine di non dar luogo a comportamenti illeciti”¹⁰³. In altri termini, il legislatore delegato, come viene rilevato da Chieco, “si è preoccupato di specificare che la temporaneità del contratto di somministrazione non è conseguente alla durata limitata dell’attività dell’utilizzatore, bensì è frutto di una scelta tarata su criteri oggettivi, riconducibili ad ogni possibile esigenza rientrante nella sfera tecnico – produttiva ovvero organizzativo – sostitutiva

¹⁰¹ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.12

¹⁰² Pagliarini M., “Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione” - La somministrazione di lavoro, pag.17

¹⁰³ Fabrizio S., “Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”, 2004, pag.12

dell'attività(imprenditoriale e non) dell'utilizzatore"¹⁰⁴. Il causalone, conclude Chieco, "consente allora di utilizzare questo nuovo strumento di esternalizzazione a fronte di qualsiasi motivazione riferibile all'attività dell'utilizzatore, cosicché è possibile riconoscere nella somministrazione a termine una connaturata natura "acausale", nel senso di essere svincolata da esigenze tipiche e precostituite dalla legge"¹⁰⁵. Del resto, tale linea interpretativa trova conferma dal legislatore per quanto concerne il controllo giudiziale, previsto all'art.27, comma 3 del decreto legislativo n.276/2003. Questo, infatti, recita che *"il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento dell'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"*. Così operando, dunque, viene assegnata al controllo giudiziale una funzione garantista, soprattutto per quello che attiene la motivazione del rapporto, senza entrare nel merito delle decisioni assunte dall'imprenditore. Ciò non può venire inteso in termini aleatori bensì deve assumere caratteri precisi e determinati, valutando l'effettiva consonanza tra la situazione concreta e quanto è stato indicato nella motivazione. L'art.20, comma 4 del decreto in esame nella seconda parte dispone che *"l'individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'art.10 decreto legislativo n.368/2001"*. Va in

¹⁰⁴ Chieco P., "Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 10/2004, pag.14

¹⁰⁵ Chieco P., "Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 10/2004, pag.14

prima istanza osservato che i limiti quantitativi espressamente richiamati dal decreto non sono contemplati:

- nella fase di avvio di nuove attività per i periodi definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro, anche in misura non uniforme, con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici;
- per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica n.1525/1963;
- per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno;
- per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi.

A ciò vanno aggiunte le somministrazioni stipulate a conclusione di un periodo di tirocinio o di stage, ovvero quelle stipulate con lavoratori di età superiore ai 55 anni, o conclusi quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale. Infine, devono considerarsi anche i contratti di somministrazione a tempo determinato non rientranti nelle precedenti tipologie, di durata non superiore ai sette mesi, compresa la eventuale proroga, ovvero non superiore alla maggiore durata definita dalla contrattazione collettiva con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche.

In antitesi con la regolamentazione del lavoro interinale, in un'ottica di rinnovamento e riforma, cambia anche la posizione tratteggiata per la contrattazione collettiva. Nel precedente paradigma disegnato dalla legge n.196/1997 la contrattazione collettiva veniva investita dalla legge a promuovere ed individuare ulteriori situazioni nelle quali fosse legittima la stipulazione di un rapporto di fornitura. Nel modello attuale, invece, come

specifica la disposizione testè richiamata, è prevista per essa solamente la possibilità, in ossequio alle limitazioni imposte dalla disciplina del contratto a tempo determinato dell'art.10 decreto legislativo n.368/2001, di poter fissare al più una soglia quantitativa di ricorso a tale istituto. Come rilevato da Aimo, “ciò è stato principalmente definito per lo più con lo scopo di porre un argine all'utilizzo delle imprese utilizzatrici sia ai contratti di somministrazione che a quelli a termine”¹⁰⁶. In questo senso, come espressamente richiamato negli artt.27 e 18, comma 3 del decreto legislativo n.276/2003, il superamento del tetto comporta la costituzione di un rapporto lavorativo alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice, nonché la corresponsione di una somma a titolo di sanzione amministrativa. Anche se la normativa non specifica se spetta alla contrattazione collettiva delle categorie di appartenenza degli utilizzatori o delle agenzie di somministrazione fissare i limiti quantitativi, i più ritengono che ciò spetti alle prime. Come rilevato da Aimo in questo senso, “queste si sono avvalse in questi anni della possibilità di individuare limiti quantitativi anche in misura non uniforme, al fine di consentire la fissazione di soglie anche diverse a seconda delle dimensioni occupazionali dell'impresa, consentendo in particolare alle imprese di piccole dimensioni la somministrazione di un numero minimo di lavoratori in cifra fissa”¹⁰⁷. Infine, come è stato espressamente chiarito in seguito all'integrazione dell'art.10, comma 7 decreto legislativo n.368/2001 ad opera del decreto legge n.76/2013, convertito con modificazioni in l. n. 99/2013, le soglie massime di lavoratori somministrati eventualmente stabilite dai contratti collettivi risultano anche applicabili nel caso in cui l'utilizzatore faccia ricorso alla cosiddetta prima missione svincolata dalla ricorrenza di ragioni

¹⁰⁶ Aimo M P., “Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.443

¹⁰⁷ Aimo M P., “Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.444

di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui all'art.20, comma 4 decreto legislativo n.276/2003¹⁰⁸.

5. La somministrazione a tempo indeterminato

5.1 Un bilancio

L'introduzione della seconda tipologia di somministrazione di lavoro, quella a tempo indeterminato o altrimenti detta staff leasing, ha rappresentato indubbiamente una novità di grande rilievo nel palcoscenico del mercato del lavoro italiano, prefigurandosi negli intenti del legislatore del 2003 come uno degli strumenti simbolo e guida al rinnovamento del sistema da più parti invocato. Come sottolineato da Fenoglio, "il suo avvento, infatti, è stato dai più riconosciuto come un vero e proprio punto di rottura con il passato, capace di prendere le distanze dal sistema fondato sul principio generale del divieto di interposizione di manodopera, fino ad allora derogabile soltanto al fine di soddisfare esigenze di carattere temporaneo delle imprese utilizzatrici"¹⁰⁹. Gli interventi e gli obiettivi da raggiungere con tale fattispecie erano dei più ambiziosi ed allettanti possibili, volendo mettere in pratica i propositi previsti nel Libro Bianco riguardanti "la modernizzazione dei meccanismi di funzionamento del mercato del lavoro" e l'abbattimento delle "rigidità nell'utilizzo della forza lavoro introdotte dalla legge n.1369/1960". Questa prospettiva è stata innanzitutto dettata dal progressivo cambiamento del contesto, dove

¹⁰⁸ Aimo M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.444

¹⁰⁹ Fenoglio A., "Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicazioe", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.473

l'ordinamento e la giurisprudenza hanno constatato man mano come "i vincoli posti al decentramento produttivo in generale e a qualsiasi intervento di esternalizzazione del lavoro in particolare rappresentassero oramai una zavorra verso nuove forme moderne di sviluppo dell'intero sistema"¹¹⁰. Inoltre, come ribadito tra gli altri da Fenoglio, "la possibilità di far ricorso a tale tipologia contrattuale nei numerosi settori produttivi individuati dalla legge senza l'onere di indicare di volta in volta specifiche ragioni giustificative avrebbe in effetti potuto comportare l'azzeramento dei costi amministrativi e gestionali connessi all'assunzione di personale"¹¹¹. La fattispecie sorgeva, dunque, sotto i migliori auspici ma vedendo l'andamento di questi anni si può comodamente affermare che non abbia mantenuto fede alle promesse, godendo di alterne fortune nonostante i vari sforzi succeduti per potenziare l'istituto. Il suo apporto si è rivelato talmente modesto da portare addirittura alla sua abrogazione con la legge n.247/2007, art.1, comma 46, salvo poi venire reintrodotta dall'art.2, comma 142, legge n.191/2009, anche se il contributo di tale fattispecie e il suo utilizzo, nonostante con il suo ritorno si sia cercato di incentivarla ampliandone il campo di destinazione, è ridotto ai minimi termini. I motivi di questo flop sono molteplici e imputabili soprattutto ad alcune scelte piuttosto discutibili operate dal legislatore, in primis quella di mettere in concorrenza la somministrazione a tempo indeterminato con l'appalto. Quest'ultimo risulta uno strumento più obsoleto e poco incline all'esternalizzazione, ma il legislatore ne ha aumentato l'appel economico contestualmente all'introduzione della prima. L'art.29 decreto legislativo n.276/2003 ha portato a una rivisitazione della vecchia nozione di appalto,

¹¹⁰ Pagliarini M., "Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione" - La somministrazione di lavoro, pag.18

¹¹¹ Fenoglio A., "Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicabilità", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.473

modificando innanzitutto il regime di solidarietà intercorrente tra committente e appaltatore. Il secondo comma dell'articolo prevede, infatti, che *“il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”* salvo quanto diversamente previsto dai contratti collettivi di lavoro. Nello staff leasing la responsabilità solidale illimitata tra agenzia e utilizzatore risulta invece una pietra miliare. Inoltre, mentre con il decreto legislativo n.276/2003 il legislatore ha definitivamente cancellato il principio della parità di trattamento retributivo e normativo tra i dipendenti di appaltante e appaltatore volto a tutelare i lavoratori delle imprese appaltatrici, nella somministrazione è stato rafforzato ed esteso, recentemente anche dalla cosiddetta Legge Fornero, alla totalità dei rapporti lavorativi instaurati dall'agenzia somministratrice con i lavoratori, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato. Come evidenzia in questo senso Fabrizio, *“la conclusione è che la somministrazione potrebbe costare più dell'appalto per il maggior costo dei servizi offerti dall'agenzia di somministrazione , i quali devono coprire non solo la messa a disposizione e adempimento degli obblighi contrattuali, ma anche la ricerca e selezione del lavoratore, ossia i costi di intermediazione”*¹¹². Un ulteriore aspetto da evidenziare può essere ricercato nel diverso ruolo assunto dalle due tipologie contrattuali. Questo rilievo viene trattato ancora da Fabrizio, secondo cui *“mentre con l'appalto l'impresa fa proprio un servizio, con la somministrazione a tempo indeterminato essa si limiterebbe ad esternalizzare la gestione amministrativa del solo personale relativo ad un determinato servizio, in quanto con la somministrazione l'impresa ottiene*

¹¹² Fabrizio S., *“Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”*, 2004, pag.15

dall'agenzia la disponibilità di lavoratori che si inseriscono nel suo apparato organizzativo, sotto il suo potere direttivo e di controllo"¹¹³. Deve essere ricordata, inoltre, come causa da ascrivere al mancato decollo della fattispecie di staff leasing, la presente e consistente opposizione effettuata dai sindacati, da sempre poco favorevoli alla somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, vedendola come portatrice di interessi incarnanti al massimo livello il fenomeno della precarizzazione, teso a sminuire ed alienare progressivamente la componente umana. Nemmeno tra la dottrina e la giurisprudenza lo staff leasing ha raccolto interesse, considerate le poche pronunce in merito, diventando a giudizio di molti la bandiera sotto cui riunire gli effetti negativi della precarietà.

5.2 Confronto tra somministrazione a tempo determinato e staff leasing

Il rapporto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato assume la veste di un contratto commerciale con il quale l'agenzia sia generalista che specialista fornisce ad un'impresa utilizzatrice in modo continuo lavoratori, previo pagamento di un corrispettivo economico, al fine di svolgere le attività tassativamente indicate dall'art.20, comma 3 decreto legislativo n.276/2003. Le due fattispecie di somministrazione di lavoro, a tempo determinato e staff leasing, se attentamente approfondite, per alcuni versi presentano analogie evidenti, basti pensare ad esempio le ipotesi in cui è vietato il loro ricorso piuttosto che i requisiti formali necessari per porre in essere il rapporto commerciale che comunque si vedranno più avanti nella trattazione, per altri invece sembrano prendere nettamente strade differenti. Il secondo è il caso dei destinatari che possono usufruire delle prestazioni

¹¹³ Fabrizio S., "Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi", 2004, pagg.14-15

dei lavoratori, oppure differenze si scorgono anche per quanto concerne le agenzie chiamate a porre in essere il contratto stesso¹¹⁴. Per quello che attiene alla prima situazione, si è già parlato di come sia vietato il ricorso dello staff leasing nella pubblica amministrazione, anche se in molto ritengono ciò una violazione per eccesso di delega. I più convinti in questo senso, come ribadisce Fenoglio, “ritengono che l’art.6, legge n.30/2003 non avrebbe infatti inteso inibire la possibilità di utilizzare tale tipologia contrattuale per le pubbliche amministrazioni oggettivamente intese, ma soltanto per il loro personale, alludendo ai pubblici dipendenti legati da un rapporto di lavoro con la p.a. e non certo ai lavoratori somministrati che restano dipendenti di un soggetto terzo come l’agenzia fornitrice”¹¹⁵. Risulta ancora più aleatoria la scelta compiuta dal legislatore di operare una netta separazione tra le agenzie specialiste dedite allo svolgimento della sola attività di staff leasing e quelle generaliste, alle quali è concessa la facoltà di compiere tutte le attività previste nell’art.20 del decreto in esame. Alcuni hanno ricercato la ragione di tale distinguo nel più elevato grado di precarietà che la somministrazione a tempo determinato si porta dietro, motivo secondo il quale ai lavoratori in questo caso sarebbe opportuno concedere un livello più consistente di garanzie rispetto ai dirimpettai con contratto di staff leasing che possono contare su quelle classiche proprie del contratto di lavoro¹¹⁶. Ciò però non tiene conto, come rileva tra gli altri Fenoglio, che “difficilmente lo staff leasing porta con sé un maggior livello di protezione per i lavoratori coinvolti, in quanto dinanzi a un rapporto commerciale privo di scadenza non necessariamente l’agenzia stipula

¹¹⁴ Fenoglio A., “Lo staff-leasing:dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.477

¹¹⁵ Fenoglio A., “Lo staff-leasing:dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.477

¹¹⁶ Fenoglio A., “Lo staff-leasing:dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.478

contratti di lavoro a tempo indeterminato”¹¹⁷. Piuttosto che ricercare i motivi nella durata del contratto commerciale, pare più saggio e pertinente addurre le ragioni al fatto che le cosiddette agenzie generaliste possono essere legittimate a svolgere anche le attività di intermediazione, ricerca e selezione del personale nonché supporto alla ricollocazione professionale, essendo dunque in gioco su un campo molto più vasto rispetto a quelle specialiste. Concretamente tale separazione ha un peso assai limitato, visto che alla prova dei fatti dopo il reintegro nell’ordinamento dello staff leasing, le agenzie iscritte alla sezione specialista dell’albo sono solo sette, mentre quelle appartenenti alla sezione generalista contano ottantasette unità. Le differenze tra le due tipologie di somministrazione non si fermano solo ai motivi fin qui esposti: diverso risulta infatti il metodo normativo che il legislatore ha voluto proporre per il ricorso delle due fattispecie. In questo senso Fenoglio pone in evidenza che “nel disciplinare quella a termine ha individuato tramite l’utilizzo di una clausola generale le ragioni che giustificano la stipulazione del contratto, mentre per quanto concerne lo staff leasing è stato preferito un differente criterio selettivo, basato su una tassativa elencazione di casi o tipologie di attività che consentono di operare una dissociazione permanente fra il datore di lavoro formale e l’utilizzatore”¹¹⁸. In questa seconda situazione, la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, ai sensi dell’art.20, comma 3 decreto legislativo n.276/2003, è contemplata nelle seguenti ipotesi:

a) per i servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati;

¹¹⁷ Fenoglio A., “Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.478

¹¹⁸ Fenoglio A., “Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.479

- b) per i servizi di pulizia, custodia, portineria;
- c) per i 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 le attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale;
- f) per le attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale;
- g) per la gestione di call-center, nonché l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo I di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali;
- h) per le costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti; le installazioni o smontaggio di impianti e macchinari; 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.

Volendosi concentrare per un istante sul contenuto dell'elencazione, si può notare come alcune delle ipotesi previste di staff leasing rientrano già nella legge n.1369/1960 come ad esempio la situazione di cui alla lettera h) oppure fatte circoscrivere alla giurisprudenza entro l'ambito dell'appalto lecito, come il caso di cui alla lettera a). Altre attività sono state incluse, come per quel che riguarda la lettera e), in quanto visibilmente importanti

per quel che afferisce tutto l'apparato produttivo, mentre altre ancora sono state individuate ricalcando di pari passo lo schema addotto dal legislatore del 1997 sul lavoro interinale, con la sostanziale previsione, tuttavia, dei contratti di lavoro territoriali di cui alla lettera i). Proprio la possibilità di affidarsi alla contrattazione collettiva ha lo scopo di ampliare il bacino di diffusione della somministrazione a tempo indeterminato, andando ad investire anche ambiti attinenti al ciclo produttivo standard dell'utilizzatore. Come rilevato da Pagliarini "le ipotesi di ammissibilità dello staff leasing fotografano la realtà del mondo produttivo, rappresentando le più frequenti ipotesi di outsourcing, su gran parte delle quali si era pronunciata la giurisprudenza nel tentativo di mitigare il divieto di interposizione, sul presupposto della considerazione della non pericolosità sociale di tali fattispecie"¹¹⁹. Ritornando all'utilizzo della tecnica casistica, "questa è da ascrivere alle difficoltà riscontrate nell'individuare ragioni tecniche, organizzative o produttive che giustificassero la decisione di servirsi di un tipo di contratto che si propone di essere utilizzato dagli imprenditori per ridurre i costi di gestione del personale e conseguentemente diminuire il rischio d'impresa"¹²⁰. È stato dunque seguito un percorso volto a trovare un punto di equilibrio tra il divieto di sindacare le valutazioni di ordine economico adottate dall'utilizzatore nella scelta della somministrazione a tempo indeterminato con il bisogno di evitare il formarsi di comportamenti illeciti, lasciando all'organo giudiziario la possibilità di constatare la validità dei requisiti per un legale ricorso a tale pratica. Secondo un'interpretazione avanzata recentemente e portata avanti da una parte consistente della dottrina, anche

¹¹⁹ Pagliarini M., "Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione" - La somministrazione di lavoro, pag.20

¹²⁰ Fenoglio A., "Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicabilità", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.480

per quanto concerne lo staff leasing, per quel che attiene la liceità e la regolarità dell'istituto, seppure non si faccia riferimento diretto, occorre che sussistano egualmente le ragioni tecnico, organizzative e produttive. Secondo tale lettura, portata avanti tra gli altri da Fenoglio, "sull'impresa utilizzatrice gioverebbe l'onere di provare l'esistenza di una delle ragioni oggettive legittimanti il ricorso al lavoro somministrato, il nesso di causalità tra la ragione e la scelta di avvalersi di tale fattispecie contrattuale e la prova che tale attività svolta rientri fra una di quelle previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva"¹²¹. Ciò che balza agli occhi è che, volendo far propria la tesi di Fenoglio, "il limite che discende da tale interpretazione risulta tutt'altro che marcato, in quanto il richiamo a ragioni di carattere tecnico, organizzativo o produttivo è così aleatorio che alla clausola generale è stato possibile ascrivere un significato soltanto ritenendo che tali ragioni debbano necessariamente rifarsi a canoni di carattere obiettivamente temporaneo"¹²². Tuttavia "tale discriminazione causale non può essere esteso alla somministrazione a tempo indeterminato e così il fatto di dover giustificare il ricorso a tale rapporto segnalando in modo del tutto generale ragioni organizzative, tecniche o produttive si traduce in una sorta di criterio vuoto, il cui riempimento attraverso specifiche esigenze che motivino l'utilizzo della fattispecie, sarebbe dovuto spettare al legislatore"¹²³. Dinanzi a tale situazione si è constatato che rimane un silenzio assordante, facendo intendere un'importante mancanza di rispetto della legge delega e dei criteri in essa contenuti.

¹²¹ Fenoglio A., "Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicabilità", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P. Aimo, 2014, pag. 481 e Chiarelli, Petra, Rosolen., "La recente giurisprudenza in tema di somministrazione di lavoro", in *Dir. relaz. ind.*, 2012, 783

¹²² Fenoglio A., "Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicabilità", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P. Aimo, 2014, pag. 481

¹²³ Fenoglio A., "Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicabilità", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P. Aimo, 2014, pag. 482

5.3 *Gli ultimi indirizzi e l'ampliamento dell'elenco*

Dalla sua seconda introduzione, il legislatore ha tentato in più modi di incentivare il ricorso alla fattispecie di staff leasing, ampliando man mano nel corso del tempo il già nutrito elenco disposto dall'art.20, comma 3 decreto legislativo n.276/2003, cercando in questo modo di rivitalizzare una tipologia caratterizzata da poca sorte come si è descritto in precedenza. L'assiduo ricorso all'arricchimento di nuovi casi di ammissibilità fa propendere a una disamina piuttosto superficiale e poco convinta da parte del legislatore sui problemi riscontrati dallo staff leasing, visto che ritenere che lo scarso utilizzo che ha riscontrato sia da ascrivere principalmente ad un campo di applicazione più o meno ristretto sembrerebbe un'ipotesi piuttosto azzardata. L'opera di rinvigorismento è stata perseguita agendo contemporaneamente su due livelli, da un verso incrementando analiticamente i casi concessi per l'utilizzo di tale fattispecie e dall'altro consentendo agli utilizzatori di godere delle medesime prerogative prefigurate in capo alla contrattazione collettiva. In questo senso "la delega in bianco originariamente riconosciuta in capo ai soli contratti collettivi nazionali e territoriali è stata infatti estesa dalla finanziaria del 2010 anche alla contrattazione collettiva aziendale, ampliando in modo evidente il ruolo esercitabile da quest'ultima da far apparire ridondante la possibilità di deroga concessa alla contrattazione di prossimità dal contestato art.8, d.l.n. 138/2011, convertito in l.n.148/2011"¹²⁴. Nonostante gli sforzi profusi dal legislatore con tali accorgimenti normativi, l'attenzione verso lo staff leasing dimostrata dalle parti sociali risulta ancora lontana da livelli quantomeno accettabili. Secondo recenti stime, infatti, al momento attuale

¹²⁴ Fenoglio A., "Lo staff-leasing:dieci anni di inapplicazione", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.484

ben pochi rapporti sono stati posti in essere sulla scorta della nuova casistica aggiuntiva e addirittura sovente la somministrazione a tempo indeterminato nei vari accordi collettivi o non ha trovato spazio oppure è stata citata dai contraenti allo scopo di non prestarvi utilizzo. I motivi di questo disinteresse devono essere innanzitutto ascritti alla cronica allergia delle parti sociali verso questa fattispecie ritenuta una degli emblemi da innalzare all'altare della precarietà e parimenti il fatto di aver aggiunto una così vasta molteplicità di casi ulteriori di ricorso allo staff leasing, rendendo in questo modo del tutto irrilevante l'apporto della contrattazione collettiva, non ha sicuramente giovato. Ma andando a vedere più da vicino alcune di queste nuove ipotesi contemplate recentemente dal legislatore, si deve innanzitutto menzionare l'art.2, comma 142, lettera b), l.n.191/2009, che prevede il ricorso dello staff leasing *“in tutti i settori produttivi pubblici e privati, per l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia”*. Seppure aprendo qualche spiraglio sullo storico divieto imposto al settore pubblico di usufruire dello staff leasing, la situazione testè disciplinata ha trovato poco seguito. Di più ampia risonanza risulta, invece, ai sensi dell'art.1, comma 46 bis, lettera b), d.l. n. 83/2012, la possibilità di instaurare un rapporto di somministrazione a tempo indeterminato *“in tutti i settori produttivi, in caso di utilizzo da parte del somministratore di uno o più lavoratori assunti con contratto di apprendistato”*. Come rilevato da Fenoglio, *“l'innovazione è assai rilevante e spalanca potenzialmente le porte all'utilizzo del leasing di manodopera poiché un conto è consentire alle agenzie di assumere giovani apprendisti nei casi in cui la legge autorizza il ricorso allo staff leasing mentre un altro è considerare condizione sufficiente per il ricorso della somministrazione a tempo indeterminato la stipulazione fra agenzia e i*

lavoratori di un contratto di apprendistato”¹²⁵. Tuttavia questa improvvisa apertura può essere contrastata su base interpretativa. Ciò viene seguito abbracciando l’ipotesi secondo cui “se l’instaurazione di tale rapporto commerciale è lecita solamente se l’attività esternalizzata si colloca a latere del normale ciclo produttivo aziendale, allora ne consegue che il leasing di manodopera deve necessariamente avere carattere accessorio e dunque avere ad oggetto un’attività rientrante nei casi tipizzati dall’art.20, comma 3 decreto legislativo n.276/2003”¹²⁶. La questione, tuttavia, è tutt’altro che vicina a una conclusione stabile e accettata dalla maggior parte della dottrina. Per concludere, volendo tornare sulla natura e sulla matrice che ha accompagnato lo staff leasing fin dalla sua introduzione, emerge, come sottolineato dal Tribunale di Torino, 26/07/2010, in Riv.it.dir.lav. 2011, II, 51 ss, *“la sua natura strettamente accessoria rispetto al core business dell’impresa”*, permettendo all’imprenditore utilizzatore di ricorrere a una tipologia differente rispetto al paradigma classico del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, in quanto caratterizzata dall’aver come riferimento attività anche estranee al normale sistema produttivo dell’impresa. Questo aspetto la differenzia anche dalla dirimpettaia somministrazione a termine che, come si è visto, può essere posta in essere, come disciplinato dall’art.20, comma 4 decreto legislativo n. 276/2003, *“a fronte di ragioni riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore”*.

¹²⁵ Fenoglio A., “Lo staff-leasing:dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.488

¹²⁶ Fenoglio A., “Lo staff-leasing:dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.488

6. I casi di divieto

Concludendo la disamina dell'art.20 decreto legislativo n.276/2003, il quinto e ultimo comma disciplina i casi in cui la somministrazione di lavoro viene vietata. Vi è da dire innanzitutto come la casistica individuata dal legislatore del 2003 ripercorra puntualmente le ipotesi di cui al decreto legislativo n.368/2001 inerente il lavoro a tempo determinato, risultando più scarna invece rispetto ai divieti previsti per il lavoro interinale dalla legge n.196/1997. Tale divieto di fornitura del lavoro asserisce ovviamente per entrambe le tipologie di somministrazione, sia a termine che per lo staff leasing. Al primo comma viene vietato il ricorso all'istituto "*per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero*", mentre il secondo fa riferimento alla situazione in cui si siano verificati licenziamenti collettivi presso unità produttive entro i sei mesi precedenti ovvero in cui sia in vigore una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario con trattamento di integrazione salariale. Sempre il secondo comma si premura di specificare che tutte e due le circostanze fanno riferimento a "*lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si rifà il contratto di somministrazione*". Rimanendo ancora su questo secondo comma, il legislatore individua in una diversa disposizione degli accordi sindacali l'eccezione alla situazione sopra descritta. Come rileva Chieco, la menzione di tali accordi sindacali richiamanti, come si apprende dal dettato normativo, gli artt.4 e 24 legge n.223/1991, "consente di ritenere che tale deroga si riferisca agli accordi gestionali disciplinati appunto negli artt.4 e 24 e sottoscritti dai soggetti collettivi abilitati a farlo"¹²⁷. L'ultimo caso di divieto si trova al terzo comma dell'art.20, riguardante "*le imprese che non abbiano effettuato la*

¹²⁷ Chieco P., "Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 10/2004, pagg.23-24

valutazione dei rischi ai sensi dell'art.4 decreto legislativo n. 626/1994 e successive modifiche". In questa specifica ipotesi la giurisprudenza, così come ben evidenziato da Aimò, ha spinto per mettere in risalto che "l'onere di provare l'avvenuta valutazione dei rischi non può che essere fatto tramite la produzione in giudizio dell'opportuna documentazione, non potendo essere dimostrata attraverso la prova testimoniale"¹²⁸. Risalta, invece, la scelta del legislatore del 2003 di non includere nei divieti di fornitura di lavoro due casi che venivano contemplati nella previgente disciplina del lavoro interinale, vale a dire le lavorazioni che richiedono sorveglianza medica e quelle relative all'elencazione dei lavori pericolosi. Si tratta di una decisione non condivisibile visto l'elevato grado di pericolosità e rischiosità facente riferimento a tali mansioni, che potrebbe avere delle ripercussioni anche sull'incolumità dei lavoratori stessi. Per porre rimedio a siffatta situazione, come sottolinea tra gli altri Aimò, "la contrattazione collettiva comunque può vietare il ricorso della somministrazione nelle ipotesi in cui il lavoratore sia esposto, nello svolgimento della prestazione lavorativa, a particolari pericoli per la sua salute"¹²⁹.

7. La forma del contratto di somministrazione

L'art.21 decreto legislativo n.276/2003 si occupa di disciplinare i requisiti formali che deve recare il contratto di somministrazione per una sua corretta e valida stipulazione. Prima di addentrarci nel merito dei contenuti, vi è da sottolineare come buona parte degli elementi previsti dal legislatore del 2003 siano ripresi dalla disciplina del precedente lavoro interinale di cui

¹²⁸ Aimò M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.460

¹²⁹ Aimò M P., "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", 2014, pag.460

alla legge n.196/1997, anche se sono state introdotte delle novità a cui sarà importante prestare attenzione. L'incipit della disposizione pone subito una barriera imprescindibile e inderogabile per le parti che si apprestano a stipulare il contratto di somministrazione, vale a dire il carattere della forma scritta. Questa rappresenta, dunque, una sorta di pre – condizione per la validità del rapporto commerciale che si intende instaurare, la condizione prima alla quale tutte le altre risultano subordinate per la corretta legittimità del contratto al quale si sta dando vita. In questo senso il legislatore ben si è premurato di specificare immediatamente tale requisito come vincolo inviolabile per porre in essere l'istituto, al quale poi segue tutta un'elencazione avente carattere tassativo di come deve essere costituito formalmente il rapporto. Addentrandoci, dunque, nella casistica di cui all'art.21, comma 1 del suddetto decreto, si trova alla lettera a) il disposto recante *“gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore”*. Come si è visto in precedenza nella parte riguardante l'autorizzazione, tale elemento risulta fondamentale per poter operare da parte dell'agenzia, la quale è tenuta in questo senso ad adempiere anche ad un obbligo di trasparenza soprattutto nei confronti del soggetto utilizzatore, il quale potrà così constatare la regolare posizione di poter somministrare da parte del suo interlocutore. Inoltre, come più attentamente si vedrà più avanti, la mancata osservanza di quanto richiesto per gli attori non autorizzati sfocia in sanzioni sia amministrative che penali, come disposto dall'art.18, comma 2 del decreto in esame. Seguono, poi, tutta una serie di requisiti utili ad individuare in termini precisi e rigorosi gli aspetti inerenti all'oggetto del contratto di somministrazione. Ecco, dunque, che deve essere data ampia rilevanza, come previsto alle lettere b), f), g), rispettivamente al numero dei lavoratori da somministrare, alle mansioni alle quali saranno adibiti e il loro inquadramento, nonché a luogo e orario di lavoro con la specificazione

del trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative. Tali disposizioni, come da più parti rilevato, “consentono alle parti di concordare la somministrazione di più lavoratori in un contratto unico, cioè senza la necessità di stipulare tanti contratti quanti sono i lavoratori da somministrare”¹³⁰. Non è, invece, concesso di “stipulare contratti aperti con cui pattuire una serie indeterminata di forniture di manodopera, pur tuttavia non essendo precluso il fatto di portare a termine per le parti accordi quadro nei quali porre in essere reciproci impegni per quanto concerne la somministrazione di lavoro”¹³¹. Diverso, rispetto alla formulazione della precedente disciplina del lavoro interinale, è il requisito di cui alla lettera e), che prevede l’indicazione della data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione. Alla lettura di tale disposto, emerge fin da subito l’interrogativo se nel caso di staff leasing possa essere ventilata la possibilità per i contraenti di non indicare il termine di conclusione del rapporto, considerata la durata indeterminata dello stesso. In questo senso risulta plausibile condividere l’interpretazione, tra gli altri, di Zappalà secondo cui “l’inciso debba ritenersi indicativo dell’obbligo di indicare il tipo di somministrazione e non la durata temporale”¹³². Inoltre, con tale requisito, il legislatore, secondo i più, ha voluto far intendere che “ciò che conta e che va collocato temporalmente è il contratto di somministrazione e non l’inizio e la durata del rapporto di lavoro, in quanto questo elemento rimane nella esclusiva dimensione organizzativa e di scelta dell’agenzia”¹³³. In questo senso, come rilevato dalla maggior parte dei

¹³⁰ Aimo M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.431 e Magnani, “Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo”, in “il pacchetto Treu”, a cura di NAPOLI, in “Le Nuove Leggi Civ.Comm.”, Padova, 1998, pag.1189 ss.

¹³¹ Aimo M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.431

¹³² Zappalà L., “La forma nel contratto di somministrazione”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 39/2005, pag.8

¹³³ Chieco P., “Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 10/2004, pag.31

commentatori, “l’utilizzatore non sarà tenuto a sapere o a informarsi sulla tipologia di contratto a tempo determinato o indeterminato che lega il lavoratore all’agenzia, bensì dovrà prestare esclusivamente attenzione al rispetto del termine finale pattuito nel contratto di somministrazione”¹³⁴. Una volta esaurito il termine, infatti, non è più consentito all’utilizzatore di potersi avvalere delle prestazioni lavorative del lavoratore in missione. Del tutto nuova, invece, rispetto alla legge n.196/1997, è quanto viene disposto alla lettera c), dove si deve dare indicazione in modo puntuale dei casi, per lo staff leasing, di cui all’art.20, comma 3 del decreto in esame, e delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui all’art.20, comma 4 per la somministrazione a termine. La tendenza, pressoché uniforme, avuta dalla giurisprudenza, investita nell’esprimersi a riguardo, è quella di ritenere che le ragioni da addursi per porre in essere il contratto di somministrazione a termine devono essere il più possibile precise, puntuali e specifiche. Proprio il Tribunale di Milano ha sottolineato come “non sono legittime clausole di stile, puramente riproduttive del testo di legge o eccessivamente generiche perché prive di adeguata capacità descrittiva di tali ragioni”¹³⁵. In accordo con Aimo, “tale vincolo formale risulta una sorta di garanzia per i principi di trasparenza e certezza del diritto, in modo da consentire al lavoratore di esercitare un controllo e, nel caso di irregolarità, al giudice di verificare se la causale indicata esiste in concreto”¹³⁶. Alla lettera d) dell’art.21, comma 1 del decreto legislativo n.276/2003 viene prevista *“l’indicazione della presenza di eventuali rischi per l’integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate”*. Tale dispositivo è anch’esso una novità rispetto a quanto

¹³⁴ Zappalà L., “La forma nel contratto di somministrazione”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 39/2005, pag.9

¹³⁵ Trib.Milano,04.07.2007,in Riv.critica dir.lav.,2007,1089

¹³⁶ Aimo M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.433

disponeva la legge n.196/1997: quest'ultima infatti prevedeva che *“eventuali misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività”* dovessero specificarsi nel contratto di lavoro e non in quello interinale. Questo ribaltamento può essere ricondotto, come visto sopra, al venir meno del divieto di somministrazione per quel che riguarda le mansioni più pericolose. In questo senso, seguendo la linea di Chieco, *“posto che resta fermo il divieto di fornitura per le imprese che non hanno provveduto alla valutazione dei rischi, quest'ultimi, che prima in sede di contrattazione collettiva potevano portare all'esclusione delle relative mansioni, in base a quanto stabilito dal decreto in esame ora devono essere puntualmente indicati quando si riferiscono alle mansioni oggetto della somministrazione”*¹³⁷. Innanzitutto ciò porta ad una responsabilizzazione maggiore per l'impresa utilizzatrice e in secondo luogo si pone in linea con quanto previsto dalla direttiva n.91/383/CE, che all'art.7 tratta della sicurezza e salute dei lavoratori temporanei. Questa dispone che vengano adottate tutte le precauzioni tali per cui *“l'utilizzatore, prima che il lavoratore sia messo a sua disposizione, comunichi all'agenzia le caratteristiche proprie del posto di lavoro da occupare e che l'agenzia stessa dia informazioni di tutti questi elementi ai lavoratori interessati”*. Le rimanenti ipotesi, di cui alle lettere da h) a k), del primo comma dell'art.21 fanno riferimento ad una serie di obblighi contrattuali inerenti sia agenzia che utilizzatore. In capo alla prima viene richiesto il pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali. Al secondo, invece, viene imposto di assolvere al rimborso al somministratore degli oneri retributivi e previdenziali da questo sostenuti in favore dei prestatori di lavoro. Inoltre, sempre per quel che concerne

¹³⁷ Chieco P., *“Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo”*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 10/2004, pagg.30-31

l'utilizzatore, la lettera j) prevede che questo debba comunicare all'agenzia i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori della sua azienda comparabili con quelli somministrati. Infine all'utilizzatore stesso, nell'ipotesi di inadempimento del somministratore, spetta l'obbligo, come disposto alla lettera k), *“del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore”*. Il successivo comma 2 dell'art.21 reca *“nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi”*. Appare subito chiaro come il rimando alla contrattazione collettiva sia alquanto vago e superficiale, forse non tenendo conto dell'importanza della situazione e dei meccanismi che devono essere disciplinati. Su questo punto è stato molto vivace il dibattito scaturito in dottrina sul peso da attribuire in questo senso alla fonte collettiva, senza, tuttavia, portare a una posizione condivisa in modo unanime. Sembra plausibile, però, quanto ravvisato, tra gli altri, da Aimo, secondo cui *“l'obiettivo del legislatore risulta quello di assegnare ai contratti collettivi la funzione di chiarire, specificare ed integrare il contenuto delle clausole contrattuali necessarie”*¹³⁸. Ciò *“a garanzia di un più trasparente funzionamento del mercato del lavoro somministrato”*¹³⁹. Il terzo comma dell'art.21, invece, si premura di chiarire un ulteriore obbligo che deve essere assolto dal somministratore nel momento della stipulazione del contratto di lavoro o all'atto dell'invio del lavoratore presso l'utilizzatore. Si tratta, infatti, *“di comunicare per iscritto al prestatore di lavoro le informazioni di cui al comma 1, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore”*. Tuttavia, come rilevato da buona parte dei

¹³⁸ Aimo M P., *“Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”*, 2014, pag.432

¹³⁹ Zappalà L., *“La forma nel contratto di somministrazione”*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 39/2005, pag.20

commentatori, non è solo quanto citato poc'anzi che deve essere comunicato, bensì devono essere ricompresi anche “tutti gli elementi concretamente inseriti nel contratto di somministrazione, siano essi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva”¹⁴⁰. Lo scopo primario di suddetta comunicazione risulta quello “di estendere gli effetti del contratto di somministrazione nei confronti del lavoratore terzo estraneo a tale rapporto, collegando in questo modo il contratto di somministrazione con quello di lavoro rendendo così opponibile al prestatore ciò che è stato pattuito tra agenzia e utilizzatore”¹⁴¹. Ecco dunque che tale formalismo assolve alla funzione di collegare le due fattispecie caratterizzanti il rapporto trilaterale che viene ad instaurarsi, consentendo allo stesso tempo al lavoratore di essere reso partecipe e controllare la corretta istituzione del vincolo di somministrazione. L’art.21, comma 4, che chiude la parte del decreto legislativo dedicata alla forma del contratto di somministrazione, dispone che *“in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell’utilizzatore”*. Ciò è il risultato della correzione apportata dal decreto legislativo correttivo n.251/2004, poiché il testo originale del decreto legislativo n.276/2003 prevedeva la nullità in mancanza della forma scritta per i soli elementi indicati alle lettere a), b), c), d) ed e) dell’art.21, comma 1. Con l’estensione, invece, a tutti gli elementi dell’art.21, comma 1 di tale requisito indubbiamente si è voluto rendere più ferrea la disciplina e la regolamentazione dell’istituto, esaltando in maniera ancora più evidente e marcata la funzione della forma scritta nell’instaurazione del contratto di somministrazione. Resta, tuttavia, poco chiaro, come rilevato da buona

¹⁴⁰ Zappalà L., “La forma nel contratto di somministrazione”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 39/2005, pag.21

¹⁴¹ Zappalà L., “La forma nel contratto di somministrazione”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 39/2005, pag.26

parte dei commentatori, se il venir meno della forma scritta degli elementi considerati comporti una nullità insanabile o vi sia quantomeno spazio per manovre di salvataggio del contratto, tramite ad esempio una successiva integrazione del requisito mancante¹⁴².

7.1 proroga del contratto di somministrazione a termine

Per quel che riguarda una possibile proroga del contratto di somministrazione a termine, il decreto legislativo n.276/2003 non dispone alcunché in merito su tale evenienza. Tuttavia, in questo senso, la maggior parte dei commentatori è incline nel ritenere plausibile questa possibilità, non sussistendo particolari ostacoli che possano frapporsi ad un eventuale rinnovo di suddetta fattispecie contrattuale, provenienti soprattutto dalla contrattazione collettiva. Per quel che concerne alla forma della proroga del contratto di somministrazione, come rilevato tra gli altri da Ichino, “deve essere fatta in forma scritta e il nuovo documento dovrà contenere solo l’indicazione degli elementi del contratto originario che subiscono una modificazione”¹⁴³. Resta il fatto di dover prestare molta attenzione ad un eccessivo abuso di tale meccanismo, in quanto potrebbe rivelarsi una manifestazione di una somministrazione a tempo indeterminato irregolare o fraudolenta e dunque punibile dalla legge, come si vedrà nel seguito della trattazione.

¹⁴² Zappalà L., “La forma nel contratto di somministrazione”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 39/2005, pag.33

¹⁴³ Ichino P., “La somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco”, in M. Pedrazzoli, “Il nuovo mercato del lavoro”, Zanichelli, Bologna, 2004, pag.28

CAPITOLO II: IL RAPPORTO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. La tipologia del contratto di lavoro – 2. Potere direttivo e potere disciplinare – 3. Il rapporto di lavoro – 4. La somministrazione irregolare – 5. Le sanzioni

1. La tipologia del contratto di lavoro

Nell'ambito della triangolazione di rapporti messa in atto dall'istituto della somministrazione, il decreto legislativo n. 276/2003 si preme di disciplinare il rapporto di lavoro subordinato sussistente tra agenzia somministratrice e lavoratore. L'art.22 del decreto in esame ai primi due commi detta la regolamentazione distinguendo a seconda che la somministrazione sia a tempo determinato o indeterminato, anche se il dettato legislativo così come formulato si è prestato ad interpretazioni differenti circa la presunta correlazione tra le due tipologie contrattuali. Al primo comma è previsto che, in caso di staff leasing, *“i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro sono soggetti alla disciplina generale di cui al codice civile e alle leggi speciali”*. Il secondo comma, invece, dispone che, in caso di somministrazione a termine, *“il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo n.368/2001, per quanto compatibile”*. Una prima interpretazione fuorviante derivante dalla lettura dei due commi sopra menzionati è stata quella secondo cui, mentre per lo staff leasing l'agenzia può ricorrere alla tipologia contrattuale di lavoro subordinato che ritiene più opportuna, per la somministrazione a termine deve rifarsi ad assunzioni con contratto di lavoro anch'esso a termine. Tale considerazione creerebbe non pochi problemi per le agenzie di somministrazione nella scelta dei lavoratori da assumere e nella stipulazione del rapporto con l'utilizzatore a seconda del tipo di missione concordata, venendo meno alle

finalità primarie con le quali l'istituto è stato concepito dal legislatore. Ciò trova sostegno anche in Chieco, secondo cui tale interpretazione risulta "irragionevole in quanto restringe le libertà di azione dell'agenzia e diminuisce la facoltà di accesso dei lavoratori al contratto a tempo indeterminato"¹⁴⁴. Il fatto di dover rinunciare a inviare lavoratori con contratto di lavoro a tempo indeterminato per adempiere a rapporti di somministrazione a termine creerebbe, ribadisce lo stesso Chieco, "un vero caos organizzativo in danno alle aziende generaliste che dovrebbero dotarsi di un doppio gruppo di lavoratori"¹⁴⁵. Infatti queste per le missioni a scadenza dovrebbero somministrare lavoratori con contratto di lavoro a termine, mentre quelli con contratto a tempo indeterminato dovrebbero essere chiamati in causa solo in ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato. Tale conclusione, tuttavia, risulta lontana dall'essere presa in considerazione, anche per quello che dispone il successivo terzo comma dell'art.22 del decreto. Questo, infatti, contempla l'indennità di disponibilità per il lavoratore assunto con contratto a tempo indeterminato nei periodi di non impiego e dunque tra una missione a termine e un'altra. Ciò, insieme alle finalità con le quali la somministrazione è stata concepita, fa ben pensare come non sussistano preclusioni per l'agenzia nella scelta del contratto di lavoro subordinato connesso al tipo di rapporto di somministrazione in essere. Dunque, come sostenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non esiste una correlazione tra le due tipologie di contratti(di lavoro e somministrazione), lasciando libertà in sede di stipulazione del rapporto. Pertanto, come sostenuto tra gli altri da Aimo, all'agenzia è concesso "per adempiere al contratto di somministrazione(a termine o a

¹⁴⁴ Chieco P., "Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 10/2004, pag.37

¹⁴⁵ Chieco P., "Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 10/2004, pag.37

tempo indeterminato) di assumere lavoratori a tempo indeterminato sempre e comunque, nonché a termine qualora ricorrano i presupposti richiesti dal decreto legislativo n.368/2001”¹⁴⁶ . Ovviamente, come ben può intuirsi, possono sorgere delle difficoltà in capo all’agenzia somministratrice nel dover dare spiegazione di una assunzione a termine per dar luogo a una missione di staff leasing. In queste situazioni, come sottolinea tra gli altri Chieco, “l’apposizione del termine dovrà trovare autonomo fondamento in una specifica causa tecnico-produttiva o organizzativo-sostitutiva riferita all’esecuzione dell’attività di fornitura dell’agenzia”¹⁴⁷ . Tuttavia, nella maggioranza dei casi, viene scelto un contratto di lavoro a tempo indeterminato per dare esecuzione ad uno di staff leasing. Inoltre, come disposto dal decreto legislativo n.24/2012, anche le assunzioni a tempo parziale, il cosiddetto part-time, possono essere utilizzate dall’agenzia per adempiere al contratto di somministrazione, mentre per l’assunzione di lavoratori con contratto di apprendistato il legislatore contempla la sola possibilità della somministrazione a tempo indeterminato. Tornando al contratto di lavoro, la seconda parte dell’art.22, comma 2 del decreto in esame si sofferma sulla deroga riguardante la proroga per il contratto di lavoro a termine. In particolare viene stabilito che *“il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore”*. L’art.42 CCNL delle agenzie di somministrazione individua in sei volte nel periodo di trentasei mesi la facoltà di proroga del termine. Nulla, invece, in questo senso, come rileva tra gli altri Aimo, “viene disposto per la proroga di un contratto di lavoro a termine in esecuzione di un rapporto di staff leasing e

¹⁴⁶ Aimo M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.462

¹⁴⁷ Chieco P., “Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 10/2004, pag.39

pertanto tale ipotesi sarà rimessa alla disciplina comune”¹⁴⁸. Sempre l’art.22, comma 2 del decreto in esame afferma come non si applicano i commi 3 e 4 dell’art.5 del decreto legislativo n.368/2001 per quel che riguarda le assunzioni successive di un rapporto di lavoro in esecuzione di una somministrazione a tempo determinato. Più nel dettaglio l’art.3 prevede che, in mancanza del rispetto dei termini di stipulazione tra un contratto a termine successivo e quello precedente, vi sia la conversione in un rapporto a tempo indeterminato. L’art.4, invece, afferma che in caso di due assunzioni successive a termine senza alcuna soluzione di continuità il rapporto di lavoro si trasforma a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto. L’eccezione dell’applicazione di questi due commi, come rinviene tra gli altri Aimo, “permette alle agenzie ampia libertà nella reiterazione dei contratti a termine, purchè questa non prefiguri un abuso”¹⁴⁹. Tali disposizione, invece, restano in vigore se si tratta di dare attuazione a un contratto di somministrazione a tempo indeterminato. L’art.22, comma 4 decreto legislativo n.276/2003, invece, ha suscitato un forte dibattito circa le tutele dei lavoratori somministrati con rapporto a tempo indeterminato, ritenendole di gran lunga ad un livello più basso rispetto a quelle godute dagli altri lavoratori subordinati. Il comma 4, infatti, prevede la non applicabilità, nel caso di conclusione dei lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato, della legge n.223/1991 in tema di licenziamento collettivo. Come dispone tale comma, in questo caso si applicano l’art.3, legge n.604/1966, che ascrive il recesso alla stregua di un licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo, e le tutele del lavoratore previste all’art.12. Come rilevato dalla parte maggioritaria della dottrina, tra cui Fenoglio, questa minore

¹⁴⁸ Aimo M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.467

¹⁴⁹ Aimo M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.467

protezione “non è giustificabile anche sotto il profilo del rispetto del principio di parità di trattamento né alla luce della direttiva europea in materia di licenziamenti collettivi”¹⁵⁰. Questa disposizione, come rilevato tra gli altri sempre dalla stessa Fenoglio, sembra ascrivere la conclusione dei lavori riguardanti la somministrazione ad un’ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento¹⁵¹. Ciò, tuttavia, risulta inverosimile poiché l’art.20, comma 2 stabilisce che “*i lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa presso l’utilizzatore, salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro*”. La circolare n.7/2005 si è, in questo senso, premurata di specificare come la conclusione di una missione in un contratto di somministrazione non prefigura un caso di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento. Quest’ultimo, sempre secondo quanto disposto dalla sopra menzionata circolare, è legato “*all’impossibilità di avviare ad un’altra missione il lavoratore, tenuto conto dell’infruttuoso decorso di un congruo periodo in disponibilità*”. L’art.23 bis del contratto collettivo per i lavoratori subordinati, in questo senso, ha cercato di trovare una soluzione a questa mancanza di tutele, subordinando il licenziamento da parte dell’agenzia verso i lavoratori assunti a tempo indeterminato a un iter conciliativo. Quest’ultimo prevede, come descritto anche da Fenoglio, che “il somministratore che non può più mantenere alle proprie dipendenze il lavoratore per mancanza di occasioni di lavoro è tenuto ad informare le rappresentanze sindacali al fine di trovare un accordo volto a favorire

¹⁵⁰ Fenoglio A., “Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.495

¹⁵¹ Fenoglio A., “Lo staff-leasing: dieci anni di inapplicazione”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.495

percorsi di ricollocazione”¹⁵². Se permane tale condizione di non occupabilità e compiuto ogni sforzo al fine di cercare una soluzione lavorativa, l’agenzia somministratrice può dare esecuzione al licenziamento. Per quel che riguarda la risoluzione del contratto a tempo determinato tra agenzia e lavoratore, questa ovviamente si verifica alla conclusione del termine stabilito oppure anticipatamente solo per giusta causa, con il risarcimento del danno alla parte non inadempiente. Come stabilito da una sentenza della Cassazione, “nel caso di illegittimo recesso del datore di lavoro, il lavoratore somministrato ha diritto alla corresponsione della retribuzione a cui avrebbe avuto diritto fino alla normale scadenza”¹⁵³. Se a recedere, invece, prima della scadenza del termine è il lavoratore, l’art.31 CCNL 2008 prevede che al somministratore deve essere corrisposta *“una somma calcolata in ragione della retribuzione di una giornata lavorativa ogni 15 giorni di missione residua fino ad un massimo di 20”*.

2. Potere direttivo e potere disciplinare

La caratteristica peculiare dell’istituto della somministrazione di lavoro, così come l’ha voluta intendere il legislatore, è la triangolarità dei rapporti che vengono ad instaurarsi tra gli attori protagonisti della vicenda. Tale schema contrattuale comporta la dissociazione tra potere direttivo e disciplinare da esercitare nei confronti del lavoratore subordinato somministrato. Se l’art.22 decreto legislativo n.276/2003 disciplina il

¹⁵² Fenoglio A., “Lo staff-leasing:dieci anni di inapplicazione”,in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”,a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.496

¹⁵³ Giansanti L., “Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”,in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”,a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.545 e Cass.28/10/1981,n.5669,in Riv.it.dir.lav.,1982,II,94

rapporto di lavoro tra prestatore di lavoro e agenzia, la quale dunque resta formalmente titolare della prestazione, l'art.20, comma 2 del suddetto decreto dispone altresì che *“per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell’interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell’utilizzatore”*. È quindi, come rileva tra gli altri Giansanti, *“la stessa legge che si occupa di scindere i poteri tipici del datore di lavoro”*¹⁵⁴. In questo senso si può notare come sia stata predisposta la separazione tra potere direttivo e potere disciplinare, anche se in merito i dibattiti soprattutto in dottrina sono stati numerosi e non sempre sono confluiti nella stessa direzione, specialmente per quanto concerne il primo. Proprio il potere direttivo, appunto, è stato oggetto di controversie, scontando varie interpretazioni su chi sia il soggetto titolarmente legittimato ad applicarlo, e se vi possono essere margini di intervento residuali in favore dell’altro soggetto. Tale discorso può essere ricompreso, come più volte sottolineato nel corso di questa trattazione, e come ribadisce tra gli altri Giansanti, nel più ampio dibattito sulla sussistenza o meno di un legame tra il contratto di somministrazione e quello di lavoro¹⁵⁵. Una corrente di pensiero, che riprende gli orientamenti che si sono succeduti in giurisprudenza, è incline a considerare la piena sussistenza della correlazione tra le due tipologie contrattuali, sostenendo come il potere direttivo e di controllo devono ascrivere in capo all’utilizzatore. Come riportato anche da Nicosia, soprattutto *“l’esercizio del potere direttivo da parte dell’utilizzatore si giustifica in quanto effetto giuridico di tale collegamento”*¹⁵⁶. In questo senso, come si evince anche

¹⁵⁴ Giansanti L., *“Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”*, in *“Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”*, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.517

¹⁵⁵ Giansanti L., *“Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”*, in *“Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”*, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.518

¹⁵⁶ Nicosia G., *“La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore”*, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 33/2005, pag.4

dall'art.23, comma 6 del decreto, è l'utilizzatore a disporre del ricorso dello ius variandi, quale espressione del potere direttivo stesso. Altra parte sostiene, invece, come comunque debba spettare all'agenzia di somministrazione un margine di intervento nell'applicazione del potere direttivo, seppure ristretto, in virtù del suo ruolo di formale titolare della prestazione lavorativa. In questo senso, come evidenziato da Giansanti, "il lavoratore è tenuto agli obblighi di diligenza ai sensi dell'art.2104 c.c. sia verso il somministratore quando resta a sua disposizione sia nei confronti dell'utilizzatore, svolgendo la propria mansione con i canoni e le abilità richiestegli"¹⁵⁷. Stesso discorso vale pure per l'obbligo di fedeltà, dove nei confronti dell'utilizzatore il lavoratore sarà tenuto a non dare notizie a terzi riguardanti i meccanismi e l'apparato organizzativo nell'impresa dove svolge la propria missione, mentre nei confronti dell'agenzia sarà tenuto a non prestarsi a concorrenza con i competitors della stessa. A parere di chi scrive l'esercizio effettivo del potere direttivo dovrebbe, come oramai ampiamente riconosciuto da più parti, spettare in via primaria all'utilizzatore, poiché è nel suo apparato produttivo e all'interno della sua struttura imprenditoriale che il lavoratore è incardinato, attenendosi alle direttive dell'imprenditore nell'espletamento della mansione lavorativa a cui è stato somministrato. Nessun dubbio, invece, sorge a riguardo del potere disciplinare. L'art.23, comma 7 del decreto dispone che questo sia appannaggio del somministratore, il quale lo eserciterà avviando la relativa procedura, dopo che l'utilizzatore gli avrà comunicato gli elementi inerenti l'eventuale contestazione. Come rileva Nicosia, "l'utilizzatore svolge solo un ruolo di mero informatore, visto che il potere di valutare il comportamento passibile di addebito disciplinare resta a carico del datore

¹⁵⁷ Giansanti L., "Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.518

di lavoro formale, che lo esercita nel proprio interesse e dunque rientra nella sua discrezionalità decidere se irrogare o meno la sanzione”¹⁵⁸. Interrogativi sorgono, invece, su quale codice disciplinare fare riferimento, quello dell’utilizzatore o quello delle agenzie di somministrazione. Buona parte della dottrina, tra cui Giansanti, è più incline alla prima ipotesi, in virtù del fatto che “si eviterebbe un’eventuale lesione del principio di parità di trattamento, che attualmente va esteso ai trattamenti economici, normativi ed occupazionali”¹⁵⁹. Tale è da ritenersi la via più plausibile anche considerato il fatto che il prestatore di lavoro, nello svolgimento della missione, è collocato all’interno del sistema produttivo dell’imprenditore, soggiace alle sue direttive ed è tenuto all’adempimento della prestazione secondo i canoni che gli vengono richiesti dall’utilizzatore stesso. Dunque il codice disciplinare in caso di una sua eventuale infrazione non potrà essere che quello applicato nella struttura produttiva nella quale ha prestato il proprio servizio.

3. Il rapporto di lavoro

Come ormai unanimemente riconosciuto da dottrina e giurisprudenza, il rapporto di lavoro tra agenzia e lavoratore soggiace alla disciplina e alle regole del normale rapporto di lavoro subordinato, come prescritto dal decreto legislativo n. 276/2003. Come visto in precedenza, se si è dinanzi ad una situazione di staff leasing, il rapporto di lavoro sarà soggetto, come disposto dall’art.22, comma 1, “*alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*”; se si rientra nei casi di

¹⁵⁸ Nicosia G., “La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 33/2005, pag.7

¹⁵⁹ Aimò M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.519

somministrazione a termine, il rapporto di lavoro, come indicato dall'art.22, comma 2, seguirà i canoni dettati dal decreto legislativo n.368/2001 purchè compatibili e con le eccezioni analizzate precedentemente. Così come per il lavoratore subordinato, anche quello somministrato, come rilevato anche da Giansanti, dovrà prestare fede ai doveri di diligenza previsti dall'art.2104 c.c. piuttosto che agli obblighi di non concorrenza e segreto aziendale imposti dall'art.2105 c.c. nei confronti di agenzia ed utilizzatore¹⁶⁰. Per quanto concerne la forma del contratto di lavoro, questo deve essere posto in essere per iscritto nei casi di somministrazione a tempo determinato, seguendo quanto stabilito dal decreto legislativo n.368/2001, anche alla luce della recente disciplina di cui alla legge n.92/2012 sulla acausalità. Per quello che riguarda l'ipotesi di staff leasing qui, come rilevato dalla maggior parte dei commentatori, cada per il contratto di lavoro la necessità di stipularlo per iscritto. Ciò, come sottolinea tra gli altri Giansanti, "in virtù del generale principio di libertà di forma del contratto di lavoro, fermo restando che il somministratore deve consegnare al lavoratore un documento scritto contenente le informazioni attinenti al contratto"¹⁶¹. Al lavoratore, tuttavia, spettano anche tutele e garanzie in un'ottica di protezione della sua posizione all'interno della triangolazione di rapporti innescati dalla somministrazione di lavoro. E' principalmente l'art.23 decreto legislativo n.276/2003 ad occuparsene, seppure con delle modifiche ed integrazioni che il legislatore ha apportato nel corso del tempo.

¹⁶⁰ Giansanti L., "Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.504

¹⁶¹ Giansanti L., "Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato", in "Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori", a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.505

3.1 Parità di trattamento

L'art.23, comma 1 del decreto legislativo n.276/2003 stabilisce il principio della parità di trattamento tra i lavoratori somministrati presso l'utilizzatore e quelli dipendenti di quest'ultimo. Come recita l'articolo poc'anzi menzionato, *“i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte”*. Tale disposizione, tuttavia, è stata leggermente modificata dal legislatore con il decreto legislativo n.24/2012, a seguito del recepimento della direttiva UE n.2008/104/CE, con il quale il trattamento economico e normativo viene sostituito da *“condizioni di base di lavoro e d'occupazione”*, restando invariato il resto dell'articolo. La direttiva n.2008/104/CE, all'art.5, comma 1, si premura di specificare il principio della parità di trattamento, in base al quale *“per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e di occupazione dei lavoratori tramite agenzia sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro”*. Sempre tale direttiva, all'art.3, lettera f), specifica il significato di condizioni base di lavoro e d'occupazione, intendendosi per queste *“condizioni di lavoro e d'occupazione previste da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi e/o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore nell'impresa utilizzatrice relative la retribuzione, l'orario di lavoro, le ferie ecc.”*. Come si premura di sottolineare l'art.3, comma 2 di tale direttiva, questa *“lascia impregiudicate le definizioni di retribuzione, contratto di lavoro e lavoratore contenute nelle legislazioni nazionali”*, lasciando così

discrezionalità agli Stati membri. Il legislatore italiano, nel recepire la suddetta direttiva ha, come rilevato tra gli altri Giansanti, “ampliato la nozione delle condizioni di base, facendo riferimento in queste al trattamento economico, normativo e occupazionale previsto sia da disposizioni normative che da contratti collettivi”¹⁶². Il principio di parità di trattamento, come aveva già chiarito la circolare n.7/2005, “*deve essere operato tenendo conto delle mansioni cui è adibito il lavoratore in somministrazione, nonché della specifica professionalità dallo stesso esplicitata*” . Più complicato risulta, invece, trovare un meccanismo in grado di poter effettuare tale comparazione prevista dalla normativa. Un metodo utilizzato è quello di procedere con un raffronto istituto per istituto¹⁶³, mentre altri commentatori, tra cui Nicosia, propendono per intendere l’espressione “complessivamente” dell’art.23, comma 1 come “chiara presa di posizione del legislatore a favore del sistema del conglobamento, consentendo di mantenere alcune diversità, se opportunamente controbilanciate”¹⁶⁴.

3.2 *Trattamento economico – retributivo*

Come visto in precedenza, spetta all’agenzia somministratrice il dovere di retribuire i lavoratori, in base alla prestazione di lavoro svolta in linea con i riferimenti dei dipendenti dell’impresa utilizzatrice per le mansioni di pari livello. L’art.26 del CCNL 2008 dispone che “*al lavoratore somministrato è corrisposto un trattamento non inferiore a quello cui hanno diritto i*

¹⁶² Giansanti L., “Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.508

¹⁶³ Bonardi O., “La nuova disciplina della somministrazione di lavoro”, in G.Ghezzi, “Il lavoro tra progresso e mercificazione”, Ediesse, Roma, 2004, cit. 140

¹⁶⁴ Nicosia G., “La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore”, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 33/2005, pag.13

dipendenti dell'impresa utilizzatrice inquadrati al corrispondente livello, secondo la contrattazione collettiva applicata alla stessa". L'eccezione al principio della parità visto poc'anzi può essere messa in atto dall'autonomia collettiva, come si rinviene nell'art.23, comma 4 del decreto in esame. Questo dispone che *“i contratti collettivi applicati dall'utilizzatore stabiliscono modalità e criteri per la determinazione e la corresponsione della retribuzione variabile correlata ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa”*. Vi è dunque una deroga consentita dal legislatore, che consente alla contrattazione collettiva un ampio margine di manovra in questo senso. Secondo alcuni commentatori, tra cui Nicosia, tale scelta si ravvisa *“nella scarsa partecipazione dei lavoratori alla realizzazione degli obiettivi ai quali è correlata tale attribuzione economica”*¹⁶⁵.

3.3 Indennità di disponibilità

L'art.22, comma 3 decreto legislativo n.276/2003 dispone che *“nel caso in cui il prestatore di lavoro sia assunto con contratto stipulato a tempo indeterminato, nel medesimo è stabilita la misura dell'indennità mensile di disponibilità, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali resta in attesa di assegnazione”*. Tale indennità, come si premura di specificare questo comma, *“viene individuata dal contratto collettivo applicato dal somministratore, può venire ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorative a tempo parziale anche presso il somministratore e comunque non deve essere inferiore a quanto disposto con decreto dal*

¹⁶⁵ Nicosia G., “La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore”, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 33/2005, pag.14

Ministero di lavoro". La somma si attesta a 750 euro come previsto dal CCNL del 10.09.2013. Nei periodi in cui il lavoratore resta a disposizione non lavorando, comunque, precisa il CCNL del 24.07.2008 all'art.27, questo *"non può prestare alcuna attività per altre agenzie ed è tenuto al rispetto degli obblighi di fedeltà e non concorrenza"*. Come si può ben notare, restano in capo in tale situazione al prestatore di lavoro specifici doveri comportamentali cui adempiere ed attenersi.

3.4 Responsabilità solidale

Un altro aspetto volto ad una maggiore tutela per il prestatore di lavoro è quello disciplinato all'art.23, comma 3 del decreto in esame, che prevede l'obbligazione in solido tra utilizzatore e somministratore per quel che riguarda l'elargizione al lavoratore dei trattamenti retributivi e dei contributi previdenziali. Come evidenziato da molti commentatori, *"la responsabilità descritta è illimitata sia sotto il profilo temporale che sotto quello quantitativo, potendo il lavoratore rivalersi fino alla soddisfazione dell'intero credito sia nei confronti dell'una che dell'altra parte"*¹⁶⁶. Qualche dubbio era sorto in dottrina sull'ordine di rivalsa che avrebbe dovuto rispettare il prestatore di lavoro, ma ormai unanimemente è stato assodato come non vi siano vincoli in questo senso. Dunque il lavoratore per riscuotere il proprio credito può rivolgersi indistintamente a utilizzatore o agenzia di somministrazione.

¹⁶⁶ Nicosia G., "La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore", WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona 33/2005, pag.18

3.5 *Ius variandi*

L'art.23, comma 6 del decreto in esame impone all'utilizzatore *“nel caso in cui adibisca il lavoratore a mansioni superiori o comunque non equivalenti a quelle dedotte in contratto, di darne adeguata comunicazione scritta al somministratore consegnandone copia al lavoratore medesimo”*. In caso di inosservanza dell'obbligo previsto, continua la disposizione, *“l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori”*. Tale norma ha creato in dottrina un ampio dibattito circa la volontà del legislatore per quanto concerne lo *ius variandi*. Una parte dei commentatori, infatti, ha interpretato tale dispositivo come una *“deroga al divieto di adibizione a mansioni inferiori stabilito dall'art.2103 c.c., consentendo all'utilizzatore una modifica in pejus delle mansioni del lavoratore, a condizione che ciò sia comunicato all'agenzia”*¹⁶⁷. Tuttavia la parte maggioritaria della dottrina, con la quale si è in accordo, rifiuta tale impostazione, ritenendo valido il divieto di cui all'art.2103 c.c. e ritenendo che ciò *“debba interpretarsi come un fatto meramente regolativo dei rapporti interni tra i due soggetti”*¹⁶⁸. A parere di chi scrive pare assolutamente condivisibile quanto sostenuto, tra gli altri, da Giansanti, secondo cui il legislatore, se il suo intento fosse stato quello di concedere una deroga, sarebbe stato molto più esplicito nella sua formulazione, rimanendo accettabile lo *ius variandi* quindi solo nel caso di mansioni equivalenti o superiori¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Giansanti L., *“Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”*, in *“Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”*, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.520

¹⁶⁸ Giansanti L., *“Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”*, in *“Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”*, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.521

¹⁶⁹ Giansanti L., *“Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”*, in *“Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”*, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.521

3.6 Clausole limitative dell'assunzione

L'art.23, comma 8 decreto legislativo n.276/2003 dispone che *“è nulla ogni clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione”*. Lo spirito di questa disposizione, riprende Giansanti, è quello di *“contribuire alla creazione di posti di lavoro, alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato”*¹⁷⁰. E' questo il compito che il legislatore ha pensato quando ha istituito tale istituto, valorizzando le esigenze di flessibilità. Tale disposizione è stata recentemente oggetto di modifica con il decreto legislativo n.24/2012, il quale ha tolto il menzionamento, all'inizio del comma, alla sola somministrazione di lavoro a tempo determinato. Così facendo, infatti, il legislatore ha voluto estendere la nullità di tali clausole anche all'ipotesi di staff leasing, allargando di fatto il loro divieto ad entrambe le tipologie della somministrazione. E' stato, inoltre, istituito un ulteriore comma 9 bis, sempre in attuazione del decreto legislativo n.24/2012, con il quale si prevede per le parti della somministrazione di *“pattuire la corresponsione di un compenso ragionevole per i servizi resi qualora l'impresa utilizzatrice decida di assumere il lavoratore inviato in missione”*. La finalità di tale aggiunta al corpo normativo dell'articolo può essere ascritta al fatto di *“consentire percorsi di fidelizzazione nei confronti delle agenzie di somministrazione, con particolare riferimento ai lavoratori dotati di elevata professionalità”*¹⁷¹.

¹⁷⁰ Giansanti L., *“Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”*, in *“Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”*, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.524

¹⁷¹ Giansanti L., *“Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”*, in *“Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”*, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.526

3.7 Rischi e salute

Nella lettura del decreto legislativo n.276/2003 trovano ampio richiamo le disposizioni riguardanti i potenziali rischi che può correre il lavoratore nell'esecuzione della sua mansione presso l'utilizzatore e che possono mettere a repentaglio la sua salute. Come analizzato in precedenza, queste trovano spazio nei requisiti fondamentali della forma del contratto di somministrazione, nelle condizioni di liceità del rapporto nonché nella disciplina del rapporto di lavoro all'art.22, comma 5. Il legislatore ha avuto, quindi, premura di assicurarsi una piena tutela della salute del lavoratore somministrato, tutela che si evince anche dalla lettura dell'art.23, comma 5 del suddetto decreto. Questo, infatti, per quanto concerne i rischi, la sicurezza e la salute del prestatore di lavoro, dispone una serie di adempimenti in questo senso in capo sia all'agenzia somministratrice che all'utilizzatore. In capo alla prima, come prefigura l'articolo, sorge l'obbligo di *“informare i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale, provvedendone alla formazione e all'addestramento sulle attrezzature utilizzate nel corso della loro attività”*. L'agenzia, dunque, deve fornire al prestatore di lavoro specifici ragguagli informativi che possono riguardare tutto ciò che può mettere a repentaglio la sua incolumità nel corso dello svolgimento della missione. Suddetto compito, come prefigura sempre tale disposizione, può essere eseguito anche dall'utilizzatore, se previsto nel contratto di somministrazione. In tale evenienza ciò deve essere riportato anche nel contratto di lavoro. In capo all'utilizzatore, invece, va computato l'onere informativo, continua il comma 5, di far presente al lavoratore somministrato che *“le mansioni cui è adibito richiedono una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici”*. Un ulteriore obbligo da

ascrivere all'utilizzatore, dispone sempre il quinto comma, è quello di *“osservare nei confronti del prestatore tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti ed è responsabile per la violazione degli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi”*. Il messaggio chiaro che emerge è quello che l'utilizzatore, pur non essendo titolare della prestazione lavorativa, si deve fare carico di tutta una serie di oneri sulla sicurezza e salute del lavoratore ritenuti essenziali dal legislatore ai fini della stessa legittimità del contratto di somministrazione. In questo senso la giurisprudenza *“non ritiene sufficiente la mera dichiarazione contenuta nel contratto di somministrazione dell'effettuazione della valutazione dei rischi da parte dell'utilizzatore svolta senza ulteriore prova in merito all'adempimento dell'obbligo”*¹⁷². Ovviamente nemmeno il somministratore viene, in questo senso, esentato da responsabilità poiché in base all'interpello n.26/2007 di Confitem questo, ai fini di essere scagionato da qualsiasi accusa, deve prendere atto della valutazione dei rischi predisposta dall'utilizzatore.

3.8 Diritti sindacali e garanzie collettive

L'art.24 decreto legislativo n.276/2003 disciplina l'ambito di applicazione dei diritti sindacali e delle garanzie collettive valevoli per il lavoratore somministrato. Va subito detto come il quarto comma dispone che *“l'utilizzatore deve comunicare alle associazioni sindacali il numero e i motivi del ricorso alla somministrazione prima della stipulazione del contratto nonché ogni dodici mesi deve dare indicazioni sul numero, motivi, durata dei contratti di somministrazione conclusi”*. Per quel che concernono i diritti dei lavoratori, come rilevato tra gli altri da Giansanti, il

¹⁷² Trib.Parma,28.01.2008,in Arg.dir.lav.2009,505

legislatore si premura di “riconoscere ai lavoratori somministrati la piena tutela delle garanzie sindacali, senza differenziazioni di sorta con gli altri dipendenti dell’utilizzatore”¹⁷³. Come dispone l’art.24, comma 2, *“il lavoratore ha diritto a esercitare presso l’utilizzatore, per tutta la durata della somministrazione, i diritti di libertà e attività sindacale e a partecipare alle assemblee del personale dipendente”*. Un’ulteriore dimostrazione di non discriminazione, in questo senso, verso i lavoratori somministrati è quella di poter dar luogo al diritto di riunione, purchè questo avvenga con le modalità dettate dalla contrattazione collettiva, così come previsto dall’art.24, comma3 .

3.9 Norme previdenziali

L’art.25 decreto legislativo n.276/2003 conferma quanto disposto dalla disciplina precedente del lavoro interinale per quanto concerne gli obblighi previdenziali. Come previsto al primo comma, *“gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi ed assistenziali sono a carico del somministratore, che è inquadrato nel settore del terziario”*. In questo senso, come rilevato dalla giurisprudenza, *“le agenzie effettuano i versamenti contributivi relativi ai lavoratori somministrati sulla base delle aliquote del loro settore terziario di appartenenza, indipendentemente dall’inquadramento previdenziale dei soggetti utilizzatori”*¹⁷⁴. Inoltre, come si apprende al comma 3, *“gli obblighi inerenti infortuni e malattie professionali sono calcolati tenendo in considerazione il tipo e il rischio delle lavorazioni svolte”*.

¹⁷³ Giansanti L., “Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”, in “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.540

¹⁷⁴ Trib.Roma,09/04/2008,in Riv.giur.lav.,2010,II,577

4. La somministrazione irregolare

L'art.27 del decreto legislativo n.276/2003 disciplina le ipotesi che il legislatore ha voluto far ricadere nell'ambito della cosiddetta somministrazione irregolare e che afferiscono all'impianto sanzionatorio civilistico dell'istituto della somministrazione. In quest'ultimo, come trattato in precedenza, si deve annoverare anche quanto disposto dall'art.21, comma 4 di tale decreto, il quale prevede che *“in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore”*. L'art.27, comma 1 ricama, invece, il contorno della somministrazione irregolare, la quale si prefigura *“al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt.20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d), e)”*. In tali ipotesi, prosegue la disposizione, *“il lavoratore può chiedere, tramite ricorso giudiziale a norma dell'art.414 c.p.c., notificato anche solo al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione”*. Vi è da segnalare innanzitutto come sia sorto un dibattito in dottrina se eventuali vizi del contratto di lavoro correlato a quello di somministrazione prefigurassero anch'essi casi di somministrazione irregolare, ma la parte maggioritaria dei commentatori è incline a escludere tale previsione. Dunque le violazioni fatte cadere dal legislatore all'interno dell'art.27 riguardano le condizioni di liceità disciplinate dall'art.20 del decreto e buona parte dei requisiti richiesti per la forma del contratto di somministrazione di cui all'art.21, visti in precedenza. Vengono, in questo senso, prefigurati come ipotesi di somministrazione irregolare, tra gli altri, i contratti recanti una specificazione generica delle ragioni che l'utilizzatore adduce per avvalersi della fattispecie in esame. Oppure, sempre in tale

ambito, tra i più significativi, rientrano i casi dell'art.21, comma 1, lettera d) del decreto sulla mancata indicazione dei rischi e di tutto ciò che è connesso con la salute del lavoratore. Tale esigenza, come si è visto, è stata ben presa in considerazione dal legislatore in tutto il corpus del decreto in esame. Per quel che concerne la formulazione finale del primo comma dell'art.27, sono sorti dei dubbi su quale veste debba assumere il nuovo rapporto di lavoro subordinato tra utilizzatore e prestatore di lavoro, una volta acclarata la somministrazione irregolare. L'interrogativo, infatti, nato in dottrina in questo senso è se tale rapporto si deve ritenere a termine ovvero a tempo indeterminato. L'orientamento nettamente prevalente tra i commentatori, e che ci si sente di condividere, è quello di ritenere il prefigurarsi di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Come sostiene, tra gli altri, Giansanti, “già la giurisprudenza per vizi meno gravi della forma scritta, come ad esempio la genericità delle ragioni, ha riconosciuto l'instaurarsi di un rapporto lavorativo a tempo indeterminato, per cui ancora di più tale situazione varrà per le violazioni sostanziali previste dalla legge”¹⁷⁵. Ciò è stato avvalorato anche da varie sentenze della Cassazione, secondo la quale se il legislatore “avesse voluto riferirsi alla costituzione di un rapporto diverso da quello a tempo indeterminato, lo avrebbe chiaramente affermato”¹⁷⁶. Il secondo comma, poi, dell'art.27 decreto legislativo n.276/2003 specifica come l'utilizzatore prenda il posto del somministratore “*per tutti gli atti da esso compiuti per la costituzione o la gestione del rapporto*” durante l'intero arco temporale nel quale ha prodotto i suoi effetti la somministrazione.

¹⁷⁵ Giansanti L., “Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”, in “Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.577

¹⁷⁶ Giansanti L., “Il rapporto di lavoro del lavoratore somministrato”, in “Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”, a cura di M.P.Aimo, 2014, pag.578

5. Sanzioni penali, amministrative e somministrazione fraudolenta

Il decreto legislativo n.276/2003 prevede all'art.18, nel disciplinare il regime sanzionatorio, sanzioni penali e amministrative sia per somministratore che per utilizzatore derivanti dall'esercizio abusivo della fattispecie. Entrambi sono accomunati da identico regime sanzionatorio, vale a dire 50 euro di ammenda per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro. Per il somministratore ciò si verifica, come disposto dall'art.18, comma 1, *“per l'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'art.4, comma 1”*; per l'utilizzatore, invece, come stabilito dall'art.18, comma 2, *“per aver ricorso alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti diversi di quelli di cui all'art.4, comma 1, lettera a) e b)”*. Nell'ipotesi di sfruttamento di minori, viene disposto l'arresto fino a 18 mesi e l'aumento fino a sei volte dell'ammenda sopra indicata. L'art.18, comma 3 del decreto in esame, prevede, oltre alle sanzioni civilistiche nell'ipotesi di somministrazione irregolare, *“ la sanzione amministrativa pecuniaria pecuniaria da 250 a 1250 euro per le violazioni di quanto disposto dall'art.20, commi 1, 3, 4, 5 e art.21, commi 1 e 2, nonché per il somministratore dell'obbligo dell'informativa al lavoratore di cui all'art.21, comma 3”*. All'art.18, comma 4 viene configurata "la pena o dell'arresto non oltre un anno o dell'ammenda da 2500 fino a 6000 euro per coloro che si sono visti corrispondere dal prestatore di lavoro somme al fine di *“avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione”*. Tenute ferme le sanzioni sopra descritte dall'art.18, il decreto legislativo n.276/2003 all'art.28 prefigura anche la tipologia di una somministrazione fraudolenta, vale a dire *“quando è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore”*. In siffatta situazione sia somministratore che utilizzatore

vengono condannati al pagamento, prosegue la disposizione, *“di un’ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione”*.

CAPITOLO III: LE RECENTI MODIFICHE DELLA DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. Il decreto legislativo n.24/2012 – 2. Il decreto legge “Crescita 2.0” – 3. La riforma Fornero e il decreto legge n.76/2013 – 4. Il Jobs Act

1. Il decreto legislativo n.24/2012

Dall’entrata in vigore del decreto legislativo n.276/2003, la disciplina della somministrazione di lavoro, in questo contenuta, ha subito nel corso degli anni aggiustamenti ed accorgimenti che hanno interessato complessivamente l’intero impianto normativo, frutto delle spinte provenienti dalle parti coinvolte nell’istituto. I capisaldi visti fin qui restano tali, con qualche modifica puntualmente richiamata nel corso della trattazione. L’intervento legislativo di una certa consistenza, divenuto proficuo soprattutto nel corso degli ultimi due anni, ha maggiormente interessato la somministrazione a tempo determinato, con provvedimenti volti ad individuare deroghe alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che la pongono a fondamento. In questo senso l’apice è stato raggiunto con il recentissimo decreto legge n.34/2014, il cosiddetto Jobs Act, varato dal governo Renzi, che ha, come si vedrà, abolito la cosiddetta causale dell’art.20, comma 4 del decreto legislativo n.276/2003, prefigurando di fatto un rapporto di somministrazione acausale. La strada che ha portato a tale “rivoluzione” rispetto il disegno originario del 2003 aveva trovato uno stimolo importante già con il decreto legislativo n.24/2012, che prevedeva una serie di ipotesi di stipulazione del contratto di somministrazione a termine senza dover ricorrere alla causale dell’art.20, comma 4 del decreto legislativo n.276/2003. L’art.4 del decreto legislativo n.24/2012 istituisce in questo senso un comma 5ter all’art.20

decreto legislativo n.276/2003, dove trovano appunto spazio nuove ipotesi di acausalità. Queste riguardano, così come disposto:

- *“soggetti disoccupati percettori dell’indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti normali o ridotti da almeno sei mesi”*(lettera a);
- *“soggetti percettori di ammortizzatori sociali da almeno sei mesi”* (lettera b);
- *“lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi del regolamento CE n.800/2008”* (lettera c).

Per quanto concerne quest’ultima ipotesi, i numeri 18 e 19 dell’art.2 di suddetto regolamento CE definiscono cosa s’intende per lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati. In riferimento ai primi, questi sono da considerarsi, come disciplinato al numero 18:

- *“chi non ha un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi”*;
- *“chi non possiede un diploma di scuola media superiore o professionale”*;
- *“i lavoratori che hanno superato i 50 anni d’età”*;
- *“gli adulti che vivono soli con una o più persone a carico”*;
- *“i lavoratori occupati in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato”*;
- *“i membri di una minoranza nazionale all’interno di uno Stato membro che hanno necessità di consolidare le proprie esperienze in termini di conoscenze linguistiche, di formazione professionale o di lavoro, per migliorare le prospettive di accesso ad un’occupazione stabile”*.

Per quel che afferisce, invece, i lavoratori molto svantaggiati, il numero 19 del regolamento li inquadra come *“lavoratori senza lavoro da almeno 24 mesi”*. Inoltre, come stabilito dal nuovo comma 5-quater dell’art.20 decreto

legislativo n.276/2003 istituito sempre dal decreto legislativo n.24/2012, vi possono essere ulteriori ipotesi di acausalità individuate dalla contrattazione collettiva nazionale. In questo senso, come ribadito tra gli altri da Aimò, “la contrattazione collettiva potrebbe stabilire nell’ambito della libertà sindacale costituzionalmente riconosciuta soglie massime anche in relazione a queste nuove ipotesi, garantendo un monitoraggio numerico e un controllo sull’impiego di tutti i lavoratori somministrati”¹⁷⁷.

2. Il decreto legge “Crescita 2.0”

La legge n.221/2012, meglio conosciuta come d.l. “Crescita 2.0”, individua anch’essa dei casi di stipulazione di contratto di somministrazione a termine senza il ricorso delle ragioni giustificative dell’art.20, comma 4 del decreto legislativo n.276/2003. L’art.28, in questo senso, afferma come le cosiddette start-up innovative possano affidarsi alla tipologia della somministrazione a tempo determinato anche senza il ricorso della causale prevista per la sua istituzione. Tale agevolazione riguarda il caso in cui l’utilizzatore sia prefigurato come start-up innovativa, la cui definizione è rimandata all’art.25, l.n. 221/2012. Questa *“è una società di capitali non quotata con sede in Italia, che svolge attività d’impresa da non più di 48 mesi, il cui valore della produzione annua non deve superare i 5 milioni di euro e il cui oggetto sociale deve riguardare la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto contenuto tecnologico”*. In mancanza del rispetto dei requisiti specificati dall’art.25 nella qualificazione di start-up innovativa, l’art.28, comma 9 del suddetto decreto contempla la conversione del contratto a termine stipulato in uno a tempo indeterminato.

¹⁷⁷ Aimò M P., “Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”, 2014, pag.448

3. La riforma Fornero e il decreto legge n.76/2013

La legge n.92/2012, la cosiddetta riforma Fornero, contempla anch'essa delle fattispecie per le quali viene fatto meno l'obbligo delle indicazioni delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive di cui all'art.20, comma 4 del decreto legislativo n.276/2003. In particolare l'art.1, comma 9 dispone che nell'ipotesi della prima missione di un lavoratore nell'ambito di un rapporto somministrato a termine, *“di durata non superiore a dodici mesi, per lo svolgimento di qualunque mansione”*, viene ammessa la stipulazione acausale del contratto. Come rilevato, tra gli altri da Aimo, tale disposizione *“è applicabile quando tra lavoratore somministrato e utilizzatore non sia intercorso alcun precedente rapporto”*¹⁷⁸. Ovviamente pratiche di raggiro in questo senso sono all'ordine delle cronache, con la reiterazione della rotazione di prestatori di lavoro alla prima missione presso il medesimo utilizzatore, ma l'attenzione degli organi competenti alla vigilanza di ciò per tutelare la posizione del lavoratore si sta rivelando massima per evitare tali situazioni di abuso. Altri casi, afferma la legge, di pattuizione di un contratto di somministrazione a termine acausale possono essere individuati dalla contrattazione collettiva nazionale. In quest'ultima ipotesi, come contemplato dal d.l. n.76/2013, e rilevato dalla maggioranza dei commentatori, *“viene eliminato il caso che rimandava alla contrattazione collettiva nazionale la possibilità di prevedere ulteriori ipotesi ma solo nella percentuale del 6%, lasciando ora spazio anche alla contrattazione aziendale di porre in essere altre situazioni all'interno del contratto acausale al di là del primo rapporto a tempo determinato”*¹⁷⁹. Tra le ulteriori novità previste dal d.l. n.76/2013 vi è anche

¹⁷⁸ Aimo M P., *“Processi di esternalizzazione dell'impresa e tutela dei lavoratori”*, 2014, pag.452

¹⁷⁹ Massi E., in www.dplmodena.it, in *“Legge 9 agosto 2013, n.99 le novità in materia di lavoro”*, pag.7

quella dell'abrogazione della norma che impediva di prorogare il contratto a termine stipulato in assenza delle ragioni giustificatrici. Ora questo può venire tranquillamente prorogato come qualsiasi altro rapporto a tempo determinato ma, come sollevato dalla maggior parte della dottrina, “nel limite del tetto massimo di dodici mesi”¹⁸⁰.

4. Il Jobs Act

Il decreto legge n.34/2014, più comunemente noto come Jobs Act, ha assunto una valenza rivoluzionaria per quel che concerne l'istituto della somministrazione, per quel che inerisce la tipologia a tempo determinato. Con la sua entrata in vigore il 21 marzo 2014, infatti, questo ha abrogato le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo previste dall'art.20, comma 4 del decreto legislativo n.276/2003, con la conseguenza che ora la fattispecie della somministrazione a termine non richiede più le cause giustificatrici per poterla porre in essere. Nell'investire l'acausalità alla fattispecie della somministrazione di lavoro, l'art.1 del d.l. n.34/2014 dispone, inoltre, come rilevato anche dai primi commentatori, che “il contratto a tempo determinato può essere stipulato per iscritto per un massimo di 36 mesi (prima erano dodici), comprensivi di eventuali proroghe fino a un massimo di sei per la somministrazione, per qualsiasi tipo di mansione”¹⁸¹. Tuttavia viene istituita la soglia del 20% dell'organico complessivo dell'utilizzatore nell'individuazione del numero massimo di rapporti di lavoro che possono venire posti in essere con tali modiche sopra descritte. In questo senso, come sottolineato da alcuni commentatori, “la generalizzazione dell'acausalità è riferita sia al contratto

¹⁸⁰ Massi E., in www.dplmodena.it, in “Legge 9 agosto 2013, n.99 le novità in materia di lavoro”, pag.8

¹⁸¹ Massi E., in www.dplmodena.it, in “Jobs Act: le novità del Decreto Legge n.34/2014”, pag.1

a termine che a quello di somministrazione a tempo determinato, ma il limite del 20% è ascrivibile solo alla prima fattispecie visto che è rimasta invariata per la seconda l'individuazione dei limiti quantitativi rimessa ai CCNL¹⁸². Sono queste, dunque, le novità maggiori che hanno riguardato la modifica dei contratti a termine che di riflesso hanno investito anche l'istituto della somministrazione di lavoro. Per quel che riguarda, in particolare, quest'ultima, l'estensione dell'acausalità alla fattispecie a termine, con l'abrogazione delle ragioni giustificatrici, va nella direzione di un sempre più marcato ricorso alla flessibilità, con tuttavia il pericolo di abusi verso il lavoratore somministrato. In questo senso il regime delle tutele, già per altro come visto nel corso della trattazione essere molto esteso, deve venire ulteriormente rafforzato, come del resto potenziati dovrebbero essere i mezzi di controllo in capo all'autorità giudiziaria. Il pericolo di sfruttamento o di pratiche illecite nei confronti del prestatore di lavoro oggetto della fattispecie della somministrazione deve venire combattuto con qualsiasi strumento utile a porre dei freni a tali comportamenti, anche in virtù delle recenti modifiche legislative. Ovviamente con tale importante novità, il ricorso all'istituto della somministrazione a termine devia dall'impianto originale concepito dal legislatore del 2003 che prevedeva ragioni giustificatrici quantomeno per potervi accedere. In un contesto di continua evoluzione del mercato del lavoro italiano, per rispondere ad input di rinnovamento e modernizzazione del sistema che da più parti vengono invocati, tali nuovi elementi comunque devono essere valutati in un'ottica di miglioramento dell'istituto, nel rispetto sempre di garantire il sistema di tutele fatto di pesi e contrappesi per tutti gli attori protagonisti della fattispecie.

¹⁸² Massi E., in www.dplmodena.it, in "Jobs Act:le novità del Decreto Legge n.34/2014", pag.3

CAPITOLO IV: LA SOMMINISTRAZIONE IN EUROPA

SOMMARIO: 1. La direttiva n.2008/104/CE – 2. I principali indici di comparazione

1. La direttiva n.2008/104/CE

Il processo che ha visto affermarsi il lavoro tramite agenzia in generale e la fattispecie della somministrazione di lavoro più in particolare a livello comunitario ha seguito un iter diverso e autonomo per ogni singolo paese europeo, dettato anche dalle vicissitudini storiche e politiche di ciascuno stato nonché dalle questioni inerenti il mercato del lavoro interno di ogni paese membro. Tale percorso di penetrazione e consolidamento dell'istituto qui preso in esame non si è dunque sviluppato lungo una direttrice comune per tutti i paesi dell'UE, al contrario è stato scandito da tempi diversi in relazione al contesto interno di ciascuno stato. Trovare una disciplina e una regolamentazione uniforme in materia di lavoro tramite agenzia a livello europeo è stato il risultato di un percorso non lineare, irto di difficoltà e contrasti a vari livelli e che ha visto un punto d'incontro valido e riconosciuto solamente con la direttiva n.2008/104/CE, che regola tale ambito in sede comunitaria. Procedendo a ritroso, e come sottolineato da molti commentatori tra cui Spattini e Tiraboschi al cui lavoro si farà principalmente riferimento, “un certo numero di paesi ha regolato il lavoro tramite agenzia tra gli anni '60 e '70 del Novecento, tra cui Francia (1972), Germania (1972) e Regno Unito (1973), altri lo hanno riconosciuto tra la fine degli anni '80 e la fine degli anni '90, come Portogallo (1989), Spagna (1994) e Italia (1997), mentre altri ancora solo con l'avvento del nuovo millennio, Romania (2003) e Repubblica Ceca (2004) tra i principali”¹⁸³. Vi

¹⁸³ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pagg. 6-7

è, ovviamente, da ribadire come nel corso dell'ultimo decennio all'interno di ogni singolo paese membro la disciplina è stata più volte rivisitata e ampliata, sulla base di un'ottica di modernizzazione condivisa del mercato del lavoro e degli input derivanti dalle istituzioni europee al fine di porre in essere una regolamentazione uniforme della fattispecie. In questo senso parametri come regime autorizzatorio, divieti di utilizzo, esclusività dell'oggetto sociale, come evidenziato da Spattini e Tiraboschi, "conferiscono un diverso grado di vincolatività all'istituto, dove l'assenza o la limitata presenza di questi indici caratterizza gli ordinamenti più liberisti, al contrario un'importante presenza di questi classifica come restrittive le legislazioni di paesi come Francia, Germania, Italia e Spagna"¹⁸⁴. Per arrivare "all'obiettivo di un quadro comparato, individuando una definizione comune della fattispecie e delimitandone il campo d'indagine"¹⁸⁵ si è dovuto aspettare la direttiva n.2008/104/CE, punto di convergenza di un percorso alquanto complicato che ha conciliato punti di vista anche molto discostanti tra i vari paesi dell'UE. La direttiva fu il frutto di trattative serrate, soprattutto per l'ostilità assunta dal governo britannico, ma alla fine un punto d'accordo risolutore fu trovato per quel che concerne il principio della parità di trattamento dei lavoratori tramite agenzia e una maggiore attenzione per quel che attiene alle loro tutele. In questo senso, come rilevato tra gli altri anche da Pantano, tale principio si fa carico della garanzia di "assicurare un livello minimale di protezione ai lavoratori tramite agenzia ed evitare che alla creazione di maggiori spazi di flessibilità per l'assunzione corrisponda un'effettiva precarizzazione del

¹⁸⁴ Spattini S., Tiraboschi M., "La somministrazione di lavoro, un confronto comparato", ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.7

¹⁸⁵ Spattini S., Tiraboschi M., "La somministrazione di lavoro, un confronto comparato", ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.2

lavoro con un sostanziale abbassamento delle tutele”¹⁸⁶. Inoltre, con l’adozione di tale direttiva, si è voluto uniformare anche tutto ciò che appartiene alla sfera della terminologia della fattispecie. Benché nel nostro ordinamento nazionale venga usata l’espressione “somministrazione di lavoro”, la direttiva fa affidamento, come si apprende anche dalla denominazione della stessa, al termine “lavoro tramite agenzia”. Per quel che riservano le definizioni presenti all’art.3 della direttiva, si deve sottolineare, come rilevato tra gli altri anche da Spattini e Tiraboschi, che il lavoratore (definito temporary agency worker) “viene qualificato per il legame con l’agenzia e non solamente per la temporaneità del rapporto”¹⁸⁷. Quest’ultima caratteristica, invece, “permane in capo all’agenzia (definita temporary work agency), mettendo in evidenza appunto la temporaneità della missione del lavoratore inviato dall’agenzia”¹⁸⁸. Volendo soffermarci per completezza anche sugli aspetti più critici della n.2008/104/CE, vi è da porre in evidenza come l’ambito di applicazione della stessa, come recita l’art.1, fa riferimento “*ai lavoratori che hanno un rapporto di lavoro con un’agenzia interinale*”, mentre la finalità, individuata dall’art.2, è quella “*di garantire la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, migliorandone la qualità del lavoro, garantendo il rispetto del principio della parità di trattamento*”. Per quel che attiene il miglioramento della qualità del lavoro sopra richiamato, l’art.9, nell’individuare i requisiti minimi, si premura “*di lasciare impregiudicato il diritto degli Stati membri di applicare o introdurre disposizioni più favorevoli ai lavoratori*”, non costituendo la direttiva “*una ragione sufficiente per giustificare una*

¹⁸⁶ Pantano F., “Il lavoro tramite agenzia interinale nell’ordinamento comunitario”, WP C.S.D.L.E.

Massimo D’Antona 72/2009, pagg.5-6

¹⁸⁷ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.3

¹⁸⁸ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.3

riduzione del livello di protezione dei lavoratori stessi". Il principio della parità di trattamento, invece, è stato il punto più controverso nel trovare un intento comunemente riconosciuto dai vari stati membri. Come evidenziato da Spattini e Tiraboschi, "alcuni paesi, tra cui il Regno Unito, avversavano l'idea di introdurlo in quanto non compatibile con la flessibilità della fattispecie, altri, invece, e in numero maggiore, lo prevedevano e lo vedevano riconosciuto nel loro ordinamento"¹⁸⁹. Introdotto all'art.5 e come già visto nel corso della trattazione, tale principio prevede che *"le condizioni base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale siano almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro"*. Per trovare un accordo comune su tale punto ai fini dell'adozione della direttiva, come sottolineato anche da Spattini e Tiraboschi, "sono state concesse delle deroghe in virtù di determinate circostanze e se concordate con le parti sociali o se previste da un accordo collettivo a livello nazionale"¹⁹⁰. Per quanto concerne l'accesso all'occupazione dei lavoratori tramite agenzia, l'art.6 della direttiva sancisce che questi *"devono essere informati dei posti vacanti nell'impresa utilizzatrice, affinché possano aspirare a ricoprire posti di lavoro a tempo indeterminato"*. Inoltre viene puntualizzato con forza, al comma 2 dell'art.6, come gli stati membri devono adottare *"misure affinché siano dichiarate nulle le clausole che vietano la stipulazione di un rapporto di lavoro tra impresa utilizzatrice e lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione"*. Altro punto controverso ai fini dell'adozione della n.2008/104/CE era quello del riesame dei divieti e delle restrizioni

¹⁸⁹ Spattini S.,Tiraboschi M.,*"La somministrazione di lavoro,un confronto comparato"*,ADAPT,Università di Modena e Reggio Emilia,pag.5

¹⁹⁰ Spattini S.,Tiraboschi M.,*"La somministrazione di lavoro,un confronto comparato"*,ADAPT,Università di Modena e Reggio Emilia,pag.5

della fattispecie, previsto ora all'art.4 della suddetta direttiva. In questo senso risultavano parecchio discostanti tra loro le regolamentazioni su tale ambito tra i vari paesi dell'UE. In particolare, come evidenziato tra gli altri da Spattini e Tiraboschi, “contrari alla posizione dei paesi più liberisti erano Belgio e Francia, che ritenevano che la proposta di direttiva fosse troppo sbilanciata sul versante dell'apertura del mercato, a discapito delle effettive tutele dei lavoratori”¹⁹¹. Con l'art.4 della direttiva si è trovata una comunione d'intenti, prevedendo tali restrizioni e divieti purchè *“giustificati da ragioni di carattere generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro”*.

2. I principali indici di comparazione

La presenza o meno di determinati vincoli posti alla regolamentazione dell'istituto del lavoro tramite agenzia a livello europeo come detto varia da uno stato membro all'altro, prefigurando ordinamenti liberisti da una parte piuttosto che restrittivi dall'altra, a seconda della vincolatività dei vari indici. I più importanti in questo senso verranno brevemente esposti sotto, per poter cogliere analogie e differenze che comunque l'applicazione della fattispecie riscontra nei vari stati membri dell'UE.

¹⁹¹ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.6

- 2.1 *L'autorizzazione*

Il meccanismo autorizzatorio è tutt'oggi uno dei parametri presenti nella maggior parte dei paesi membri, indice di cui avvalersi per progettare una regolamentazione marcatamente restrittiva nell'applicazione dell'istituto oggetto di questa analisi. Paesi come Germania, Italia e Spagna tra i più importanti prevedono, come evidenziato tra gli altri da Spattini e Tiraboschi, “controlli preventivi sulle agenzie per il rilascio dell'autorizzazione, tuttavia differenziandosi per i requisiti richiesti che determinano diversi livelli di severità dei controlli stessi”¹⁹². Diverso è, invece, il caso francese, dove “non sono previste autorizzazioni per le agenzie che intendono svolgere l'attività di fornitura, bensì una dichiarazione all'autorità amministrativa, mentre in paesi liberisti come Regno Unito e Paesi Bassi l'esercizio della fornitura resta libero, senza la definizione di procedure autorizzative”¹⁹³.

- 2.2 *Le condizioni del ricorso al lavoro tramite agenzia*

La tecnica legislativa utilizzata nei vari paesi membri varia a seconda dell'impostazione, aperta o più restrittiva, che vuole essere data in merito ai divieti e alle condizioni di utilizzo del lavoro tramite agenzia. Il grado di severità più evidente viene riscontrato in paesi come Francia, Italia e Spagna dove è contemplato uno specifico ventaglio di casi che prefigurano il lecito ricorso alla fattispecie. Tuttavia, in questo senso, il caso italiano, come si è visto nel corso della trattazione, rappresenta un'ipotesi a se

¹⁹² Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.8

¹⁹³ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.8

stante, con la combinazione di un'elencazione tassativa per quel che riguarda l'utilizzo della somministrazione a tempo indeterminato mentre, fino all'entrata in vigore del Jobs Act, per quella a termine dovevano ricorrere determinate ragioni giustificative. Al contrario le legislazioni di Germania, Paesi Bassi e Regno Unito non prevedono nei rispettivi ordinamenti vincoli per la limitazione dell'istituto.

- 2.3 Il formalismo contrattuale

La forma che viene imposta nella stipulazione del contratto di somministrazione rappresenta indubbiamente uno degli indici più severi da ascrivere alle legislazioni più restrittive della materia. In questo senso, come rilevano tra gli altri Spattini e Tiraboschi, il requisito della stipulazione per iscritto caratterizza i paesi meno liberisti, “essendo obbligatoria in Belgio, Francia, Germania, Italia e Spagna”¹⁹⁴. Analoga considerazione può essere mossa “per quanto concerne la durata del rapporto, dove gli ordinamenti maggiormente restrittivi sono quelli che prescrivono la temporaneità della fornitura di lavoro, come Francia, Portogallo e Spagna”¹⁹⁵. Le legislazioni, al contrario, di Paesi Bassi e Regno Unito non prevedono particolari restrizioni e barriere in questo ambito, non contemplando il vincolo della forma scritta nel porre in essere il contratto commerciale tra agenzia e utilizzatore.

¹⁹⁴ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.11

¹⁹⁵ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.11

- 2.4 *Il contratto di lavoro*

Per quel che riguarda il rapporto di lavoro tra agenzia e lavoratore, il vincolo della forma scritta è meno presente nella regolamentazione dei vari paesi europei, lasciando in questo senso più libertà alle singole legislazioni nazionali nella stipulazione di tale contratto. Comunque, come evidenziato anche da Spattini e Tiraboschi, “la forma scritta del contratto di lavoro è prescritta esplicitamente negli ordinamenti di Francia, Germania e Spagna, mentre nel caso italiano tale obbligo è legato alla tipologia di contratto concluso tra agenzia e lavoratore in ossequio a quanto previsto dalla normativa generale”¹⁹⁶. Nella scelta della durata del rapporto viene lasciata un’ampia libertà ai contraenti su quale forma, a termine o a tempo indeterminato, convergere. Si nota in questo senso come “negli ordinamenti non emerge una netta preferenza per una delle due tipologie, al contrario di quanto accadeva in passato dove ad esempio la Francia era l’emblema dei contratti di lavoro a breve termine, mentre la Germania si contraddistingueva per quelli a tempo indeterminato”¹⁹⁷.

- 2.5 *Diritti e doveri di agenzia e utilizzatore*

La ripartizione di diritti ed obblighi tra agenzia e utilizzatore vede nel complesso delle varie legislazioni dei paesi membri la prima come datore di lavoro, la quale provvede assieme al secondo di farsi carico dei profili retributivi e contributivi derivanti dall’adozione della fattispecie. Inoltre, come sottolineato da Spattini e Tiraboschi, in stati come Francia, Austria e

¹⁹⁶ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.13

¹⁹⁷ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.13

Italia, per quel che attiene la sicurezza della missione dove il lavoratore viene inviato, “è l’agenzia in generale responsabile, ma per gli aspetti di dettaglio inerenti le specifiche attività diviene l’utilizzatore il responsabile”¹⁹⁸. Vi è, infine, da porre in evidenza come quest’ultimo disponga del potere direttivo sul prestatore di lavoro.

- 2.6 *Le rappresentanze sindacali*

Per quel che attiene il diritto dei lavoratori di avvalersi di rappresentanze sindacali, queste “possono essere esplicate nella maggior parte degli ordinamenti solo verso l’agenzia, mentre l’unico canale nell’impresa utilizzatrice è l’eventuale adesione ai sindacati presenti in azienda”¹⁹⁹. Qualche eccezione si rileva in paesi come Germania e Paesi Bassi, dove è possibile trovare per i prestatori di lavoro tutele sindacali in capo all’impresa utilizzatrice. Inoltre, come rilevano tra gli altri Spattini e Tiraboschi, “con riferimento alle rappresentanze sindacali aziendali delle imprese utilizzatrici, in alcune legislazioni sono ad esse riconosciuti diritti di informazione e controllo sull’uso della fornitura del personale e dunque informate della scelta dell’impresa di inserire in azienda lavoratori tramite agenzia”²⁰⁰.

¹⁹⁸ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.15

¹⁹⁹ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.17

²⁰⁰ Spattini S., Tiraboschi M., “La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia, pag.17

- 2.7 *Il regime sanzionatorio*

Da ultimo, anche il profilo sanzionatorio trova ampio spazio e tutela nella disciplina degli ordinamenti della totalità dei paesi membri, al fine di garantire adeguata protezione alle vicissitudini della parte oggetto del contratto, cioè il lavoratore. Vengono in tal senso combattute le posizioni dei soggetti fornitori sprovvisti delle caratteristiche che la regolamentazione richiede per poter operare, oppure in violazione degli ambiti di attività tassativamente tipizzati per l'esercizio della fattispecie. Tale posizione è fermamente condivisa tra tutti gli stati membri, impegnati a combattere qualsiasi forma di abuso derivante dall'istituzione della fattispecie nei confronti del lavoratore, tutelandolo da ogni situazione sfociante in sfruttamento o discriminazione.

CONCLUSIONI

Dieci anni di somministrazione di lavoro: un bilancio

E' trascorso ormai più di un decennio dall'entrata in vigore del decreto legislativo n.276/2003, che segnò profondamente il mercato del lavoro italiano, con l'avvento di nuove tipologie di contratti flessibili, primo fra tutti quello di somministrazione di lavoro, che andò a sostituire il vecchio lavoro interinale. Si trattò indubbiamente di una rivoluzione epocale vera e propria, che completò il percorso di rinnovamento del mercato del lavoro italiano iniziato pochi anni prima con la legge n.196/1997, andando a sostituire il vecchio sistema del monopolio pubblico del collocamento in vigore dal secondo dopoguerra. Tale dinamica, infatti, era ormai giunta ad un livello di assoluta incompatibilità con le esigenze di rinnovamento di un contesto lavorativo che da più parti venivano auspicate ed invocate, in un'ottica di modernizzazione sulla scia di ciò che era stato avviato anche a livello europeo. Si passò, dunque, da un sistema caratterizzato dal divieto dell'esercizio della mediazione a soggetti che non fossero lo Stato ad un nuovo modello improntato sulla flessibilità in entrata. Quest'ultima può essere assunta come simbolo che va a sintetizzare l'inizio di questo nuovo millennio, la via intrapresa dal legislatore per dare slancio ed impulso ad un sistema rimasto troppo tempo sedimentato e regolato ancora dalla "Legge Fanfani" del 1949. Volendo, in questo senso, provare a tracciare un primo bilancio su ciò che ha significato questo ribaltamento di orizzonti, tale apertura flessibile introdotta con la fattispecie della somministrazione di lavoro indubbiamente non è riuscita fino in fondo a soddisfare appieno le aspettative che il legislatore aveva riposto con la sua introduzione. Diversi aspetti appaiono tutt'oggi ancora lontani dall'essere perfezionati e considerati come soluzione a delle problematiche che l'istituto, comunque,

nonostante gli interventi correttivi legislativi, continua a presentare. Primo fra tutti, come analizzato nel corso di questa trattazione, rimane a parere di chi scrive la criticità e la non esaustiva chiarezza per quanto concerne tutto il sistema delle tutele in capo al lavoratore somministrato. Sebbene nel corpo normativo del decreto legislativo n.276/2003 siano presenti in misura numerosa garanzie a favore del prestatore di lavoro ed obblighi di tutela nei suoi confronti ripartiti tra agenzia di somministrazione ed utilizzatore, l'ulteriore apertura alla flessibilità con l'estensione dell'acausalità alla somministrazione a termine avuta con il recente decreto legge n.34/2014 ha lasciato irrisolto il pericolo di abusi nei confronti del lavoratore. Per incentivare, se ve ne fosse ulteriore bisogno, l'utilizzo dell'istituto, il legislatore ha optato per seguire una linea più propensa a tenere in considerazione le esigenze imprenditoriali andando ad abrogare le ragioni giustificatrici per porre in essere la fattispecie a termine e il numero delle proroghe ad essa connessa. Se questa si prefigura come la direttrice scelta, va da sé che non possono rimanere inalterate le misure di tutela per la parte oggetto della vicenda, il lavoratore somministrato. In questo senso, in un'ottica di bilanciamento, dovrebbe apparire evidente e necessaria la volontà di rafforzare ulteriormente le garanzie verso il prestatore nonché potenziare i poteri di controllo in capo all'autorità giudiziaria al fine di ridurre il serio pericolo di pratiche illecite e di un ricorso abusivo del lavoratore inviato in missione. Un ulteriore aspetto di criticità, che porta con sé molti interrogativi e zone d'ombra, emerso nel corso di questo decennio di vita dell'istituto, è indubbiamente quello legato all'incentivazione dello staff leasing. Come si è potuto constatare, controverso è apparso l'apporto di questa tipologia al miglioramento e al ricorso del sistema del lavoro tramite agenzia, godendo di fortune alterne nonostante gli interventi compiuti per un suo rafforzamento. Introdotta,

abrogata e ripresentata, la tipologia della somministrazione a tempo indeterminato ha fatto riscontrare perplessità in capo anche al legislatore stesso, il primo a spingere per un suo utilizzo come fonte di nuova linfa da immettere nel palcoscenico del mercato del lavoro italiano. In questo senso a destare i maggiori dubbi sono le stime compiute attorno a tale fattispecie, interrogandosi, nonostante i recenti sforzi legislativi per una sua maggiore sponsorizzazione e potenziamento, sull'effettiva capacità di apportare miglioramenti all'intero sistema se non addirittura sul suo mantenimento. Dal suo ripristino, infatti, il numero delle agenzie di somministrazione a tempo indeterminato si attesta alle sette unità, francamente non paragonabili alle ottantasette dell'albo della sezione generalista. Come ben si è cercato di fare emergere, gli interventi correttivi da apportare per un più efficace e migliore utilizzo dell'istituto restano ancora molti, con vari aspetti da perfezionare al fine di mettere in atto gli intenti originari del legislatore del 2003 con l'introduzione della somministrazione. Tuttavia, vi è da rimarcare come, d'altro canto, importanti obiettivi siano nel complesso stati raggiunti. E'indubbio, infatti, come un adeguato livello di flessibilità per le imprese, così com'era nelle previsioni del Libro Bianco del 2001, con tale fattispecie sia stato garantito, ottemperando al meglio le esigenze che l'attuale contesto economico continuamente richiede, soprattutto in un periodo di recessione come quello che si sta vivendo. E i numeri del ricorso alla somministrazione di lavoro esposti all'inizio e dai quali si è partiti per sviluppare questa trattazione ne sono una testimonianza, avvalorati ancor più dalla presenza della congiuntura economica negativa che sta contraddistinguendo da diverso tempo il mercato non solo nazionale ma globale. Da questo punto di vista, dunque, il ricorso alla somministrazione come tipologia altamente flessibile è stata una risposta ai bisogni delle imprese, impegnate sempre più in un'ottica di

spietata concorrenza su scala internazionale. Resta da ribadire fortemente come l'utilizzo di tale forma contrattuale non deve venire mistificato, evitandone un impiego in termini ideologici come scelta aprioristica di una tipologia flessibile in quanto la flessibilità stessa viene ritenuta dalle aziende lo strumento migliore per la ricerca di stabilità. In questo senso deve essere privilegiata solo quando sorge un'effettiva esigenza di adeguamento all'imprevista crescita della propria domanda o di periodi di crisi del mercato in cui si opera e non per frutto di mere scelte e congetture tattiche di breve periodo o strategiche. Da questo percorso, così come si è cercato di rendere al meglio nel corso della trattazione, le difficoltà dovute al ricorso e all'incentivazione della fattispecie soprattutto in un periodo di recessione economica caratterizzante oggi restano tante, ma come si è appreso tale strumento di flessibilità può essere visto come una soluzione per le imprese per vincere le sfide che il mercato globalizzato continuamente impone. Tanto è stato fatto in questo senso, ma indubbiamente vi è ancora molto da costruire per scrivere una pagina di successo per l'intero sistema economico, che per poter uscire da un periodo complicato come si presenta lo scenario attuale ha il necessario bisogno di impulsi e strumenti in grado di adattarsi alle esigenze che l'apparato economico-produttivo richiede. E indubbiamente la somministrazione di lavoro può risultare un mezzo prezioso nel vincere questa sfida che si presenta ardua e difficilissima.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

AIMO M.P., *“Processi di esternalizzazione dell’impresa e tutela dei lavoratori”*, 2014

ASSOLAVORO, *“La somministrazione di lavoro”*, 2012

BONARDI O., *“La nuova disciplina della somministrazione di lavoro”*, in G.Ghezzi, *“Il lavoro tra progresso e mercificazione”*, Ediesse, Roma, 2004

CHIARELLI, PETRA, ROSOLEN, *“La recente giurisprudenza in tema di somministrazione di lavoro”*, in *Dir.relaz.ind.*, 2012

CHIECO P., *“Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo”*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 10/2004

CORTI M., *“Mercato del lavoro, intermediazione e collocamenti speciali”*, in *“Il nuovo diritto del lavoro”*, a cura di L.Fiorillo, A.Perulli, Ed.Giappichelli, 2014

DEGL’INNOCENTI S., *“Il lavoro somministrato”*, Ed.Lavoro, 2009

FABRIZIO S., *“Dal lavoro interinale alla somministrazione: le innovazioni introdotte dalla riforma Biagi”*, 2004

ICHINO P., *“La somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco”* in M.Pedrazzoli, *“Il nuovo mercato del lavoro”*, Zanichelli, Bologna, 2004

MAGNANI, *“Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo”*, in *“Il pacchetto Treu”*, a cura di NAPOLI, in *“Le nuove leggi Civ.Comm”*, Padova, 1998

MASSI E., in www.dplmodena.it, in *“Legge 9 agosto 2013, n.99 le novità in materia di lavoro”*

MASSI E., in www.dplmodena.it, in *“Jobs Act: le novità del Decreto Legge n.34/2014”*

NICOSIA G., *“La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore”*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 33/2005

PAGLIARINI M., *“Il rapporto di lavoro dentro e oltre la subordinazione”*- La somministrazione di lavoro

PANTANO F., *“Il lavoro tramite agenzia interinale nell’ordinamento comunitario”*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 72/2009

SPATTINI S., *“Il governo del mercato del lavoro tra controllo pubblico e neo-contrattualismo”*, Ed. Giuffrè, 2008

SPATTINI S., TIRABOSCHI M., *“La somministrazione di lavoro, un confronto comparato”*, ADAPT, Università di Modena e Reggio Emilia

ZAPPALA’ L., *“Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositi tori. Prime riflessioni sul contratto di somministrazione di lavoro”*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 12/2004

ZAPPALA’ L., *“La forma nel contratto di somministrazione”*, in WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona 39/2005

Fonti normative

Cass., 28/10/1981, n.5669, in Riv.it.dir.lav., 1982

Corte di Giustizia Europea, 11 dicembre 1997, C-55/96

Decreto Legislativo n.276/2003

Decreto Legislativo .24/2012

Decreto Legge n.76/2013

Decreto Legge n.34/2014

Legge n.56/1987

Legge n.30/2003

Legge n.92/2012

Legge n.221/2012

Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia -Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità, Roma, 2001

Trib.Milano, in Riv.critica. dir.lav., 2007

Trib.Parma, 28/01/2008, in Arg.dir.lav., 2009

Trib.Roma, 09/04/2008, in Riv.giur.lav., 2010, II

Ringraziamenti

Con questo lavoro sta volgendo al termine il mio percorso di studi universitari e con esso un periodo importante e significativo del mio processo di crescita formativa e di vita.

Desidero cogliere questa occasione per ringraziare innanzitutto la professoressa Vania Brino, relatrice di questa mia tesi: a lei va la mia più sentita riconoscenza per l'importante sostegno dimostratomi nella stesura dell'elaborato finale. Le sue indicazioni e il suo supporto morale e psicologico si sono rivelati determinanti durante tutto il corso di svolgimento del periodo di tesi e per la sua riuscita.

Un ringraziamento particolare è rivolto ai miei compagni e amici universitari che hanno condiviso con me questo percorso: le gioie e i momenti più belli di questo cammino condiviso rimarranno una traccia indelebile che non potrò dimenticare.

Vorrei infine ringraziare tutte le persone e gli affetti a me più vicini: i miei amici di sempre e la mia famiglia che mi ha sempre incoraggiato e alla quale questo lavoro è dedicato.