

LEGGI *e* LAVORO

Collana diretta da Franco Carinci

Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276

COORDINATO DA FRANCO CARINCI

II

SOMMINISTRAZIONE, COMANDO, APPALTO, TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Titoli III e IV - Artt. 20-32

**a cura di Maria Teresa Carinci
e Carlo Cester**

IPSOA

**Riforma
del lavoro**

- sull'eliminazione per le società di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo dell'obbligo di oggetto sociale esclusivo, v. art. 1, comma 1, lett. f), l. 14 febbraio 2003, n. 30
- sulla nozione di contratto di transazione, v. art. 1965 c.c.
- sui fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione, v. artt. 11 e 12, l. 31 gennaio 1992, n. 59
- sulle cause di nullità del contratto, v. art. 1418 c.c.
- sull'integrazione del contratto, v. art. 1374 c.c.
- sull'inserzione automatica di clausole nel contratto, v. artt. 1339 c.c. e 1418, comma 2, c.c.
- sulla competenza dei contratti collettivi in ordine all'individuazione di limiti quantitativi di utilizzo dell'istituto del contratto a tempo determinato, v. art. 10, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368

I REQUISITI SOGGETTIVI ED OGGETTIVI DEL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE DI MANODOPERA

di Andrea Morone

SOMMARIO: Parte I - I requisiti soggettivi del contratto di somministrazione - I. I soggetti utilizzatori - II. I soggetti somministratori: premessa - II.1. I requisiti comuni a tutte le agenzie - II.2. I requisiti propri delle agenzie "generaliste" - II.3. I requisiti propri delle agenzie "specialiste" - II.4. I requisiti specifici imposti alle cooperative di produzione e lavoro - Parte II - I requisiti formali e contenutistici del contratto di somministrazione - III. Premessa - III.1. Gli elementi del contratto previsti per legge - III.2. Il ruolo della contrattazione collettiva nella definizione degli elementi del contratto - III.3. Determinazione legislativa degli elementi e autonomia contrattuale delle parti - III.4. Gli obblighi di informazione del somministratore - III.5. L'invalidità del contratto e le sue conseguenze

PARTE I - I REQUISITI SOGGETTIVI DEL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE

I - I SOGGETTI UTILIZZATORI

In linea generale, il d.lgs. n. 276/2003, come già la precedente disciplina (v. art. 1, l. n. 196/1997 (v. **APPENDICE, sez. II**)), non pone limiti quanto al soggetto utilizzatore. Anzi,

l'allargamento operato dal decreto in merito ai settori e alle ipotesi in cui si può ricorrere alla somministrazione finisce, di fatto, per dilatare la platea di chi può avvalersene. Da una parte, infatti, è ormai possibile ricorrere alla fornitura di lavoro senza condizioni anche in **agricoltura ed edilizia** (TIRABOSCHI, 2003, *Somministrazione*, 66), a differenza

che in passato quando erano gli accordi sindacali ad avere il compito, in questi settori, di individuare le modalità e le aree in relazione alle quali introdurre l'istituto (v. art. 3, comma 3, l. n. 196/1997); si noti, peraltro, che i contratti già stipulati, purché vigenti alla data di entrata in vigore del decreto, mantengono la loro efficacia fino a diversa determinazione delle parti stipulanti o recesso unilaterale (art. 86, comma 3; v. **VALLAURI, sub art. 86, vol. 8.IV**). Dall'altra parte, è da considerare il venire meno della puntuale elencazione dei casi in cui è possibile ricorrere alla somministrazione a termine e l'introduzione della somministrazione a tempo indeterminato prima vietata (v. **M.T. CARINCI, supra, art. 20**).

Un discorso a parte merita, invece, il pubblico impiego, che resta escluso dal campo di applicazione della somministrazione a tempo indeterminato (art. 86, comma 9. Ma sul punto v. **M.T. CARINCI, supra, art. 20**).

II - I SOGGETTI SOMMINISTRATORI: PREMESSA

Prescrizioni molto più restrittive individuano, invece, il somministratore di manodopera: come già accadeva in precedenza (v. art. 2, l. n. 196/1997), deve, infatti, trattarsi di soggetto autorizzato, in possesso di specifici requisiti (artt. 4 e 5, d.lgs. n. 276/2003; v. **MISCIONE, sub artt. 4 e 5, vol. 8.I**). Diversamente la somministrazione è illecita ed è prevista l'applicazione di sanzioni (v. il com-

mento di **IERO, sub art. 18, vol. 8.I** e **M.T. CARINCI, infra, art. 27**).

Dei requisiti oggi richiesti quale presupposto per ottenere l'autorizzazione alcuni sono comuni a tutti i somministratori, altri diversificati a seconda che il soggetto si proponga di fornire lavoro sia a termine che a tempo determinato in tutti gli ambiti individuati dall'art. 20, comma 3 (si parla al riguardo di agenzie "generaliste"), oppure voglia limitarsi a fornire lavoro a tempo indeterminato in uno dei settori individuati dall'art. 20, comma 3 (si tratterà allora di agenzie "specialiste") (per la discussione in merito agli ambiti in cui è ammessa la fornitura a tempo indeterminato v. **M.T. CARINCI, supra, art. 20**).

Prima di esaminare i singoli requisiti, occorre premettere che per le società già autorizzate ai sensi della normativa previgente opera una disciplina transitoria, per la cui definizione il legislatore rinvia ad un decreto ministeriale; in attesa di tale decreto, comunque, è prorogata l'efficacia della disciplina pregressa (art. 86, comma 6, che attua l'art. 1, comma 2, lett. f), ultimo periodo, l. n. 30/2003).

La norma persegue l'obiettivo di evitare brusche interruzioni - ed ovvie ripercussioni negative - sull'attività delle imprese di fornitura già operanti sul mercato.

II.1 - I REQUISITI COMUNI A TUTTE LE AGENZIE

Come già accadeva in precedenza (v. art. 2, comma 2, lett. a), l. n.

196/1997), l'attività di somministrazione di manodopera, sia a tempo determinato sia a tempo indeterminato, può essere svolta unicamente da agenzie che abbiano la forma di **società di capitali o di cooperativa**, costituite in Italia o in un altro Stato dell'Unione europea e con sede legale o una loro dipendenza nel territorio italiano o di un altro Stato dell'Unione europea (art. 5, comma 1, lett. a) e b)) (v. **MISCIONE, sub art. 5, vol. 8.I**).

L'art. 5, comma 1, lett. a), ricomprende, altresì, fra i soggetti che possono aspirare ad ottenere l'autorizzazione di cui al precedente art. 4 anche i **consorzi di cooperative**. Si tratta di un'indicazione peraltro già desumibile in via interpretativa dalla l. n. 196/1997, nella quale, pur in assenza di un'espressa previsione legislativa, non erano ravvisabili elementi contrastanti con la possibilità di concedere l'abilitazione all'attività di fornitura anche a consorzi societari (DEL PUNTA, 1998, *La «fornitura di lavoro temporaneo»*, 213; NICCOLAI, 2003, 6).

Uno dei tratti senza dubbio maggiormente caratterizzanti la riforma è costituito dal **venire meno dell'obbligo di oggetto sociale esclusivo** - precedentemente sancito per la fornitura di manodopera dall'art. 2, comma 2, lett. a), l. n. 196/1997 -, obbligo che, vale la pena di sottolinearlo, il legislatore elimina sia in riferimento alle agenzie "generaliste" che a quelle "specialiste". Tale scelta si pone in linea di assoluta coerenza con la direttiva sul punto provenienti dall'art. 1, comma 2, l. n. 30/2003,

che allude all'*"eliminazione del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo per le imprese di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo di cui all'art. 2 della legge 24 giugno 1997, n. 196"*, senza quindi distinguere fra società che effettuano solo somministrazione a tempo indeterminato e società abilitate a svolgere anche quella a tempo definito.

L'affermazione di questo principio rende possibile alla medesima agenzia operare nei più disparati settori produttivi: in altri termini, oltre che di fornitura lo stesso soggetto potrà d'ora in poi occuparsi, ad esempio, di produzione e di commercializzazione di beni, di fornitura di servizi e più in generale di qualsiasi tipo di attività per lo svolgimento della quale non è richiesta una specifica autorizzazione.

È difficile allo stato prevedere in quali termini le società di somministrazione decideranno di avvalersi di questa prerogativa: si può, peraltro, ragionevolmente supporre, che i soggetti più di altri interessati ad approfittarne saranno quelli che già operano nel campo della fornitura di opere o di servizi e che riusciranno ad ottenere l'autorizzazione per effettuare somministrazione di manodopera negli stessi settori o quelli che, viceversa, ottenuta un'autorizzazione circoscritta ad uno specifico settore decideranno di operare nel medesimo ambito anche mediante appalti di opere o di servizi. In definitiva, quindi, l'eliminazione del vincolo di oggetto sociale esclusivo sembra favorire le agenzie "specialiste", che, in questo modo, senza di-

spersione di risorse produttive, saranno in grado di proporsi sulle stesse porzioni di mercato indifferentemente sia come società di somministrazione di manodopera sia come soggetti appaltatori di opere o di servizi.

Dal punto di vista organizzativo, le agenzie devono necessariamente disporre di **uffici idonei e di personale incaricato della gestione dell'attività di somministrazione dotato di adeguate competenze professionali maturate nel settore delle risorse umane o delle relazioni industriali** (art. 5, comma 1, lett. c)).

Attraverso questa prescrizione il legislatore ripropone l'analogo principio già contenuto all'art. 2, comma 2, lett. b), l. n. 196/1997, integrandolo, però, con alcune delle indicazioni a suo tempo fornite dalla circolare del Ministero del lavoro n. 141/1997 (a commento della quale, v. M.T. CARINCI, 2000, 224; PELLACANI, 2000, *I soggetti*, 149). Per avere indicazioni più precise sui criteri da seguire circa la verifica dell'adeguatezza delle strutture organizzative adottate dalle agenzie, occorrerà, comunque, attendere l'orientamento sul punto assunto dal decreto ministeriale, a cui la norma rinvia espressamente.

Sempre sotto il profilo organizzativo, occorre verificare se ed eventualmente entro quali limiti il d.lgs. n. 276/2003 abbia inciso sulla **possibilità da parte delle agenzie di affidare a soggetti esterni lo svolgimento dell'attività di somministrazione**.

Si tratta di un tema che, nel silenzio al riguardo della l. n. 196/1997,

ha visto contrapporsi letture contrastanti, da un lato, propense ad ammettere forme di decentramento (MARESCA, 1997, 190), dall'altro lato, caratterizzate da un atteggiamento di netta chiusura verso qualsiasi ipotesi di articolazione operativa mediante il ricorso a soggetti terzi (Cons. Stato 29 settembre 1999, in *Dir. rel. ind.*, 2000, con nota di RUSSO, v. *infra*, **Giurisprudenza collegata, sez. I**; in dottrina: TIRABOSCHI, 2000, 661).

Una soluzione al quesito si ricava dall'ultimo comma dell'art. 4, dove è stabilito che **l'autorizzazione non può essere oggetto di "transazione commerciale"**.

È da ritenere, che il legislatore si sia riferito alla figura della "transazione", intendendo come tale non la fattispecie tipica di cui all'art. 1965 c.c., bensì una gamma di accordi contrattuali non riconducibili ad un'unica categoria anche se accomunati dall'effetto di trasferire le prerogative discendenti dall'autorizzazione, con la conseguenza che quest'ultima non solo non potrà essere oggetto di compravendita ma anche di altre fattispecie contrattuali quali il *franchising*, il contratto d'agenzia, etc., che nella prospettiva adottata dal decreto porterebbero di fatto allo stesso risultato.

Per i soggetti polifunzionali, poi, che scelgano di svolgere altre attività oltre a quella di fornitura - dunque ove non ricorra la somministrazione come oggetto sociale esclusivo - l'art. 5, comma 1, lett. e), prescrive la presenza di **"distinte divisioni operative, gestite con strumenti di conta-**

bilità analitica, tali da consentire di conoscere tutti i dati economico-gestionali specifici?

La norma è chiaramente rivolta a rendere più agevoli i controlli dell'autorità amministrativa. Inoltre, si può ritenere che attraverso il riferimento alla necessaria "presenza di distinte divisioni operative" il legislatore abbia inteso imporre a questa categoria di soggetti di dotarsi di strutture organizzative fra loro autonome anche per quelle fasi del ciclo produttivo (ad esempio selezione del personale o gestione della banca dati), che, almeno in linea teorica, potrebbero fare capo ad un unico ufficio.

Alla stessa stregua della disciplina precedentemente applicata, **gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti muniti di rappresentanza e i soci accomandatari delle società di somministrazione non devono avere subito condanne, anche non definitive, per una serie di delitti specificamente indicati dall'art. 5, comma 1, lett. d), sulla base di un elenco che ricompre alla lettera quello già riportato dall'art. 2, comma 2, lett. d), l. n. 196/1997. Circa l'effettiva efficacia di questo accorgimento valgono le stesse riserve già formulate in relazione alla sua previsione nella precedente disciplina (LASSANDARI, 1997, 712; SUPPIET, 1998, 20; M.T. CARINCI, 2000, 228): se lo scopo è infatti quello di preservare le agenzie da possibili infiltrazioni da parte di organizzazioni criminali, è difficile pensare che queste ultime non possano approdare allo stesso risultato**

facendo affidamento su persone prive di precedenti penali.

A quelli sino a qui presi in considerazione, si aggiungono una serie di requisiti riferibili a presupposti fra loro eterogenei, riguardanti in particolare: l'obbligo di interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro e quello di inviare alla autorità concedente ogni informazione strategica per un efficace funzionamento del mercato del lavoro (art. 5, comma 1, lett. f)); il rispetto delle disposizioni di cui all'art. 8 a tutela del diritto del lavoratore alla diffusione dei propri dati (art. 5, comma 1, lett. g)); la regolare contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito di cui all'art. 12, il regolare versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, il rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione applicabile (art. 5, comma 2, lett. d) e comma 3, lett. c)).

È di tutta evidenza che si tratta di presupposti riferibili a soggetti che abbiano già avviato l'attività di somministrazione e in quanto tali costituenti condizione necessaria per ottenere l'autorizzazione definitiva ma non quella provvisoria. In questo senso, l'unica eccezione può essere rappresentata dall'accertamento circa il regolare versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, requisito questo che potrebbe essere oggetto di verifica anche in sede di concessione dell'autorizzazione provvisoria, allorché la società interessata a conseguirla già operi in altri settori.

Se si passa ad analizzare nel dettaglio le finalità che tali presupposti sottintendono, si può osservare come il **regolare versamento dei contributi previdenziali e assistenziali nonché di quelli destinati a confluire nei fondi per la formazione e l'integrazione del reddito (v. FILI, sub art. 12, vol. 8.I)** serva chiaramente a verificare l'affidabilità delle agenzie sotto il profilo dell'adempimento delle prestazioni contributive a favore dei lavoratori.

Meno agevolmente intelligibile, oltre che discutibile sul piano sistematico generale, è la prescrizione relativa al necessario **rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro applicabile**.

Essa, innanzitutto, si riferisce a non meglio precisati obblighi, dei quali si pone pertanto il problema di individuare la portata: l'indeterminatezza sul punto lascia aperta la strada a molteplici interpretazioni, ancorché il dato testuale lasci intendere che la norma alluda al necessario rispetto di tutte le clausole contrattuali senza distinzioni. Da questa disposizione potrebbero peraltro scaturire evidenti problemi di compatibilità con il principio di libertà sindacale, nonché con le regole generali in tema di efficacia soggettiva del contratto collettivo, dal momento che, rinviando al contratto collettivo "applicabile", impone alle imprese la sua osservanza a prescindere dal dato della loro affiliazione sindacale.

Uno dei tratti maggiormente caratterizzanti il decreto, è senza dub-

bio costituito dal tentativo di porre rimedio alla cronica inefficienza del mercato del lavoro attraverso l'attivazione di un sistema informativo, funzionale a favorire un più agevole incontro fra domanda e offerta di lavoro (TIRABOSCHI, 2003, *La borsa continua*, 57), sistema informativo di cui, negli auspici del legislatore, le agenzie di somministrazioni sono chiamate ad essere parte attiva. In questa direzione va quindi letto l'obbligo alle stesse imposto di **interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro (v. OLIVIERI, DE MICHELE, sub artt. 15, 16 e 17, vol. 8.I)**, che implica l'impegno di conferire a questo centro di raccolta dati le notizie acquisite sulla base delle indicazioni provenienti dai lavoratori e dalle imprese limitatamente all'ambito temporale e territoriale dagli stessi soggetti prescelto (TIRABOSCHI, 2003, *La borsa continua*, 59). Alle medesime esigenze risponde, altresì, l'**obbligo di tenere aggiornata l'autorità concedente su ogni informazione utile per un efficace funzionamento del mercato del lavoro**.

Infine, il necessario **rispetto delle regole circa l'ambito di diffusione dei dati relativi all'incontro domanda-offerta di lavoro** - per la cui definizione l'art. 8, comma 2, rinvia ad un apposito decreto ministeriale (v. RICCI, sub art. 8, vol. 8.I) - persegue lo scopo di preservare la *privacy* del lavoratore messa a rischio dall'intenso flusso di notizie che la rete informativa incentrata sulla borsa lavoro è potenzialmente in grado di attivare (TIRABOSCHI, 2003, *Circolazione*, 62).

II.2 - I REQUISITI PROPRI DELLE AGENZIE "GENERALISTE"

In ordine al profilo della consistenza economica, il legislatore delegato ha disposto che gli oneri circa **l'ammontare del capitale sociale e l'entità delle garanzie economiche a tutela dei crediti dei lavoratori** siano più consistenti per le agenzie "generaliste" rispetto a quelli previsti a carico delle società che intendano svolgere attività di somministrazione a tempo indeterminato limitatamente ad una delle causali di cui all'art. 20, comma 3, lett. da a) a h) (v. M.T. CARINCI, *supra*, art. 20).

In sede di primo commento si è sottolineato come la ragione del più elevato livello di garanzie posto a carico dei soggetti abilitati a svolgere anche fornitura a tempo determinato, sarebbe da ravvisarsi nella maggiore precarietà insita nella forma di impiego che da essa discende, la quale, pertanto, necessiterebbe di una tutela rafforzata rispetto a quella a tempo indeterminato, che invece consente al lavoratore di potere fare affidamento sul regime di tutele proprio del tradizionale rapporto di lavoro (SPATTINI, 2003, 31).

Questa spiegazione solleva non poche perplessità, poiché quanto alla tutela dei crediti dei lavoratori, che costituisce la ragione giustificatrice dell'imposizione alle agenzie di fornitura di una soglia minima di garanzie economiche, non esistono differenze fra l'ipotesi in cui l'assunzione avvenga a tempo determinato oppure a tempo indeterminato.

Al di là, comunque, della possibile ratio sottesa alla richiesta di diversi

requisiti sul punto fra società "generaliste" e società "specialiste", non si può escludere che da ciò possa scaturire l'effetto di favorire l'ingresso nel settore della somministrazione a tempo indeterminato di soggetti meno solidi dal punto di vista economico, ma che non per questo si avvalgano di un numero poco significativo di addetti e comunque tale da giustificare un simile divario fra le credenziali finanziarie imposte alle società impegnate solo su questo versante e quelle che invece operano anche nel campo della fornitura a termine.

Passando al dettaglio dei requisiti, per svolgere attività di somministrazione sia nella forma per così dire "classica" a termine sia in quella di nuova introduzione a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*) è necessaria l'acquisizione di un **capitale versato** (o di un importo risultante dalla somma fra capitale sociale e riserve indivisibili nel caso si tratti di cooperative) **non inferiore a 600.000 euro** (art. 5, comma 2, lett. a)). A tutela, invece, dei crediti dei lavoratori e dei corrispondenti crediti contributivi degli enti previdenziali il legislatore ripropone la stessa gamma di garanzie già predisposta dall'art. 2, comma 2, lett. c), l. n. 196/1997 (**deposito cauzionale** per i primi due anni e a partire dal terzo anno solare **fideiussione bancaria o assicurativa** non inferiore al 5 per cento del fatturato, al netto dall'IVA, realizzato nell'anno precedente), indicandone il relativo **ammontare minimo in 350.000 euro** (art. 5, comma 2, lett. c)).

Sono, invece, **esonerate dalla prestazione delle garanzie per i crediti dei lavoratori e per quelli contributivi degli enti previdenziali** "le società che abbiano assolto ad obblighi analoghi previsti per le stesse finalità dalla legislazione di altro Stato membro della Unione Europea" (art. 5, comma 2, lett. c) e comma 3 lett. b)).

Questa precisazione si è resa necessaria a seguito della censura subita dall'Italia da parte di Corte di Giustizia UE, VI sez., 7 febbraio 2002, C-279/00 (in *Mass. Giur. lav.*, 2002, 361, con nota di BRIGNONE, v., *infra*, **Giurisprudenza collegata, sez. II**), che ha ritenuto contraria al principio della libera prestazione di servizi di cui all'art. 49 del Trattato UE, la mancata previsione da parte della l. n. 196/1997 dell'esenzione dall'obbligo del versamento cauzionale per le agenzie stabilite in altri Stati membri che avessero assolto ad "obblighi comparabili" presso lo stato di provenienza. Resta tuttavia aperto il problema, già da altri segnalato in relazione alla sentenza della Corte di Giustizia (NICCOLAI, 2003, 19), della genericità del riferimento agli "obblighi analoghi" al cui assolvimento è tenuta la società straniera e, conseguentemente, del margine di discrezionalità esercitabile al riguardo in sede di concessione dell'autorizzazione.

Con esclusivo riferimento alle società "generaliste", l'art. 5, comma 2, lett. b), indica quale presupposto necessario per l'autorizzazione **"la garanzia che l'attività interessi un ambito distribuito sull'intero territorio nazionale e comunque non inferio-**

re a quattro regioni". La norma si pone in linea di piena continuità con quanto già stabilito dall'art. 2, comma 2, l. n. 196/1997, di cui, pertanto, ripropone gli stessi problemi interpretativi: infatti, con riguardo alla precedente disciplina si è discusso se da questa previsione discendesse l'obbligo per le agenzie di dotarsi di filiali ubicate in almeno quattro regioni (lettura questa avallata dalla già citata circolare ministeriale n. 141/1997) ovvero, come sembra preferibile, se il requisito fosse comunque soddisfatto laddove le società di fornitura operassero nello stesso ambito territoriale anche senza essere dotate di una siffatta articolazione organizzativa (MARESCA, 1997, 191; M.T. CARINCI, 2000, 225).

A questo proposito, lascia perplessi la mancata previsione da parte del decreto di un analogo obbligo anche a carico dei soggetti "settoriali": se infatti, come sembra evidente, lo scopo della previsione è quello garantire, sotto diversi profili, l'affidabilità dell'agenzia, non si comprende perché un simile livello di affidabilità non sia stato richiesto, magari fissando una soglia meno impegnativa, anche alle società specializzate nello *staff leasing*. Si può, peraltro, ritenere, che la diversa modulazione sul punto dei presupposti di accesso all'attività di somministrazione sia volta ad agevolare le imprese già titolari di un giro di affari circoscritto ad un ristretto ambito territoriale nel campo della fornitura di opere o di servizi e che, grazie all'eliminazione dell'obbligo di oggetto sociale esclusivo, decidano di effettuare an-

che somministrazione di manodopera.

Sempre per le società "generaliste" che operino anche su versanti diversi da quello della fornitura di lavoro è, altresì, previsto l'**obbligo di indicare la somministrazione come oggetto sociale prevalente** (art. 5, comma 2, lett. f)).

La previsione è volta, probabilmente, ad impedire che tale categoria di soggetti privilegi attività diverse, ed in particolare quelle collegate al collocamento privato per le quali sono automaticamente autorizzati, a scapito della somministrazione.

Sotto un diverso profilo, si tratta di un requisito in grado di rivestire un ruolo assai significativo nell'attività di vigilanza circa la corrispondenza della gestione dell'agenzia alle prescrizioni di legge: esso, infatti, non dovrebbe implicare solo l'obbligo formale da parte delle società "generaliste" impegnate in più settori di presentarsi verso l'esterno come prevalentemente orientate a svolgere attività di somministrazione, bensì anche quello sostanziale, pena la non concessione o la revoca dell'autorizzazione, di destinare a questo tipo di attività una parte prevalente delle proprie risorse economiche e organizzative.

In questa prospettiva, si può formulare un'ipotesi sulle ragioni per cui lo stesso obbligo non è richiesto anche per le società "specialiste".

È probabile, infatti, che almeno nella fase di prima applicazione del decreto nella maggior parte dei casi, se non in tutti, le agenzie che otterranno l'autorizzazione per effettuare

entrambi i tipi di somministrazione saranno quelle già presenti nel settore della fornitura di manodopera sulla base dei presupposti di cui alla l. n. 196/1997, circostanza questa che rende loro più agevolmente assecondabile il requisito di cui all'art. 5, comma 2, lett. f).

Un discorso diverso vale, invece, per le agenzie specializzate nello *staff leasing* ed in particolare per quelle fra di esse che già operino nel settore della fornitura di opere o di servizi e che decidano di estendere la loro attività, nel medesimo ambito produttivo, anche alla somministrazione di manodopera a tempo indeterminato, per le quali quindi potrebbe risultare assai più complicato, perlomeno nel breve periodo, fare assurgere la stessa somministrazione ad attività prevalente.

II.3 - I REQUISITI PROPRI DELLE AGENZIE "SPECIALISTE"

I tratti di peculiarità che contraddistinguono i presupposti per ottenere l'autorizzazione in specifico riferimento alla sola attività di fornitura a tempo indeterminato sono già emersi, di riflesso, dalla trattazione dedicata ai requisiti propri delle agenzie "generaliste" (v., *supra*, §1.2).

Resta, pertanto, da sottolineare che per le società che operano in questo settore, il **capitale sociale non può essere inferiore a 350.000 euro** (art. 5, comma 3, lett. a)), mentre il **deposito cauzionale e la successiva fideiussione**, imposti a tutela dei crediti dei lavoratori e degli enti previ-

denziali, **devono essere almeno pari a 200.000 euro** (art. 5, comma 3, lett. b)), requisito questo dal quale anche in questo caso sono peraltro esonerate le società che abbiano assolto ad obblighi analoghi in ottemperanza alla legislazione di altro Stato membro dell'Unione Europea (art. 5, comma 3, lett. b)).

II.4 - I REQUISITI SPECIFICI IMPOSTI ALLE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO

Alcuni requisiti ulteriori e specifici sono imposti alle cooperative di produzione e lavoro. Queste per l'esercizio delle attività di cui all'art. 20 e di una di quelle di cui all'art. 20, lett. da a) a h), dovranno come minimo avvalersi della presenza di, **rispettivamente, sessanta e venti soci** (art. 5, comma 2, lett. e) e comma 3, lett. d)). Il decreto non specifica se questo limite numerico sia da riferirsi anche ai consorzi: è da ritenere, tuttavia, che sia così, posto che l'esplicita apertura da parte del legislatore delegato verso questa forma di aggregazione societaria è probabilmente da imputarsi all'intenzione di favorire l'ingresso nel mercato di soggetti dotati di risorse di per sé insufficienti, che però proprio grazie alla possibilità di consorziarsi sono in grado di raggiungere il necessario livello di affidabilità organizzativa per operare nel campo della somministrazione di manodopera.

Con una scelta del tutto condivisibile, non è più imposto alle cooperative di produzione e lavoro di destinare alla fornitura solo i lavoratori dipen-

denti, per un numero di giornate non superiore ad un terzo delle giornate di lavoro effettuate dalla cooperativa nel suo complesso (come invece previsto dall'art. 2, comma 3, l. n. 196/1997 (v. **APPENDICE, sez. II**). V., fra le altre, le critiche di MISCIONE, 1997, 2081; DEL PUNTA, 1998, *La «fornitura di lavoro temporaneo»*, 201).

È, invece, ribadito, che **fra i soci deve essere presente come socio sovventore almeno un fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione**, di cui agli artt. 11 e 12, l. n. 59/1992. In ordine a questa previsione valgono le stesse riserve già poste in evidenza per quella di identico tenore di cui all'art. 2, comma 3, l. n. 196/1997, in riferimento alla quale è stato osservato che, potendo tale fondo essere costituito dalle associazioni nazionali di rappresentanza, assistenza e tutela del movimento cooperativo, finisce per imporre un requisito che può essere soddisfatto solo dalle cooperative affiliate a tali associazioni (TIRABOSCHI, 1997, *I soggetti*, 2337; M.T. CARINCI, 2000, 247; NICCOLAI, 2003, 9).

PARTE II - I REQUISITI FORMALI E CONTENUTISTICI DEL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE

III - PREMESSA

Attraverso il ricorso ad una tecnica legislativa già adottata dalla l. n. 196/1997, l'art. 21, d.lgs. n. 276/2003 individua gli elementi necessari del contratto di somministrazione. Si

tratta di elementi fra loro eterogenei, di carattere sostanziale e formale, la cui mancanza dà luogo a conseguenze diversificate.

Sul piano sostanziale sono prescritti contenuti funzionali a determinare l'oggetto del contratto di somministrazione - quali l'indicazione del numero dei lavoratori da somministrare (lett. b)), la durata del vincolo (lett. e)), l'attività di lavoro che il somministratore si impegna a garantire (lett. f) e g)) - e la sua liceità ("i casi e le ragioni" in cui è possibile ricorrere alla somministrazione, lett. c); contenuti volti a tutelare la salute e la sicurezza del lavoratore (lett. d)); contenuti che attengono a presupposti del negozio (lett. a)); contenuti relativi all'assunzione di obblighi da parte dell'impresa somministratrice (lett. h)) o utilizzatrice (lett. i), j), k)).

Sul piano formale è imposto che il contratto di somministrazione sia stipulato in forma scritta (art. 21, comma 1).

Nel complesso, l'art. 21 è una norma in cui la predeterminazione della forma e dei contenuti del regolamento negoziale, espressione tipica di una concezione ispirata al formalismo giuridico (TIRABOSCHI, 2003, *Somministrazione*, 71), serve a garantire, come già avveniva per la l. n. 196/1997 (BRONZINI, 2000, *Il contratto di fornitura*, 65-66), la trasparenza dell'operazione economica non solo in vista della tutela degli interessi dei contraenti, ma anche per favorire il controllo giudiziale, amministrativo e sindacale.

Rispetto alla disciplina precedente

vanno tuttavia sottolineate alcune novità di rilievo, legate, in particolare, al diverso peso che la mancanza di alcuni elementi riveste ai fini della validità del contratto e dell'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore (art. 21, comma 4), all'applicazione di sanzioni amministrative per l'ipotesi in cui le parti non rispettino uno o più fra gli obblighi connessi al contenuto del contratto (art. 18, comma 3, *v. IERO, sub art. 18, vol. 18.1*), alla presenza di clausole precedentemente non previste (comma 1, lett. c) e d)), all'obbligo di recepire nell'accordo le indicazioni provenienti dalla contrattazione collettiva (art. 21, comma 2), nonché a quello a carico dell'agenzia di comunicare al lavoratore i contenuti del contratto di somministrazione (art. 21, comma 3).

III.1 - GLI ELEMENTI DEL CONTRATTO PREVISTI PER LEGGE

In un primo gruppo di elementi possono essere fatti rientrare quelli **dalla cui mancata indicazione in forma scritta discende automaticamente la nullità del contratto, nonché l'imputazione del rapporto lavorativo in capo all'utilizzatore** (*v. art. 21, comma 4, d.lgs. 276/2003. Sul punto v. infra §III.5*).

Fra di essi, quelli di cui alle lett. a) - "gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore" - e b) - "il numero dei lavoratori da somministrare" -, forniscono indicazioni già presenti nell'art. 1, comma 5, l. n. 196/1997, che non pongono particolari problemi interpretativi: il primo

è riferito ad un presupposto indispensabile per la stipulazione del contratto e **allude ad un aspetto essenziale affinché il soggetto utilizzatore possa verificare con certezza, tramite il raffronto con l'elenco delle società iscritte nell'apposito albo, di essersi rivolto ad un'agenzia effettivamente autorizzata**; il secondo, invece, rappresenta **un dato imprescindibile ai fini della delimitazione dell'oggetto negoziale** ed è indicativo del fatto che le parti nel medesimo contratto possano concordare la somministrazione di più lavoratori. Inoltre, esso si pone l'obiettivo di **garantire la trasparenza delle determinazioni contrattuali assunte dalle parti per favorire il controllo sindacale**: da questo punto di vista va, infatti, letto in funzione dell'art. 24 del decreto (*v. MONACO, infra, art. 24*), che, allo scopo di prevenire possibili deviazioni dai precetti normativi o contrattuali, attribuisce ai soggetti sindacali (interni o, in mancanza, esterni all'azienda) un ruolo di verifica sul numero e sui motivi del ricorso alla somministrazione, sia in via preventiva sia a consuntivo con cadenza annuale.

Con una novità di notevole significato rispetto alla l. n. 196/1997, l'art. 21, lett. c) - "i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20" - **impone alle parti di indicare i motivi della somministrazione**.

L'accordo contrattuale dovrà pertanto espressamente rinviare ad una delle causali tipizzate per via legale (art. 20, comma 3, lett. da a) a

h)) o contrattuale (art. 20, comma 3, lett. i)) a cui è subordinata la fornitura a tempo indeterminato ovvero contenere l'esplicitazione delle ragioni sottostanti al ricorso alla fornitura a tempo determinato, che l'art. 20, comma 4, autorizza a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore (*v. M.T. CARINCI, supra, art. 20*).

Quanto alle finalità, la previsione, analogamente a quella di cui alla lett. b), ha lo scopo di **facilitare il ruolo di vigilanza delle rappresentanze sindacali**, ma anche quello di **consentire il controllo da parte dei lavoratori** - ai quali i motivi della somministrazione devono essere comunicati ai sensi dell'art. 21, comma 3 (*v. infra, §III.4*), - circa la legittimità delle ragioni addotte dalle parti e la loro corrispondenza con le effettive modalità di impiego degli stessi lavoratori.

L'art. 21, comma 1, lett. d), impone di inserire nell'accordo negoziale **"l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate"**.

La norma rinvia ad indicazioni i cui contenuti dovranno essere necessariamente calibrati sulle specificità del soggetto utilizzatore: sarà pertanto quest'ultimo a doversi attivare, allo scopo di selezionare i dati da riportare nel testo contrattuale concernenti i fattori di rischio e le relative misure preventive, risolvendosi, presumibilmente, il ruolo dell'agenzia nel compito di verificarne l'esautivi-

tà e di darne informazione al lavoratore ai sensi dello stesso art. 21, comma 3.

Le parti sono infine tenute ad inserire nell'accordo *"la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione"* (lett. e)).

A questo proposito, **la possibilità di fare coincidere la cessazione dell'impegno contrattuale con una data finale certa, dipenderà, ovviamente, dal fatto che si tratti di fornitura a tempo indeterminato o a tempo determinato**, essendo comunque possibile in questo secondo caso ricollegarne la scadenza ad un evento futuro di certa realizzazione ma non determinabile quanto al momento del suo esatto verificarsi (v., *infra*, §III.4).

Un secondo gruppo di elementi annovera quelli la cui mancata esplicitazione in forma scritta non implica l'applicazione delle sanzioni (nullità del contratto e imputazione del rapporto in capo all'utilizzatore) di cui all'art. 21, comma 4 (v., *infra*, §III.5).

Fra questi, i requisiti richiamati alle lett. f) - *"le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento"* - e g) - *"il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative"* - riguardano **aspetti essenziali della prestazione lavorativa che dovrà essere resa presso l'utilizzatore e sono pertanto funzionali a determinare l'oggetto del contratto di somministrazione**. Aspetti essenziali che, occorre ricordarlo, in alcuni casi sono suscettibili di variazione a seconda delle determinazioni assunte dall'utilizzatore in corso di svolgimento del contratto. Ci si riferisce in particola-

re alla possibilità riconosciuta allo stesso utilizzatore di modificare le mansioni del lavoratore fornitogli sia in senso orizzontale (o meglio affidandogli compiti *"non equivalenti"*) che verticale (art. 23, comma 6, v. **CIUCCIOVINO, *infra*, art. 23**), con la conseguente necessità, in questo secondo caso, da parte dell'agenzia di adeguare la retribuzione ai nuovi incarichi assegnati al dipendente.

La scelta del legislatore di non sanzionare, diversamente dalla l. n. 196/1997, la mancata indicazione in forma scritta di questi elementi lascia un pò perplessi, posto che una convenzione priva dell'esplicitazione, ad esempio, delle mansioni assegnate al lavoratore o del luogo in cui le stesse dovranno essere svolte lascia inespressi elementi essenziali al fine di determinare il contenuto dell'obbligazione negoziale.

Nulla esclude, peraltro, che le parti, ove riscontrino sotto tali profili un'indeterminatezza o un'indeterminabilità dell'oggetto del contratto, **possano comunque fare affidamento sul principio di carattere generale di cui all'art. 1418, comma 2, c.c.**

Da un altro punto di vista, si può supporre che il venire meno per le clausole in questione dell'obbligatorietà della forma scritta, favorisca il perfezionamento di intese, che sanciscano l'impegno dell'agenzia fornitrice di mettere a disposizione del soggetto richiedente un certo numero di lavoratori, senza però definirne all'atto della stipulazione né il profilo professionale né le modalità d'impiego e rinviando pertanto ad un momento successivo l'integrazione

sul punto del regolamento negoziale, allorché saranno meglio delineabili le effettive esigenze dell'utilizzatore e quindi anche il tipo di apporto richiesto alla manodopera somministrata.

Accanto a quelle di cui si è appena dato conto, l'art. 21, comma 1, contempla una serie di clausole - quasi dello stesso tenore di altre già indicate dalla l. n. 196/1997 - relative ad obblighi che devono essere assunti dall'impresa somministratrice (lett. h)) o da quella utilizzatrice (lett. i), j) e k)).

L'art. 21, lett. h), prevede *"l'assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali"*.

Ad una prima analisi, non dovendo più essere sancito in forma scritta, si potrebbe ritenere l'obbligo in oggetto derogabile, con la conseguenza, peraltro da taluni già ipotizzata in relazione alla l. n. 196/1997 (PERA, 1998, 282; ZOLI, 1999, 147), di ammettere l'assunzione in via diretta da parte dell'utilizzatore dell'impegno a fare fronte agli oneri economici legati alla prestazione lavorativa senza il filtro del somministratore. Verrebbe, tuttavia, così meno il significato intrinseco dell'impegno sancito dall'art. 21, comma 1, lett. h), per il quale valgono le stesse considerazioni già formulate in relazione a quello di identico contenuto previsto dall'art. 5, comma 1, lett. d), l. n. 196/1997, il cui scopo, come a suo tempo correttamente sottolineato, era quello *"di imporre il ri-*

spetto dello schema legale (...) ed insieme di escludere la possibilità del ricorso al contratto di fornitura quale mero schermo dietro il quale celare il rapporto di lavoro tra il dipendente e l'utilizzatrice". In altri termini, *"ove si ritenesse ammissibile la diretta assunzione dell'obbligazione retributiva a carico della utilizzatrice, si finirebbe per consentire alle parti la realizzazione di un'interposizione fittizia di mano d'opera"* (CUFFARO, 1999, 68).

A questo riguardo, occorre altresì considerare che l'art. 18, comma 3, ricollega alla violazione di questo obbligo, come anche di quelli successivi di cui alle lett. i), j), e k), l'applicazione di una sanzione amministrativa, circostanza questa dalla quale si può desumere la natura imperativa della disposizione in questione (v. **IERO, *sub* art. 18, vol. 8.1**).

In definitiva, quindi, l'art. 21, comma 1, lett. h), allude ad un connotato irrinunciabile dell'interposizione lecita anche in mancanza, pertanto, di una previsione per iscritto in tal senso.

Alla luce di ciò, un'eventuale omissione sul punto nel testo contrattuale può essere sanata tenendo comunque fermo, per il tramite dell'art. 1374 c.c., l'impegno dell'agenzia a farsi carico in via diretta degli oneri retributivi e contributivi a favore del lavoratore. Al medesimo risultato non può, però, pervenirsi attraverso la sostituzione c.d. automatica delle clausole (artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.) nell'ipotesi in cui le parti sul punto abbiano convenuto diversamente: infatti, l'eventuale

trasferimento degli oneri in questione in capo al soggetto utilizzatore rappresenterebbe un indice rivelatore dell'artificialità dell'impianto interpositorio, rendendo, conseguentemente, lo stesso utilizzatore unico titolare degli obblighi contrattuali nei confronti del lavoratore.

La clausola di cui alla lett. i) sancisce, invece, l'«assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro».

Si tratta di una previsione già presente negli stessi termini nella l. n. 196/1997 e intorno al cui significato ha ruotato gran parte del dibattito circa la **natura onerosa o non onerosa del contratto di fornitura** (per un riepilogo delle diverse posizioni assunte sul punto, v. NICCOLAI, 2003, 67. V. anche M.T. CARINCI, *supra*, art. 20).

A questo proposito, occorre considerare che nel nuovo assetto predisposto dal legislatore viene meno uno dei principali, se non il principale, argomento di cui in passato ci si è avvalsi per sostenere la natura onerosa del contratto di fornitura, quello, cioè, legato al fatto che nella l. n. 196/1997 la mancata esplicita previsione dell'obbligo in capo all'utilizzatore di rimborsare l'agenzia dei costi sostenuti per il trattamento retributivo e previdenziale del lavoratore era sanzionata con la nullità.

Al medesimo risultato si può peraltro ora approdare in considerazione della circostanza per cui tale obbligo discende da una norma imperativa, come dimostra il fatto che

la sua eventuale violazione è sanzionata con l'applicazione di una sanzione amministrativa (art. 18, comma 3). Ne deriva che ove le parti non dispongano nulla al riguardo, il contratto può comunque essere oggetto di integrazione (art. 1374 c.c.) attraverso la previsione di un rimborso non inferiore rispetto agli oneri retributivi e previdenziali sostenuti dall'agenzia a favore del lavoratore. Nulla esclude, inoltre, che, in presenza di una differente e incompatibile pattuizione sul punto lo stesso principio possa assumere forza cogente attraverso gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.

Al fine di consentire all'agenzia l'adempimento dell'obbligazione retributiva, l'art. 21, comma 1, lett. j) prevede l'«assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili».

Alla stessa stregua di quanto da taluno già sottolineato in relazione alla corrispondente clausola prevista per il contratto di fornitura dall'art. 1, comma 5, lett. e), l. n. 196/1997, si può ritenere che l'obbligo in questione, di per sé già ricavabile dai principi di correttezza e buona fede (M.T. CARINCI, 2000, 322), non sia dotato di una propria autonomia, in quanto funzionale a rendere possibile l'adempimento della prestazione retributiva da parte dell'agenzia (CUFFARO, 1999, 68).

Rispetto, però, all'art. 1, comma 5, lett. e), l. n. 196/1997, la previsione presenta due novità: l'**obbligo informativo non riguarda più, infatti, anche il trattamento previdenziale ap-**

plicabile al prestatore; esso, inoltre, è ora riferito ai trattamenti economici "applicabili ai lavoratori comparabili".

Sotto il primo profilo, va sottolineato che per la parte relativa ai contributi Inps il precedente obbligo informativo era da considerarsi pleonastico (PELLACANI, 2000, *Il contratto*, 61; BONARDI, 2001, 211), posto che le società di somministrazione erano (art. 9, comma 1, l. n. 196/1997), e continuano ad essere (art. 25, comma 1, sul quale v. LOVO, *infra*, art. 25), inquadrare per legge nel settore terziario e pertanto i trattamenti previdenziali corrispondono automaticamente a quelli previsti per tale settore. Meno condivisibile risulta, invece, l'opzione adottata dal legislatore ove riferita ai premi dovuti per l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali e ciò in considerazione del fatto che in questo caso i relativi importi sono rapportati al tasso di rischio corrispondente alle lavorazioni svolte già applicato al soggetto utilizzatore (art. 25, comma 3), il che rende comprensibile come una compiuta informazione sul punto da parte dello stesso soggetto utilizzatore sia un presupposto indispensabile al fine di rendere possibile al somministratore l'assolvimento dei relativi adempimenti.

Sotto il secondo profilo, **non pare che il riferimento ai "trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili" modifichi sostanzialmente rispetto a prima** (allorché la comunicazione doveva riguardare «le eventuali differenze maturate nel corso

di ciascuna mensilità o del minore periodo di durata del rapporto») i **contenuti dell'obbligo informativo sul punto**, tanto più se si considera che l'art. 23, comma 6, obbliga comunque, come s'è già detto, l'utilizzatore a dare immediata comunicazione del cambiamento di mansioni del lavoratore, attribuendogli in caso di inadempimento la responsabilità esclusiva per le differenze retributive che da questo spostamento dovessero eventualmente derivare (v. CIUCCIOVINO, *infra*, art. 23).

Come già per l'elemento di cui alla lett. i), si può ritenere che nell'ipotesi di omessa indicazione o di previsioni in contrasto con la legge possano operare, rispettivamente, l'istituto dell'integrazione del contratto (art. 1374 c.c.) e quello della sostituzione automatica delle clausole difformi (artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.).

L'art. 21, comma 1, lett. k), prevede, infine, l'«assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore».

Anche qui, da eventuali omissioni o pattuizioni incompatibili circa tale obbligo scaturiscono i medesimi effetti già segnalati in relazione ai requisiti di cui alle lett. i) e j).

Vale però la pena di rimarcare come la responsabilità solidale fra le parti in ordine alla obbligazione retributiva e a quella contributiva a favore del prestatore sia sancita anche dall'art. 23, comma 3, d.lgs. n. 276/2003.

I termini del collegamento fra le due norme meritano, però, di essere approfonditi con specifico riguardo all'opponibilità al lavoratore della clausola di cui all'art. 21, comma 1, lett. k), che, senza possibilità di equivoci, non si limita a prevedere il vincolo di solidarietà fra i contraenti, ma sottintende, altresì, l'onere per il creditore di esigere in via preventiva la prestazione dall'agenzia di somministrazione. Infatti, diversamente dalla l. n. 196/1997 dove esisteva sul punto un rapporto di totale simmetria fra il contratto di fornitura (art. 1, comma 5, lett. g)) e quello di lavoro (art. 6, comma 3), in ordine a quest'ultimo l'art. 23, comma 3, non indica un analogo onere a carico del lavoratore, limitandosi a stabilire che *"L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali"*.

In definitiva, quindi, il mancato coordinamento fra l'art. 23, comma 3, e l'art. 21, comma 1, lett. k), sembra svuotare sul punto di effettivo significato quest'ultima disposizione, consentendo, per conseguenza, al lavoratore di rivolgersi per la soddisfazione dei suoi crediti indifferentemente a ciascuna delle due parti senza dovere rispettare ordini di precedenza.

III.2 - IL RUOLO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA NELLA DEFINIZIONE DEGLI ELEMENTI DEL CONTRATTO

Ai fini della concreta determinazione degli elementi contrattuali, il d.lgs. n. 276/2003 attribuisce una significa-

tiva competenza all'autonomia contrattuale collettiva: è quanto si evince dall'art. 21, comma 2, il quale stabilisce che *"Nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi"*.

Si consideri, che la norma assume una portata precettiva di particolare intensità, posto che **eventuali comportamenti delle parti non conformi al suo dettato sono puniti con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria** (art. 18, comma 3).

Nel rinvio alla contrattazione collettiva formulato dal legislatore volutamente non viene specificato quali siano i settori di riferimento e i livelli negoziali da cui trarre le relative indicazioni, questo perché **i dati tramite i quali integrare il contenuto del contratto di somministrazione possono a seconda dei casi essere enucleabili dai contratti collettivi, anche di diverso livello, riferibili ai soggetti utilizzatori o alle agenzie somministratrici**.

In via preliminare, occorre soffermarsi sul fatto che l'art. 21, comma 2, non indica se i contratti collettivi debbano essere quelli "applicati" o quelli "applicabili": si tratta di un problema che non rileva per quelle clausole contrattuali concernenti aspetti in relazione ai quali la disciplina collettiva è espressamente chiamata in causa dal decreto al fine di integrare il contenuto del disposto normativo, bensì per quegli elementi del contratto di somministrazione che alludono a profili attinenti al trattamento economico-normativo del lavoratore.

Quanto alle imprese di fornitura, dal decreto emergono al riguardo indizi fra loro in contraddizione: da un lato, infatti, il tenore letterale dell'art. 5, comma 2, lett. d) e comma 3, lett. c) (v., *supra*, §II.1), induce a pensare che la disciplina collettiva cui riferirsi sia quella "applicabile", con tutto quello che ne consegue in termini di contrasto con i principi costituzionali in materia di libertà sindacale e di efficacia soggettiva del contratto collettivo (v., *ancora supra*, §II.1); dall'altro lato, tuttavia, va segnalato che in altra parte del decreto - e più precisamente all'art. 22, comma 2, nella parte relativa alla prorogabilità del contratto di lavoro a termine - si rinvia espressamente al contratto collettivo "applicato" dal somministratore.

In ordine, invece, al soggetto utilizzatore il silenzio del legislatore sul punto può essere inteso nel senso dell'operatività delle regole generali, con il risultato, quindi, di subordinare l'applicabilità del contratto collettivo al dato dell'affiliazione sindacale dell'impresa utilizzatrice.

Come già s'è anticipato, vi sono degli aspetti del contratto di somministrazione in relazione ai quali il contratto collettivo è chiamato in causa dal decreto alla stregua di una fonte secondaria, circostanza che si verifica, innanzitutto, per l'ipotesi in cui la somministrazione sia concordata a tempo determinato: in questo caso, infatti, **nell'indicare il numero dei lavoratori le parti devono necessariamente attenersi ai limiti quantitativi contemplati, in misura anche non uniforme, dai contratti col-**

lettivi nazionali stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'art. 10, d.lgs. n. 368/2001 (v. *M.T. CARINCI, supra*, art. 20).

Lo stesso discorso vale anche in ordine alla previsione delle **causali convenzionali riferite alla somministrazione a tempo indeterminato**: anche qui, infatti, il legislatore rinvia agli accordi stipulati dagli stessi soggetti sindacali, con la differenza, però, che in questo caso il livello interessato non è solo quello nazionale ma anche quello territoriale (art. 20, comma 3, lett. i)).

In ordine, invece, all'**indicazione della presenza di eventuali rischi per la sicurezza dei lavoratori e delle misure atte a prevenirli**, consistendo in profili che possono presentare tratti di peculiarità in relazione al tipo di attività svolta e di organizzazione adottata dal soggetto che in concreto si avvale della prestazione del lavoratore, occorrerà riferirsi ai sistemi di accertamento, analisi e controllo dell'ambiente di lavoro eventualmente contemplati dal contratto nazionale e/o aziendale dell'utilizzatore.

Quanto alla clausola di cui alla lett. e), nel caso la fornitura sia a tempo determinato, **sull'accordo raggiunto dalle parti circa la durata complessiva del contratto di somministrazione potrebbero interferire le indicazioni provenienti dal contratto collettivo del somministratore**, che, in base all'esplicito rinvio di cui all'art. 22, comma 2, rappresenta la sede competente per stabilire la durata massima della proroga del contratto di la-

voro (v. **CIUCCIOVINO, *infra*, art. 22**).

Più articolato è, invece, il discorso riguardante quelle clausole correlate ad una pluralità di aspetti concernenti il **trattamento economico-normativo applicato al prestatore**. Qui, infatti, a seconda dei profili presi in considerazione, sono chiamati in causa sia i contratti collettivi riferibili all'utilizzatore sia quelli riferibili al somministratore. Più nel dettaglio, aspetti quali le mansioni in concreto affidate, l'articolazione dell'orario di lavoro e la retribuzione devono essere necessariamente calibrati sulla base delle indicazioni provenienti dalla disciplina contrattuale applicata al soggetto utilizzatore. In specifico riferimento al trattamento economico, va per inciso sottolineato che il d.lgs. n. 276/2003 - alla stessa stregua peraltro della l. n. 196/1997 - per quanto attiene alle eventuali quote di retribuzione variabile rinvia espressamente ai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, rinvio questo da leggere come rivolto alla contrattazione decentrata (territoriale o aziendale), alla quale, nel rispetto della ripartizione di competenze fra i diversi livelli negoziali delineato dal Protocollo del 23 luglio 1993, spetta il compito di fissare in concreto i criteri sulla base dei quali calcolare le porzioni di salario rapportate ai risultati dell'impresa. Accanto a quelli appena presi in considerazione, esistono invece altri profili del trattamento normativo di esclusiva pertinenza della disciplina collettiva riferibile al somministratore, quali, ad esempio, quelli

concernenti il periodo di prova, quello di comporta, i limiti formali e sostanziali all'esercizio del potere disciplinare, la risoluzione del rapporto.

III.3 - DETERMINAZIONE LEGISLATIVA DEGLI ELEMENTI E AUTONOMIA CONTRATTUALE DELLE PARTI

La determinazione per via legislativa degli elementi che contraddistinguono la fattispecie della somministrazione non esclude che le parti abbiano comunque la possibilità di integrare il contenuto delle loro convenzioni attraverso l'inserimento di ulteriori clausole.

Resta, tuttavia, da stabilire entro quali margini ciò possa avvenire: si tratta di un problema che si era già posto con riguardo alla l. n. 196/1997 e che riveste un particolare profilo di rilevanza, soprattutto al fine di verificare quali interferenze possa produrre il dispiegarsi dell'autonomia contrattuale rispetto alla regolamentazione del rapporto di lavoro, dettata per la fornitura a tempo indeterminato dalla disciplina codicistica e dalle leggi speciali (art. 22, comma 1) e per quella a tempo determinato dal d.lgs. n. 368/2001 (art. 22, comma 2) (v. **CIUCCIOVINO, *infra*, art. 22**).

Da questo punto di vista, come peraltro già emerso in precedenza (MISCIONE, 1997, 2085; DEL PUNTA, 1998, *La «fornitura di lavoro temporaneo»*, 234; ROMEI, 1999, 157; ZOLI, 1999, 145; M.T. CARINCI, 2000, 327; NICCOLAI, 2003, 160), non sembra vi siano ostacoli all'inserimento

della c.d. **clausola di mancato gradimento**, in forza della quale l'utilizzatore che non ritenga il lavoratore adatto alle mansioni affidategli, può chiederne al fornitore la sostituzione anche prima della scadenza del contratto e a prescindere da un inadempiamento dello stesso lavoratore. Una clausola così strutturata, infatti, non produce ricadute in grado di modificare prerogative intangibili del lavoratore, in quanto anche ove l'utilizzatore se ne avvalga, se il comportamento dello stesso lavoratore non è tale da giustificare il licenziamento la società somministratrice resta comunque obbligata a garantirne l'occupazione per il periodo concordato e conseguentemente a corrispondergli la retribuzione.

In riferimento agli adempimenti da assolvere in materia di sicurezza il contratto di somministrazione può essere integrato da un'**indicazione volta a rendere sul punto il soggetto utilizzatore parte attiva non solo nella fase di individuazione dei rischi ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. d), ma anche in quella di formazione del lavoratore**.

È quanto si evince dall'art. 23, comma 5 (v. **CIUCCIOVINO, *infra*, art. 23**), il quale, dopo avere stabilito che il somministratore è tenuto ad informare i lavoratori in merito ai rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale, nonché a formarli e ad addestrarli sull'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività per cui vengono assunti, puntualizza che *“Il contratto di somministrazione può prevedere che tale*

obbligo sia adempiuto dall'utilizzatore”.

Al riguardo, sulla base degli stessi argomenti testuali già utilizzati per la previsione di identico tenore di cui all'art. 3, comma 5, l. n. 196/1997 (BORTONE, 1999, 329; PELLACANI, 2000, *Il contratto*, 66), ma in considerazione anche di quella che dovrebbe essere una logica ripartizione di competenze in materia di tutela della salute del lavoratore, è possibile sostenere che la norma distingua fra due obblighi, e cioè quello concernente i rischi per l'integrità connessi alle attività produttive in generale e quello legato alle specificità dell'ambiente in cui dovrà inserirsi il lavoratore e che solo questo secondo possa essere oggetto di convenzione fra le parti.

Quanto, invece, alla scelta del lavoratore, **nulla impedisce che vengano indicati il nominativo del soggetto (o dei soggetti) da somministrare** (DEL PUNTA, 1998, *La «fornitura di lavoro temporaneo»*, 225; ZOLI, 1999, 145-146; BRONZINI, 2000, *Il contratto di fornitura*, 68-69; M.T. CARINCI, 2000, 328; NICCOLAI, 2003, 158). In questo modo la prestazione dell'agenzia assume, tuttavia, i caratteri dell'infungibilità, con la conseguenza che ove diventi irrealizzabile per un motivo non ascrivibile a responsabilità della stessa agenzia, il vincolo contrattuale viene meno per sopravvenuta impossibilità, a meno che le parti non abbiano stabilito diversamente (NICCOLAI, 2003, 159).

Nessuna preclusione esiste, inoltre, ad un intervento dell'autonomia

privata nella direzione dell'esonero per l'utilizzatore dalla responsabilità verso terzi per i danni causati dal lavoratore sancita a suo carico dall'art. 26 (sul punto si rinvia alle considerazioni già formulate sulla norma di identico tenore di cui all'art. 6, comma 7, l. n. 196/1997 da: ROMEI, 1999, 158; M.T. CARINCI, 2000, 440; NICCOLAI, 2003, 164) e in quella della deroga alla responsabilità sempre a carico in via esclusiva dell'utilizzatore per le differenze retributive spettanti al lavoratore che traggano origine da uno spostamento di mansioni non comunicato al somministratore (art. 23, comma 6).

Allo stesso tempo, non vi sono motivi per escludere la legittimità di un'eventuale clausola con la quale l'agenzia si impegni nei confronti dell'utilizzatore a non inviare presso imprese concorrenti lavoratori già impiegati dallo stesso utilizzatore e questo per prevenire il rischio di una diffusione di notizie riservate relative all'organizzazione produttiva dell'impresa (MARESCA, 1997, 193; ROMEI, 1999, 155; M.T. CARINCI, 2000, 328).

Il d.lgs. n. 276/2003 non prevede, come invece accadeva in precedenza (art. 1, comma 6, l. n. 196/1997), il divieto di inserire nel contratto una clausola che abbia l'effetto di limitare la facoltà dell'impresa utilizzatrice di assumere il lavoratore al termine del contratto con ad oggetto prestazioni a tempo determinato. Questo non significa, tuttavia, che un eventuale accordo in tal senso possa produrre effetti nei confronti del lavoratore, posto che il principio in questione è

comunque previsto con riguardo al contratto di lavoro (art. 23, comma 8), fatta eccezione per il caso in cui al lavoratore sia corrisposta un'adeguata indennità sulla scorta di quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile all'agenzia (art. 23, comma 9), previsione questa che se da un lato punta a favorire la fidelizzazione del prestatore (TIRABOSCHI, 2003, *Somministrazione*, 68), dall'altro lato rischia di sortire l'effetto di un depotenziamento della funzione collocativa sottesa alla fornitura (v. M.T. CARINCI, *supra*, art. 20, §VII e CIUCCIOVINO, *infra*, art. 23, §VI).

Il contratto può essere, infine, integrato con una serie di clausole volte a regolamentarne l'estinzione.

Da questo punto di vista sono da considerarsi legittime eventuali previsioni in cui lo scioglimento del vincolo contrattuale discenda da situazioni patologiche relative al rapporto lavorativo, come nel caso in cui l'efficacia del contratto sia condizionata dal superamento del periodo di prova da parte del lavoratore (CUFFARO, 1999, 74) o, più in generale, dal venire meno del contratto di lavoro (BIANCHI D'URSO, CHISARI, 1998, 91).

Allo stesso scopo, l'estinzione del contratto può essere fatta scaturire da un andamento negativo della produttività dell'azienda utilizzatrice o da vicende che ne modifichino in maniera significativa gli assetti interni, quali eventuali fusioni o incorporazioni (CUFFARO, 1999, 74, che, tuttavia, sottolinea come la legittimità di tali clausole di recesso debba essere valutata in relazione ai motivi

della fornitura): si tratta, peraltro di situazioni che in alcun modo possono incidere sulla posizione del lavoratore, facendo venire meno gli obblighi nei suoi confronti a carico dell'agenzia fornitrice (M.T. CARINCI, 2000, 328).

III.4 - GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE DEL SOMMINISTRATORE

L'art. 21, comma 3, d.lgs. n. 276/2003 stabilisce che "*Le informazioni di cui al comma 1, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, devono essere comunicate per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore*". Il mancato adempimento di questo obbligo comporta a carico del datore l'applicazione della sanzione di cui all'art. 18, comma 3.

Scopo della previsione è quello di garantire al lavoratore una esauriente informativa circa i contenuti del contratto, onde consentirgli di verificare la corrispondenza con i correlati aspetti riguardanti il rapporto lavorativo e, più in generale, i presupposti di legittimità. Infatti, solo disponendo di questi dati, il lavoratore è messo nelle condizioni di riscontrare eventuali lacune del regolamento negoziale ovvero discrepanze fra il programma negoziale e la sua effettiva attuazione e conseguentemente di eccepirne l'invalidità ai sensi, rispettivamente, dell'art. 21, comma 4, e 27, comma 1 (v., *infra*, §III.5).

La norma non ammette equipol-

lenti alla **forma scritta** della comunicazione, per la cui effettuazione è previsto come termine ultimo quello dell'**invio del lavoratore presso l'utilizzatore**.

Oltre che dei dati relativi ai contenuti dell'operazione commerciale, il lavoratore dovrà anche essere informato della "*durata prevedibile*" dell'attività che dovrà svolgere presso l'utilizzatore.

Si può ragionevolmente supporre che l'inciso riferito alla "*durata prevedibile*" sottintenda la finalità di sancire la somministrazione a tempo determinato da una data finale certa. Resta tuttavia il problema di contenere l'esercizio di questa prerogativa entro limiti accettabili, problema che può essere risolto rifacendosi all'orientamento assunto sul punto dalla giurisprudenza (v., fra le tante, Cass., sez. lav., 11 luglio 1998, n. 6784, in *Or. giur. lav.*, 1998, 608, v., *infra*, **Giurisprudenza collegata**, sez. III) con riguardo al contratto a termine, con la conseguente possibilità anche in relazione alla somministrazione a tempo determinato di ricollegare la scadenza del contratto di lavoro (o della missione se il lavoratore è stato assunto a tempo indeterminato) ad un evento futuro di certa realizzazione ma non determinabile quanto al momento del suo esatto verificarsi.

Una tale eventualità si ripercuote pertanto anche sulla "*durata prevista*" del contratto di somministrazione, che ove ricorra una situazione come quella appena descritta potrà pertanto legittimamente prescindere dall'indicazione di un termine finale

collegato ad una data precisamente individuata.

Resta infine da rilevare, che il d.lgs. n. 276/2003 non prevede più l'obbligo per l'agenzia di sottoporre al controllo della Direzione provinciale del lavoro il contratto di somministrazione (art. 1, comma 7, l. n. 196/1997) (sull'effettività di tale forma di controllo, v., peraltro, le fondate riserve di BONARDI, 2001, 210).

III.5 - L'INVALIDITÀ DEL CONTRATTO E LE SUE CONSEGUENZE

L'art. 21, comma 4, sanziona con l'invalidità assoluta del contratto la mancata indicazione in forma scritta degli elementi di cui alle lett. a), b), c), d) ed e); da ciò inoltre deriva, quale ulteriore conseguenza, l'impugnazione del rapporto lavorativo in capo all'utilizzatore.

I medesimi effetti scaturiscono, peraltro, anche dalla fattispecie della **somministrazione irregolare**, che ha luogo nell'ipotesi in cui l'interposizione "avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, lett. a), b), c), d) ed e)". In questo caso, "il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la

prestazione, la costituzione di un rapporto alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione" (art. 27, comma 1, v. **M.T. CARINCI, infra, art. 27**).

In entrambe le ipotesi, quindi, entrano in gioco violazioni riguardanti gli stessi elementi del contratto di fornitura. A ben vedere, però, esistono rilevanti differenze: nel primo caso l'art. 21, comma 4, colpisce una irregolarità contenutistico-formale, cioè la mancata inserzione nel documento contrattuale di una delle clausole indispensabili per la validità del negozio; l'art. 27, comma 1, punisce invece la condotta delle parti non conforme agli obblighi formalmente assunti con l'apposizione di quelle stesse clausole (dunque l'inadempimento o l'adempimento inesatto). Ne consegue, che mentre la violazione di cui all'art. 21, comma 4, per emergere non necessita di un'indagine circa l'effettivo svolgimento del rapporto di lavoro - essendo rilevabile anche grazie alla semplice presa di visione del testo contrattuale -, la somministrazione irregolare è riscontrabile solo all'esito di una tale verifica, come dimostra il fatto che l'art. 27, comma 1, indica quale soggetto passivo della domanda giudiziale del lavoratore colui "che ne ha utilizzato la prestazione".

GIURISPRUDENZA COLLEGATA

SOMMARIO: I. Esclusione della possibilità per le società di lavoro temporaneo di introdurre elementi di frammentazione nella loro organizzazione produttiva - II. I limiti all'obbligo di versamento cauzionale a tutela dei crediti dei lavoratori e degli enti previdenziali per le agenzie di fornitura stabilite in altri Stati membri dell'Unione Europea - III. Legittimità del contratto di lavoro a tempo determinato in cui la scadenza del termine è collegata ad un evento futuro di certa realizzazione ma non determinabile quanto al momento del suo esatto verificarsi

I - ESCLUSIONE DELLA POSSIBILITÀ PER LE SOCIETÀ DI LAVORO TEMPORANEO DI INTRODURRE ELEMENTI DI FRAMMENTAZIONE NELLA LORO ORGANIZZAZIONE PRODUTTIVA

1. Non è consentito alle società di lavoro temporaneo mettere in atto una frammentazione della loro struttura organizzativa, circostanza questa che produrrebbe l'effetto di alterare il rapporto strutturato come meramente triangolare tra impresa utilizzatrice, impresa fornitrice e prestatori di lavoro temporaneo: diversamente, infatti, nella società fornitrice sarebbero introdotti organi spuri e ulteriori rispetto a quelli tipici e tali da ostacolare l'imputazione diretta di effetti, con la conseguenza di fare venire meno quelle garanzie date dalla immediata e totale identificabilità da parte dell'Amministrazione vigilante della struttura organizzativa già abilitata ad una tale eccezionale attività (**Parere del Cons. di Stato 29 settembre 1999, in Dir. rel. ind., 2000, 241, con nota di RUSSO**).

II - I LIMITI ALL'OBBLIGO DI VERSAMENTO CAUZIONALE A TUTELA DEI CREDITI DEI LAVORATORI E DEGLI ENTI PREVIDENZIALI PER LE AGENZIE DI FORNITURA STABILITE IN ALTRI STATI MEMBRI DELL'UNIONE EUROPEA

1. L'obbligo di effettuare un deposito cauzionale presso un istituto di credito avente la sua sede o una dipendenza nel territorio nazionale, quale risulta dall'art. 2, comma 2, lett. c), l. n. 196/1997, da un lato costituisce una restrizione ai movimenti di capitali ai sensi dell'art. 56, n. 1, Ce, in quanto impedisce a un'impresa che intenda esercitare l'attività di fornitura di lavoro temporaneo in Italia di fare valere, in vista della concessione dell'autorizzazione, un deposito cauzionale effettuato presso un istituto di credito stabilito in un altro Stato membro, dall'altro lato determina una discriminazione nei confronti degli istituti di credito stabiliti in altri stati membri, vietata dall'art. 49, comma 1, Ce (**Corte di Giustizia UE, VI sez., 7 febbraio 2002, C-279/00, in Mass. Giur. lav., 2002, 361, con nota di BRIGNONE**).

III - LEGITTIMITÀ DEL CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO DETERMINATO IN CUI LA SCADENZA DEL TERMINE È COLLEGATA AD UN EVENTO FUTURO DI CERTA REALIZZAZIONE MA NON DETERMINABILE QUANTO AL MOMENTO DEL SUO ESATTO VERIFICARSI

1. Con riguardo al contratto a

tempo determinato è legittima la fissazione di un termine mediante indicazione, anziché di una data determinata, di un evento futuro previsto come di certa realizzazione *certus an* e tuttavia non determinabile quanto al momento del suo esatto verificarsi (Cass., sez. lav., 11 luglio 1998, n. 6784, in *Or. giur. lav.*, 1998, 608).