

## LAVORO FLESSIBILE

### *Somministrazione e appalto: tra flessibilità e precarietà*

di Pierluigi De Lillo

SOMMARIO: 1. Il divieto di intermediazione e di interposizione nel rapporto di lavoro. 2. Decentramento produttivo ed esternalizzazione: l'abrogazione della L. n. 1369/1960. 3. Aspetti salienti e disciplina del contratto di somministrazione di lavoro. 4. Contratto di somministrazione e disciplina del rapporto di lavoro. 5. Appalto e somministrazione. 6. Conclusioni: flessibilità o precarietà?

#### ***1. Il divieto di intermediazione e di interposizione nel rapporto di lavoro***

Il fenomeno della intermediazione e della interposizione nel rapporto di lavoro, come noto, è stato a lungo disciplinato dall'art. 2127 c.c. nonché dalla L. n. 1369/1960. Nello specifico, con la disciplina codicistica, il legislatore intese intervenire al fine di imporre un divieto "interpositorio" assoluto nelle prestazioni di lavoro, limitatamente all'ambito del lavoro a cottimo, impedendo all'imprenditore di "affidare a propri dipendenti lavori a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi" sancendo, peraltro, che "l'imprenditore risponde direttamente, nei confronti dei prestatori di lavoro assunti dal proprio dipendente, degli obblighi derivanti

*dai contratti di lavoro da essi stipulati".*

Nella consapevolezza del limite insito in una disciplina riguardante esclusivamente la fattispecie dell'interposizione reale nel cottimo, il legislatore ritenne necessario un nuovo intervento finalizzato alla prevenzione e alla repressione di altre forme "subdole" di interposizione, intervento che si concretizzò con l'entrata in vigore della nota L. 23/10/1960 n. 1369, provvedimento normativo di carattere più generale che, tra l'altro, inaspriva il regime sanzionatorio relativo al fenomeno vietato dal già citato art. 2127 c.c..

Tale legge mirava a reprimere il fenomeno dilagante dell'intermediazione e dell'interposizione nelle prestazioni di lavoro disciplinando l'impiego di manodopera negli appalti di opere e di servizi così disponendo: "E' vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono. E' altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti,

*terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari”<sup>1</sup>.*

La ratio di tali divieti è da rinvenirsi nello scopo precipuo di identificare con assoluta chiarezza il soggetto responsabile rispetto al trattamento normativo ed economico del prestatore di lavoro e agli obblighi di natura assistenziale e previdenziale in ossequio ad un fondamentale principio accolto dal nostro ordinamento giuridico ovvero quello della identità tra datore di lavoro e utilizzatore.

E' alquanto evidente quali fossero le ragioni per cui, in un sistema economico-produttivo di tipo prevalentemente manifatturiero, il ricorso all'appalto di opere o servizi era normalmente inserito nel ciclo produttivo dell'impresa industriale; l'opportunità di impiego di lavoratori non direttamente assunti, infatti, garantiva all'imprenditore-utilizzatore un costo del lavoro notevolmente più basso oltre che la possibilità di "contenere" la dimensione aziendale e, dunque, di profittare del relativo regime normativo.

La rigida disposizione "antifraudolenta" introdotta dalla L. n. 1369/1960, dunque, poneva due distinti divieti ovvero quello di affidamento in appalto, in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, dell'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante l'impiego di manodopera assunta e retribuita direttamente dall'appaltatore o dall'imprenditore nonché quello di affidamento a intermediari, dipendenti, terzi o società che fossero, finanche cooperative, di lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori assunti e

retribuiti dagli stessi intermediari<sup>2</sup> ( *cd. pseudo o finti appalti* ).

La natura fittizia dell'appalto risiedeva nella mancanza dei due requisiti di "legittimità" del contratto di appalto d'opera o servizi di cui all'art. 1655 c.c. secondo cui: *"l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro."* Come è evidente, nelle due ipotesi previste non era affatto rinvenibile, in capo all'appaltatore, né una organizzazione aziendale propria né tanto meno una gestione d'impresa a proprio rischio.

Si tenga presente, infine, il regime sanzionatorio di cui alla già citata legge secondo cui: *"I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti dal presente articolo, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell'imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni"*<sup>3</sup> nonché *"...in caso di inosservanza delle disposizioni di cui all'articolo precedente è comminata all'imprenditore e all'appaltatore o altro intermediario l'ammenda di lire 10.000 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, ferma restando l'applicabilità delle sanzioni penali previste per la violazione della legge 29 aprile 1949, n. 264 e delle altre leggi in materia"*<sup>4</sup>.

## **2. Decentramento produttivo ed esternalizzazione: l'abrogazione della L. 1369/1960**

<sup>2</sup> In tali ipotesi *"solo apparentemente il contratto che lega i due soggetti è riconducibile allo schema dell'appalto, in quanto, in realtà, nasconde una mera somministrazione di manodopera"* (Galantino).

<sup>3</sup> L. 23/10/1960 n. 1369, art. 1, co. 5.

<sup>4</sup> Legge cit., art. 2.

<sup>1</sup> L. 23/10/1960 n. 1369, art. 1, co. 1 e 2.

L'esigenza di interpretare e regolamentare compiutamente le recenti trasformazioni del tessuto economico-produttivo ha indotto il legislatore ad un intervento che prendesse atto dei nuovi modelli di organizzazione del lavoro improntati alla destrutturazione dell'impresa e al ricorso sempre più diffuso alle esternalizzazioni.

E' subito apparso evidente che vi fosse, da parte delle imprese, una tendenza al "decentramento" di parte del processo produttivo ovvero di funzioni aziendali mediante il "meccanismo" meglio noto come "outsourcing" oltre che una propensione, da parte delle stesse, a una riduzione delle risorse umane e materiali<sup>5</sup> compensata con la stipula di una molteplicità di accordi contrattuali tra i quali spiccano senz'altro quelli di appalto, subfornitura, franchising, rapporti di collaborazione, telelavoro, ecc...

In un tale contesto il legislatore, come detto, ha ritenuto maturi i tempi per un intervento profondamente innovatore che "assecondasse" la scelta dell'impresa di adottare un modello di produzione più snello ed efficiente che garantisse una maggiore elasticità e reattività rispetto alla variabilità, spesso nevrotica, di un mercato sempre più competitivo e globalizzato e che, dunque, favorisse l'inevitabile processo di riduzione dei costi fissi, in primis di quelli salariali.

Sulla base di tali premesse si è intervenuti dapprima con l'introduzione del lavoro temporaneo ex L. 24/06/1997 n. 196 (cd. legge Treu), in seconda battuta, e con maggiore decisione, con il D.lgs. n. 276/2003 con cui si è provveduto ad abrogare

<sup>5</sup> Detto fenomeno prende il nome di "downsizing".

formalmente la L. n. 264/1949<sup>6</sup> e la più volte citata L. n. 1369/1960.

Con il primo dei due interventi normativi citati, nello specifico, il legislatore introduceva un innovativo istituto, quello del lavoro interinale<sup>7</sup> o ad interim, in affitto, in leasing o temporary work, che per alcuni anni ha rappresentato la massima forma di flessibilità che il nostro mercato del lavoro riconoscesse. Esso prevedeva la possibilità che l'imprenditore che necessitasse, sebbene solo temporaneamente, di manodopera, potesse "affittarla" rivolgendosi ad una agenzia abilitata. Tuttavia il regime piuttosto restrittivo in cui tali agenzie si trovarono ad operare spinse nella direzione di un nuovo intervento riformatore che approdò ad una nuova disciplina meno restrittiva della fornitura di lavoro basata su due principi cardine ovvero quello della legittimità generale della somministrazione di manodopera, purchè svolta da soggetti autorizzati, e quello della ammissibilità della somministrazione di manodopera anche a tempo indeterminato (cd. Staff leasing) oltre che a termine. Il riferimento, come evidente, è al secondo provvedimento legislativo a cui si è poc'anzi fatto cenno ossia a quel D.lgs. n. 276/2003 per il quale risulta "ribaltato" del tutto l'approccio alla fornitura di manodopera in quanto non più mera eccezione al principio del rapporto esclusivo lavoratore-datore di

<sup>6</sup> Si ricordi che la legge in questione vietava il ricorso alla mediazione privata nel collocamento della manodopera affiancandosi alla "più nota" L. n. 1369/1960.

<sup>7</sup> G. VENETO, *Manuale del nuovo diritto del lavoro*, a cura di Antonio Belsito, Cacucci editore, Bari, 2009: "...un contratto di modello trilaterale mediante il quale una società o una cooperativa fornitrice pone a disposizione di un soggetto utilizzatore uno o più prestatori d'opera per il soddisfacimento di esigenze lavorative di carattere temporaneo".

lavoro su cui il nostro sistema normativo è sempre stato imperniato, ma quale colonna portante di un mutato contesto economico-industriale bisognoso di più ampi margini operativi e, dunque, di maggiore competitività.

Un breve cenno, infine, merita il recente intervento di modifica - attuato con L. n. 247/2007 - con cui si è provveduto ad abrogare l'istituto della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato<sup>8</sup> al fine di scongiurare il rischio che il ricorso indiscriminato a tale forma di accordo contrattuale generasse precarietà strutturali. Da ciò deriva che, analogamente a quanto previsto nella vigenza della già citata L. n. 196/1997, l'unica forma di somministrazione di lavoro legittima risulta essere quella a tempo determinato, fermo restando comunque che è pur sempre riconosciuta, in capo all'agenzia di somministrazione, la facoltà di assumere il lavoratore a tempo indeterminato.

### **3. Aspetti salienti e disciplina del contratto di somministrazione di lavoro**

Una definizione di somministrazione di lavoro si ricava dal D.lgs. n. 276/2003 per il quale tale si definisce *“la fornitura professionale di manodopera”* e ai sensi del quale *“il contratto di somministrazione di lavoro*

<sup>8</sup> In assenza di una esplicita previsione rispetto alla sorte dei contratti di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato stipulati anteriormente all'entrata in vigore della L. 247/2007, la circolare 7/2008 del Ministero del Lavoro ha precisato che la soppressione di cui alla già citata legge comporta *“un effetto di annullamento dei contratti di lavoro già in essere”* in chiara violazione del principio generale di conservazione del contratto a tutela del contraente debole.

*può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato”*<sup>9</sup>.

Da un'attenta lettura del combinato disposto di cui sopra discendono i caratteri distintivi della somministrazione ovvero, innanzitutto, quello per cui essa realizza un rapporto di tipo trilatero tra tre distinti soggetti: l'agenzia di somministrazione, il prestatore nonché l'utilizzatore. Ancora, perché l'agenzia possa operare nel mercato del lavoro in veste di intermediario, ossia interponendosi tra il lavoratore e l'utilizzatore, è indispensabile che soddisfi i requisiti di legge e che risulti iscritta ad un apposito *cd. Albo delle agenzie per il lavoro*<sup>10</sup>.

Come risulta chiaro, dunque, all'agenzia spetta fornire uno o più lavoratori alle imprese che ne facciano richiesta laddove tra i due si instaura un rapporto disciplinato da un apposito contratto di somministrazione di lavoro. D'altro canto, i lavoratori sono assunti direttamente dall'agenzia di somministrazione mediante la stipula di un *“secondo”* accordo contrattuale ossia di un contratto di lavoro subordinato<sup>11</sup>.

Passando all'analisi delle cause giustificatrici della somministrazione occorre porre in rilievo che la stessa è ammissibile solo a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo rispetto all'*ordinaria attività dell'utilizzatore*,

<sup>9</sup> Art. 20, co. 1, D.lgs. n. 276/2003.

<sup>10</sup> D. Lgs. cit. art. 4.

<sup>11</sup> La somministrazione di lavoratori alle imprese richiedenti può essere attuata senza limitazioni di sorta rispetto alla natura dell'attività svolta dall'utilizzatore: risultano pertanto *“superati”* i limiti, per il settore dell'edilizia e dell'agricoltura, imposti dalla abrogata L. n. 196/1997.

così come sancito dall'art. 20, co. 4, e implica la fornitura all'impresa utilizzatrice, per un determinato periodo temporale, di lavoratori assunti dall'agenzia di somministrazione. Peraltro, il fatto che sia ammissibile il ricorso alla somministrazione a tempo determinato solo in rapporto al sorgere di una ragione obiettiva concernente le *normali esigenze tecnico-organizzative* dell'utilizzatore di sostituzione dei lavoratori comporta, evidentemente, che la ragione giustificatrice non debba essere motivata mediante il riferimento ad una situazione occasionale o eccezionale o straordinaria riferibile all'impresa utilizzatrice<sup>12</sup>.

Perché un contratto di somministrazione risulti valido è altresì indispensabile che sia stipulato in forma scritta (*forma scritta ad substantiam*) e che presenti una numerosa serie di elementi<sup>13</sup> di seguito elencati:

- a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
- b) il numero dei lavoratori da somministrare;
- c) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20;
- d) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate;
- e) la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione;
- f) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento;
- g) il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative;

<sup>12</sup> Circ. Min. Lav. n. 7/2005.

<sup>13</sup> In ossequio al disposto di cui all'art. 21, co. 1, D.lgs. n. 276/2003.

h) assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali;

i) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro;

j) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili;

k) assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

Giova richiamare la disciplina sanzionatoria prevista in caso di mancanza dell'indispensabile requisito della stipula del contratto in forma scritta ovvero la previsione della nullità del contratto di somministrazione con la conseguente imputazione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore<sup>14</sup>, il quale peraltro,

<sup>14</sup> Art. 21, co. 4 come modificato dal D.lgs. n. 251/2004. Si noti, inoltre, che la L. n. 196/1997 prevedeva originariamente che, in mancanza di forma scritta piuttosto che di uno o più degli elementi essenziali di cui al già citato art. 21, co. 1, D.lgs. n. 276/2003, il lavoratore si dovesse considerare assunto a tempo indeterminato dall'impresa fornitrice laddove con la successiva entrata in vigore della L. n. 388/2000 si apportò una sostanziale modifica alla norma nella misura in cui la stessa legge stabilì che la trasformazione del rapporto di lavoro con l'impresa fornitrice dovesse essere a tempo determinato. Tale statuizione, avendo determinato un notevole abbassamento della soglia di tutela del lavoratore interinale, fu oggetto di censura da parte della Corte Costituzionale per la quale la applicazione di tale

analogamente al somministratore, viene punito con una sanzione amministrativa pecuniaria ex art. 18, co. 3.

Nulla, per giunta, sarebbe qualsiasi clausola, apposta nel contratto di somministrazione, che comporti una limitazione della facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della fornitura e ciò, come è evidente, rappresenta un importante incentivo alla stabilizzazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, facoltà questa, che, secondo la previsione di cui al contratto collettivo di riferimento, può essere "compresa" solo nell'eventualità in cui sia prevista una adeguata indennità "sostitutiva" per il lavoratore.

Lo stesso D.lgs. n. 276/2003 prevede a sancire un generale divieto di somministrazione nelle ipotesi previste all'art. 20, co. 5, ovvero:

a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero<sup>15</sup>;

b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione ovvero presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una

---

sanzione "comporta, per il lavoratore, parte debole del rapporto, una tutela inferiore rispetto al tipo contrattuale voluto dalle parti (a tempo indeterminato)" e, dunque, un ingiusto beneficio per il datore di lavoro.

<sup>15</sup> G. NICOLINI, *Lavoro temporaneo*, Ed. Cedam, 1998: "...il divieto di fornitura di lavoro temporaneo per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero è stato posto per evitare che lo stesso lavoro temporaneo sia utilizzato in funzione antisindacale".

riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione;

c) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626 e successive modifiche.

Un cenno, infine, merita la disciplina degli adempimenti informativi obbligatori facenti capo sia al somministratore sia all'utilizzatore oltre che quella relativa ai criteri di computo dei lavoratori oggetto di somministrazione; al somministratore, *in primis*, spetta comunicare per iscritto al lavoratore, all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore, ogni informazione contenuta nel contratto di somministrazione oltre che la data e la durata prevedibile della attività lavorativa presso l'utilizzatore secondo quanto stabilisce l'art. 21, co. 3, D.lgs. n. 276/2003, somministratore su cui, peraltro, grava sia l'obbligo di comunicare l'avvenuta assunzione al competente centro per l'impiego entro il giorno 20 del mese successivo alla data di assunzione sia quello di effettuare le comunicazioni di cessazione e di proroga dei lavoratori somministrati entro il 20 del mese successivo alla data della proroga o della cessazione.

All'utilizzatore, d'altro canto, spetta l'obbligo di comunicare alle rappresentanze sindacali aziendali: il numero ed i motivi del ricorso alla somministrazione prima della stipula del contratto di somministrazione; il numero, i motivi e la durata dei contratti di somministrazione conclusi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati, ogni 12 mesi.

Si badi: i lavoratori forniti all'utilizzatore non sono computabili quali dipendenti ai fini dell'applicazione di leggi ed istituti che presuppongono una determinata soglia dimensionale né ai fini delle assunzioni obbligatorie ex L. n. 68/1999 ad eccezione della norma sull'igiene e sicurezza del lavoro.

#### **4. Contratto di somministrazione e disciplina del rapporto di lavoro**

Procedendo con l'analisi dell'istituto della somministrazione di lavoro risulta imprescindibile soffermarsi sui tratti caratterizzanti il rapporto di lavoro ad esso "sottostante" ovvero quello dell'assunzione del lavoratore da parte dell'impresa di somministrazione, che dunque agisce in veste di datore di lavoro, e quello dell'esercizio dei poteri di direzione e controllo della "manodopera" riconosciuto in capo al "terzo" soggetto giuridico: l'impresa utilizzatrice.

Il rapporto di lavoro che lega il prestatore all'agenzia di somministrazione, occorre ribadirlo, può configurarsi sia come rapporto di lavoro a tempo determinato sia, e in ciò risiede la differenza rispetto al rapporto che lega il prestatore all'utilizzatore, rapporto che per effetto della L. n. 247/2007 può essere esclusivamente a tempo determinato, come rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Da quest'ultima possibilità scaturisce l'ovvia conseguenza della necessaria applicazione della *disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali*<sup>16</sup>; per cui ove il prestatore resti "inattivo", in mancanza di un'assegnazione presso un

determinato utilizzatore, allo stesso spetta la percezione di una indennità di disponibilità la cui misura deve essere determinata nel contratto di lavoro.

Nell'eventualità in cui, d'altro canto, il lavoratore sia stato assunto con contratto di lavoro a tempo determinato, il rapporto risulta disciplinato dal D.lgs. n. 368/2001 sul lavoro a termine sebbene solo in quanto compatibile con la specialità del rapporto di lavoro sorto in seguito alla stipula di un contratto di somministrazione.

In merito al trattamento economico e normativo spettante al prestatore assunto dall'impresa di somministrazione rileva il principio di parità di trattamento dei lavoratori assunti dall'impresa stessa in forza di quanto sancito dall'art. 23 del D.lgs. n. 276 per il quale "*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*" a patto che non si tratti di lavoratori "svantaggiati", nel qual caso è ammissibile una deroga "speciale".

Ancora, a seguito di assegnazione del lavoratore ad una impresa utilizzatrice, allo stesso spetta il diritto di usufruire di tutti i servizi socio-assistenziali garantiti ai dipendenti della medesima impiegati nella stessa unità produttiva così come grava sull'utilizzatore il dovere di osservare, anche nei confronti della manodopera "assegnata", tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti, disposizione, quest'ultima, da cui deriva il riconoscimento in capo all'utilizzatore stesso della responsabilità per la violazione degli obblighi di sicurezza prescritti dalle disposizioni vigenti in

<sup>16</sup> Art. 22, co. 1, D.lgs. n. 276/2003.

materia<sup>17</sup>. Gli oneri informativi e formativi circa i rischi generalmente connessi allo svolgimento delle mansioni specifiche a cui il prestatore sarà adibito gravano, al contrario, sul somministratore.

Quanto all'esercizio dei diritti sindacali giova in questa sede rilevare brevemente che il prestatore ha diritto di:

a) esercitare, presso l'impresa utilizzatrice, tutti i diritti di libertà e di attività sindacale di cui alla L. n. 300/1970;

b) partecipare alle assemblee promosse dai lavoratori in forza presso l'impresa utilizzatrice.

Come risulta chiaro da quanto sin qui esposto la peculiarità del rapporto di lavoro derivante dalla somministrazione comporta una ripartizione dei poteri datoriali in capo a due distinti soggetti cui spetta rispettivamente il potere di gestione di tutti gli aspetti inerenti il rapporto di lavoro (agenzia di somministrazione) da un lato, quello di usufruire materialmente dell'opera del prestatore (utilizzatore) dall'altro.

Nello specifico il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori è riconosciuto in capo all'utilizzatore mentre quello disciplinare è riservato al somministratore; la retribuzione, e qualsivoglia indennità, deve essere materialmente pagata dal somministratore con diritto al rimborso a cura dell'utilizzatore il quale, tuttavia, resta obbligato in solido per l'effettiva corresponsione del *quantum* dovuto rispetto sia ai trattamenti retributivi ad essi spettanti sia al versamento dei dovuti contributi previdenziali. Ovviamente la responsabilità per danni arrecati a terzi nell'espletamento delle mansioni a cui

si è stati adibiti incombe sull'utilizzatore.

### 5. Appalto e somministrazione

Come già esposto, con il D.lgs. n. 276/2003 il legislatore ha provveduto, abrogando la L. n. 1369/1960, in vigore per ben 40 anni, ad introdurre nel nostro ordinamento giuridico il divieto generale delle forme di somministrazione fraudolenta e irregolare. Da ciò deriva il superamento della distinzione tra appalti leciti ed illeciti<sup>18</sup> da cui discendeva che solo in presenza di una reale organizzazione di mezzi riconducibile all'appaltatore fosse "ravvisabile" la liceità dell'appalto laddove, al contrario, la mancanza di detto requisito "produceva" un appalto di mere prestazioni di lavoro che, in quanto tale, finiva con l'essere destinatario della censura di cui alla L. n. 1369/1960.

Ebbene, il fatto che la vigente normativa preveda anche ipotesi "interpositorie pure" non comporta di per sé la legittimità *tout court* di qualsivoglia appalto; per cui si è inteso distinguere i fenomeni di mera fornitura di lavoro da quello che si definisce appalto genuino. Infatti si osservi che se da un lato l'appaltatore, dotato di una propria organizzazione di mezzi e/o di risorse umane, offre all'impresa committente un'opera o un servizio, l'agenzia di somministrazione si "limita" a fornire ad altra impresa mere prestazioni di lavoro ovvero lavoratori da essa stessa assunti e retribuiti<sup>19</sup>.

E' evidente, dunque, che l'agenzia di somministrazione, differentemente

<sup>17</sup> Cfr. art. 3, co. 5, D.lgs. n. 81/2008.

<sup>18</sup> Introdotta dalla L. n. 196/1997.

<sup>19</sup> Art. 29, D.lgs. n. 276/2003.

dall'appaltatore, in quanto non svolgente alcuna attività produttiva, si limita a svolgere un ruolo di intermediazione nel mercato del lavoro.

L'importanza di detta distinzione si rinviene, peraltro, nel disposto di cui all'art. 84 del D.lgs. n. 276/2003 secondo cui la formalizzazione dell'una piuttosto che dell'altra fattispecie può passare attraverso il meccanismo della certificazione per cui *“attualmente la certificazione del contratto di appalto è quella tra le più richieste perché essa serve ad evidenziare la genuinità del contratto stesso e la serietà dell'appaltatore in grado di possedere gli strumenti necessari per realizzare il contratto stesso, così asseverando la trasparenza di mercato, garantendo appaltante ed appaltatore”*<sup>20</sup>.

Passando ora in rassegna i requisiti dell'appalto genuino risulta indispensabile il richiamo dell'art. 1655 c.c. ai sensi del quale l'appalto altro non è che il *“contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro”*. Pertanto solo nella misura in cui sussistano le condizioni di cui al citato articolo il contratto d'appalto è da considerarsi lecito ossia quella dell'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore e quella dell'assunzione del rischio da parte dello stesso.

Si configura, dunque, una illecita fornitura di prestazioni di lavoro sia nel caso in cui la stessa sia offerta da un soggetto privo della prescritta autorizzazione sia laddove risultino mancanti i presupposti di cui

<sup>20</sup> A. BELSITO, *Certificazione dei contratti di lavoro*, L'editrice, Foggia, 2006.

all'articolo poc'anzi citato comportando, detto illecito, la comminazione delle sanzioni previste dagli artt. 27 e 28 del D.lgs. n. 276/2003 nonché la possibilità riconosciuta in capo al prestatore di adire l'autorità giudiziaria in ordine all'ottenimento del riconoscimento della costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'appaltante.

Per scongiurare il rischio di insolvenza in pregiudizio del lavoratore, peraltro, l'art. 29, co. 2 del D.lgs. n. 276/2003 “impone” un regime di solidarietà operante tra committente, appaltatore ed altri eventuali subappaltatori i quali rispondono dell'effettiva corresponsione dei trattamenti retributivi e del versamento dei dovuti contributi previdenziali<sup>21</sup>. Detto regime opera anche rispetto a tutti gli eventuali danni per infortunio sul lavoro e malattia professionale per i quali il lavoratore, indifferentemente dal fatto che fosse alle dipendenze dell'appaltatore piuttosto che del subappaltatore, non risulti indennizzato dall'INAIL, fatta eccezione per qualsiasi danno che abbia origine nella specificità dei rischi legati alla particolare attività svolta dalle imprese appaltatrici o subappaltatrici.

Un breve cenno, infine, meritano le disposizioni antielusive attualmente vigenti per le quali si distinguono le seguenti fattispecie: somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta, interposizione illecita nell'appalto.

La prima delle tre fattispecie si concretizza ove la fornitura di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni previste dal D.lgs. n.

<sup>21</sup> Per effetto delle modifiche introdotte dal D.lgs. n. 251/2004 e dalla L. n. 296/2006 è previsto che i lavoratori interessati possano agire in giudizio entro il termine massimo di 2 anni dalla fine dell'appalto.

276/2003. In tal caso il prestatore può adire l'autorità giudiziaria e con ciò ottenere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione. La seconda ipotesi si caratterizza, invece, per la specifica finalità elusiva (dolo specifico) per cui il contratto è stato stipulato: anche in questo caso, sebbene in mancanza di una esplicita previsione, si è ritenuto debba applicarsi la sanzione di cui sopra.

Del tutto analogamente alla prima ipotesi si concretizza una interposizione illecita nell'appalto nel caso in cui l'appalto stesso risulti privo dei requisiti di legge e, così come previsto nel caso della somministrazione fraudolenta, al lavoratore è riconosciuto il diritto di ottenere giudizialmente la costituzione di un regolare rapporto di lavoro con l'utilizzatore.

#### **6. Conclusioni: flessibilità o precarietà?**

Nel contesto "globalizzato" di un tessuto economico-produttivo sempre più improntato alla destrutturazione dell'impresa e caratterizzato dal ricorso graduale alla esternalizzazione di interi processi produttivi e di funzioni aziendali, la riforma Biagi e, nello specifico, il D.lgs. n. 276 per quanto interessa in questa sede, si è posto il precipuo obiettivo di "dotare" l'impresa di un sistema particolarmente flessibile e del tutto favorevole a riconoscere ad essa una maggiore libertà d'azione garantendo nel contempo le legittime aspirazioni e prerogative del lavoratore.

Le pressanti richieste da parte di una classe imprenditoriale alle prese con i profondi cambiamenti di una economia

globalizzata e fortemente competitiva oltre che l'urgenza di un deciso intervento atto a favorire la regolarizzazione di milioni di lavoratori in nero e di "collaboratori a progetto" hanno dunque determinato il legislatore ad intervenire al fine di trovare un punto di equilibrio tra due opposte ma ugualmente legittime istanze, quella della flessibilità e quella della tutela del lavoro.

La prima risulta ampiamente soddisfatta nella misura in cui si è provveduto a riconoscere all'impresa una opportunità che con la vigenza della nota L. n. 1369/1960 era a lungo stata negata: ad oggi l'ampio margine di libertà riconosciuto all'impresa garantisce alla stessa la possibilità di ridurre notevolmente i costi, di reperire personale qualificato in tempi brevi, di rispondere prontamente ai cambiamenti di un equilibrio, quello tra domanda e offerta, dominato sempre con maggiore evidenza dall'imperativo della variabilità di mercato.

Nella stessa misura si è inteso offrire ai lavoratori una maggiore tutela che si è concretizzata nella previsione di requisiti "legittimanti" l'attività delle agenzie di somministrazione, nella recente "messa in mora" della somministrazione a tempo indeterminato operata mediante la L. n. 247/2007, nella previsione di presupposti legittimanti il ricorso alla somministrazione, nella chiara e netta distinzione dei poteri e dei doveri datoriali riconosciuti in capo al somministratore e all'utilizzatore, nella previsione di un apparato sanzionatorio piuttosto severo che include finanche ipotesi di responsabilità penale da riconoscersi in capo all'imprenditore nei due casi della somministrazione fraudolenta e della interposizione illecita nell'appalto.

Il persistere tuttavia, soprattutto nelle regioni del sud Italia, di sacche di disoccupazione e precariato dimostra la complessità del sistema economico italiano che vede contrapporsi due “emisferi”: quello economicamente sviluppato delle regioni settentrionali e quello arido e depresso del mezzogiorno. Difatti a molti è parso che la tanto discussa riforma Biagi abbia sortito due effetti opposti laddove da un lato ha dato ossigeno alle “virtuose” imprese del nord, pronte a far tesoro dell’opportunità offerta dalla stessa riforma con effetti positivi e tangibili sia sul fronte occupazionale che, naturalmente, su quello della competitività nel contesto internazionale, dall’altro sembra aver dotato le piccole imprese del sud Italia, perlopiù a gestione familiare, di uno strumento di “precarizzazione di massa” che ha gettato nella depressione e nello sconforto un’intera generazione.

In effetti i “privilegi” riconosciuti dalla legge Biagi, sulle cui encomiabili intenzioni non credo sia ragionevole nutrire dubbi di sorta, hanno rappresentato, per le imprese meridionali, un’occasione “mancata” laddove è piuttosto evidente come le stesse abbiano preferito “avvalersene” per scopi alquanto discutibili piuttosto che per innalzare il livello della propria competitività di cui, nel contesto globale in cui loro malgrado si trovano a dover operare, presto si troveranno ad aver bisogno.

Da più parti, infatti, era stato chiesto un intervento risolutore rispetto ai problemi dilaganti del lavoro nero e della precarietà tanto che ancor prima dello storico intervento legislativo si registravano ben 5 milioni di lavoratori in nero e 2 milioni e mezzo di co.co.co., “limiti” che hanno trovato una spiegazione largamente condivisa

nella rigidità del mercato del lavoro. Ci si chiede dunque se non sia il caso di richiamare almeno una parte del mondo imprenditoriale, che tanto ha battagliato per vedersi riconosciuti margini più ampi di libertà, ai propri doveri di buona fede e correttezza nel rispetto di quel “patto sociale” sulla cui base è sorta la riforma stessa.