

La nuova disciplina della somministrazione di lavoro tra poteri datoriali e diritti del lavoratore*

Gabriella Nicosia

1. Premessa	189
2. La ripartizione dei poteri datoriali tra somministratore ed utilizzatore: potere direttivo e potere disciplinare	190
3. I diritti del lavoratore: il principio di parità di trattamento	194
3.1 La deroga al precetto di parità	198
4. La responsabilità solidale del somministratore e dell'utilizzatore	200
5. L'obbligazione datoriale di sicurezza nei luoghi di lavoro ed i correlati diritti dei lavoratori somministrati	204
6. Le clausole dirette a limitare l'assunzione al termine dell'esecuzione del contratto di somministrazione: la regola	206
6.1. (segue)...L'eccezione	210

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 33/2005

1. Premessa

Il decreto legislativo n. 276/2003 ha introdotto una normativa che regola un nuovo tipo di contratto commerciale definito “somministrazione di lavoro”⁵⁴¹. La sua disciplina, tuttavia, ripropone per molti versi alcune delle regole e prescrizioni contenute nella normativa previgente. Le nuove disposizioni normative presentano, pertanto, tratti di analogia con quelle contenute nelle leggi n. 196/1997 e n. 1369/1960, che ha inteso abrogare. In effetti, al pari del vecchio rapporto nascente dalla fornitura di mano d’opera di cui alla l. n. 196/1997, anche la somministrazione si caratterizza per la scissione tra la titolarità del contratto di lavoro (che si consolida in capo al somministratore) e l’effettiva utilizzazione del lavoratore (nell’interesse, sotto la direzione ed il controllo dell’utilizzatore) e, contestualmente, per l’assenza di vincoli contrattuali diretti tra impresa utilizzatrice e lavoratore somministrato.

Volendo anticipare almeno una delle conclusioni cui si intende pervenire, si può sin d’ora osservare come essa proponga, tra le novità meritevoli di rilievo, il tentativo di conciliare l’esigenza di rendere effettivo il disposto dell’art. 4 della Costituzione con la prescrizione, di pari dignità costituzionale (art. 3 Cost.), del principio di uguaglianza sostanziale dei lavoratori. Per un verso, infatti, la norma consacra il principio della parità di trattamento tra lavoratori permanenti e lavoratori temporanei - e questa volta con riferimento esplicito anche al trattamento normativo oltre che economico - ma, per altro verso, al fine di rendere più conveniente l’impiego di questi ultimi, introduce deroghe al principio medesimo per favorire, quindi, l’impiego dei lavoratori svantaggiati.

Il nodo cruciale che il legislatore delegato ha provato a sciogliere è rinvenibile nel bisogno di conciliare il diritto al lavoro con una disegualianza giustificata dal perseguimento, come scopo, di una *chance* occupazionale.

L’opzione cui si accede sul piano normativo sembrerebbe muovere verso la conciliazione tra la valorizzazione della valenza fortemente emancipatoria ed egualitaria del diritto al lavoro, di cui all’art. 4 cost., da un lato, e l’attuazione della lettura evolucionista del medesimo, volta ad ampliarne la funzione integrazionista⁵⁴², dall’altro.

Sembrerebbe, in buona sostanza, accolta la prospettiva di un ripensamento della gerarchia dei valori costituzionali (nella specie diritto al lavoro ed eguaglianza) che ricolloca all’apice il diritto al lavoro “come viatico della dignità sociale e dell’eguaglianza sostanziale (che è l’obiettivo privilegiato delle politiche di adattamento)”⁵⁴³, all’interno del quale trova posto una visione mite della

⁵⁴¹ Per l’analisi del nuovo tipo di contratto, oltre ai contributi contenuti in questo Commentario, si rinvia, *ex aliis*, a ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, d.lgs 10 settembre 2003, n. 276, *Commentario*, Zanichelli, 2004, p. 257 ss; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO (a cura di), Cacucci, 2004; CARINCI M. T., *La somministrazione di lavoro altrui*, CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, entrambi in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d’azienda*, (a cura di) CARINCI M. T. E C. CESTER, Ipsoa, 2004; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, 2004.

⁵⁴² Sul punto v. CARUSO, *Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più stato e meno mercato?*, *Dir. merc. lav.* (oggi *Dir. lav. mercati*), 2000, p. 312 ss; di recente pure ALAIMO, *I servizi all’impiego e l’art. 4 Cost. dopo le recenti riforme in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 249 ss.; sull’argomento resta fondamentale lo scritto di D’ANTONA, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell’ordinamento comunitario*, in CARUSO E SCIARRA (a cura di), *Opere*, 1999 oggi 2000, vol. I, Giuffrè, p. 265 ss.

⁵⁴³ Così CARUSO, *op. loc. ult. cit.*, p. 314-315.

flessibilità intesa come differenziazione che non contrasta con la nuova lettura dei valori costituzionali.

Tuttavia, le potenzialità inclusive delle scelte tecniche effettuate potranno essere verificate solo nel tempo.

2. La ripartizione dei poteri datoriali tra somministratore ed utilizzatore: potere direttivo e potere disciplinare

Con riguardo all'esercizio dei poteri datoriali, la nuova disciplina non innova rispetto alle disposizioni previgenti relative al rapporto di lavoro interinale, limitandosi a ripetere la separazione funzionale del potere direttivo, che si configura in capo all'utilizzatore, e di quello disciplinare che spetta, invece, al somministratore. La dissociazione tra la titolarità del rapporto e la sua effettiva utilizzazione è coerente con le caratteristiche di un nuovo tipo contrattuale finalizzato a fornire un "servizio" che assicura la medesima utilità propria del lavoro subordinato e che, pertanto, deve essere organizzata dal destinatario finale della prestazione⁵⁴⁴.

A questo riguardo, pur dovendo rinviare *infra* ai commenti che affrontano il problema della qualificazione giuridica del rapporto di somministrazione, sembra opportuno accennare, senza alcuna pretesa di completezza, alle principali tesi formulate dalla dottrina rispetto a tale dissociazione dei tipici poteri datoriali. In particolare, ai fini di questo commento, è indispensabile verificare sulla base di quale meccanismo giuridico fosse possibile, già nel vigore della precedente disciplina, attribuire il potere direttivo ad un soggetto diverso dal datore di lavoro *stricto sensu*, cioè l'utilizzatore che non è, appunto, la controparte contrattuale del lavoratore.

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

La prima, confortata pure dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁵⁴⁵, si fonda sull'idea che il lavoro temporaneo sia caratterizzato dal collegamento negoziale tra contratto di fornitura e contratto di lavoro con l'impresa fornitrice. Ciò significa che l'esercizio del potere direttivo da parte dell'utilizzatore si giustifica in quanto effetto giuridico di tale collegamento⁵⁴⁶.

Il secondo orientamento, invece, riconduce l'esercizio dei poteri datoriali da parte dell'utilizzatore ad una delega implicitamente conferita dall'agenzia titolare del rapporto di lavoro⁵⁴⁷. Alcuni

⁵⁴⁴ In questo senso SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, *Dir. rel. ind.*, 2004, spec. p. 312 ss.

⁵⁴⁵ Cass., sez. lav., 27 febbraio 2003, n. 3020, in *Foro it.*, I, 2003, p. 1029, con nota di PERRINO.

⁵⁴⁶ DEL PUNTA, *La "fornitura del lavoro temporaneo" nella l. n. 196/1997*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, p. 209; PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, *Riv. Giur. lav.*, 1999, I, spec. p. 246 ss; CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1999, III, spec. p.65; TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, spec. p. 93; *amplius* ROMEI, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, 1999, spec. pp. 107 -109; in generale *contra* ICHINO, *La somministrazione di lavoro, op. cit. spec.* p. 291 -294, che ritiene sbagliato parlare di collegamento, sia con riguardo alla vecchia disciplina che alla nuova, proprio a fronte del fatto che il contratto di lavoro stipulato dal somministratore ha una autonomia genetica e funzionale rispetto al contratto di somministrazione.

⁵⁴⁷ ALESSI, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in NAPOLI (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, spec. p. 1207; LUNARDON, *Gli obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in NAPOLI (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico, op. ult. cit.*, spec. p. 1242; CARDONI, *Lavoro temporaneo in Francia e regolamentazione legislativa in Italia: un*

autori, affiancandosi, ma non uniformandosi, a quest'ultima lettura interpretativa, hanno attribuito al potere dell'utilizzatore (direttivo e di controllo) per un verso una particolare accezione nei termini del potere che si esercita "conformando un'obbligazione altrui"⁵⁴⁸ e, per altro verso, quella di un potere (organizzativo) la cui titolarità resta comunque in capo al datore di lavoro (somministratore/fornitore) ed il cui esercizio – questo sì affidato all'utilizzatore - si riverbera sul giudizio di adempimento dell'obbligazione di lavoro secondo un'autonoma valutazione del fornitore medesimo⁵⁴⁹.

La seconda impostazione, per la quale personalmente si propende, avrebbe il vantaggio di ritenere, sempre, e in ogni modo, responsabile l'agenzia di somministrazione nei confronti del lavoratore proprio perché parte del contratto di lavoro. Si pensi, ma l'argomento sarà approfondito *infra* nel paragrafo 5, alla possibilità di prospettare, in via residuale, una responsabilità in capo al somministratore relativa all'inadempimento dell'obbligazione datoriale di sicurezza; questo pur a fronte di un'esplicita previsione normativa che ne attribuisce invece la titolarità all'utilizzatore.

Tra le principali espressioni del potere direttivo si è soliti annoverare l'esercizio dello *ius variandi*. Sotto questo aspetto, l'art. 23 del d.lgs n. 276/2003 prevede, in capo all'utilizzatore, l'obbligo di comunicare per iscritto al somministratore la destinazione del lavoratore a mansioni differenti *non equivalenti*. Dalla formulazione ambigua della norma potrebbe dedursi la possibilità di adibire il lavoratore somministrato pure allo svolgimento di mansioni inferiori⁵⁵⁰.

Ciò parrebbe trovare conferma nel fatto che la medesima norma si preoccupa di prevedere uno specifico risarcimento per i casi di assegnazione a mansioni inferiori⁵⁵¹.

A fronte di tale disposto normativo e dei dubbi interpretativi sollevati, è possibile svolgere le seguenti riflessioni e al contempo provare a prospettare alcune possibili soluzioni interpretative:

A) La prima relativa alla possibilità, o meno, di muovere un addebito, e di che natura, in capo al somministratore, in caso di assegnazione a mansioni inferiori del lavoratore somministrato, non tempestivamente comunicate da parte dell'utilizzatore. A questo proposito, qualche autore ha sostenuto che, in effetti, è possibile prospettare l'esonero da *culpa in vigilando*⁵⁵² del somministratore, tutte le volte in cui non abbia ricevuto opportuna informazione dall'utilizzatore; con tale disposizione il legislatore avrebbe voluto, in buona sostanza, sostituire il regime generale della responsabilità solidale del somministratore e dell'utilizzatore con l'esclusiva responsabilità dell'utilizzatore. Al fine, però, di non compromettere le tutele accordate al lavoratore, si potrebbe prospettare una lettura che interpreti la norma in combinato disposto con il principio sancito

approccio comparato, Riv. giur. lav., 1997, I, p. 180; BONARDI, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, 2001, p. 244; ID, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit.; p. 137.

⁵⁴⁸ Cfr. CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, 2000, p. 358-359.

⁵⁴⁹ BELLOCCHI, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. Dir. lav.*, 2001, spec. p. 180-181.

⁵⁵⁰ Così CHIECO op. cit., p. 126; CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà*, in CARINCI M. T. E CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, op. cit.; PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, in www.unicz.it/lavoro.

⁵⁵¹ In tal senso cfr. CHIECO, op.cit., p. 127; CIUCCIOVINO, op. cit., p. 100.

⁵⁵² Cfr. CHIECO op. ult. cit., p. 126.

nell'art. 23 comma 3 della norma in commento, relativo alla sussistenza di un vincolo solidale tra il somministratore e l'utilizzatore. Questo significa che pur individuando come obbligato in via principale l'utilizzatore, cui si dovrà quindi, per primo, chiedere l'adempimento, residuerà, comunque, in capo al somministratore un'obbligazione sussidiaria⁵⁵³ quale espressione del vincolo solidale derivante dall'art. 23, comma 3, menzionato. Si potrebbe, allora, sostenere che sia stato introdotto solo un ordine diverso dell'adempimento del debito, e non anche una riduzione delle azioni poste a tutela del lavoratore, al quale spetterebbe, comunque, il pieno soddisfacimento della propria pretesa creditoria.

B) La seconda concernente, invece, la possibilità, o meno, di prospettare l'introduzione di un regime speciale in deroga al regime generale previsto nell'art. 2103 cod. civ. che, come noto, dispone la nullità per le modifiche peggiorative. Il dettato normativo, in effetti, appare sul punto ambiguo e foriero di letture interpretative di diverso tenore⁵⁵⁴. Pur essendo prevista un'obbligazione risarcitoria che lascia presupporre la illegittimità dello *ius variandi in pejus*, non è al contempo previsto il ripristino dello *status quo ante* l'esercizio (illegittimo) di tale potere, e cioè la reintegrazione del lavoratore nelle precedenti mansioni che normalmente consegue all'applicazione del regime di cui all'art. 2103 cod. civ. Questo significa che il diritto del lavoratore ad essere adibito a mansioni equivalenti o superiori subisce, comunque, una *deminutio* di non poco momento⁵⁵⁵. Proprio per questa ragione, ed anche per il fatto che non è prevista alcuna motivazione o giustificazione per tale diverso regime sanzionatorio⁵⁵⁶, è possibile configurare una violazione dell'art. 3 della Costituzione per l'irragionevole disparità di trattamento rispetto ai lavoratori ordinari⁵⁵⁷. Questo a meno di non ricorrere ad un'interpretazione estensiva dell'obbligo generale di parità di trattamento sancito al comma 1 della norma in commento in modo da rendere conforme la disciplina applicabile ai lavoratori somministrati con quella prevista per i lavoratori ordinari.

Nessun obbligo di comunicazione è configurabile, al contrario, per il caso di assegnazione a mansioni equivalenti. Ciò perché tale eventualità rientra nell'alveo del normale esercizio del potere direttivo del datore di lavoro. Tuttavia, quando il mutamento si riverberi sul trattamento economico e normativo dovuto al lavoratore, è possibile prospettare un dovere di comunicazione al somministratore nel rispetto dei generali doveri di buona fede e correttezza comportamentale;

⁵⁵³ Si veda *infra*, § 4, la ricostruzione della coobbligazione solidale tra somministratore ed utilizzatore; in questa direzione pure CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 101. Tuttavia, la Circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, n. 7 del 22 febbraio 2005, in <http://www.welfare.gov.it/EaChannel/MenuIstituzionale/normative/2005/20050222Circolare7del22022005.htm>, parrebbe prendere posizione in senso opposto a tale prospettiva interpretativa laddove conferma che la responsabilità dell'utilizzatore è di natura esclusiva mentre il vincolo solidale con il somministratore riemerge a fronte dell'adempimento dell'onere di comunicazione in capo al somministratore.

⁵⁵⁴ Secondo CHIECO, *op. ult. cit.*, p. 127, si tratterebbe proprio della introduzione di un diverso regime dello *ius variandi* in grado di sostituirsi integralmente a quello predisposto dall'art. 2103 cod. civ.; contraria BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, *op. cit.*, p. 138; possibilista PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, *op. cit.*

⁵⁵⁵ Cfr. le affermazioni di PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, *op. cit.*, p. 57.

⁵⁵⁶ Ma per CHIECO, *op. ult. cit.*, p. 128, la diversità di regime si riscontra oltre che sul piano sanzionatorio anche su quello sostanziale.

⁵⁵⁷ CHIECO *op. ult. cit.* p. 128; nella medesima direzione PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, *op. cit.*; critica pure CIUCCIOVINO, *op. cit.*, che evidenzia la difficoltà di individuare beni-interessi da considerare prevalenti rispetto a quello tutelato dall'art. 2103 cod. civ.

ciò al fine di permettere al somministratore medesimo l'esatto adempimento delle obbligazioni verso il lavoratore⁵⁵⁸.

Per quanto concerne il potere disciplinare, come si è avuto modo di osservare, nulla è variato sul piano normativo rispetto alla precedente disciplina. Tale potere continua ad essere esercitato dal somministratore sulla base degli elementi oggetto della contestazione disciplinare comunicati dall'utilizzatore. Quest'ultimo svolge, allora, solo un ruolo di mero informatore⁵⁵⁹, visto che il potere di valutare il comportamento passibile di addebito disciplinare resta di competenza del datore di lavoro⁵⁶⁰, che lo esercita nel proprio interesse⁵⁶¹. Ciò è tanto vero che rientra nella piena discrezionalità del somministratore decidere se irrogare, o meno, la sanzione.

Conservano valore, pertanto, le ricostruzioni dottrinali prospettate nel vigore del precedente dettato normativo⁵⁶². Qui giova solo ricordare i dubbi avanzati dalla dottrina, a ridosso della disciplina previgente, relativamente al codice disciplinare applicabile (dell'utilizzatore o del somministratore) in caso di infrazione del lavoratore. Secondo alcuni⁵⁶³, infatti, si doveva applicare quello dell'utilizzatore, vuoi per l'inserimento del lavoratore temporaneo nella struttura produttiva di quest'ultimo, vuoi perché il lavoratore era espressamente tenuto ad osservare le norme di legge e di contratto applicabili all'impresa utilizzatrice e, quindi, anche il codice contemplato da tali contratti collettivi; secondo altri, viceversa, poiché l'interesse a garanzia del quale era preposto il potere disciplinare era quello del fornitore/creditore, in caso di procedimento disciplinare bisognava far riferimento al codice applicato da quest'ultimo⁵⁶⁴. Ad avviso di chi scrive, sembra plausibile la lettura interpretativa di quanti ritenevano applicabile il codice dell'utilizzatore, ciò proprio al fine di evitare lesioni del principio della parità di trattamento rispetto ai lavoratori dipendenti dall'utilizzatore⁵⁶⁵. Questa opzione interpretativa è coerente, come si vedrà nel paragrafo successivo, con la valorizzazione, sul piano normativo, del principio *de quo* esplicitamente rivolto, oggi, tanto al trattamento economico che a quello normativo.

⁵⁵⁸ In questo senso CIUCCIOVINO, *op. cit.* 101; solleva la questione pure LANOTTE, *La disciplina del contratto di lavoro tra agenzia di somministrazione e lavoratore*, in GALANTINO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2004, spec. p.241 – 242.

⁵⁵⁹ La dottrina specifica che non si tratta di un vero e proprio obbligo ma solo di un onere di comunicazione cui deve intendersi subordinata la possibilità di ottenere un risarcimento qualora da quella mancanza sia derivato un danno apprezzabile per l'utilizzatore. Cfr. ICHINO, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel d.lgs 276 del 2003*, in Giust. Civ. 2004, p. 98; ID, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, p. 301.

⁵⁶⁰ Sul punto cfr. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 101; ZOLI, *Il lavoro a termine. I contratti per prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1999, par. 4.

⁵⁶¹ Così CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, *op. cit.*, p. 388, cui si fa rinvio per l'approfondita disamina del precedente dettato normativo.

⁵⁶² La letteratura relativa alla disciplina previgente è copiosa e ricca di spunti di riflessione proprio con riguardo alla tematica concernente il potere disciplinare, si rinvia, per una ricostruzione esaustiva, a CARINCI M.T., *op. cit.*, ZOLI, *op. cit.*; NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, 2003, p. 263 ss;

⁵⁶³ *Ex aliis v.* ALESSI, *Il trattamento retributivo*, in NAPOLI (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, in Nuove leggi civ. comm., 1998, p. 1217; ROCCELLA, *I rapporti di lavoro atipici in Italia: dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla l. 196/1997*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 17; BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, 1999, p. 340; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, in SCHLESINGER E BUSNELLI (diretto da), *Il codice civile, Commentario*, Giuffrè, 2002, spec. p. 291.

⁵⁶⁴ CARINCI M.T., *op. cit.*, p. 389.

⁵⁶⁵ Cfr. già in questa direzione BIANCHI D'URSO, *Lavoro interinale e contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, *op. cit.*, p. 80-81.

3. I diritti del lavoratore: il principio di parità di trattamento

Fra le questioni di maggior rilievo affrontate nella letteratura a ridosso della emanazione del d.lgs n. 276/2003, si pone quella relativa all'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori dipendenti dal somministratore e lavoratori di pari livello dipendenti dall'utilizzatore.

L'art. 23 in commento, infatti, introduce con chiarezza tale principio riguardo il trattamento dei lavoratori somministrati rispetto a quelli dipendenti dall'utilizzatore.

Questa norma rappresenta una delle poche espressioni rinvenibili nel nostro ordinamento della *flexicurity* di matrice comunitaria che mira, come noto, ad integrare sistemicamente libertà, flessibilità e necessità di sicurezza⁵⁶⁶.

Quello che si è cercato di attuare è, infatti, un modello di concorrenza tra le imprese, in perfetta sintonia con gli auspici del legislatore comunitario, basato su fattori competitivi diversi da quelli relativi al trattamento economico e normativo dei lavoratori⁵⁶⁷.

Per tali ragioni il d.lgs n. 276/2003 si colloca nel solco tracciato dalle più recenti normative concernenti i lavori flessibili, come il d.lgs n. 61/2000 e il d.lgs n. 368/2001⁵⁶⁸, che hanno consacrato il ricorso alla parità di trattamento, a parità di lavoro, anche a fronte dell'assenza di un siffatto principio generale inderogabile nel nostro ordinamento.

Con riguardo a questi obiettivi di certo meritori, vi è tuttavia da domandarsi in quanti faranno ricorso ad un tale tipo di contratto, posto che, con riguardo al lavoro interinale, nel nostro paese le imprese hanno fatto ricorso a questa tipologia di rapporto lavorativo in misura inferiore rispetto ad altri paesi europei⁵⁶⁹. Nonostante i temperamenti della legislazione delegata dell'ottobre 2004⁵⁷⁰, la disciplina *de qua*, così congegnata, rende, al ricorrere di certe condizioni, la somministrazione⁵⁷¹ meno conveniente rispetto al contratto di appalto⁵⁷². Senza addentrarsi nella disamina di tale delicata questione, per la quale si rinvia ai relativi contributi contenuti in questo commentario, è tuttavia, opportuno svolgere le seguenti osservazioni.

⁵⁶⁶ In questo senso CARUSO, *The Concept of Flexibility in Labour Law. The Italian case in the European context*, in CARUSO e FUCHS, *Labour Law and Flexibility in Europe. The cases of Germany and Italy*, Nomos - Giuffrè, 2004; in argomento cfr. pure ZAPPALÀ, *La flessibilità nella sicurezza alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft e hard law*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 69.

⁵⁶⁷ Così osserva CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto.*, *op. cit.*, p. 131; *amplius* ID., *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, *Riv. Giur. Lav.*, 2002; sull'argomento cfr. pure TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera, contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, 1999, Giappichelli, 349-351 ss.

⁵⁶⁸ Cfr. art. 4 d.lgs n. 61/2000 e art. 6 d.lgs n.368/2001.

⁵⁶⁹ Si veda l'ampio studio di ICHINO, MEALLI, NANNICINI, *Il lavoro interinale in Italia, Trappola del precariato o trampolino verso un impiego stabile?*, Rapporto finale per la ricerca su "Il lavoro interinale in Italia" nell'ambito della Convenzione tra Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e European University Institute del 21 dicembre 2001.

⁵⁷⁰ D.lgs n. 251 del 6 ottobre 2004 che ha determinato parziali modifiche al disposto normativo del d.lgs n. 276/2003.

⁵⁷¹ Ma solo quella a tempo indeterminato.

⁵⁷² Cfr. le osservazioni di ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.* p. 272.; per TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in Guida al lavoro, suppl. n. 4, 2003, p. 68., l'indubbio maggior costo della somministrazione sarà probabilmente bilanciato dalla qualità del servizio offerto correlato ai profili di altissima professionalità della forza-lavoro impiegata; ma si vedano pure le considerazioni di RODANO, *Aspetti problematici del d.lgs 276/2003. Il punto di vista della teoria economica*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, spec. p. 423. L'autore mette in evidenza, infatti, come le nuove tipologie contrattuali, quali ad es. lo *staff leasing*, introdotte dalla normativa in questione, stentino a decollare.

Al pari di quanto si avrà modo di osservare in materia di regime della solidarietà (su cui v. infra il § 4), anche rispetto al principio della parità di trattamento il legislatore delegato ha differenziato l'appalto dalla somministrazione.

Mentre la precedente disciplina (art. 3 comma 1 l. n. 1369/1960⁵⁷³), relativa agli appalti introaziendali, gravava pure l'imprenditore che appaltasse opere o servizi dell'obbligo di assicurare, ai propri lavoratori, un trattamento normativo non inferiore a quello riservato ai dipendenti del committente, l'attuale dettato normativo (art. 29 d.lgs n. 276/2003, come modificato dal d.lgs n. 251/2004), non contiene la medesima prescrizione. Sembra, allora, corretta la ricostruzione della dottrina che ricollega la variabile della parità di trattamento alla esposizione, o meno, al potere direttivo di uno stesso soggetto, sia o no esso il datore di lavoro. Nella somministrazione i lavoratori somministrati fruiscono, per l'appunto, della parità di trattamento in quanto - e diversamente dall'appalto - soggiacciono con i dipendenti dell'utilizzatore al medesimo potere direttivo di quest'ultimo⁵⁷⁴.

Se a questo si aggiunge che rispetto all'appalto, e di opere e di servizi, il regime della solidarietà per un verso è ridotto solo alla ipotesi in cui l'appaltante rivesta la qualità di imprenditore o datore di lavoro - dunque non un semplice committente/persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale⁵⁷⁵ - e, per altro verso, soggiace al limite temporale di un anno di durata, è plausibile ritenere che residuino ancora dei margini di vantaggio nel ricorrere ad un appalto, piuttosto che a un contratto di somministrazione, perché meno costoso. Questo, ovviamente, a meno che i contratti collettivi nazionali, stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, non stabiliscano regole diverse (cfr. il nuovo testo dell'art. 29 comma 2 del d.lgs n. 276/2003).

Ritornando all'analisi strettamente esegetica, la norma fa, poi, chiarezza su un punto che la dottrina aveva comunque risolto già nel vigore della precedente disciplina: cioè l'applicabilità del principio della parità tanto con riguardo al trattamento economico⁵⁷⁶ quanto a quello normativo⁵⁷⁷. In questo modo, una volta per tutte viene scongiurato il pericolo di interpretazioni difformi e, quindi, di attuazione di una concorrenza al ribasso tra i dipendenti del somministratore e quelli

⁵⁷³ Critico rispetto alla disciplina contenuta in questa norma DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, *Dir. merc. Lav.*, 1999, 1, 49.

⁵⁷⁴ DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs n. 276/2003 (e del d. correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, spec. p. 520-523.

⁵⁷⁵ Come specifica pure il nuovo comma 3 bis aggiunto all'art. 29 *de quo* dal d.lgs n. 251/2004. Su questi aspetti, già con riguardo alla precedente versione dell'art. 29 in questione, v., per tutti, M. T. CARINCI, *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, (a cura di) CARINCI M. T. E CESTER, Ipsoa, 2004, p. 198 ss.

⁵⁷⁶ Nel vigore della precedente disciplina avevano sostenuto la riferibilità della disposizione normativa solo al trattamento retributivo *ex aliis*, ROCCELLA, *I rapporti di lavoro atipici in Italia dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla legge 196/1997*, op. cit., p. 15; LASSANDARI, *Prime note sul lavoro temporaneo*, *Lav. giur.*, 1997, 715.

⁵⁷⁷ Già in questa direzione cfr. *ex aliis* CARINCI M.T., op. cit., p. 367, cui si fa rinvio per ulteriori citazioni relative alla dottrina che ha sostenuto tale lettura interpretativa; SPEZIALE, *La prestazione di lavoro temporaneo e il trattamento retributivo*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, 1999, p. 291; ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 4, commi 2-4*, in GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999, p. 207; DEL PUNTA, *La "fornitura di lavoro temporaneo" nella l. 196/1997*, op. cit. p. 232; LECCESE e PINTO, *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in GHERA (a cura di), *Occupazione e flessibilità*, Jovene, 1998, spec. p. 49.

dell'utilizzatore, temperando così eventuali fenomeni di *dumping sociale* interno operato sul piano più sottile ma, in ogni caso, rilevante del trattamento normativo⁵⁷⁸.

In argomento è intervenuta pure la recente circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali⁵⁷⁹ che ha provato a chiarire alcuni dei passaggi controversi della disciplina relativa alla somministrazione contenuta nel decreto in commento. Proprio con riguardo al trattamento economico e normativo del lavoratore somministrato la circolare ha spiegato che "l'applicazione del principio di parità di trattamento dovrà essere operata tenendo conto delle mansioni cui è adibito il lavoratore in somministrazione, nonché della specifica professionalità dallo stesso esplicata"⁵⁸⁰. Questo perché è venuta meno la previsione di cui all'art. 4 comma 2 della disciplina previgente contenuta nella l. n. 196/1997 che disponeva per l'appunto che "al prestatore di lavoro non può comunque essere corrisposto il trattamento previsto per la categoria di inquadramento di livello più basso quando tale inquadramento sia considerato dal contratto collettivo come avente carattere esclusivamente transitorio".

Il problema che casomai si pone rispetto ad un principio così chiaramente scolpito, concerne l'effettiva comparabilità dei lavoratori somministrati con quelli dipendenti dall'utilizzatore.

La comparazione è, infatti, lo strumento per l'emersione della discriminazione⁵⁸¹, ma quando la comparazione si rivela difficoltosa per la particolare differenziazione del rapporto di lavoro dei lavoratori somministrati, rispetto a quelli dipendenti dall'utilizzatore, allora la norma appare in buona sostanza svuotata dei propri contenuti.

A fronte di una eventuale incomparabilità delle mansioni⁵⁸², si potrebbe ricorrere, però, come già suggerito da qualche autore⁵⁸³ nel vigore della precedente disciplina, ad un'interpretazione estensiva delle norme contrattuali relative all'inquadramento dei lavoratori dipendenti dall'utilizzatore, e in via residuale, procedere ad una comparazione con le eventuali mansioni equivalenti presenti nell'impresa utilizzatrice, sulla base dei criteri desumibili dall'art. 2103 cod. civ.⁵⁸⁴.

Quanto al metodo idoneo a compiere efficacemente la comparazione dei trattamenti, si

⁵⁷⁸ Sulla configurazione del principio di parità come strumento di governo del mercato del lavoro in funzione dell'effettività del diritto al lavoro dei cittadini v. CARUSO, *Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più stato e meno mercato?*, op. cit., p. 304; sull'analisi del principio di parità negli altri ordinamenti v. TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera, contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, op. cit., p. 363 ss, che si pone in posizione critica rispetto all'effettiva applicabilità del principio nel nostro ordinamento.

⁵⁷⁹ Circolare n. 7/2005, citata

⁵⁸⁰ Cfr. Circolare n. 7/2005, citata.

⁵⁸¹ Da ultimo, DE SIMONE G., Relazione presentata al Seminario per il dottorato in Diritto del lavoro Europeo, *I d.lgs. n. 215/2003 e n. 216/2003 e le nuove frontiere della discriminazione* - Catania 23 Giugno 2004.

⁵⁸² Per un esempio di difficoltà nella comparazione si veda, anche se con riguardo ad una fattispecie diversa da quella della somministrazione in senso stretto, la recente pronuncia della Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) 12 ottobre 2004 (Causa C-313/02) Nicole Wippel/Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG; in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/causa313%2D02.htm>.

⁵⁸³ Cfr. ZILIO GRANDI, Commento all'art. 4, commi 2-4, op. cit., p. 206; nella stessa direzione CARINCI M.T., La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127, in SCHLESINGER P. (diretto da), Commentario al codice civile, op. cit.; ALESSI, *Il trattamento retributivo*, op. cit., p. 1219 ss.

⁵⁸⁴ In questo senso, relativamente al nuovo disposto normativo, *ex aliis*, v. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 141.

contrappongono due letture interpretative:

- a) La prima prospetta l'impossibilità di ricorrere al sistema del conglobamento procedendo con un confronto istituito per istituito⁵⁸⁵ e intende l'espressione "complessivamente", contenuta nella norma che si commenta, "quale specificazione dell'ambito di comparazione" e quindi ritiene opportuno considerare tutti, ovvero il complesso dei, trattamenti in atto⁵⁸⁶.
- b) La seconda, per la quale personalmente si propende, viceversa, valorizza il dato testuale che suggerisce di intendere l'espressione "complessivamente" come una chiara presa di posizione del legislatore a favore del sistema del conglobamento piuttosto che di quello del cumulo⁵⁸⁷. Il ricorso alla tecnica più elastica del conglobamento, che consente appunto di evitare l'applicazione "cappillare"⁵⁸⁸ dei singoli diritti, avrebbe, altresì, il vantaggio di favorire il mantenimento di alcune diversità, se opportunamente controbilanciate.

Quale che sia la lettura interpretativa più opportuna, un nodo problematico che il legislatore non ha contribuito a sciogliere, concerne il parametro di riferimento per la comparazione. Cioè la fonte dei trattamenti.

A tale proposito sembra si possa ritenere che la previsione legale si rivolga ai trattamenti applicati alla generalità dei dipendenti dell'utilizzatore come previsti dal Contratto collettivo (nazionale e integrativo), dai regolamenti e dalle prassi aziendali ma non anche quelli attribuiti *ad personam*⁵⁸⁹. Questo perché altrimenti risulterebbe molto complicato individuare quale dei molti trattamenti astrattamente comparabili debba costituire il termine di raffronto.

Nel far rinvio al relativo contributo contenuto in questo commentario, è opportuno, altresì, almeno un accenno all'ultimo capoverso del comma 1 della norma in commento.

Il comma 1, oltre a prevedere il principio della parità di trattamento sul quale ci si è ampiamente soffermati, dispone, infatti, che "restano in ogni caso salve le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 24 giugno 1997, n. 196".

Mantengono, cioè, la loro efficacia le clausole dei contratti che hanno regolamentato l'introduzione della fornitura di lavoro temporaneo nei settori dell'edilizia e dell'agricoltura. Sul punto recentemente è intervenuta pure una circolare ministeriale⁵⁹⁰ per chiarire come non si pongano più limiti al ricorso alla somministrazione di lavoro in tali settori secondo la regolamentazione ordinaria, ferme restando, appunto, le clausole ora menzionate.

⁵⁸⁵ BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit.; cfr. sul tema pure GUAGLIONE, *La disciplina degli appalti "intra-aziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in MAZZOTTA, CAMISA, GUAGLIONE, SCARPELLI, *Nuove tecnologie e rapporti tra imprese*, Giuffrè, 1990, p. 121 ss.

⁵⁸⁶ Così BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit. p. 140.

⁵⁸⁷ Cfr. DE LUCA TAMAIO, *Tra le righe del d.lgs n. 276/2003 (e del d. correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, op. cit., p. 522; CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 103.

⁵⁸⁸ Così DE LUCA TAMAIO, op. loc. ult. cit., part. p. 522.

⁵⁸⁹ In questo senso già SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in LISO, CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997*, Franco Angeli, 1999, p. 296 ss; CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 103.

⁵⁹⁰ Circolare n. 7/2005, citata; v. pure il commento alla circolare di BIZZARRO, *Somministrazione di lavoro: chiarimenti ministeriali*, in Guida la lavoro, Il sole 24 ore, n. 10, 2005, p. 16.

3.1 La deroga al precetto di parità

Se da un lato il sistema normativo sembra muoversi verso un assetto più garantista delle posizioni giuridiche dei lavoratori somministrati – con il riconoscimento esplicito della parità di trattamento normativo – dall'altro, esso lascia ampi margini all'applicazione di eccezioni al principio di parità.

La prima di tali eccezioni rientra nel novero delle disposizioni che non innovano rispetto alla disciplina previgente. Al pari, infatti, della previsione contenuta nell'art. 4 comma 2 della l. n. 196/1997, il comma 4 della norma in commento rinvia ai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore per la fissazione delle modalità e dei criteri per la determinazione e corresponsione della retribuzione variabile correlata ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa.

La disposizione in commento riconosce all'autonomia collettiva un ampio potere di intervento attribuendole la specificazione dei criteri e delle modalità di determinazione e corresponsione della retribuzione variabile⁵⁹¹. Saranno possibili, allora, diversificazioni di non poco momento tra le retribuzioni percepite dai lavoratori stabili e quelle spettanti ai lavoratori somministrati.

Ciò significa che questa voce retributiva è possibile sfugga al computo delle poste attive che compongono il "trattamento complessivamente non inferiore" di cui al comma 1 dell'art. 23.

La ragione di questa deroga si ravvisa nella scarsa partecipazione dei lavoratori somministrati alla realizzazione degli obiettivi ai quali è correlata tale attribuzione economica. Come dimostrano alcuni studi sull'andamento della contrattazione aziendale⁵⁹², che è il livello cui è demandato il compito di fissare i criteri in questione⁵⁹³, è sempre più diffusa la tendenza ad escludere dal salario partecipativo i lavoratori assunti con forme di contratto non standard. È, allora, prevedibile che fra gli esclusi saranno annoverati anche i lavoratori somministrati. Riguardo agli accordi sul salario variabile, è stato accertato che solo in poco più della metà dei casi analizzati il premio è destinato a tutti i lavoratori dell'impresa. Un buon numero di accordi, infatti, contempla, a questo fine, solo i lavoratori a tempo indeterminato⁵⁹⁴. Ciò è dovuto con tutta probabilità ad un elevato potere degli *insiders* orientato alla esclusione, dal godimento della retribuzione variabile, del personale

⁵⁹¹ Secondo alcuni proprio a fronte dell'ampiezza del potere riconosciuto alle parti negoziali, in assenza di una disciplina apposita i premi non sono dovuti ai lavoratori somministrati. Cfr. in tal senso da ultimo pure CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 105; secondo altri, al contrario, la posta retributiva in questione è in ogni modo dovuta spettando alle parti sociali solo la determinazione del suo ammontare. In questa direzione ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 4, commi 2-4*, op. cit., p. 216-217.

⁵⁹² Cfr. FABBRI, PINI, *La recente contrattazione aziendale sul premio di risultato nelle imprese del territorio di Udine*, in Lav e dir, 1999, spec. p. 314. ss.; ma v. pure lo studio di ROSSI, SESTITO, *Contrattazione aziendale, struttura negoziale e determinazione decentrata del salario*, Riv. pol. econom., 2000, spec. p. 154 nota 35.

⁵⁹³ Condivisibile la lettura interpretativa di CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 104 *contra*, relativamente al precedente disposto normativo, SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, op. loc. ult. cit., p. 299, che ritiene la norma si riferisca, in assenza di specificazioni sul punto, tanto al contratto nazionale che a quello aziendale.

⁵⁹⁴ Pur essendo in crescita l'estensione del premio di risultato ai lavoratori temporanei, recenti studi dimostrano, tuttavia, che la percentuale è ancora assestata su una quota pari al 37%. Sul punto si veda la ricerca condotta dal Cesos, *Contrattazione, retribuzioni e costo del lavoro in Italia nel contesto europeo: Rapporto 2002-2003*, in particolare la sez. II, *L'evoluzione degli assetti contrattuali e l'attività negoziale in Italia*, a cura di BORDOGNA E NEGRELLI, in <http://www.cesos.org/archivio/docvari/rappdf/SE22.pdf>; spec. p. 107.

assunto con forme di contratto “atipiche”⁵⁹⁵ che presentano, in genere, un modesto tasso di sindacalizzazione⁵⁹⁶.

Le altre eccezioni al principio di parità, introdotte dalla norma in commento, sono quelle che si giustificano sul piano delle azioni dirette a garantire l’inserimento o il reinserimento dei lavoratori svantaggiati⁵⁹⁷, sulla base di specifici programmi di cui all’art. 13⁵⁹⁸. È, infatti, ammissibile fornire prestazioni ad un costo più basso e conveniente determinato pure dalla detrazione dal *quantum debeat* delle somme percepite a titolo di indennità di mobilità, di disoccupazione etc. (cfr. il combinato disposto dell’art. 23 comma 2 e 13 comma 1 del decreto⁵⁹⁹). In questo caso si fa uso del diritto diseguale⁶⁰⁰ a fini di vantaggio per i lavoratori somministrati. È come se il trattamento peggiore, peggiorativo, si configurasse alla stregua di un’azione positiva, al pari, in qualche modo, di quanto accade nel modello attuato col Patto di Milano⁶⁰¹. Il tentativo di inserimento a tutti i costi di un lavoratore sconta, appunto, il prezzo della violazione del principio della parità di trattamento. L’intento meritorio del legislatore, di rendere effettivo il diritto al lavoro solennemente sancito nella nostra Costituzione, finisce, insomma, per esprimersi nella riduzione del “costo” del lavoro attraverso l’arretramento della soglia di tutela giuridica ed economica dei lavoratori somministrati. A fronte di questa considerazione, risultano comprensibili le critiche mosse al dettato normativo da parte di molti dei primi commentatori⁶⁰² del decreto *de quo*.

Qualcuno, in maniera condivisibile, ha pure osservato che in tal modo il datore di lavoro beneficia di una prestazione lavorativa pagata in parte dallo Stato e dai suoi enti strumentali; talché si configura una vera e propria misura qualificabile quale aiuto di stato contrastante con l’art. 87 del Trattato CE⁶⁰³.

⁵⁹⁵ La definizione appartiene a FABBRI, PINI, op. cit., p. 314.

⁵⁹⁶ Ma fra le cause di tale tendenza è possibile ipotizzare pure la volontà dell’impresa di mantenere basso il costo del lavoro incidendo in negativo su quei lavoratori che non hanno ancora acquisito un rapporto di lavoro di lungo periodo o, ancora, la presenza di lavoratori stagionali che non sono ritenuti in grado di contribuire a risultati utili per le imprese. Sul punto cfr. ancora FABBRI, PINI, op. cit.

⁵⁹⁷ Cioè, secondo la definizione data dall’art. 2 comma 1 lett. k del d.lgs n. 276/2003, qualsiasi persona appartenente a una categoria che abbia difficoltà a entrare, senza assistenza, nel mercato del lavoro. Questa norma, a sua volta, ai fini della definizione in questione, rinvia alle indicazioni provenienti dall’art. 2 lettera f del regolamento CE n. 2204/2002 della Commissione del 12 dicembre 2002, relativo all’applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato CE agli aiuti di Stato a favore dell’occupazione, nonché all’art. 4, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381; sul punto si veda pure la circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, n. 41 del 23 ottobre 2004, in <http://www.welfare.gov.it/RiformaBiagi/Archivio/Normativa/2004-22-10-Circ-art13>.

⁵⁹⁸ Si rinvia per l’analisi esegetica di questa norma al relativo contributo contenuto in questo commentario. In materia, è opportuno, tuttavia, segnalare i contenuti esplicativi della circolare n. 41 del 23 ottobre 2004, citata alla nota precedente.

⁵⁹⁹ La norma è stata di recente sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 50 del 28 gennaio 2005 (in www.giurcost.org/decisioni/2005/0050s-05.html) ne ha dichiarato la legittimità costituzionale tanto in riferimento agli artt. 117 e 118 Cost., quanto all’art. 76 Cost. In particolare, la Consulta ha ritenuto la disciplina contenuta nell’art. 13 comma 1 del decreto in commento non lesiva della sfera di competenza costituzionalmente garantita alle Regioni. Si rinvia, per approfondimenti, ai relativi contributi contenuti in questo Commentario.

⁶⁰⁰ Sul tema si veda da ultimo DE SIMONE G., *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Lav e dir.*, 2004, p. 228 ss.

⁶⁰¹ V. TREU, *Il patto sul lavoro di Milano: un modello di concertazione in stile europeo*, *Dir. rel. ind.*, 2000, 123 ss; BIAGI, *Il patto Milano Lavoro: un’intesa pilota*; *Dir. rel. ind.*, 2000, 127 ss; SCARPELLI, *Il patto Milano Lavoro: le ragioni del dissenso*, *Dir. rel. ind.*, 2000, 135; e le riflessioni di CARUSO, *Le politiche di immigrazione in Italia e in Europa: più stato e meno mercato? op. cit.*

⁶⁰² PINTO, *La modernizzazione promessa, osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, op. cit., p. 59; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 142; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, op. cit., p. 132;

⁶⁰³ In questo senso PINTO, *Mercato del lavoro. Il decreto di attuazione della legge delega/1*, in

E tuttavia, pure il sistema comunitario non pare escludere eventuali deroghe al principio *de quo*. Basti osservare la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa ai lavoratori temporanei per avere conferma di tale diffuso orientamento normativo. All'art. 5.4. della proposta in questione si legge, infatti, la possibilità di derogare al principio di non discriminazione (ma solo retributiva) a fronte di un "lavoratore temporaneo che svolge una prestazione o una serie di prestazioni, presso la stessa impresa utilizzatrice, nell'ambito di un lavoro che, tenuto conto della sua durata o natura, può essere realizzato in un periodo che non superi le sei settimane"⁶⁰⁴. Ciò nella consapevolezza che l'accostamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario è invocato, in questo caso, al mero scopo di evidenziare una tendenza, in via di espansione, ad ammettere eccezioni al principio di parità; la precisazione è opportuna visto che l'eccezione prevista per i lavoratori svantaggiati introduce differenziazioni su base soggettiva mentre quella prevista dalla proposta di direttiva, ora citata, è dettata da ragioni oggettive.

4. La responsabilità solidale del somministratore e dell'utilizzatore

La disciplina della somministrazione di lavoro, pur assoggettando il rapporto alle regole generali relative al rapporto di lavoro subordinato, detta, tuttavia, alcune disposizioni specifiche che hanno come effetto per un verso di assicurare una protezione aggiuntiva ai lavoratori somministrati e, per altro verso, di esonerare il somministratore da alcuni dei vincoli che gravano sui datori di lavoro.

Nell'ambito delle disposizioni che determinano il primo degli effetti segnalati, è possibile annoverare il disposto del comma 3 dell'art. 23 del decreto in commento.

Ai sensi, infatti, di questo comma, l'utilizzatore è condebitore in solido⁶⁰⁵ con il somministratore con riguardo ai trattamenti retributivi e alla contribuzione previdenziale.

La responsabilità descritta è illimitata sia sotto il profilo temporale sia sotto quello quantitativo⁶⁰⁶.

Quanto al primo aspetto, è opportuno osservare che la disciplina prevista per la somministrazione si differenzia da quella dell'appalto di opere e di servizi di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs n. 276/2003, nuovo testo. In entrambi i casi di appalto, infatti, se le parti negoziali non dispongono diversamente, è previsto il limite di un anno superato il quale si ritiene sciolto il vincolo della solidarietà tra committente/imprenditore (o datore di lavoro) e appaltatore.

<http://www.ildiariodellavoro.it/internonews.asp?id=10245&Rubrica=3>; 2003; CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, op. cit., p. 132.

⁶⁰⁴ La proposta di direttiva può essere letta su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/com.htm>; sul punto v. BANO, *Commento sub art. 23*, in GRAGNOLI, PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, 2004, p.355,

⁶⁰⁵ Per l'approfondita disamina del tema relativo alle obbligazioni solidali v. BUSNELLI, *L'obbligazione soggettivamente complessa (Profili sistematici)*, Giuffrè, 1974; BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, *Enc. Dir.*, 1979, vol. XXIX; DI MAJO, voce *Obbligazioni solidali (e indivisibili)*, *Enc. Dir.*, 1979, vol. XXIX; RUBINO, *Delle obbligazioni (Delle obbligazioni alternative – Delle obbligazioni in solido – Delle obbligazioni divisibili e indivisibili)*, *Comm. Scialoja Branca*, 1961, Zanichelli – Soc. ed. del Foro italiano, artt. 1285-1320; per un'analisi in chiave giuslavoristica cfr. pure CORAZZA, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, p. 77 ss.

⁶⁰⁶ Cfr. CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 108.

Con riguardo al secondo dei due profili segnalati, si può osservare che il lavoratore ha diritto a rivalersi fino alla soddisfazione dell'intero credito tanto nei confronti del somministratore quanto dell'utilizzatore.

Con ciò parrebbe sciogliersi uno dei nodi problematici che avevano animato il dibattito dottrinale accesi a ridosso del precedente dettato normativo.

La norma in questione, infatti, pur ripetendo in buona sostanza il disposto dell'art. 6 comma 3 della l. n. 196/1997⁶⁰⁷, non ripropone il riferimento al "limite della garanzia" predisposta dal somministratore, contenuto, invece, nella normativa previgente. Questo parrebbe risolvere la *querelle*, cui ha dato vita la precedente disciplina, che vedeva contrapposte, in proposito, le letture interpretative di seguito descritte.

- a) La prima⁶⁰⁸ riteneva che l'obbligo di solidarietà "scattasse"⁶⁰⁹ solo dopo aver verificato l'inevitabilità del credito a causa di un deposito cauzionale o di una fideiussione bancaria non sufficienti (*beneficium excussionis*);
- b) La seconda⁶¹⁰, invece, riteneva che la disciplina imponesse solo il rispetto di un *beneficium ordinis*. Il lavoratore era tenuto ad esigere l'adempimento in primo luogo dal fornitore o, decorsi due anni, indifferentemente dal fornitore o dal fideiussore. In caso di inadempimento, il lavoratore avrebbe potuto chiedere il pagamento all'utilizzatore senza che quest'ultimo potesse opporre la preventiva escussione delle somme stanziata a titolo cauzionale dal somministratore.
- c) La terza⁶¹¹, analoga alla seconda impostazione, se ne discostava ritenendo, infatti, possibile ricorrere indifferentemente all'uno (somministratore) o all'altro (utilizzatore) dei condebitori in solido, senza applicare neanche un *beneficium ordinis*, indipendentemente dalla sorte del deposito cauzionale.

La nuova disciplina ha fatto chiarezza almeno su un punto stabilendo che il lavoratore/creditore può agire per l'adempimento senza dover onorare un *beneficium excussionis* e cioè aver riguardo, escutendola per prima, alla garanzia stanziata a titolo cauzionale.

Questo non significa che il decreto in commento abbia dissipato tutte le incertezze in materia; al contrario, molti sono ancora i dubbi irrisolti, per lo più correlati al modo di atteggiarsi dell'obbligazione solidale *de qua*.

Di seguito si proverà a sciogliere il nodo interpretativo relativo alla natura della obbligazione in questione ed a verificare se è possibile coniugarla con un "ordine" nell'adempimento pur conservandone la natura solidale.

⁶⁰⁷ Per un commento alla precedente disciplina v. BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, op.cit., p.335.

⁶⁰⁸ LAMBERTUCCI, *Commento all'art. 6, commi 3-5*, in GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999, p. 277; LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, 5/6, p. 1247.

⁶⁰⁹ L'espressione è di LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), op. ult. cit, p. 1247 c.

⁶¹⁰ CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127*, op. cit. p. 434; NICCOLAI, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, op. cit. p. 418; si esprime solo nel senso di escludere il *beneficium excussionis*, CUFFARO, *Commento all'art. 1 commi 5-7*, in GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997, n. 196*, Cedam, Padova, 1999, p. 72.

⁶¹¹ BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo, Commento alla legge n. 196/1997; op. cit. spec. p. 336; in posizione problematica, BONARDI, L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, op. cit., p. 257-258.

Mentre l'art. 23 comma 3 menzionato si limita a tratteggiare in capo al somministratore e all'utilizzatore un'obbligazione solidale, che appunto viene qualificata come tale, l'art. 21 comma 1, lett. k), del decreto in commento, sembrerebbe stabilire almeno un ordine da rispettare nella richiesta di adempimento da parte del lavoratore. La norma in questione dispone, infatti, testualmente l' "assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore".

In effetti, se si procede ad una lettura combinata del comma 3 dell'articolo in commento con il disposto dell'art. 21 comma 1 lett. k), non può essere sottaciuta la difficoltà di riferire i significati di tali previsioni normative al denominatore comune dell'obbligazione solidale e del relativo regime.

La norma menzionata, l'art. 21 comma 1 lett. k)⁶¹², individua, infatti, nel somministratore l'obbligato principale rispetto agli oneri retributivi e previdenziali, e nell'utilizzatore l'obbligato in via sussidiaria. Si configurerebbe, pertanto, un'obbligazione sussidiaria del condebitore utilizzatore, che imporrebbe il rispetto del *beneficium ordinis*, e che, a seguire un'autorevole dottrina civilistica⁶¹³, a fatica potrebbe considerarsi un'obbligazione solidale. Questo perché l'obbligazione solidale in via di principio non sopporta né un ordine di adempimento né di escussione, potendo il creditore indifferentemente rivolgersi all'uno o all'altro dei condebitori in solido. Nel vigore del precedente dettato normativo (l. n. 196/1997), qualche autore aveva provato ad avanzare l'ipotesi che potesse trattarsi di una fattispecie fideiussoria⁶¹⁴, che appunto contempla un ordine nell'adempimento del credito fra debitore principale e accessorio (*rectius* sussidiario).

Ad avviso di chi scrive, non è, però, soddisfacente neanche questa lettura interpretativa perché le obbligazioni fideiussorie prevedono due obbligazioni distinte⁶¹⁵ (quella principale e quella fideiussoria) di modo che non sono riconducibili nell'alveo delle obbligazioni *stricto sensu* solidali che, al contrario, contemplano fra i requisiti essenziali tipici proprio la medesima obbligazione (*l'eadem res debita*⁶¹⁶).

⁶¹² Anche nelle lettere h) e i), su cui v. *infra* il relativo commento.

⁶¹³ Con riguardo alla distinzione, sul piano del diritto civile, tra *beneficium ordinis*, quale vicenda in cui è sufficiente che il creditore rivolga una mera richiesta di adempimento al debitore principale in modo da poter poi agire nei confronti del debitore sussidiario, senza bisogno di iniziare un'azione esecutiva, e *beneficium excussionis*, quale vicenda in cui per poter invece agire nei confronti del debitore sussidiario è necessario preventivamente escutere il patrimonio del debitore principale, ove le due figure si riferiscono alla ipotesi di obbligazione sussidiaria tecnicamente differente dalla obbligazione solidale in cui il creditore può rivolgersi indifferentemente a questo o a quel debitore, v., esemplificativamente, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2001.

⁶¹⁴ Nella medesima direzione già CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, op. cit., p. 435; in senso adesivo pure con riguardo alla nuova disciplina, CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit. p. 109-110; con riguardo alla precedente disciplina si vedano pure le osservazioni di BORTONE, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in LISO E CARABELLI (a cura di), *Il Lavoro temporaneo*, *Commento alla legge n. 196/1997*; op. cit., che parla, viceversa, di deroga al regime generale della solidarietà.

⁶¹⁵ Con riguardo alla disciplina previgente in tema di appalto, in particolare l'art. 3 della l. n. 1369/1960, v'era già chi osservava che parlare di fideiussione può risultare fuorviante proprio per l'assenza della *eadem res debita*. Cfr. GUAGLIONE, *La disciplina degli appalti "introaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, op. cit. spec. p. 141 ss.

⁶¹⁶ Spiega la più accreditata dottrina civilistica che "la necessità di un'identica prestazione è una delle ragioni [...] le quali possono far ritenere che la fideiussione, anche quando sia senza beneficio di escussione e senza beneficio di divisione, come appunto è normalmente per il nostro diritto positivo (art. 1944 I comma, 1946-1947), non costituisca un caso di vera solidarietà (passiva) con l'obbligazione principale: qui, infatti, le due prestazioni possono anche non essere identiche, ed anzi neppure uguali, in quanto l'obbligazione

Nella fattispecie in esame viene in considerazione per l'appunto *l'eadem res debita* (trattamento economico e versamento dei contributi) e non due obbligazioni distinte.

Ma se non si tratta di obbligazione di garanzia fideiussoria, la questione si riduce alla plausibilità, o meno, della lettura interpretativa che qui si intende sostenere e che ritiene compatibile con l'obbligazione tipicamente solidale la sussistenza di un debito principale e di uno sussidiario, come del resto parrebbe prospettare pure la giurisprudenza della Cassazione⁶¹⁷.

Ad avviso di chi scrive, per sciogliere il nodo interpretativo bisogna attenersi alla *ratio* della norma in commento e considerare le finalità complessive della nuova disciplina. Tenendo sullo sfondo questa chiave di lettura, è possibile sostenere che certamente l'obiettivo perseguito con la disposizione in parola è quello di rendere il lavoratore creditore per *l'intero* e per *l'eadem res debita* tanto nei confronti del somministratore quanto dell'utilizzatore.

A fronte di tale considerazione, è possibile allora osservare che tra le varie funzioni adempiute dal meccanismo della solidarietà vi è "quella di proteggere in fase esecutiva l'unità della prestazione indivisibile"⁶¹⁸. Questo, aggiungiamo, a prescindere se le obbligazioni solidali si atteggiino quali obbligazioni sussidiarie o fideiussorie.

Il meccanismo della solidarietà assolve, insomma, al compito di determinare un vincolo in capo ai condebitori per l'intero credito (obbligazioni indivisibili⁶¹⁹) in ciò contrapponendosi alle obbligazioni parziarie (obbligazioni divisibili⁶²⁰) che comportano, invece, l'insorgere di un'obbligazione per una frazione del credito e solo per quella, talché ciascuno dei debitori non è tenuto a pagare il debito che per la sua parte⁶²¹.

È certo, allora, che pur a fronte di un ordine di adempimento, chiaramente stabilito *ex lege* al comma 1 lett. k) dell'art. 21, l'obbligazione è lo stesso qualificabile come solidale perché i due condebitori sono chiamati, per *l'intero* e per *l'eadem res debita*, a soddisfare il credito del lavoratore, l'uno (l'utilizzatore) di seguito all'altro (il somministratore). D'altro canto, che l'obbligazione solidale possa essere coniugata con un ordine nell'adempimento parrebbe confermato pure dal disposto dell'art. 1293 del codice civile. Il *beneficium ordinis* costituirebbe, appunto, una delle modalità diverse con cui possono essere tenuti all'adempimento i condebitori ai sensi di tale norma⁶²².

fideiussoria è sempre pecuniaria, mentre invece quella principale, nel momento in cui sorge, può avere un diverso oggetto [...], RUBINO, *Delle obbligazioni (Delle obbligazioni alternative – Delle obbligazioni in solido – Delle obbligazioni divisibili e indivisibili)*, op. cit. p. 137-138.

⁶¹⁷ Si veda in questo senso, fra le ultime, Cass. sez. lav., 22 marzo 2003, n. 4217 in Foro it., Rep. 2003, voce Fallimento, 2880, n. 56; ma v. pure Cass. 21 ottobre 1995, n. 10968, Foro it., Rep. 1996, voce Lavoro (rapporto) 3890, n. 1649; in dottrina in senso adesivo a questa ricostruzione CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, op. cit., p. 110.

⁶¹⁸ Così BUSNELLI, voce *Obbligazioni soggettivamente complesse*, op. cit., spec. p. 341.

⁶¹⁹ Cfr. art. 1316 cod. civ.

⁶²⁰ Cfr. art. 1314 cod. civ.

⁶²¹ Sulle obbligazioni divisibili e indivisibili v. per tutti CICALA, *Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell'obbligazione*, Jovene, 1953; ID, *Obbligazione divisibile e indivisibile*, in AZARA E EULA (diretto da), *Novissimo Digesto Italiano*, XI, p. 636 ss.

⁶²² Cfr. la ricostruzione di DI MAJO, *Obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., p. 312

Così ragionando, si confermano le finalità perseguite dalla disciplina *de qua*, e cioè rafforzare⁶²³ la posizione creditoria del lavoratore rispetto alle obbligazioni in questione; come pure dimostra l'eliminazione del riferimento alla garanzia (contenuto nella precedente disciplina) come limite oltre il quale, soltanto, diveniva possibile aggredire il patrimonio dell'utilizzatore.

5. L'obbligazione datoriale di sicurezza nei luoghi di lavoro ed i correlati diritti dei lavoratori somministrati

Il comma 5 della norma in commento configura gli obblighi datoriali, ed i relativi diritti dei lavoratori somministrati, in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro. Esso ha sostanzialmente raggruppatto tutte le disposizioni disseminate nel precedente dettato normativo, relativo al lavoro interinale, senza apportare, apparentemente, sul punto, modifiche degne di rilievo. Si riscontra, tuttavia, almeno un'innovazione significativa rispetto alla precedente disciplina: la scomparsa del divieto di adibire i lavoratori temporanei a mansioni pericolose⁶²⁴. Ciò comporterebbe una riduzione di tutela ingiustificata in un ordinamento come il nostro in cui si riscontrano gravi carenze nell'attività di informazione e formazione dei lavoratori temporanei. In effetti, statisticamente⁶²⁵ i lavoratori, ieri interinali oggi somministrati, sono quelli più esposti al rischio, perché carenti di adeguata formazione. L'assenza di un divieto come quello previgente prospetta, allora, scenari non proprio confortanti. Né, d'altro canto, la possibilità di espandere l'applicazione del principio del trattamento "normativo" paritario a quello dei lavoratori permanenti, sino al punto di contemplare pure tali aspetti, è in grado di ripristinare tale divieto⁶²⁶, a fronte dell'assenza di un inciso come quello contenuto nel vecchio art. 1 l. n. 196/1997⁶²⁷; tutt'al più sarà possibile, per questa via, rafforzare gli obblighi di formazione e informazione configurabili in capo all'utilizzatore.

D'altro canto, pure la direttiva 91/383/Cee, che contempla le previsioni di armonizzazione in materia, in parte confluite nella normativa in esame, parrebbe prospettare l'ammissibilità dell'opzione normativa in questione, visto che all'art. 5 comma 2 prevede, per i casi in cui gli Stati membri

⁶²³ Ciò in sintonia con l'impostazione della dottrina civilistica che individua fra le finalità cui tende il vincolo solidale proprio sta quella di "realizzare un risultato complessivo di razionalizzazione semplificazione e quindi, in ultima analisi, di rafforzamento di rapporti, quando alla loro attuazione è interessata una pluralità di soggetti (sia dal lato passivo che attivo del rapporto" DI MAIO, *Obbligazioni solidali e indivisibili*, cit., p.309.

⁶²⁴ Sul punto v. BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 143.

⁶²⁵ Per le statistiche in materia si rinvia a BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 142 e ID, *La sicurezza del lavoro nella comunità europea, nella costituzione e nella legge di semplificazione n. 229/03*, in www.unicz.it/lavoro, p. 18 e in corso di pubblicazione pure su *Riv. giur. lav.* 2004; sul punto cfr. l'analisi di NATULLO, *Lavori temporanei e sicurezza del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, 2004, p. 151 ss; v. pure TIRABOSCHI, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera, contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, op. cit., spec., p. 166.

⁶²⁶ Non sembrano residuare ambiti di operatività per il D.M. 31 maggio 1999, in G.U. n. 161 del 12 luglio 1999 - emanato sotto l'egida della disciplina previgente ai sensi dell'art. 1, comma 4, della l. n. 196/1997 - che per l'appunto si occupava di individuare le lavorazioni particolarmente pericolose per le quali era vietata la fornitura di lavoro temporaneo; è ben possibile, infatti, ritenere questa normativa esplicitamente abrogata ai sensi dell'art. 85 lett. i) del d.lgs 276/2003.

⁶²⁷ È opportuno rammentare che la norma in questione disponeva testualmente che "[...] è vietata la fornitura di lavoro temporaneo: a) per le mansioni individuate dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, con particolare riguardo alle mansioni il cui svolgimento può presentare maggior pericolo per la sicurezza del prestatore di lavoro o di soggetti terzi" [...].

non si avvalgano della facoltà di vietare i lavori particolarmente pericolosi per la sicurezza e la salute, che i lavoratori “beneficino di una appropriata sorveglianza medica speciale”⁶²⁸.

Per il resto, la norma replica, come anticipato, le disposizioni contenute nella disciplina precedente. Pure nel nuovo dettato normativo la scelta legislativa è quella di far carico l'utilizzatore dell'obbligazione di sicurezza e di tutti gli obblighi di protezione, mentre il somministratore è tenuto ad adempiere gli obblighi di informazione generale “sui rischi per la sicurezza e la salute connessi all'attività produttiva”, nonché di formazione e addestramento “all'uso di attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento della attività lavorativa per la quale essi vengono assunti”. Tuttavia, tali ultime obbligazioni possono essere trasferite in capo all'utilizzatore con apposita clausola contrattuale.

Si tratterebbe per qualche autore proprio di obblighi a favore del terzo⁶²⁹.

In ogni modo, all'utilizzatore spetta il compito di informare il lavoratore somministrato dei rischi specifici connessi alla mansione cui venga adibito⁶³⁰. D'altra parte, solo l'utilizzatore, avendo il dominio del luogo in cui si svolge concretamente l'attività del lavoratore somministrato, potrebbe percepire adeguatamente i fattori di rischio che incombono su quest'ultimo. È, quindi, per mezzo di un criterio sostanziale, riferito all'effettivo svolgimento del rapporto, che prescinde dalle problematiche correlate all'attribuzione della concreta titolarità dello stesso, che si identifica il soggetto cui riconoscere il ruolo di “datore di lavoro” nell'accezione di cui al d.lgs n. 626/1994. La norma in questione opera, infatti, una devoluzione di responsabilità dal somministratore, in capo al quale sarebbero sorte *ex lege* (ai sensi del d.lgs n. 626/1994), all'utilizzatore.

Per tale ragione la dottrina⁶³¹ già nel vigore del precedente disposto normativo si interrogava sulla natura delle responsabilità rispetto alle quali la disposizione *de qua* “costituisce un meccanico veicolo di trasmissione”. È dubbio, infatti, se si tratti di un tipo di responsabilità originaria, perché l'ordinamento la configura già come responsabilità di fonte legale ereditata dalla precedente disciplina in materia e poi modellata sull'utilizzatore, o, piuttosto, acquisita e cioè se si tratti di una responsabilità di fonte contrattuale che in assenza della disposizione in questione graverebbe sul vero datore di lavoro e cioè sull'impresa fornitrice. È verosimile la lettura che la identifica come responsabilità originaria in linea pure con i contenuti della direttiva 91/383/Cee⁶³².

Che l'utilizzatore debba sopportare il peso dell'adempimento di tutte queste obbligazioni trova conferma, al pari di quanto accadeva nel vigore della precedente disciplina, nel fatto che i

⁶²⁸ Ciò trova conferma pure nella circolare n. 7/2005, citata, che ribadisce appunto il fatto che “ove le mansioni cui è adibito il prestatore di lavoro richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, l'onere di informare il lavoratore è attribuito all'utilizzatore”.

⁶²⁹ Così CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, op. cit., spec. p. 419 e 436 ss; in argomento rimangono valide le osservazioni pure di LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico, op. ult. cit.*, p. 1238.

⁶³⁰ Sul punto, CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui, Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, op. cit.; CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 111.

⁶³¹ LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico*, op. cit., p. 1237.

⁶³² Per tutte queste condivisibili affermazioni cfr. ancora LUNARDON, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Il pacchetto Treu. Commentario sistematico, op. loc. ult. cit.*, p. 1237.

lavoratori somministrati, in deroga al principio generale, sono computati⁶³³ e sommati nel novero dei dipendenti ai fini dell'applicazione della normativa in materia di igiene e sicurezza sul lavoro. D'altronde, quest'opzione normativa, di gravare l'utilizzatore e non il somministratore, è conforme alla tendenza riscontrabile in alcuni paesi dell'Unione Europea⁶³⁴. Quanto ai profili connessi alle eventuali responsabilità per inadempimento dell'utilizzatore, la norma è chiara nel configurare in capo al lavoratore somministrato l'azione per inadempimento contro il medesimo. Tuttavia, è possibile prospettare la possibilità di ricorrere all'azione per inadempimento anche nei confronti del somministratore. Questo sia che si accolga la tesi di chi⁶³⁵ ricostruisce la fattispecie *de qua* richiamando anche lo schema del contratto a favore del terzo (di cui all'art. 1413 del codice civile), sia che si acceda alla lettura interpretativa che prospetta la sussistenza di due datori di lavoro rispetto all'unico lavoratore⁶³⁶, secondo l'analisi che individua nel somministratore la "cerniera contrattuale"⁶³⁷ tra il lavoratore somministrato e l'utilizzatore. In questo modo il particolare rapporto trilatero si caratterizzerebbe proprio per la "duplicazione" dell'obbligazione creditoria, anche in materia di tutela della salute e sicurezza, in capo al somministratore e all'utilizzatore.

Prospettare questa lettura interpretativa comporta, ovviamente, aprire un varco all'ammissibilità di un'azione di risarcimento pure nei confronti del somministratore.

6. Le clausole dirette a limitare l'assunzione al termine dell'esecuzione del contratto di somministrazione: la regola

La nuova disciplina della somministrazione contempla, al pari del precedente dettato normativo in tema di lavoro temporaneo, il regime della nullità per le clausole destinate a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della prestazione riguardante il contratto di somministrazione⁶³⁸. La norma si sostituisce alle disposizioni prima contenute negli articoli 1 comma 6 e 3 comma 6 della l. n. 196/1997.

Tuttavia, oggi, diversamente da quanto previsto nella normativa ormai abrogata, per i casi di somministrazione a tempo determinato, è ammessa una deroga a tale divieto, dietro pagamento di adeguata indennità. Come si vedrà fra breve, proprio il riferimento alla somministrazione a tempo determinato crea problemi interpretativi di non poco momento.

In questo paragrafo ci si occuperà della regola, nel successivo della sua eccezione.

Sembra opportuno osservare che la formulazione ambigua della norma induce l'osservatore a misurarsi con alcuni importanti nodi interpretativi rispetto ai quali si registrano, in dottrina, voci discordanti.

In effetti, solo rendendo esplicito quali fattispecie di somministrazione rientrano nel disposto *de quo* è possibile individuare i casi rispetto ai quali vige il divieto di apporre le clausole limitative in

⁶³³ Questo è chiarito pure dalla circolare n. 7/2005 citata.

⁶³⁴ Cfr. lo studio di JAVILLER, NEAL, WEISS, SALOHIMO, RUNGALDIER, TINHOFER, *Lavoro atipico/temporaneo e tutela della salute: la trasposizione della direttiva n. 91/383/Cee in Francia, Regno Unito, Germania, Finlandia e Austria*, *Dir. rel. ind.*, 3, 1996, p. 35 ss.

⁶³⁵ CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, *Commento sub art. 2127*, in SCHLESINGER P. (diretto da), *Commentario al codice civile*, op. cit., spec. p. 438.

⁶³⁶ ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit.

⁶³⁷ Così, da ultimo, ancora ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. ult. cit., p. 295.

⁶³⁸ Cfr. comma 8 dell'art. 23 in commento.

questione.

Per un verso, non è chiaro, infatti, se le clausole in questione possano essere contenute nel contratto di lavoro (somministratore/lavoratore) o in quello di somministrazione (somministratore/utilizzatore), o in entrambi.

Per altro verso, non è parimenti chiaro se per “somministrazione di lavoro a tempo determinato” debba intendersi un contratto di lavoro a tempo determinato o, piuttosto, una somministrazione presso l'utilizzatore a tempo determinato. Nel caso, poi, in cui si accedesse a questa seconda lettura interpretativa - cioè quella per cui l'analisi si sposta dal contratto di lavoro a quello di somministrazione - rimarrebbe da chiarire se sia, o meno, sottinteso che la disciplina in questione si riferisca tanto al rapporto di lavoro a termine, quanto a quello a tempo indeterminato.

a) Iniziando dalla prima delle questioni che si sono sollevate, ragioni di opportunità inducono a preferire una lettura interpretativa ampia⁶³⁹ in modo da estendere il regime della nullità non solo alle pattuizioni intercorse tra somministratore e lavoratore, bensì anche a quelle convenute tra somministratore e utilizzatore. Questa ipotesi interpretativa trova conforto nell'inciso “anche indirettamente” che parrebbe manifestare la volontà di ricondurre sotto l'egida del dettato normativo in commento tutte le possibili modalità di limitazione delle *chances* occupazionali presso l'utilizzatore.

b) Riguardo al secondo dei due interrogativi prospettati, e cioè se la locuzione “somministrazione di lavoro a tempo determinato” è da intendersi riferita ad un contratto di lavoro a tempo determinato o, piuttosto, alla somministrazione a tempo determinato presso l'utilizzatore, sembrerebbe corretta questa seconda opzione⁶⁴⁰. Nel vigore della precedente disciplina, infatti, era pacifico che tali clausole si riferissero ad entrambe le ipotesi di assunzione (a tempo determinato e indeterminato) presso l'agenzia. È improbabile, quindi, che il legislatore abbia voluto intervenire, stravolgendolo, su questo segmento del sistema lasciando fuori dalla previsione in questione il rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Poiché il d.lgs n. 276/2003 ha introdotto la fattispecie dello *staff leasing* (somministrazione a tempo indeterminato), con tutta probabilità si è voluto piuttosto specificare⁶⁴¹, con riguardo a questa nuova fattispecie di somministrazione, che essa non soggiace al disposto del comma 8 in commento. È questa, infatti, la circostanza che induce a rafforzare il rapporto di fedeltà con il somministratore per evitare i rischi di un abbandono a vantaggio dell'assunzione presso l'utilizzatore⁶⁴². Questo ovviamente non significa che a fronte dell'inapplicabilità del comma in questione

⁶³⁹ Per una condivisibile lettura interpretativa cfr. ancora CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p.112; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, p.136.

⁶⁴⁰ In questo senso ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, p. 312-313; *contra* BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, *op. cit.* p. 135; TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, p. 68 che invece interpretano la norma, riferita al contratto di lavoro e non a quello di fornitura.

⁶⁴¹ Principalmente per i casi di rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

⁶⁴² Alla stessa conclusione giunge, ma con un percorso argomentativo diverso, TIRABOSCHI, *Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in WP C.S.D.L.E., “Massimo D'Antona”, n. 54/2005, www.le.unixt.it/euorlabor/ricerca/presentazione. L'autore, infatti, proprio rispetto alla somministrazione a tempo indeterminato individua un'incentivazione della fidelizzazione dei lavoratori da parte delle agenzie di somministrazione attraverso l'apposizione di clausole limitative della facoltà di assunzione da parte dell'utilizzatore.

non sussistano regole cui far riferimento in siffatta ipotesi. Come si avrà modo di osservare, infatti, resta ferma la disciplina di cui all'art. 2125 del codice civile.

La norma in commento esprime, per l'appunto, la scelta del legislatore delegato di assecondare, modificando "l'impalcatura concettuale"⁶⁴³ della normativa previgente, l'esigenza, manifestata senza successo già sotto l'egida del precedente dettato normativo, delle agenzie di lavoro interinale (oggi somministrazione) di legare a se o meglio, per usare un'espressione molto in voga rispetto a questi temi, di *fidelizzare* le proprie maestranze.

L'argomentazione in questione muove dall'assunto che la somministrazione, in genere, costa più dell'appalto perché, come si è sopra accennato, offre un servizio migliore dovuto alle elevate professionalità formate dai somministratori. Questo rende, pertanto, opportuno il ricorso a pratiche, orientate a dare valore alla *fidelitas*⁶⁴⁴ verso il somministratore, che passano anche attraverso disposizioni del tipo di quella che si va esaminando. Nei casi di somministrazione a tempo indeterminato, in particolare, si cerca di salvaguardare l'arricchimento e approfondimento dell'*expertise* maturati presso il datore di lavoro/somministratore.

A fronte di tali nuove considerazioni, la *ratio* della previsione del summenzionato regime di nullità, coniugata con le relative eccezioni, parrebbe collocarsi in linea di parziale discontinuità con la precedente normativa. La finalità che sembra oggi perseguire la norma in commento non è più, o non è soltanto, quella di non ostacolare in alcun modo la trasformazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze del somministratore in rapporti di lavoro stabili alle dipendenze dell'utilizzatore⁶⁴⁵, e quindi una finalità in qualche modo collocativa, ma anche la tutela delle agenzie di somministrazione dalle fughe delle proprie maestranze⁶⁴⁶. L'inserimento del comma 9 sul quale v. *infra* il paragrafo 6.1, che generalizza la possibilità di derogare alla nullità delle clausole limitative dell'assunzione presso l'utilizzatore, rettifica, per l'appunto, la *ratio* della disciplina in questione e riformula, mutandolo, l'oggetto della tutela normativa che si spinge a contemplare, oggi, pure l'agenzia di somministrazione, nei termini sopra descritti.

La funzione collocativa riconosciuta a tale previsione nel vigore della precedente disciplina⁶⁴⁷, spiega come mai la dottrina sia stata indotta a ricondurre, entro il relativo ambito applicativo,

⁶⁴³ L'espressione è di TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, op. cit.

⁶⁴⁴ TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, op. cit., p. 68; sull'interesse delle imprese a conservare i lavoratori addestrati, di provata qualità e di sicuro affidamento, cfr., da ultimo, le considerazioni di RODANO, op. cit., spec. p. 436.

⁶⁴⁵ Nel senso che appunto il legislatore sotto l'egida della precedente disciplina aveva inteso evitare la stabilizzazione della precarietà, cfr. ROMEO, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, op. cit., p. 154; ROCCELLA, *I rapporti di lavoro atipici in Italia: dall'accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla l. 196/1997*, op. cit., p. 16; LECCESE e PINTO, *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, op. cit.; SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in LISO, CARABELLI (a cura di), op. cit., p. 271-272; nello stesso senso BONARDI, la si può leggere sul punto, da ultimo, in *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit. p. 134; NICCOLAI, op. cit., p. 253 ss, ad avviso del quale, l'oggetto della tutela era proprio la libera esplicazione del diritto al lavoro del dipendente;

⁶⁴⁶ Sul punto cfr. invece ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., 313 che, sotto questo aspetto, pone la nuova normativa nel solco tracciato dalla vecchia legge e scorge nel comma in commento la medesima funzione collocativa assolta dalla disciplina previgente; nello stesso senso CIUCCIOVINO, op. cit., p. 112; in senso contrario BANO, *La somministrazione di lavoro*, in PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli 2004, p.24 che evidenzia l'opzione legislativa volta a distinguere la somministrazione dall'intermediazione (quale fattispecie preposta alla funzione collocativa).

⁶⁴⁷ Le norme che, con riguardo alla precedente disciplina, prevedevano il regime della nullità per le clausole dirette ad impedire l'assunzione da parte dell'impresa utilizzatrice al termine dell'esecuzione del contratto di fornitura del lavoro temporaneo erano gli artt. 1 c. 6 e 3 c. 6 della l. n. 196/1997.

tanto le ipotesi di assunzione con rapporto di lavoro a termine quanto quelle di assunzione a tempo indeterminato⁶⁴⁸. Da quest'ultima considerazione, prende le mosse il terzo degli interrogativi prospettati, relativamente alla regola in esame, e di seguito descritto. La nuova disciplina presuppone, e quindi non esplicita a chiare lettere, che le clausole in questione si riferiscono tanto al rapporto di lavoro a termine quanto a quello indeterminato?

Poiché la norma in commento nel riunire in un'unica disposizione le previsioni che nel precedente dettato normativo erano contenute nelle due norme sopra citate (art. 1 comma 6 e 3 comma 6) - e ciò con una formulazione che coinvolgeva entrambi i tipi di rapporto - ha ommesso di fare chiarezza su tale questione fondamentale, l'interprete è obbligato a interrogarsi anche su tale cruciale aspetto della questione.

Qualche autore⁶⁴⁹ ha, giustamente, sollevato dubbi di legittimità costituzionale proprio con riguardo all'opzione ermeneutica che conduce a differenziare le vicende correlate ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato da quelle correlate ad un contratto di lavoro a tempo determinato. L'illegittimità avrebbe riguardo tanto alla garanzia della libertà di lavoro di cui all'art. 4 Cost., quanto al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Ciò perché l'ammissibilità di clausole di questo tipo solo per i rapporti di lavoro a tempo indeterminato comporterebbe, in buona sostanza, la stipula di un patto di non concorrenza privo di corrispettivo e di limiti temporali, avente ad oggetto tutte le mansioni svolte dal lavoratore somministrato, presso tutti gli utilizzatori.

Questa lettura non è soddisfacente sotto il profilo della ragionevolezza.

Per superare, allora, eventuali obiezioni di legittimità costituzionale è possibile ritenere che tanto a fronte di assunzioni a tempo determinato, quanto a fronte di quelle a tempo indeterminato, debbano comunque essere rispettati i requisiti di validità di cui all'art. 2125 c.c., relativi al patto di non concorrenza, ed in particolare quello della onerosità del patto medesimo⁶⁵⁰.

Quanto poi alla locuzione "al termine del contratto di somministrazione", sembra opportuno precisare che essa va letta nell'accezione "al termine della missione"⁶⁵¹, ben potendo il contratto di lavoro avere una durata anche maggiore rispetto alla singola missione medesima.

A fronte della *ratio* sottesa al disposto del comma 8 della norma in commento, è possibile, infine, svolgere il ragionamento di seguito descritto.

Il regime della nullità di cui al comma 8 dell'art. 23 sarebbe limitato al patto funzionale ad evitare il costituirsi di un rapporto stabile con l'utilizzatore. Ciò significa che esso non potrebbe parimenti estendersi al patto di non concorrenza eventualmente sottoscritto con il datore di lavoro con il quale il lavoratore somministrato assume l'impegno di non prestare la propria attività presso altra

⁶⁴⁸ Cfr. SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, op. cit., ALESSI, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, in NAPOLI (a cura di), op. cit., p. 1215; contra TIRABOSCHI, *La legalizzazione del lavoro intermittente tramite agenzia" nell'ordinamento giuridico italiano. Prime riflessioni sulla legge n. 196/1997*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, p. 41 ss.

⁶⁴⁹ BONARDI, *op. ult. cit.*, p. 135.

⁶⁵⁰ BONARDI, *op. ult. cit.*, p. 135; sull'argomento v. pure ZAPPALÀ, *op. cit.*

⁶⁵¹ In ciò accogliendo la corretta impostazione del problema, da parte della dottrina, nel vigore del precedente dettato normativo. Si veda ROMEI, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, op. cit. p. 155; in argomento pure CARINCI M. T., *La fornitura di lavoro altrui*, *op. ult. cit.*, p. 324.

agenzia di somministrazione concorrente⁶⁵².

6.1. (segue)...L'eccezione

Come si è avuto modo di anticipare, oggi, e diversamente da quanto previsto nella l. n. 196/1997, è possibile derogare al divieto, sanzionato con il regime della nullità, di apporre clausole o ricorrere a pattuizioni dirette a limitare (anche indirettamente) la facoltà dell'utilizzatore di assumere i lavoratori, una volta esauritosi il contratto di somministrazione.

In effetti, alla luce di tale nuovo disposto normativo, è possibile vincolare il lavoratore somministrato al somministratore a fronte della corresponsione di un'adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore medesimo. In questo caso si configura, allora, un obbligo di fedeltà retribuito. Secondo qualche autore si tratterebbe proprio di una "clausola di fidelizzazione" che, come già osservato, evoca il patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 c.c. "anche se, a differenza di quest'ultimo, la limitazione è, *mirata* ad un soggetto preciso e determinato (l'utilizzatore)"⁶⁵³. Le ragioni di questa deroga sono state già prospettate nel paragrafo precedente, qui giova rammentare che tale deroga rafforza la finalità sopra menzionata di creare uno stretto legame tra somministratore e maestranze in funzione dell'accrescimento professionale di quest'ultime.

È opportuno, semmai, accennare ad una questione interpretativa che prende le mosse dalla non proprio perspicua formulazione del comma in commento.

Il legislatore non chiarisce, infatti, se questa indennità sia oggetto di una specifica pattuizione o possa, piuttosto, essere determinata unilateralmente dal somministratore.

È certo che i contratti collettivi, devono adempiere al delicato compito di individuare le coordinate sufficienti per pesare un ristoro in denaro che sia "adeguato" a compensare il sacrificio cui si sottopone il lavoratore ai sensi del comma in commento. Ed è certo, altresì, che non si potrà prescindere dalle indicazioni contenute in questa fonte normativa.

Non è altrettanto chiaro se l'individuazione del *quantum debeatur* sia affidata all'incontro dei consensi tra il somministratore ed il lavoratore somministrato o se sia sufficiente una determinazione unilaterale del somministratore sulla scorta di quanto statuito dai contratti collettivi, che possono ben limitarsi a prevedere un ammontare minimo del compenso.

Manca, per l'appunto, l'esplicita collocazione della pesatura dell'indennità in seno ad un contratto individuale. D'altro canto, l'attenzione della letteratura è per lo più concentrata sui limiti derivanti dalle disposizioni della contrattazione collettiva⁶⁵⁴, anche se, in effetti, il rinvio diffuso alle regole del patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 cod. civ., probabilmente è significativo di un

⁶⁵² Cfr. CIUCCIOVINO, *op. cit.*, p. 113; SPEZIALE, *Il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, *op. cit.* p. 266; in argomento pure NICCOLAI, *op. cit.*, p. 253-257.

⁶⁵³ CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto*, *op.cit.* p. 126.

⁶⁵⁴ ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, *op. cit.*, p. 313; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, *op. cit.* p. 136; CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, p. 114.

riconoscimento della natura consensuale della vicenda⁶⁵⁵.

Resta da chiedersi se in assenza di una disposizione negoziale in tal senso sia lo stesso ammissibile la deroga al comma 8 *de quo*.

È ragionevole ritenere che il contratto collettivo svolga la funzione non di mera fonte di riferimento per l'individuazione dell'esatto ammontare dell'indennità in questione ma proprio quella di condizione autorizzativa che rende possibile l'esplicazione dell'autonomia negoziale delle parti⁶⁵⁶.

Senza indugiare oltre sull'analisi della deroga contenuta nel comma in commento - e delle correlate questioni interpretative - e rinviando alla riflessione che da qui a breve si renderà necessaria a fronte dell'impatto della norma con la prassi applicativa, sembra opportuno svolgere almeno due considerazioni conclusive.

Non potrà ritenersi improntato ai principi della buona fede e correttezza comportamentale la mancata comunicazione da parte del somministratore all'utilizzatore dell'inserimento nel contratto di lavoro della clausola con cui il lavoratore si vincola, dietro corrispettivo, a non farsi assumere dall'utilizzatore al termine della missione⁶⁵⁷.

In difetto, poi, di determinazione dell'equo compenso in sede collettiva, sarà doveroso interrogarsi sull'ampiezza degli eventuali poteri del giudice e, quindi, se potrà, o no, essere esercitato un potere sostitutivo secondo equità⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, op. cit., p. 126; BONARDI, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, op. cit. p. 136; CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, p. 114.

⁶⁵⁶ Parla di "clausola autorizzatoria" CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, p. 126; nella stessa direzione parrebbe pure ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 313.

⁶⁵⁷ Cfr. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. cit., p. 313.

⁶⁵⁸ Secondo ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, op. loc. ult. cit., p. 313, il giudice non può adeguare il compenso secondo equità.