

## La forma nel contratto di somministrazione\*

Loredana Zappalà

1. Le molteplici funzioni del formalismo nella fattispecie somministrazione di lavoro	281
2. I contenuti del contratto di somministrazione	284
2.1. L'obbligo di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi	290
3. La comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione	295
3.1. Ratio dell'operazione economica, collegamento negoziale e funzione della comunicazione al lavoratore	297
3.2. Le possibili conseguenze della mancata informazione	299
4. Requisiti formali, contenuti e nullità del contratto di somministrazione	302

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 39/2005

## 1. Le molteplici funzioni del formalismo nella fattispecie somministrazione di lavoro

Le previsioni di cui all'art. 21 del d.lgs. n. 276 del 2003 si inseriscono in quell'ormai decennale processo di «valorizzazione del formalismo giuridico e della procedimentalizzazione dei comportamenti e degli atti di gestione del personale» quale contrappeso alla crescente «liberalizzazione e proliferazione (...) dei modelli flessibili o articolati di impiego del lavoro dipendente»<sup>871</sup>. Nell'ambito della progressiva giuridificazione di nuove fattispecie negoziali, la regolamentazione della forma dei contratti flessibili riflette e amplifica la naturale propensione giuslavoristica a svalutare il ruolo della autonomia contrattuale delle parti del rapporto di lavoro, non solo attraverso l'utilizzo della norma inderogabile, ma anche, come accade sempre più frequentemente, attraverso l'affermarsi di un principio di tipicità degli atti e la valorizzazione dei requisiti formali degli stessi<sup>872</sup>.

Nella fattispecie somministrazione di lavoro, in cui il «contratto commerciale»<sup>873</sup> è espressamente tipizzato dal legislatore<sup>874</sup> attraverso una disciplina dettagliata con la quale si sono imposti limiti alla autonomia contrattuale delle parti, come si vedrà nelle pagine che seguono, il formalismo svolge un ruolo determinante, con funzioni e modalità diverse, sia nel sopra citato contratto «commerciale», sia nel rapporto di lavoro fra il somministratore e il lavoratore, sia, infine, nel rapporto giuridico che si instaura fra l'utilizzatore e il lavoratore<sup>875</sup>.

In particolare, anticipando fin d'ora alcune delle conclusioni cui si giungerà alla fine del presente lavoro, pare possibile rilevare la sussistenza di una polifunzionalità del formalismo in relazione alla fattispecie in oggetto.

a) Per quanto concerne innanzitutto il contratto di somministrazione, dalle prescrizioni formali indicate nell'art. 21, comma 1 in commento emerge il carattere di *istituzionalità* della forma vincolata<sup>876</sup> prescritta per la validità del contratto medesimo, attraverso la creazione di uno schema di contratto costante e regolare, di un contenuto tipico, espressione di un assetto di interessi composto che, sottratto alla imprevedibile spontaneità dei singoli, viene reso trasparente e controllabile all'esterno. La forma scritta e la rigida predeterminazione dei contenuti del contratto, in questo caso, non sono da ritenere prescritte a garanzia della volontà dei contraenti, apparendo piuttosto funzionali a realizzare, indirettamente, un sistema trasparente di scambio del “bene” –

<sup>871</sup> Ferraro, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, p. 568 ss.

<sup>872</sup> In generale, sulla prospettiva civilistica secondo cui «l'opposto dell'autonomia contrattuale è la tipicità degli atti: tipicità e forma, variamente combinate, costituiscono i due limiti principali entro i quali l'autonomia può venire costretta» cfr. Sacco, De Nova, *Il contratto*, Utet, Torino, 2004, p. 709.

<sup>873</sup> Sul punto si rinvia a Romei, *Art. 20, infra*. V. pure Speciale, *Art. 20. Condizioni di liceità*, in Gragnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 275 ss.; Marinelli, *Aspetti problematici del contratto di somministrazione di manodopera*, in *Il Dir. del Mer. Lav.*, 2004, p. 327 ss.; Guaglianone, *La somministrazione di lavoro*, in Magnani, Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 299 ss.

<sup>874</sup> In proposito, sia consentito rinviare a Zappalà, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, p. 267 ss.

<sup>875</sup> Sul rapporto fra utilizzatore e lavoratore come rapporto giuridico, non di mero fatto, cfr. Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario Art. 2127*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 423; v. pure Nicolai, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 367 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>876</sup> Sul significato della «forma istituzionale», cfr. Irti, *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997, p. 82 ss.

il lavoro umano - oggetto del contratto di somministrazione. Il lavoratore non è infatti il soggetto debole parte della trattativa, ma è "l'oggetto" dello scambio fra soggetti, imprenditori, dotati di pari forza contrattuale. La forma, allora, intesa quale strumento in grado di «comporre conflitti tra vaste classi sociali»<sup>877</sup>, predetermina una razionalità oggettiva dello scambio<sup>878</sup> di un "bene" che incarna al tempo stesso gli interessi di un singolo soggetto - il lavoratore - potenzialmente in grado di subire, indirettamente, taluni dei rischi derivanti dall'operazione economica (mancata, incompleta, inesatta informazione o inadempimento di una delle parti), e di una intera categoria sociale operante in un mercato "speciale", quello del lavoro. I vincoli formali imposti alle parti del contratto di somministrazione possono, pertanto, considerarsi funzionali a garantire la trasparenza e l'efficiente funzionamento<sup>879</sup> del mercato della somministrazione di lavoro medesimo, nonché, indirettamente, una tutela del particolare "bene" in esso scambiato: le energie psico-fisiche e la dignità della persona umana.

b) Per quanto riguarda, invece, il contratto di lavoro deve immediatamente evidenziarsi come, nella nuova disciplina, sia scomparso il requisito della forma scritta, ritenuta - secondo l'opinione prevalente nel vigore della l. n. 196 cit. - prescritta *ad substantiam*. La stipulazione per iscritto del contratto di lavoro è sostituita dall'art. 21, comma 3, dalla previsione di un obbligo del somministratore di comunicare per iscritto al lavoratore il contenuto del contratto di somministrazione, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore. In proposito, paiono doversi condividere i dubbi di costituzionalità rilevati in relazione a talune innovazioni introdotte dal d.lgs. n. 276<sup>880</sup> poiché, pure ammettendo che l'introduzione della somministrazione a tempo indeterminato rendesse necessaria l'adozione di un «impianto unitario»<sup>881</sup>, appare alquanto incerto che la l. delega n. 30 del 2003 abbia autorizzato una modifica sostanziale di alcuni aspetti rilevanti della pregressa disciplina come è avvenuto, appunto, «con l'eliminazione del requisito della forma scritta del contratto di lavoro»<sup>882</sup>.

<sup>877</sup> Irti, *Studi sul formalismo*, cit., p. 79 ss.

<sup>878</sup> Sul formalismo quale strumento in grado di soddisfare l'esigenza di una «pacificante razionalità» del mercato v. pure Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 2001, p. 54 ss.

<sup>879</sup> Cfr. Andriani, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contratto e impresa*, 2001, p. 158, secondo cui «il dovere di trasparenza, insieme alla diligenza e alla correttezza, si consolida, divenendo regola di condotta del contraente sia nell'interesse della controparte che dell'integrità del mercato». Sull'esigenza di trasparenza nella gestione del rapporto trilaterale che caratterizzava già il lavoro interinale v. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Franco Angeli, Milano, 1995, p. 363 ss; sull'introduzione di vere e proprie «regole di trasparenza in funzione di esigenze di tutela dei lavoratori» già nella l. n. 196 del 1997 v. inoltre Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, p. 160 ss.

<sup>880</sup> Per una disamina delle disposizioni della l. n. 196 del 1997 la cui abrogazione è ritenuta «espressione di una scelta arbitraria del legislatore delegato in quanto non sostenuta da alcun criterio - direttamente o indirettamente - riconducibile alla legge delega» cfr. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, p. 93.

<sup>881</sup> Così Tiraboschi, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in Aa.Vv., *La riforma Biagi. Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, in *Guida al dir.*, 2003, n. 4, p. 69. In tal senso v. anche Del Punta, *Art. 1, comma 2, lett. m), n), o). Appalto, divieto di interposizione, somministrazione di manodopera, comando*, in Carinci M.T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 64.

<sup>882</sup> Bonardi, *La nuova disciplina della somministrazione*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004, p. 119 ss. *Contra* v. Speciale, *Art. 20.*, cit., p. 287, il quale, a fronte della «elasticità» dei criteri enucleati dalla giurisprudenza costituzionale in materia di potestà legislativa delegata, sottolinea come, in questo caso, il legislatore abbia utilizzato la tecnica abrogativa della «regolamentazione dell'intera materia, che non presuppone la sostituzione di tutte le norme previgenti». Sulla legittimità dell'esercizio

Tale modifica della struttura<sup>883</sup> della fattispecie somministrazione di lavoro contenuta nell'art. 21 in commento si rivela di notevole interesse sia da un punto di vista teorico, sia della concreta applicazione della nuova disciplina. Nell'anticipare brevemente il discorso che si svilupperà nelle pagine che seguono, è possibile evidenziare fin d'ora come la previsione di un obbligo formale di comunicazione per iscritto al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione svolga una duplice funzione. Da una parte, esso prefigura una sorta di inedita «procedimentalizzazione» del potere direttivo dell'agenzia nei confronti del lavoratore finalizzato a rendere possibile la dissociazione fra la titolarità del contratto di lavoro e l'utilizzazione della prestazione. Dall'altra, tale dovere di comunicazione per iscritto, da parte dell'agenzia al lavoratore, dei contenuti del contratto di somministrazione è configurabile come un'obbligazione che *ex lege* è posta a carico dell'agenzia, quale parte del contratto di somministrazione. Poiché, infatti, il contratto di somministrazione, al pari di qualunque altro contratto, *ex art. 1372 cod. civ.*, è produttivo di effetti esclusivamente nei confronti dei soggetti stipulanti, la legge impone a carico del somministratore l'obbligazione "accessoria" di mettere il lavoratore, estraneo al contratto di somministrazione medesimo, a conoscenza dell'esistenza e dei contenuti di tale pattuizione. In questo caso il formalismo si manifesta attraverso l'imposizione di una «modalità vincolata di comunicazione degli atti»<sup>884</sup>, avente la funzione *informativa* di portare il contratto di somministrazione a conoscenza di soggetti terzi<sup>885</sup>.

Nel rapporto fra agenzia e lavoratore, dunque, il formalismo diviene veicolo di comunicazione fra il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro, fra loro funzionalmente collegati, rendendo al medesimo tempo possibile sia la dissociazione fra titolarità formale e titolarità sostanziale del rapporto di lavoro, sia l'estensione degli effetti del contratto commerciale al lavoratore "terzo".

c) Da quanto rilevato *sub b)*, deriva infine che per quanto concerne il rapporto fra utilizzatore e lavoratore, il formalismo assicura all'impresa utilizzatrice di poter usufruire, dirigere e controllare l'attività posta in essere dal prestatore senza che si instauri con esso un rapporto di lavoro subordinato. In particolare, come si è detto, affinché l'effettiva utilizzazione del lavoratore non concreti l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato fra l'utilizzatore e il prestatore sarà necessario non solo che le parti del contratto commerciale rispettino i requisiti formali e sostanziali prescritti dagli artt. 20, commi 3-5, e 21, comma 1, ma anche che il somministratore abbia adempiuto all'obbligo ad esso imposto dall'art. 21, comma 3 di comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione. Da tale punto di vista, la vincolatività della forma non riguarda il negozio in sé (la sua validità), ma – tramite l'informativa al prestatore - ha la funzione di garantire all'utilizzatore la possibilità di "opporre" al lavoratore "terzo", che volesse far accertare l'avvenuta costituzione nei suoi confronti di un rapporto di lavoro subordinato, il contratto di somministrazione e, di conseguenza, il diritto da questo nascente di poter utilizzare e dirigere il lavoratore senza ricadere nella fattispecie di cui all'art. 2094 cod. civ.

della delega v. pure Ciucciovino, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in Carinci M.T., Cester (a cura di), *Somministrazione, appalto, trasferimento d'azienda, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da Carinci F., II, 2004, p. 66.

<sup>883</sup> Sulle «norme sulla forma» quali norme che «descrivono strutture di negozi» cfr. Irti, *Studi sul formalismo*, cit., p. 149.

<sup>884</sup> Su cui cfr. Giorgianni, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 1001.

<sup>885</sup> Su tale funzione della forma «in ossequio al principio di trasparenza del contratto» v. pure De Nova, *Dieci voci per una tavola rotonda su «Il nuovo diritto dei contratti»*, in Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Cedam, Padova, 1999, p. 814.

## 2. I contenuti del contratto di somministrazione

L'art. 21 del d.lgs. n. 276 del 2003, dedicato alla «Forma del contratto di somministrazione», incorpora parte delle regole che nel vigore della ormai abrogata l. n. 196 si trovavano suddivise fra l'art. 1, comma 5, dedicato al «contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo», e l'art. 3, comma 3, disciplinante il «contratto per prestazioni di lavoro temporaneo». In particolare, il comma 1, dell'art. 21 cit., «fissando il dialogo fra i soggetti»<sup>886</sup> del contratto di somministrazione di lavoro, stabilisce che esso deve essere stipulato in forma scritta e deve contenere una serie di precise indicazioni.

*I) Gli estremi dell'autorizzazione all'esercizio della attività di somministrazione.* - Innanzi tutto, al fine di consentire al soggetto utilizzatore di poter verificare che l'agenzia per il lavoro sia abilitata a svolgere l'attività di somministrazione a tempo indeterminato e/o determinato<sup>887</sup>, è prevista l'indicazione degli estremi dell'autorizzazione di cui deve essere in possesso l'agenzia medesima, secondo quanto previsto dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276<sup>888</sup>. La specifica indicazione per iscritto degli estremi dell'autorizzazione (richiesta dalla lett. a), del comma 1, dell'art. 21) ha evidentemente l'effetto di "cristallizzare" la misura del dovere di diligenza imposto all'utilizzatore per non ricadere nella fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 18, comma 2, che sanziona il ricorso alla somministrazione di lavoro da parte di soggetti non autorizzati<sup>889</sup>. In tale evenienza, infatti, al fine di escludere la propria colpevolezza, difficilmente l'utilizzatore potrà invocare la buona fede, riconosciuta da alcuni orientamenti giurisprudenziali relativamente ai reati contravvenzionali<sup>890</sup>, poiché, appunto, la specifica indicazione per iscritto degli estremi dell'autorizzazione nel contratto gli impone il dovere di accertarsi della veridicità dell'indicazione o, nell'ipotesi in cui questo faccia ricorso abitualmente ad una stessa agenzia per il lavoro, di controllare che l'autorizzazione non sia stata alla stessa revocata.

*II) Gli elementi identificativi dell'oggetto del contratto.* - Il contratto deve indicare inoltre alcuni elementi essenziali necessari a identificarne "l'oggetto"<sup>891</sup>, quali il numero dei lavoratori da somministrare (lett. b), comma 1, dell'art. 21), l'inquadramento professionale e le mansioni cui questi saranno adibiti (lett. f), il luogo e l'orario delle prestazioni lavorative, il loro trattamento economico e contributivo (lett. g). In proposito, è possibile evidenziare come, in maniera simile alla precedente formulazione della l. n. 196, tale previsione autorizzi le parti alla stipula di «contratti

<sup>886</sup> L'efficace espressione è di Irti, *Studi sul formalismo*, cit., p. 83.

<sup>887</sup> Tale previsione sarebbe volta a soddisfare un principio di trasparenza, così Bano, *Art. 21. Forma del contratto di somministrazione*, in Gagnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 333.

<sup>888</sup> V. Alaimo, *Artt. 4 e 5, infra*.

<sup>889</sup> Sulle condotte penalmente rilevanti previste dall'art. 18 cit., che nella nuova disciplina si ritengono inserite nella vasta area della cd. *liceità condizionata*, v. Mantovani, *Art. 18. Sanzioni penali*, in Gagnoli, Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, p. 248 ss.

<sup>890</sup> Cfr., in relazione ad una fattispecie interpositoria vietata ex l. n. 1369 del 1960, Cass., sez. III pen., 28 ottobre 1998, n. 11308, in *Dir. Prat. Lav.*, 1998, n. 46, p. 3077 ss.

<sup>891</sup> Bano, *Art. 21*, cit., p. 334, il quale sottolinea anche come talune previsioni, quali l'indicazione delle mansioni del lavoratore e del relativo trattamento economico e retributivo, debbano considerarsi obblighi funzionali, rispettivamente, agli obblighi incombenti sull'utilizzatore in caso di mutamento di mansioni e al rispetto del principio di parità di trattamento.

globali»<sup>892</sup>, vale a dire contratti in cui si pattuisce la somministrazione di diversi lavoratori, ma non di «contratti aperti», cioè di contratti con i quali l'agenzia e l'utilizzatore concordino una serie indeterminata di forniture di manodopera<sup>893</sup>. Nulla tuttavia esclude, come di fatto accade, che in virtù della propria autonomia negoziale l'agenzia e l'utilizzatore possano stipulare degli «accordi quadro», aventi natura esclusivamente commerciale, con i quali le parti assumono reciprocamente una serie di impegni, quali per esempio l'obbligo di rivolgersi a una data agenzia in caso di ricorso alla somministrazione di lavoro, la pattuizione di un determinato costo del servizio (da aggiungere ovviamente, di volta in volta, al costo del lavoro), l'erogazione da parte dell'agenzia di ulteriori servizi specifici<sup>894</sup>, ecc.

*III) La durata del contratto.* - Altre indicazioni essenziali che devono essere contenute nel contratto riguardano poi la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione<sup>895</sup> (così lett. *e*), comma 1, dell'art. 21)<sup>896</sup>. La portata di detta disposizione non appare del tutto chiara per quanto concerne l'ipotesi in cui il contratto di somministrazione sia a tempo indeterminato: posto che in tal caso il contratto non ha una scadenza predefinita potrebbe infatti sorgere il dubbio sul se in tale circostanza le parti possano anche ritenersi legittimate a non indicare alcun termine finale. In proposito, tuttavia, pare doversi condividere l'interpretazione secondo cui l'inciso debba ritenersi indicativo dell'obbligo di indicare il tipo di somministrazione, piuttosto che una quantificazione temporale<sup>897</sup>.

Più in generale, deve essere rilevato il carattere parzialmente innovativo della sopra richiamata disposizione rispetto alla pregressa disciplina sul lavoro temporaneo, che invece stabiliva<sup>898</sup> l'obbligo di indicare nel contratto di fornitura «la data di inizio e il termine del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo». In virtù di detta previsione, la Corte di Cassazione, postulando un collegamento fra il contratto di prestazione ed il contratto di fornitura, è giunta alla conclusione secondo cui la disciplina di cui alla l. n. 196 imponesse di considerare il contratto di prestazioni di

<sup>892</sup> Magnani, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in Napoli (a cura di), *Il «Pacchetto Treu»*, in *Le Nuove Leg. Civ. Comm.*, Cedam, Padova, 1998, p. 1189 ss.

<sup>893</sup> Così Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Aa.Vv. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 288. V. pure Chieco, *La somministrazione di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 2005, p. 21 ss.; Guaglianone, cit., p. 304.

<sup>894</sup> Quale per esempio la creazione all'interno dell'agenzia di una specifica area o divisione commerciale/consulenziale, cosiddetta «grandi clienti», specializzata nelle problematiche di un peculiare settore commerciale e nella gestione dei contratti di somministrazione che verranno stipulati con quella data azienda.

<sup>895</sup> Su tale necessario riferimento come elemento sintomatico della natura del contratto di somministrazione quale contratto di durata, v. Speciale, *Art. 20*, cit., p. 290.

<sup>896</sup> Pur nel silenzio del legislatore particolarmente significative appaiono talune prescrizioni recentemente introdotte in alcuni contratti collettivi che pongono limiti alla durata massima del contratto di somministrazione a tempo determinato: cfr. in proposito il Ccnl Autoscuole del 5.7.2005 in cui si prevede che «la durata massima del contratto di somministrazione è di 12 mesi ed è prorogabile sino a un periodo complessivamente non superiore a 24 mesi incluso il primo contratto»; nonché il Ccnl Magazzini Generali del 29.1.2005 e il Ccnl Trasporto e spedizione merci - Confetra del 29.1.2005 che, in maniera analoga, stabiliscono che «la durata massima del contratto di somministrazione è di 18 mesi ed è prorogabile sino a un periodo complessivamente non superiore a 36 mesi incluso il primo contratto».

<sup>897</sup> Bano, *Art. 21*, cit., p. 336.

<sup>898</sup> Art. 1, comma 5, lett. h), l. n. 196 del 1997.

lavoro temporaneo quale «contratto base», produttivo di effetti diretti nei confronti dell'utilizzatore<sup>899</sup>. Nel vigore della pregressa disciplina, dunque, il collegamento negoziale avrebbe consentito il prodursi in capo al soggetto utilizzatore di un obbligo di correttezza e buona fede tale da imporgli il dovere di controllare l'esatto contenuto del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo, costituente il titolo che gli consentiva di gestire il lavoratore. Sulla scorta di tali premesse, come è noto, la Suprema Corte, a fronte di un caso di non coincidenza del termine finale pattuito nel contratto di fornitura e in quello di prestazioni di lavoro e di conseguente prolungamento dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore oltre la data pattuita nel contratto di prestazioni di lavoro medesimo, ha ritenuto di poter accertare l'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore, nonostante il contratto di fornitura indicasse un diverso termine finale.

La nuova formulazione evidenzia invece che nello schema contrattuale delineato dal d.lgs. n. 276 «ciò che conta e che va collocato temporalmente è il contratto di somministrazione e non l'inizio e la durata del rapporto di lavoro, in quanto questo elemento rimane nella esclusiva dimensione organizzativa e di scelta dell'agenzia»<sup>900</sup>. L'utilizzatore, così, potrà non sapere, né sarà tenuto a informarsi sul se il lavoratore inviato in missione abbia un contratto di lavoro a tempo indeterminato con l'agenzia, oppure un contratto a termine avente la stessa durata del contratto di somministrazione o una durata diversa. L'unica circostanza cui dovrà prestare attenzione, al fine di evitare eventuali contestazioni da parte del lavoratore, è il rispetto del termine finale pattuito nel contratto di somministrazione, alla scadenza del quale l'utilizzatore non potrà più ritenersi legittimato all'utilizzo del lavoratore inviato in missione, a prescindere dal fatto che quel lavoratore continui a essere legato o meno da un rapporto contrattuale con l'agenzia<sup>901</sup>. Sempre al fine di evitare eventuali richieste di accertamento dell'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro subordinato fra l'utilizzatore e il lavoratore sarà comunque necessario – come accennato in premessa al presente lavoro (v. *infra* par. 1) – che il contratto di somministrazione sia “opponibile” al lavoratore “terzo”. Opponibilità che, come si è detto, è possibile solo dopo che il somministratore abbia correttamente adempiuto al proprio obbligo di comunicare al lavoratore il contenuto del contratto di somministrazione, ivi compresa la durata. In mancanza o in caso di inesatta comunicazione, infatti, nulla esclude che il lavoratore possa, confidando magari nel fatto di essere stato assunto direttamente dall'utilizzatore, richiedere l'accertamento del rapporto di lavoro subordinato con questo. In questo caso, all'impresa utilizzatrice, “colpita” da una sentenza di accertamento di tal genere, non resterà che rivalersi civilmente contro l'agenzia al fine di fare valere la responsabilità di questa per inadempimento contrattuale (mancato adempimento della obbligazione “accessoria” di comunicare al lavoratore il contenuto del contratto) e, di conseguenza, ottenere il risarcimento per i danni subiti<sup>902</sup>.

<sup>899</sup> Cass. 27 febbraio 2003, n. 3020, in *Giust. Civ.*, 2003, n. 11, p.1791 ss. con nota di Zappalà, *Lavoro temporaneo e regime sanzionatorio: gli improbabili effetti del collegamento negoziale*.

<sup>900</sup> Chieco, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 115.

<sup>901</sup> Sulle possibili diverse ipotesi di continuazione dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore alla scadenza del contratto di somministrazione v. *Art. 22, infra*.

<sup>902</sup> Su tali profili v. oltre par. 3.2.

Nulla è stabilito, invece, per quanto concerne la possibilità di una eventuale proroga del contratto di somministrazione a tempo determinato alla scadenza dello stesso<sup>903</sup>. In proposito, sebbene non manchino talune indicazioni contenute nella più recente contrattazione collettiva volte a limitare il numero e/o la durata delle proroghe del contratto di somministrazione a tempo determinato<sup>904</sup>, pare potersi condividere l'interpretazione di chi ha sostenuto che, in astratto, non vi sia motivo di dubitare della legittimità di tale possibilità e, di conseguenza, di una proroga del contratto di somministrazione che pur rispettando il requisito della forma scritta rinvii a tutto quanto pattuito nel contratto originario, salva la specifica indicazione degli elementi che subiscono una modificazione<sup>905</sup>. Pure tale proroga, ovviamente, per quanto sopra detto, dovrà essere comunicata dal somministratore al lavoratore interessato. Non pare escluso, tuttavia, che una reiterazione delle proroghe del contratto di somministrazione possa celare un contratto di somministrazione a tempo indeterminato, magari al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge, e che dunque dietro la reiterate proroghe si possa nascondere una ipotesi di somministrazione irregolare e/o fraudolenta<sup>906</sup>.

*IV) Le ragioni del ricorso alla somministrazione.* - Del tutto nuove rispetto alla pregressa disciplina sul lavoro temporaneo sono invece le previsioni dell'art. 21, comma 1, lett. c) e d), che stabiliscono, rispettivamente, che nel contratto di somministrazione debbano essere indicate le ragioni del ricorso alla somministrazione<sup>907</sup>, sia essa a tempo indeterminato o determinato, nonché la presenza di eventuali rischi particolari per l'integrità e la salute dei lavoratori e le misure di prevenzione adottate.

Nel vigore della l. n. 196, l'indicazione della causale giustificatrice del ricorso alla fornitura di manodopera era prevista quale requisito necessario del solo contratto di prestazioni di lavoro temporaneo, mentre nulla era previsto per quanto riguardava il contratto di fornitura. La nuova previsione che, come si è detto, impone l'indicazione per iscritto nel contratto di somministrazione dei casi e delle ragioni<sup>908</sup> che legittimano il ricorso alla somministrazione medesima<sup>909</sup> può ritenersi figlia del tentativo posto in essere dal legislatore di *normalizzare* il contratto di lavoro<sup>910</sup>: scomparso infatti il requisito della forma scritta del contratto di lavoro, sostituito, come accen-

<sup>903</sup> Sulla possibilità di proroga del contratto di lavoro v. invece Art. 22, *infra*.

<sup>904</sup> Cfr. le disposizioni citate alla nota 27, *infra*.

<sup>905</sup> Quali l'indicazione di un nuovo termine finale, del numero dei lavoratori interessati, ecc. In tal senso v. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 289.

<sup>906</sup> Per considerazioni simili v. Pinto, *La modernizzazione promessa. Osservazioni critiche sul decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, sul sito [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro), p. 54; Lanotte, *Il contratto di somministrazione di lavoro: tipologie e condizioni di liceità*, in Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 216.

<sup>907</sup> Ragioni che «dovranno essere specifiche, idonee a stabilire la concreta utilizzazione dei lavoratori da somministrare e, viceversa, non risolversi in affermazioni generiche o in *clausole di stile*», così Chieco, *La somministrazione di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 21 ss.

<sup>908</sup> Sulla distinzione fra i «casi», che evidentemente sembrano fare riferimento alle ipotesi previste dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva a fronte delle quali è ammissibile la somministrazione a tempo indeterminato, e le «ragioni» legittimanti invece il ricorso alla somministrazione a termine v. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 288.

<sup>909</sup> Sulle ragioni che giustificano la somministrazione a tempo determinato e a tempo indeterminato, v. Romei, Art. 20, *infra*.

<sup>910</sup> L'efficace espressione è di Chieco, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 119. Su tale questione v. Art. 22, *infra*.

nato, da un obbligo di comunicazione al lavoratore, da parte del somministratore, di tutte le informazioni racchiuse nel contratto di somministrazione, altro non restava che “recuperare” tale obbligo di menzione delle causale legittimante la somministrazione proprio nel contratto commerciale, sui cui contenuti il lavoratore verrà informato al momento della stipula del contratto di lavoro o dell’invio in missione presso l’utilizzatore.

V) *Le informazioni in materia di salute e sicurezza.* - Innovativa è pure la previsione secondo cui il contratto di somministrazione deve indicare la presenza di eventuali rischi per la salute dei lavoratori inviati in missione e le misure adottate per prevenirli. Sul punto, l’art. 3, comma 3, lett. h) della l. n. 196 stabiliva, invece, che fosse il contratto di prestazioni di lavoro temporaneo a dover contenere la precisazione delle «eventuali misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività», mentre nessun obbligo di indicazione di tal genere era previsto per quanto riguardava il contratto di fornitura. Come è noto, tale disposizione doveva essere letta di concerto con gli obblighi informativi e formativi gravanti sull’agenzia e sull’utilizzatore ai sensi degli artt. 3, comma 5 e 6, comma 1 della l. n. 196; obblighi oggi accorpati nella disposizione di cui all’art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 del 2003<sup>911</sup>. In breve è possibile ricordare come la scelta del legislatore del 1997, confermata anche dall’odierno legislatore, è stata quella di individuare nel soggetto presso il quale si svolge l’attività lavorativa il principale destinatario degli obblighi di sicurezza, poiché è questo il soggetto ritenuto maggiormente «in grado di indirizzare la prestazione non solo verso l’utilità programmata, ma anche verso la sicurezza dovuta»<sup>912</sup>. A fronte dei numerosi obblighi in tema di sicurezza attribuiti dalla legge all’utilizzatore, la l. n. 196, come si è detto, si prefiggeva pure l’obiettivo di responsabilizzare il fornitore imponendogli l’obbligo di informare il lavoratore delle eventuali misure di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività cui il lavoratore medesimo sarebbe stato adibito presso l’impresa utilizzatrice. Tale obbligo di informativa a carico del fornitore era poi affiancato dall’ulteriore, e tutt’ora vigente *ex art.* 23, comma 5, del d.lgs. n. 276, obbligo di informare il lavoratore sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale e di formare lo stesso all’utilizzo delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento della attività lavorativa che verrà chiamato a svolgere. L’agenzia e l’utilizzatore, tuttavia, potevano - e tutt’oggi possono - accordarsi affinché tale obbligo fosse adempiuto dall’utilizzatore (altrimenti tenuto a informare il lavoratore solo nel caso in cui le mansioni cui questo è adibito richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici).

Nel vigore della l. n. 196 poteva così accadere che l’utilizzatore prendesse l’impegno di fornire al prestatore tutte le informazioni sui rischi per la sicurezza sia in generale, sia per i rischi specifici, e che, al tempo stesso, l’agenzia rimasse responsabile dell’indicazione per iscritto nel contratto di prestazioni di lavoro temporaneo delle misure di sicurezza necessarie al tipo di missione, vale a dire di tutte quelle informazioni di cui il lavoratore avrebbe dovuto essere messo a conoscenza al momento della conclusione del contratto. Sovente, però, poteva accadere che l’agenzia non

<sup>911</sup> Su cui v. Nicosia, *Art. 23, infra*.

<sup>912</sup> Nicolai, *Lavoro temporaneo*, cit., p. 411, cui si rinvia anche per l’analisi della ripartizione degli obblighi di sicurezza fra agenzia e utilizzatore nel vigore della l. n. 196. In generale, sulle problematiche attinenti alla salute e sicurezza dei lavoratori temporanei v. Lai, *Salute, sicurezza e lavoro temporaneo*, in *Dir. e Prat. Lavoro*, 1998, p. 211 ss.

fosse in grado di fornire alcuna indicazione specifica sulle misure di sicurezza adottate dall'utilizzatore, poiché appunto del tutto estranea alla realtà aziendale di questo, e che il lavoratore si trovasse ad essere inviato in missione senza avere nemmeno una pallida idea dei potenziali rischi cui andava incontro o che si verificassero discrasie fra le informazioni impartite dall'agenzia e quelle rese dall'utilizzatore<sup>913</sup>. D'altra parte, la l. n. 196 non prevedeva alcun tipo di sanzione per la mancata indicazione nel contratto di prestazione di lavoro delle misure di sicurezza connesse al tipo di attività per la quale si faceva ricorso al lavoro tramite agenzia, cosicché al lavoratore non restava che attendere di conoscere i rischi per la sua salute e sicurezza nel momento in cui l'utilizzatore avrebbe adempiuto agli obblighi di informativa ai sensi del d.lgs. n. 626 del 1994<sup>914</sup>.

La nuova disciplina introdotta dall'art. 21, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 276 sembra invece parzialmente in grado di scongiurare eventualità come quelle sopra descritte. Innanzitutto, infatti, l'indicazione già nello stesso contratto di somministrazione della presenza di eventuali rischi particolari per l'integrità e la salute dei lavoratori e delle misure di prevenzione adottate attribuisce *ab initio* un ruolo attivo e immediato all'impresa utilizzatrice – che sicuramente è il soggetto più informato sulla concreta realtà aziendale - nel segnalare eventuali rischi per la sicurezza dei lavoratori. Tale previsione appare maggiormente rispettosa delle prescrizioni dettate dall'art. 7 della direttiva n. 91/383/CE, avente ad oggetto le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei prestatori di lavoro a termine e interinali<sup>915</sup>, che obbliga gli Stati membri a prendere le misure necessarie affinché «l'impresa e/o lo stabilimento utilizzatori, prima che il lavoratore che ha un rapporto di lavoro interinale sia messo a loro disposizione, precisino all'agenzia (...) le caratteristiche proprie del posto da occupare; e che l'agenzia comunichi tutti questi elementi ai lavoratori interessati».

In tale caso, come si è detto, il vincolo di forma impone una trasparenza dei contenuti del contratto a garanzia di un efficiente funzionamento del mercato (a fronte di tale indicazione nel contratto commerciale, l'agenzia potrà infatti valutare e calibrare meglio la figura professionale più adatta per svolgere le mansioni richieste), nonché, indirettamente, assicura una maggiore tutela al lavoratore (cui l'agenzia sarà tenuta a dare immediata comunicazione secondo quanto previsto dal successivo comma 3, dell'art. 21)<sup>916</sup>.

Diversamente dalla pregressa disciplina, poi, tale previsione è rafforzata da un rigoroso regime sanzionatorio potenzialmente in grado di esplicitare una efficacia dissuasiva contro comportamenti negligenti dell'agenzia e soprattutto dell'utilizzatore in materia di informazioni sui rischi per la salute cui i prestatori potrebbero andare incontro nel corso della missione. Il nuovo regime san-

<sup>913</sup> V. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Franco Angeli, Milano, 2002, p. 258 ss.

<sup>914</sup> Cfr. pure Niccolai, *Lavoro temporaneo*, cit., p. 245, laddove sottolinea come l'eventuale omissione del somministratore sopra descritta poteva pure «giocare un ruolo di ripartizione importante dei rischi infortunistici fra agenzia e utilizzatore, potendo quest'ultimo utilizzare siffatto inadempimento per scaricare, in parte o totalmente, la responsabilità dell'evento dannoso sull'agenzia, in caso di regresso dell'istituto assicuratore».

<sup>915</sup> Su tale direttiva, che in Italia non è stata tutt'ora recepita in maniera formale, v. Roccella, Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2002, p. 180 ss.

<sup>916</sup> Il ruolo dell'agenzia si risolverebbe così «nel compito di verificare l'eshaustività» delle informazioni rese al fine di darne comunicazione al lavoratore, in tal senso v. Morone, *I requisiti soggettivi e oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera*, in Carinci M.T., Cester (a cura di), *Somministrazione, appalto, trasferimento d'azienda*, Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, coordinato da Carinci F., II, 2004, p. 49.

zionatorio, in caso di mancata indicazione delle condizioni di sicurezza, prevede infatti sia l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 18, comma 3, del d.lgs. n. 276 a carico di entrambe le parti del contratto commerciale, sia il verificarsi di una causa di nullità del contratto di somministrazione ex art. 21, comma 4, con la conseguente costituzione del rapporto di lavoro subordinato direttamente con l'utilizzatore.

VI) *Gli obblighi contrattuali*. - L'art. 21, comma 1, lett. da h) a k), del d.lgs. n. 276, ricalcando pedissequamente la pregressa disciplina sul lavoro temporaneo, statuisce infine che nel contratto di somministrazione debba essere espressamente fatta menzione, per iscritto, di alcuni obblighi che le parti reciprocamente si assumono. Si tratta di obblighi che, come si è detto, assolvono alla funzione conformativa svolta dai vincoli formali nella disciplina in commento, espressione di un assetto di interessi complesso che, vista appunto l'importanza degli interessi in gioco, è sottratto alla imprevedibile spontaneità dei singoli per essere reso trasparente e controllabile all'esterno

Il somministratore, innanzitutto, deve assumersi l'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali. L'utilizzatore, invece, deve impegnarsi a rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro. L'utilizzatore deve, inoltre, assumersi l'obbligo di fornire al somministratore tutte le informazioni sui trattamenti economici applicabili nell'azienda per i «lavoratori comparabili», funzionale a rendere possibile l'adempimento della prestazione lavorativa da parte dell'agenzia<sup>917</sup>. Il medesimo utilizzatore, infine, deve esplicitamente obbligarsi - in caso di inadempimento del somministratore - al pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali<sup>918</sup>, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore<sup>919</sup>.

L'indicazione della esplicita menzione per iscritto di taluni obblighi attinenti alle modalità di gestione del contratto di somministrazione ripropone l'annosa questione, su cui ci si soffermerà nel proseguo del presente lavoro, della natura derogabile o inderogabile delle sopra citate prescrizioni, nonché delle conseguenze connesse alla mancanza di tali esplicite assunzioni di responsabilità da parte dei due contraenti o alla presenza di eventuali pattuizioni aventi contenuto diverso<sup>920</sup>.

### 2.1. L'obbligo di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi

Con una previsione del tutto nuova rispetto alla pregressa disciplina, l'art. 21, comma 2 impone

<sup>917</sup> Cfr. Morone, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 52 ss., cui si rinvia anche per l'analisi delle differenze terminologiche fra l'attuale e la precedente formulazione della disposizione sopra citata, differenze che tuttavia non paiono apportare modifiche sostanziali della disciplina.

<sup>918</sup> In proposito v. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 287, che rileva come sul punto sia possibile rilevare una apparente incoerenza tra l'art. 21, comma 1, lett. k), che sembra configurare la posizione dell'utilizzatore soltanto in termini di obbligo di garanzia per il caso di inadempimento da parte del somministratore, e l'art. 23, comma 3, a norma del quale «l'utilizzatore è invece obbligato in solido con il somministratore» per retribuzioni e contributi.

<sup>919</sup> Nel vigore della l. n. 196 del 1997 tali previsioni hanno dato spunto ad un vivace dibattito dottrinale sulla natura necessariamente onerosa o meno del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo e sul se, dunque, la previsione di un corrispettivo dovesse assurgere a elemento di individuazione del tipo contrattuale; per un riepilogo delle diverse posizioni dottrinali sul punto v. Nicolai, *Lavoro temporaneo*, cit., p. 67 ss.

<sup>920</sup> Su tali profili v. *infra*, par. 4.

alle parti del contratto commerciale, nell'indicare gli elementi sopra analizzati, di recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi. La violazione di tale prescrizione, secondo quanto previsto dall'art. 18, comma 3, del decreto, determina il configurarsi di una fattispecie contravvenzionale, punita con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

A differenza di altri rinvii effettuati a favore di una fonte collettiva<sup>921</sup> "qualificata" (i contratti nazionali o territoriali stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi)<sup>922</sup>, nel caso in esame «il legislatore fa un richiamo quanto mai generico ai contratti collettivi»<sup>923</sup>, non specificando nemmeno se i contratti collettivi debbano essere quelli "applicati" o quelli "applicabili" al somministratore e/o all'utilizzatore<sup>924</sup>. Secondo alcuni commentatori, tale omissione sarebbe spiegabile in ragione del fatto che detto rinvio non attribuisce alcuna funzione speciale alla contrattazione collettiva: non una funzione – come avviene in altri casi - di integrazione del contenuto del precetto legislativo; ciò che nella norma verrebbe in rilievo altro non sarebbe che «la tipica ed essenziale funzione del contratto collettivo di regolazione dei rapporti individuali di lavoro», che esplica i suoi effetti «secondo i principi e le regole generali del nostro diritto sindacale»<sup>925</sup>.

Sulla scorta di una diversa analisi della previsione citata, la ricostruzione dottrinale sopra riportata non appare tuttavia convincente per una pluralità di ragioni. Pare innanzitutto revocabile in dubbio l'affermazione secondo cui tutte le indicazioni cui fa riferimento l'art. 21, comma 1, qualora specificatamente regolate dai contratti collettivi, possano ritenersi espressione della tradizionale funzione normativa del contratto collettivo medesimo. Il rinvio effettuato dalla legge alla contrattazione sembra piuttosto collocarsi in quel novero di «rinvii legali di nuova generazione», posti in essere da «disposizioni di legge di carattere eterogeneo, che si differenziano secondo una logica non agevolmente ricostruibile nemmeno *ex post*», in virtù dei quali la contrattazione è invitata a integrare, specificare o attuare i precetti legali<sup>926</sup>.

Nel caso di specie, in particolare, la contrattazione è, per buona parte, sollecitata a integrare i contenuti del contratto commerciale stipulato fra l'agenzia e l'impresa utilizzatrice<sup>927</sup> su profili che non riguardano direttamente il rapporto individuale di lavoro. Come si è sopra visto, infatti,

<sup>921</sup> In generale, per una ricognizione della tipologia dei rinvii alla contrattazione collettiva contenuti nel d.lgs. n. 276 cfr. Carinci F., *Regioni e sindacato nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Lav. Giur.*, 2004, n. 3, p. 215 ss.

<sup>922</sup> Cfr. ad esempio art. 20, comma 3, lett. i) e 4.

<sup>923</sup> Bano, *Art. 21*, cit., p. 338.

<sup>924</sup> Sul punto v. pure Morone, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 54 ss.

<sup>925</sup> Così Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 289. V. pure Guaglianone, cit., p. 305; Bonardi, *La nuova disciplina della somministrazione*, cit., p. 130, che collegando la *ratio* di tale norma con quanto stabilito dall'art. 5, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 276, laddove si prevede tra i requisiti per l'esercizio dell'attività di somministrazione «il rispetto degli obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro applicabile» (su tali norme v. Alaimo, cit., *infra*), evidenzia come il legislatore sembri introdurre in tale caso un vero e proprio obbligo di applicazione del contratto collettivo, obbligo che, evidentemente, porrebbe qualche dubbio di legittimità per contrasto con l'art. 39 Cost.

<sup>926</sup> Le citazioni sono tratte da Proia, *Il contratto collettivo fonte e le «funzioni» della contrattazione collettiva*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 112 ss., cui si rinvia pure per un recente riepilogo delle materie oggetto dei rinvii legali.

<sup>927</sup> Elenca tale rinvio fra i casi in cui la contrattazione collettiva svolge un ruolo di "integrazione" della legge pure Carinci F., *Regioni e sindacato*, cit., p. 217. Secondo Chieco, *La somministrazione di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 21 ss. in tale caso la contrattazione collettiva avrebbe «il potere di chiarire e specificare il contenuto delle clausole obbligatorie, ma non di introdurre deroghe o modificazioni alle prescrizioni legali».

la contrattazione collettiva è abilitata a dettare indicazioni più dettagliate sulle modalità attraverso cui devono essere indicati gli estremi dell'autorizzazione del somministratore, il numero dei lavoratori oggetto della fornitura, le ragioni per le quali l'utilizzatore ha fatto ricorso alla somministrazione e la durata della stessa<sup>928</sup>. Si tratta di elementi che evidentemente, qualora disciplinati tramite indicazioni di maggior dettaglio provenienti dalla contrattazione collettiva, esulerebbero dalla tradizionale funzione normativa del contratto collettivo volta a fissare le condizioni minime di trattamento economico e normativo dei prestatori di lavoro. Essi appaiono invece elementi funzionali a perseguire l'interesse pubblico ad un corretto funzionamento del mercato del lavoro somministrato, interesse che – nella logica dell'art. 21, comma 2 in commento – può essere perseguito, al tempo stesso, dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Pure per quanto concerne l'elemento indicato dall'art. 21, comma 1, lett. *d*), riguardante l'obbligo di indicare la presenza di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del prestatore e le misure di sicurezza adottate, pare possibile rilevare come una eventuale disciplina di maggior dettaglio dettata dalla contrattazione collettiva non incida direttamente sul trattamento normativo dei prestatori di lavoro somministrati: la disciplina "sostanziale" che tutela i lavoratori somministrati per i rischi connessi alla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro è, infatti, quella dettata dall'art. 23, comma 5, del d.lgs. n. 276 in cui, appunto, vi è una dettagliata ripartizione degli obblighi in materia fra somministratore e utilizzatore. La previsione dell'art. 21, comma 1 cit. e le eventuali indicazioni specificative della contrattazione sembrano, invece, svolgere la funzione di rendere maggiormente trasparente il rapporto commerciale fra somministratore e utilizzatore, imponendo al secondo di fare immediatamente chiarezza sui rischi per la salute dei prestatori; solo indirettamente – come si è sopra accennato – tale previsione contribuisce ad assicurare un corretto assolvimento degli obblighi previsti dall'art. 23, comma 4 cit. e, di conseguenza, una esaustiva informazione e formazione del prestatore di lavoro sui rischi cui va incontro.

Pure per quanto concerne le previsioni di cui alle lett. *f*) e *g*), riguardanti l'indicazione delle mansioni e dell'inquadramento dei lavoratori, nonché il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative oggetto del contratto di somministrazione, non appare del tutto convincente la tesi citata secondo cui le statuizioni della contrattazione collettiva sul punto possano considerarsi svolgenti direttamente una funzione di regolazione dei contratti individuali di lavoro. Tali previsioni, come si è sopra visto, sono funzionali a garantire un principio di trasparenza del contenuto del contratto di somministrazione: il legislatore ha voluto evitare di lasciare la determinazione dell' "oggetto" del contratto ad una astratta determinabilità ad opera delle parti, o successivamente del giudice. A tal fine, ha imposto alle parti un obbligo di immediata chiarezza sulle caratteristiche dell' "oggetto" del contratto, vale a dire sulla tipologia di prestazione lavorativa pattuita. Questa immediata trasparenza è, a sua volta, ma solo indirettamente, funzionale a una corretta gestione del contratto di lavoro, affinché il somministratore possa esercitare il proprio potere direttivo consistente nell'invio in missione del lavoratore presso l'utilizzatore<sup>929</sup> e possa correttamente adempiere alla obbligazione "accessoria" di comunicare al lavoratore "terzo" quanto pattuito nel contratto di somministrazione, così rendendo tale contratto ad esso opponibile. In tal caso, dunque, la contrattazione collettiva, in evidente assunzione di una

<sup>928</sup> Cfr. quanto previsto dall'art. 20, commi 3 e 4 su cui v. Romei, *Art. 20, infra*. Cfr. inoltre quanto stabilito dall'art. 22, comma 2, su cui v. *Art. 22, infra*.

<sup>929</sup> Su cui v. *Art. 22, infra*.

funzione generale, è legittimata ad incidere direttamente nella determinazione del “*quantum* di trasparenza” del contenuto del contratto stipulato tra soggetti normalmente “estranei” al proprio ambito soggettivo di regolazione. Tali previsioni non possono, pertanto, considerarsi immediatamente regolanti il rapporto individuale di lavoro fra agenzia e prestatore: la regolazione “effettiva” delle mansioni, dell’inquadramento, del luogo, dell’orario e del trattamento economico e normativo discenderà unicamente da quanto pattuito nel contratto individuale di lavoro e dalla disciplina legale e contrattuale ad esso applicabile<sup>930</sup>, secondo i principi generali del diritto del lavoro.

Identiche considerazioni possono, infine, essere fatte per quanto riguarda eventuali previsioni specifiche della contrattazione collettiva in relazione alle dichiarazioni di assunzione degli obblighi elencati dalle lett. da *h*) a *k*), del comma 1, dell’art. 21 che devono essere effettuate dal somministratore o dall’utilizzatore<sup>931</sup>. Pure in questo caso, infatti, si tratta di obblighi tesi a regolare il rapporto commerciale tra somministratore e utilizzatore, in relazione ai quale una eventuale disciplina di maggior dettaglio introdotta per via negoziale altro non farebbe che specificare ulteriormente l’assetto contrattuale relativo allo scambio del “bene”/lavoro, rendendo più trasparenti e controllabili all’esterno le modalità dello scambio medesimo.

Non è prevedibile, al momento, se e come la contrattazione deciderà di utilizzare il rinvio operato dalla legge. Non mancano, tuttavia, possibili esempi di previsioni contrattuali di tal genere. In alcuni casi la recente contrattazione si è limitata a ribadire quanto già disposto dai precetti legali sul contenuto del contratto<sup>932</sup>. In altri casi, invece, non è escluso che dalla disciplina contrattuale possano derivare obblighi più stringenti per le parti del contratto commerciale: in alcuni contratti recentemente stipulati, infatti, è possibile rinvenire una dettagliata elencazione dei casi e delle ragioni nelle quali è ammesso il ricorso alla somministrazione di lavoro (soprattutto a tempo determinato)<sup>933</sup> o, come si è sopra visto, una regolamentazione limitativa della durata del contratto di somministrazione e/o del numero e della durata massima delle proroghe<sup>934</sup>; in virtù di tali disposizioni è per esempio ipotizzabile che, nei confronti delle parti stipulanti, possa discendere un obbligo di ulteriore specificazione delle ragioni di ricorso alla somministrazione previste dall’art. 21, comma 1, lett. *c*), nel senso che non possa ritenersi sufficiente una indicazione generica di tali

<sup>930</sup> Alla luce, in particolare, del principio di parità di trattamento e di quanto previsto dall’art. 23 del medesimo decreto.

<sup>931</sup> Su cui v. *infra*, par. 2.1.

<sup>932</sup> Cfr. Ccnl Edili (cooperative) del 24.5.2004 che all’art. 30 bis C, all. 11, ribadisce che «il contratto di somministrazione, oltre agli altri elementi prescritti per legge, deve sempre contenere l’indicazione della presenza di eventuali rischi per l’integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate». Per una recente ricognizione della contrattazione collettiva in tema di somministrazione dopo il d.lgs. n. 276 cfr. Bonati, *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva*, in *Contr. e Contr. Coll.*, 2004, n. 8-9, p. 102 ss.

<sup>933</sup> Cfr., a titolo esemplificativo, Ccnl Edili (cooperative), sopra citato, secondo cui la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa in una serie specifica di casi ivi elencati (quali ad es. punte di attività connesse ad esigenze di mercato derivanti dall’acquisizione di nuovi lavori; esecuzione di un’opera e di lavorazioni definite e predeterminate nel tempo che non possano essere attuate ricorrendo al normale livello occupazionale; impiego di professionalità diverse o che rivestano carattere di eccezionalità rispetto a quelle normalmente occupate, in relazione alla specializzazione dell’impresa, ecc.).

<sup>934</sup> V. *infra* nota 27.

ragioni, ma debba essere specificata una delle ipotesi elencate in dettaglio dalla contrattazione<sup>935</sup>. In quest'ultimo esempio, si evidenzia la doppia funzione esercitabile della contrattazione collettiva: quella specificativa delle fattispecie di ricorso alla somministrazione a tempo determinato allo scopo di autorizzazione (non formalmente prevista dalla legge, ma della quale tale fonte è libera di appropriarsi); e quella di accentuazione degli obblighi di trasparenza, direttamente devoluta dalla legge, allo scopo di agevolare l'esercizio del controllo da parte del lavoratore somministrato.

Una copiosa serie di esempi di possibili interventi specificativi del contenuto del contratto di somministrazione da parte della contrattazione collettiva sono poi, indirettamente, rinvenibili nel Ccnl delle imprese di fornitura di lavoro temporaneo stipulato nel vigore della l. n. 196 del 1997. In tale contratto numerose sono infatti le previsioni integrative della disciplina legale in materia di elementi che dovevano essere formalizzati nel "vecchio" contratto di prestazioni di lavoro temporaneo: oltre alle indicazioni prescritte dalla disciplina legale era ad esempio necessario indicare gli estremi del versamento e della banca presso la quale l'agenzia avesse effettuato il deposito cauzionale previsto dalla legge, nonché dove fosse stata accesa la fideiussione, il referente nell'impresa utilizzatrice, l'indicazione, in dettaglio, delle singole voci del trattamento retributivo spettante al lavoratore, il riferimento al Ccnl e al contratto integrativo di secondo livello, ove esistente, applicato dall'utilizzatore, ecc.<sup>936</sup>. Alla luce della nuova disciplina e dello specifico rinvio operato dalla legge alla contrattazione collettiva sulla possibilità di specificare gli elementi che devono essere indicati per iscritto nel contratto di somministrazione non è escluso, dunque, che la futura contrattazione, soprattutto quella della categoria cui appartengono le agenzie per il lavoro, possa ampiamente usufruire di tale delega. Sulla scorta della precedente esperienza, è possibile che, soprattutto in considerazione della scomparsa del requisito della forma scritta del contratto di lavoro, la contrattazione decida di integrare direttamente il contenuto del contratto di somministrazione con gli elementi sopra citati o con nuovi elementi che, in futuro, dovesse ritenere necessario introdurre a garanzia di un più trasparente funzionamento del mercato del lavoro somministrato<sup>937</sup>.

Per quanto sopra rilevato, può ritenersi che in virtù del rinvio disposto dalla disposizione in commento le parti sociali siano abilitate a integrare la disciplina legale fissando «limiti, per così dire, *ex novo* all'esercizio dei poteri imprenditoriali»<sup>938</sup> nel momento della stipula del contratto commerciale di somministrazione. La *ratio* del rinvio è dunque quella di consentire una disciplina di dettaglio di un determinato mercato del lavoro data la potenziale maggiore adeguatezza della

<sup>935</sup> Sul punto cfr. però la Circolare del Ministero del lavoro n. 7 del 22 febbraio 2005 secondo cui «in presenza di una ragione oggettiva come indicata dall'art. 20, comma 4, del decreto sarà sempre possibile la stipulazione di un contratto di somministrazione di lavoro anche nelle ipotesi in cui i contratti collettivi si siano limitati a normare e esplicitare solo le ipotesi temporanee che consentono la somministrazione a tempo determinato. Né può valere in contrario richiamare l'art. 21, comma 2 (...), tale disposizione infatti fa chiaramente riferimento a ciò che i contratti collettivi *possono* regolamentare e dunque non alle ragioni oggettive a fronte delle quali è ammissibile la somministrazione».

<sup>936</sup> Cfr. l'art. 17 del Ccnl del 23.11.2002 per la categoria delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo.

<sup>937</sup> Sulle «funzioni plurime» svolte dal sindacato «non ultima di regolazione di rilevanti interessi pubblici e generali» cfr. Caruso, *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 53/2005, p. 15 ss.

<sup>938</sup> Su tale tipologia di rinvii legali v. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Autonomia collettiva e occupazione*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 56 ss.

contrattazione a specificare particolari circostanze, che la rigidità dello strumento legislativo potrebbe non essere in grado di cogliere fino in fondo. Definita così la natura del rinvio non può non condividersi l'opinione secondo cui da questo debba discendere una efficacia generalizzata della regolazione disposta dall'autonomia collettiva: le disposizioni contrattuali disciplinanti tali profili debbono considerarsi quali «veri e propri atti normativi, che dettano una disciplina, in positivo, destinata ad affiancarsi a quella dettata dalla legge e a integrare stabilmente (con la stabilità che può avere il contratto) il contenuto di quest'ultima»<sup>939</sup>.

La conclusione cui si è giunti lascia ovviamente impregiudicata la difficoltà e le numerose perplessità derivanti dal confrontarsi con una disposizione, come quella in commento, che opera un rinvio alla contrattazione dai contorni tanto indeterminati, sintomatico, forse, di una evidente frettolosità del legislatore nella stesura del decreto e/o di una sottovalutazione dell'importanza della delega alla contrattazione di una funzione di regolazione del mercato del lavoro di tale rilevanza, così confermando la tendenza secondo cui, già negli anni '90, al progressivo «sovraccarico di funzioni regolative che la legge affida alla contrattazione collettiva di diritto comune non è corrisposto una assunzione di responsabilità regolativa della funzione di rappresentanza»<sup>940</sup>.

### 3. La comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione

L'art. 21 del d.lgs. n. 276, che - come si è visto - è interamente dedicato ai requisiti formali del contratto di somministrazione, al comma 3 prevede uno specifico obbligo del somministratore di comunicare al prestatore per iscritto, all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore, tutte le informazioni che devono essere contenute nel contratto di somministrazione, secondo quanto previsto dal comma 1 sopra analizzato, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore medesimo. Per la violazione di tale obbligo, l'art. 18, comma 3, prevede, a carico del solo somministratore, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria.

Per quanto riguarda i contenuti oggetto della comunicazione al lavoratore, pare innanzitutto doverci rilevare come, sebbene la disposizione faccia esplicitamente riferimento solo alle «informazioni di cui al comma 1», le informazioni che devono essere fatte oggetto dell'apposita comunicazione non siano soltanto quelle espressamente prescritte in tale comma: oggetto della comunicazione devono infatti essere considerati tutti gli elementi concretamente inseriti nel contratto di somministrazione, siano essi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva intervenuta, ai sensi del comma 2 sopra analizzato, a integrare il precetto legale.

Secondo quanto stabilito dalla disposizione citata, pare inoltre che oggetto della comunicazione debba essere sia «la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione» (ex art. 21, comma 1, lett. e), sia «la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa» che il prestatore ricevente la comunicazione è chiamato a svolgere presso l'utilizzatore. Non è, invece, oggetto della citata comunicazione la durata del contratto di lavoro fra l'agenzia e il lavoratore: tale contratto, come si vedrà ex art. 22 del decreto, può essere stipulato a tempo indeterminato

<sup>939</sup> Liso, *Autonomia collettiva*, cit., p. 67.

<sup>940</sup> Così Caruso, *Verso un insolito (evitabile?) destino*, cit., p. 16, secondo cui «Il sistema di contrattazione ha assunto quella configurazione asimmetrica, pressoché unica nei sistemi europei, con un allungamento (a dismisura) della "gamba" delle funzioni affidate alla contrattazione collettiva e un proporzionale accorciamento della "gamba" della regolazione della rappresentanza e del regime di efficacia del contratto collettivo».

o a termine e, in quest'ultimo caso, secondo quanto previsto dall'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 applicabile in virtù dell'espresso rinvio ad esso operato dalla legge, l'apposizione del termine deve risultare, direttamente o indirettamente, da atto scritto.

Tale previsione sembra così confermare l'interpretazione secondo la quale la nuova disciplina non presupponga una correlazione, né tipologica, né temporale, necessaria fra il contratto di somministrazione, il contratto di lavoro finalizzato alla somministrazione e l'invio in missione, di fatto consentendo al somministratore di fare fronte agli obblighi contrattualmente assunti con il contratto di somministrazione, sia esso a tempo indeterminato o a termine, con un lavoratore che a sua volta può essere assunto a tempo indeterminato o a termine<sup>941</sup>.

In generale, pare possibile evidenziare come l'informativa dovuta al lavoratore ai sensi della disposizione in commento abbia contenuti diversi, ma pure una differente funzione, rispetto all'obbligo di informazione cui il datore di lavoro è tenuto secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 152 del 1997, con cui si è dato attuazione nell'ordinamento interno alla direttiva comunitaria n. 91/533/CE. Nell'informativa ex art. 21, comma 3, mancano – rispetto alle informazioni elencate dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 152 cit. – una serie di elementi strettamente riguardanti il rapporto di lavoro (come, appunto, la durata dello stesso, la durata delle ferie retribuite cui ha diritto il lavoratore, la durata dell'eventuale periodo di prova, ecc.), mentre sono oggetto di comunicazione elementi non previsti dalla disciplina di recepimento della direttiva comunitaria (quali, ad esempio, gli estremi dell'autorizzazione, le ragioni della somministrazione, i vari obblighi che le parti reciprocamente si assumono, ecc.). Tale differenza di contenuti appare sintomatica, ad avviso di chi scrive, di una differente funzione svolta dai due obblighi di informazione citati. Mentre, infatti, l'informazione per iscritto prevista dal d.lgs. n. 152 – cui comunque l'agenzia datrice di lavoro è obbligata nei confronti del lavoratore assunto al fine di essere inviato in missione – è strumentale a realizzare una piena giustiziabilità dei diritti del lavoratore e delle condizioni applicabili al contratto di lavoro, oltre che una maggiore trasparenza nella fase negoziale<sup>942</sup>, scopo della comunicazione al lavoratore prevista dall'art. 21, comma 3, è invece – come si vedrà meglio nelle pagine che seguono – soprattutto quello di realizzare una estensione degli effetti del contratto di somministrazione nei confronti del lavoratore estraneo a tale contratto<sup>943</sup>.

Pure in virtù di quanto sopra rilevato, non appare del tutto condivisibile l'osservazione secondo cui la disposizione di cui al comma 2 risulterebbe eterogenea rispetto alle restanti previsioni dell'art. 21, «non riguardando il rapporto fra il somministratore e l'utilizzatore, ma il rapporto di lavoro»<sup>944</sup>. Se, da una parte, è evidente che tramite la citata disposizione il legislatore abbia disciplinato un aspetto peculiare del rapporto che si instaura fra il somministratore e il lavoratore, «procedimentalizzando» l'esercizio del potere dell'agenzia di invio in missione del lavoratore, dall'altra, è però anche vero che l'obbligo di comunicazione in questione debba ritenersi direttamente scaturente dal contratto di somministrazione, essendo questo funzionale alla realizzazione

<sup>941</sup> Su tali questioni si rinvia all'Art. 22, *infra*.

<sup>942</sup> Così Rivara, *La direttiva sull'informazione e l'effettività dei diritti*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, p. 133 ss. Sul punto v. pure Napoli, *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, p. 593.

<sup>943</sup> Ciò non toglie che i due obblighi di informativa possano essere assolti contemporaneamente attraverso un unico documento scritto contenente sia le informazioni prescritte dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 1997, sia le indicazioni previste dall'art. 21, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003.

<sup>944</sup> Bano, *Art. 21*, cit., p. 339.

dell'operazione economica voluta dalle parti che hanno stipulato il contratto di somministrazione medesimo. Uno stretto collegamento fra il citato obbligo di comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione, posto *ex lege* a carico del somministratore, e il contratto di somministrazione medesimo discende, ad avviso di chi scrive, non solo dall'interpretazione sistematica del comma 3 dell'art. 21, dedicato – lo si ricorda – alla «forma del contratto di somministrazione», con il resto delle disposizioni ivi contenute, ma più in generale dall'analisi della *ratio* dell'operazione economica sottesa alla fattispecie contrattuale in commento e dai principi generali in materia di contratti dettati dal codice civile.

### 3.1. Ratio dell'operazione economica, collegamento negoziale e funzione della comunicazione al lavoratore

Al fine di comprendere meglio la funzione svolta, nell'ambito dei rapporti fra il somministratore e l'utilizzatore, dall'obbligo di comunicazione in questione è necessario premettere alcune brevi considerazioni sistematiche. Con il contratto di somministrazione di lavoro, come già in precedenza con il contratto di fornitura di lavoro temporaneo, si è ammessa nel nostro ordinamento l'utilizzazione indiretta delle energie lavorative. Con il contratto di somministrazione, l'utilizzatore *vuole* che un dato lavoratore sia ad esso subordinato, ma *non vuole* essere titolare del relativo rapporto di lavoro. Il contratto di somministrazione crea pertanto uno "schermo legale" che impedisce l'instaurazione, altrimenti connaturale, di un rapporto di lavoro subordinato fra il lavoratore e colui il quale lo dirige e ne utilizza la prestazione. Al fine di consentire la realizzazione di tale effetto, il legislatore ha tipizzato una specifica fattispecie negoziale che presuppone un necessario collegamento con un altro contratto, quello di lavoro stipulato fra agenzia e lavoratore<sup>945</sup>. Postulando tale collegamento il legislatore, «scardinando uno dei tradizionali capisaldi giuslavoristici»<sup>946</sup>, ha così descritto gli effetti che dalla prestazione dovuta dal somministratore nei confronti dell'utilizzatore derivano in capo ai *terzi-lavoratori*<sup>947</sup> che «per tutta la durata della somministrazione (...) svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

Nel vigore delle l. n. 196, la dottrina si è a lungo soffermata sulla verifica della sussistenza di un collegamento negoziale fra il contratto di fornitura e il contratto di lavoro, nonché sulla natura e sugli effetti da questo prodotto<sup>948</sup>. Nella ricostruzione della nuova fattispecie contrattuale delineata nel d.lgs. n. 276 pare, tuttavia, che le conclusioni cui era giunta in proposito la dottrina

<sup>945</sup> In proposito cfr. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi*, cit., p. 291 ss. che, in generale, ritiene «sbagliato parlare di collegamento necessario se con questo si intende dire che il contratto fra somministratore e utilizzatore postuli la stipulazione di uno o più contratti di lavoro specificamente destinati alla sua esecuzione, o viceversa».

<sup>946</sup> Perulli, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1999, p. 241.

<sup>947</sup> Chieco, *Somministrazione, comando, appalto*, cit., p. 96.

<sup>948</sup> La letteratura sul punto è imponente. Solo a titolo esemplificativo si rinvia a Perulli, *Profili del collegamento*, cit., p. 237 ss.; Corazza, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 51 ss.; Speciale, *La struttura del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, p. 289 ss.; Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, III, Cedam, Torino, p.175 ss.; Romei, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in Liso, Carabelli (a cura di) *Il lavoro temporaneo*, Franco Angeli Milano, 1999, p. 101 ss.; Del Punta, *La "fornitura di lavoro temporaneo" nella l.n. 196/1997*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, p. 198 ss.; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., p. 202 ss.; Mazzotta, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi intorno alla natura giuridica*

debbano essere riviste alla luce del nuovo assetto contrattuale e del tentativo di *normalizzazione* del contratto di lavoro posto in essere dal legislatore<sup>949</sup>. Nella l. n. 196, infatti, sia il contratto di fornitura, sia il contratto di lavoro, nascevano come negozi necessariamente e funzionalmente (oltre che geneticamente, nel caso di contratto di prestazione a tempo determinato) collegati: la legge, vale a dire, collegava necessariamente i due contratti sia per quanto riguardava la loro funzione, sia per gli effetti da essi derivanti<sup>950</sup>.

Nella nuova disciplina, invece, mentre il contratto di somministrazione continua a essere caratterizzato, per la sua concreta realizzazione, dal necessario collegamento con un contratto di lavoro, quest'ultimo, con la scomparsa del requisito della forma scritta e con la completa riconduzione alla disciplina del codice civile e delle leggi speciali disposta dall'art. 22 del decreto, si configura, almeno *apparentemente*, come un "normale" contratto di lavoro, il quale, per volontà dell'agenzia-datrice di lavoro e tramite l'esercizio di un potere direttivo dai connotati peculiari, viene collegato<sup>951</sup> al contratto di somministrazione e, dunque, finalizzato a realizzare l'operazione economica a questo sottesa.

Il nuovo assetto contrattuale sembra così delineare una sorta di *collegamento asimmetrico* fra il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro: dal punto di vista del contratto di somministrazione esso si presenta come un collegamento *necessario unilaterale*<sup>952</sup> presupposto dalla stessa legge per la realizzabilità del suo scopo tipico; dal punto di vista del contratto di lavoro esso si configura, invece, come un collegamento *volontario*, realizzato, vale a dire, per volontà delle parti che – in ciò autorizzate dalla legge – fanno sì che il citato contratto di lavoro, «oltre che al conseguimento del suo scopo tipico, venga adibito a rendere possibile un ulteriore scopo proprio di un altro e separato contratto»<sup>953</sup>.

Nel tipizzare il nuovo contratto di somministrazione, in cui il collegamento *necessario* con un contratto di lavoro è – come si è detto - un elemento strutturale del contratto stesso, il legislatore ha ritenuto di imporre *ex lege* una esplicita obbligazione "accessoria" a carico del somministratore: questi non sarà obbligato esclusivamente a mettere a disposizione dell'utilizzatore uno o più lavoratori, così consentendo a questo di poter conformare la prestazione lavorativa, ma sarà anche tenuto a rendere nota al lavoratore coinvolto la sussistenza dello "schermo legale" pattuito fra le due imprese, il quale impedisce che il lavoratore medesimo possa ritenersi assunto *direttamente*

---

*del lavoro temporaneo*), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, p. 181 ss.; Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, cit., p. 199 ss.; Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 292 ss.

<sup>949</sup> Ritiene invece sostanzialmente immutati, rispetto alle ricostruzioni dottrinali poste in essere nella vigenza della l. n. 196, i termini del collegamento fra i due contratti *Speciale, Art. 20*, cit., p. 304 ss.

<sup>950</sup> Sulle varie tipologie di negozi collegati "necessariamente" cfr. Scognamiglio, *Collegamento negoziale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 378.

<sup>951</sup> Il collegamento fra i due contratti è sottolineato pure dalla Circolare del Ministero del lavoro n. 7 del 22 febbraio 2005.

<sup>952</sup> Sulla possibile *unilateralità* del collegamento v. Messineo, *Contratto collegato*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 50.

<sup>953</sup> Messineo, *Contratto collegato*, cit., p. 48. Nel vigore della l. n. 196 del 1997, invece, in cui - lo si ricorda - il contratto di prestazioni di lavoro temporaneo era caratterizzato da una apposita e specifica disciplina legale dalla quale immediatamente emergeva il collegamento necessario fra tale contratto e quello di fornitura, la possibilità di ricondurre la fattispecie alla nozione di "collegamento volontario" era, in maniera condivisibile, esclusa da Maresca, *Il contratto di fornitura*, cit., p. 176, e soprattutto Perulli, *Profili del collegamento*, cit., p. 239 ss.

dall'impresa che lo utilizzerà. Per realizzare tale effetto, il legislatore ha dunque imposto al somministratore una «modalità vincolata di comunicazione degli atti»<sup>954</sup> avente, appunto, la funzione di portarli a conoscenza dei terzi altrimenti all'oscuro di quanto pattuito nel contratto di somministrazione. Senza tale comunicazione, secondo il principio di relatività del contratto sancito dall'art. 1372 del cod. civ., il contratto di somministrazione dovrebbe considerarsi produttivo di effetti solo nei confronti delle parti stipulati, non producendo effetto alcuno nei confronti dei terzi. In virtù della comunicazione al lavoratore prescritta dall'art. 21, comma 3 in commento, invece, il somministratore – adempiendo ad un obbligo derivante dal contratto di somministrazione - rende noto al lavoratore la propria volontà di finalizzare quel contratto di lavoro alla realizzazione dell'operazione economica sottesa ad un contratto di somministrazione di cui si comunicano al lavoratore gli elementi essenziali, così collegando funzionalmente i due contratti<sup>955</sup> e rendendo “opponibile” al lavoratore “terzo” quanto pattuito nel contratto di somministrazione medesimo.

Oltre alla funzione sopra descritta, deve infine essere rilevato come l'obbligo di una completa informazione al lavoratore sui contenuti del contratto di lavoro debba pure considerarsi funzionale a rendere effettiva la possibilità del prestatore di verificare – ex art. 27 del decreto - la regolarità della somministrazione in cui è coinvolto e, dunque, la legittimità dello “schermo legale” creato dalle parti del contratto commerciale per realizzare la dissociazione fra il titolare del rapporto e l'utilizzatore della prestazione.

### 3.2. Le possibili conseguenze della mancata informazione

Premessa la funzione della comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione, prevista nell'art. 21, comma 3, occorre adesso soffermarsi brevemente sull'analisi delle possibili conseguenze derivanti in capo al somministratore e/o all'utilizzatore nel caso in cui il soggetto a ciò obbligato ometta tale comunicazione o fornisca al lavoratore informazioni errate e/o incomplete.

Come si è sopra accennato, per la violazione di tale obbligo, l'art. 18, comma 3, prevede, a carico del solo somministratore, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, mentre nulla è disposto per quanto concerne l'utilizzatore.

A tal proposito, fra i primi commentatori ci si è interrogati sulla possibilità di riferire la disposizione di cui al comma 4, dell'art. 21 (su cui v. oltre par. 4), in base al quale «in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore», non «solo ai vizi di forma del contratto di somministrazione, ma anche a

<sup>954</sup> Su cui v. Giorgianni, *Forma degli atti*, cit., p. 1001.

<sup>955</sup> Cfr. Speciale, *Art. 20*, cit., p. 304, secondo cui tale disposizione è indubbiamente quella che nella nuova legge mette maggiormente in evidenza l'esistenza di un collegamento negoziale fra il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro, dimostrando come vi sia una correlazione strutturale fra i due contratti, «perché il lavoratore deve avere cognizione delle caratteristiche della somministrazione che egli è destinato a soddisfare con la propria prestazione che trova fondamento nel rapporto di lavoro a termine o a tempo indeterminato». Si rinvia, inoltre, al medesimo autore (p. 306 ss.) per l'analisi dei potenziali effetti del collegamento negoziale, in relazione ai quali deve ritenersi completamente derogato il principio civilistico secondo cui le vicende relative a uno dei due contratti collegati si riflettono necessariamente sull'altro.

quelli del contratto di lavoro o dell'informazione dovuta al lavoratore», non escludendosi la possibilità di una interpretazione estensiva del comma 4 dell'art. 21 cit. anche all'ipotesi di mancata comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione<sup>956</sup>.

Tale soluzione interpretativa, seppur sicuramente idonea a tutelare il lavoratore contro eventuali inadempienze degli obblighi di informazione ad esso dovuti, non appare tuttavia, ad avviso di chi scrive, del tutto condivisibile dal punto di vista della ricostruzione sistematico-giuridica delle conseguenze connesse all'inadempimento dell'obbligo di informazione previsto dalla disposizione in commento.

Come si è sopra visto, la funzione principale della citata comunicazione appare riconducibile all'esigenza di estendere gli effetti del contratto di somministrazione nei confronti dei lavoratori "terzi" inviati in missione presso l'utilizzatore. Se questa è la funzione preminente della comunicazione prevista dall'art. 21, comma 3, pare allora potersi ritenere che la conseguenza di una eventuale mancanza di essa non sia la nullità del contratto di somministrazione, legittimamente e correttamente stipulato dalle parti secondo quanto previsto dal comma 1 e 2, dell'art. 21 sopra analizzato, ma sia la *inefficacia* di tale contratto nei confronti del lavoratore "terzo". La mancanza della citata comunicazione al lavoratore farà, dunque, sì che a questo sarà inopponibile lo "schermo legale" creato con il contratto di somministrazione.

L'*inefficacia* del contratto di somministrazione nei confronti del lavoratore deve, ovviamente, considerarsi gravida di conseguenze secondo i principi generali del diritto del lavoro, nonché del diritto civile in materia di responsabilità contrattuale.

L'*inefficacia* del contratto di somministrazione nei confronti del lavoratore comporterà, innanzitutto, che il prestatore coinvolto nell'operazione economica si troverà, senza che su a questo sia opponibile lo "schermo legale" pattuito fra l'agenzia e l'utilizzatore, a essere *di fatto* stabilmente inserito nel contesto organizzativo-aziendale dell'utilizzatore che *vuole* acquisire le sue energie lavorative: l'utilizzatore sarà il destinatario del risultato atteso dalla prestazione lavorativa ed eserciterà nei confronti del lavoratore il potere direttivo e di controllo sulla prestazione lavorativa finalizzata, appunto, al soddisfacimento di un proprio interesse. Il lavoratore, dunque, si ritroverà, al tempo stesso, nella complicata situazione di essere legittimamente assunto dall'agenzia che eserciterà nei suoi confronti un potere dispositivo, oltre che il potere disciplinare, ma pure di essere *di fatto* subordinato, utilizzato, diretto e controllato da un altro imprenditore<sup>957</sup>. Al verificarsi di tale situazione, il problema principale sarà così quello di inquadrare a quale fattispecie giuridica possa essere ricondotto il rapporto di fatto venutosi a creare fra utilizzatore e lavoratore, ed in particolare se, a seguito della inefficacia dello "schermo legale" costituito dal contratto di somministrazione, tale situazione possa ritenersi integrare gli estremi della fattispecie normativa di cui all'art. 2094 cod. civ.

---

<sup>956</sup> V. Bonardi, *La nuova disciplina della somministrazione*, cit., p. 133, che non esclude tale possibilità per quanto riguarda sia i vizi di forma della comunicazione al lavoratore, sia la mancata apposizione del termine al contratto di lavoro (su tale ultima evenienza v. *Art. 22, infra*).

<sup>957</sup> *Contra* v. però Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, cit., p. 182 secondo cui «alla "direzione" e al "controllo" dell'impresa utilizzatrice non corrispondono poteri di decisione i quali restano unicamente nella fornitrice, come titolare esclusivo dell'interesse soddisfatto dal contratto di lavoro e nei termini che ordinariamente caratterizzano il potere disciplinare. L'assenza di autonomia decisionale conferma quindi che l'utilizzatore si avvale di prestazioni di lavoro *senza* i poteri tipici del contratto di lavoro».

La questione, come è ovvio, apre le porte all'interpretazione giurisprudenziale che, in ipotesi di questo tipo, potrebbe trovarsi di fronte alla necessità di dover procedere all'accertamento della subordinazione secondo criteri ordinatori e selettivi in parte già ampiamente sperimentati, in parte del tutto nuovi.

La valutazione *tipologica* della realtà giuridica considerata dovrà pertanto verificare se e in che modo elementi quali l'inserimento del prestatore nel contesto organizzativo produttivo dell'impresa utilizzatrice, l'esercizio del potere direttivo e di controllo da parte di detta impresa sulla prestazione lavorativa<sup>958</sup>, nonché l'assoggettamento della prestazione medesima all'organizzazione aziendale dell'utilizzatore<sup>959</sup>, siano – come pare doversi ritenere – elementi sufficienti a integrare gli estremi di un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato instauratosi fra l'utilizzatore e il prestatore o se, invece, l'assoggettamento al potere dispositivo anche di un altro legittimo datore di lavoro (l'agenzia), titolare anch'egli di un interesse sulla prestazione lavorativa, nonché del potere disciplinare, siano di per sé elementi sufficienti ad escluderlo<sup>960</sup>.

Nell'ipotesi in cui il somministratore ometta di comunicare al lavoratore-terzo i contenuti del contratto di somministrazione rendendo tale pattuizione *inefficace* nei suoi confronti con le conseguenze sopra ipotizzate in termini di instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato in capo all'utilizzatore, sarà ovvio ritenere che il somministratore medesimo dovrà essere ritenuto civilmente responsabile per i danni provocati all'utilizzatore a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione ad esso imposta dall'art. 21, comma 3.

Nel concludere l'analisi sulle possibili conseguenze della inopponibilità del contratto di somministrazione al lavoratore, pare opportuno, infine, accennare al problema del se l'ordinamento – al fine di evitare gli effetti sopra descritti – consenta alle parti del contratto di somministrazione la possibilità di dimostrare che il lavoratore, a prescindere dalla comunicazione, abbia comunque avuto una conoscenza *di fatto* della pattuizione esistente fra il somministratore e l'utilizzatore. A proposito delle «modalità vincolate di comunicazione degli atti» aventi la funzione di portarli a conoscenza dei terzi, una parte della dottrina civilistica ha ritenuto di poter giungere alla conclusione secondo cui «allorché si tratti di una modalità imposta dalla legge la sua mancanza non rileva ove la conoscenza sia stata altrimenti raggiunta»<sup>961</sup>. Secondo tale interpretazione, dunque, potrebbe ritenersi consentito all'utilizzatore e/o al somministratore provare che il lavoratore

<sup>958</sup> Sul riconoscimento giuridico del potere direttivo e di controllo quale *ratio* prevalente dell'intervento protettivo nella recente legislazione in materia di lavoro subordinato v. De Luca Tamajo, *Subordinazione e potere direttivo oggi*, Relazione al Convegno "Nuovi lavori e tutele", Napoli, 28-29 gennaio 2005.

<sup>959</sup> Per una valorizzazione di tale elemento della fattispecie di cui all'art. 2094 del cod. civ. v., soprattutto, Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, in Aa.Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 1136 ss.

<sup>960</sup> Se è vero, come scrive Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, cit., p. 167 che, nel vigore della l. n. 1369 del 1960, «l'interposizione ingiustificata anziché arricchirne il contenuto *cancella*(va) il problema della subordinazione», nel nuovo quadro legale sopra delineato pare doversi ritenere che molti degli interrogativi posti dalla stessa autrice siano destinati ad acquisire valore centrale nell'interpretazione della nuova fattispecie. Cfr. in particolare (p. 173 e i riferimenti bibliografici ivi citati) l'interrogativo sul se «il fatto che il somministratore rimane estraneo allo svolgimento materiale della prestazione di lavoro e si limita ad ordinare al lavoratore di porsi a disposizione del somministrario ed eseguire le disposizioni da questo impartite e il fatto che è l'utilizzatore che esercita, nei confronti del lavoratore stesso, i poteri che normalmente competono al datore di lavoro costituisce una caratteristica non qualificante o un elemento incompatibile con lo schema legale tipico del contratto di lavoro subordinato».

<sup>961</sup> Giorgianni, *Forma degli atti*, cit., p. 1001.

fosse a conoscenza del fatto di non essere stato assunto direttamente dall'impresa utilizzatrice, ma solo di essere stato inviato in missione presso questa da parte dell'agenzia.

Tale interpretazione, che di fatto svaluta il ruolo della forma scritta imposta alla comunicazione, non appare tuttavia condivisibile in relazione agli interessi e ai beni tutelati nella fattispecie in oggetto. Il portare a conoscenza di un terzo, il lavoratore, il contenuto del contratto di somministrazione costituisce, infatti, lo scopo della comunicazione, il quale, dal punto di vista normativo, ha assoluta autonomia, sottostando ad uno specifico regime in cui «la forma, dettata dal legislatore, non è uno tra i mezzi idonei a raggiungere lo scopo, e perciò fungibile e surrogabile: è l'unico ed esclusivo mezzo, sicché mancando essa, manca e fallisce anche lo scopo»<sup>962</sup>. Rispetto agli interessi in gioco nell'operazione economica sottesa al contratto di somministrazione che, frantumando la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 del cod. civ., coinvolgono la persona e la dignità del lavoratore, non pare dunque che la forma scritta imposta per la comunicazione al lavoratore dei contenuti del contratto di somministrazione possa considerarsi funzionale a confezionare una semplice prova utilizzabile in un futuro giudizio, dovendo invece tale forma intendersi quale strumento offerto dall'ordinamento alle parti a garanzia della incontestabilità delle situazioni giuridiche.

#### 4. Requisiti formali, contenuti e nullità del contratto di somministrazione

Chiude l'art. 21, la previsione secondo cui «in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore» (comma 4)<sup>963</sup>. Tale formulazione è frutto di una modifica all'originario art. 21 del d.lgs. n. 276 apportata dall'art. 5, comma 1, del d.lgs., cd. "correttivo", 6 ottobre 2004, n. 251, che ha eliminato nel testo della disposizione sopra citata lo specifico riferimento all'«indicazione degli elementi di cui alle lett. a), b), c), d) ed e) del comma 1»<sup>964</sup>.

Prima della modifica appena citata, parte della dottrina aveva ritenuto che la *ratio* della differenziazione delle conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata indicazione degli elementi elencati dall'art. 21, comma 1, per alcuni dei quali (lett. a), b), c), d) ed e) era prevista la nullità oltre che l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria stabilita dall'art. 18, comma 3 a carico di entrambe le parti del contratto di somministrazione, mentre per altri (lett. dalla f) alla k) era prevista solo l'applicazione di quest'ultima sanzione amministrativa pecuniaria, fosse riconducibile all'intento del legislatore di distinguere, all'interno dell'art. 21, disposizioni caratterizzate dal requisito della inderogabilità e disposizioni che invece presupponevano la possibilità di una «de-

<sup>962</sup> Così Irti, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 72 ss. a proposito delle «modalità vincolate di comunicazione».

<sup>963</sup> Sulla differenza fra l'art. 21, comma 4 e l'art. 27, comma 1 del decreto v. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il lavoro*, Milano, 2004, p. 195 ss., secondo cui «l'unico modo per non pensare a una ridondanza consiste nel ritenere il primo riferito alle ipotesi di carenza di forma dei contenuti prescritti (vizi genetici), mentre il 27, comma 1, alle violazioni dei limiti e delle condizioni cui quei requisiti alludono (vizi funzionali)». In proposito v. pure Salimbeni, *Art. 27, infra*.

<sup>964</sup> L'originaria formulazione dell'art. 21, comma 4, prevedeva infatti che «in mancanza di forma scritta, con indicazione degli elementi di cui alle lett. a), b), c), d) ed e) del comma 1, il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore».

rogabilità onerosa». Rispetto a queste ultime, cioè, la violazione della norma che prevede la necessaria presenza di taluni elementi nel contratto di somministrazione non avrebbe prodotto l'effetto di inficiare l'atto di autonomia contrattuale, comportando soltanto una sanzione pecuniaria (avente funzione dissuasiva e repressiva dal punto di vista economico) che, in qualche misura, rappresentava il «costo» della deroga convenzionale<sup>965</sup>. A ben guardare, tuttavia, gli elementi dell'art. 21, comma 1, per la mancanza dei quali non era *espressamente* prevista la nullità del contratto, la stessa dottrina non aveva mancato di evidenziare come il carattere inderogabile di taluni di essi, seppur non menzionati dal comma 4, dell'art. 21, potesse comunque ritenersi ricavabile da altre disposizioni presenti nel sistema<sup>966</sup>.

La nuova formulazione del comma 4, dell'art. 21 propone all'interprete un nuovo scenario interpretativo delle conseguenze sanzionatorie connesse al mancato rispetto dei requisiti formali previsti nel comma 1, dell'art. 21 sopra analizzati. I primi commentatori hanno immediatamente messo in evidenza come la disposizione potrebbe essere interpretata sia nel senso di un «alleggerimento dei requisiti formali»<sup>967</sup>, cioè nel senso di ritenere non più indispensabile, ai fini della validità del contratto, l'indicazione degli elementi previsti dalle lett. da *a*) a *e*)<sup>968</sup>. Sia «nel senso esattamente opposto, cioè di ritenere che ora tutti gli elementi richiesti dal comma 1 dell'art. 21 - quindi anche quelli dalle lett. *f*) a *k*), oltre che quelli di cui alle lett. da *a*) ad *e*) - devono essere indicati nel contratto a pena di nullità»<sup>969</sup>.

La seconda delle interpretazioni prospettate appare sicuramente, ad avviso di chi scrive, la più aderente alla *ratio* delle prescrizioni sulla forma contenute nell'art. 21 in commento. Come si è sopra visto (par. 1), il legislatore, attraverso la descrizione di un contenuto tipico del contratto di somministrazione, «sigillato» dalla prescrizione della forma scritta, non ha inteso tutelare solo la volontà dei contraenti; con l'imposizione dei requisiti formali descritti si è soprattutto cercato di rendere controllabile all'esterno l'operazione economica pattuita e così garantire un sistema trasparente di scambio del «bene» – il lavoro umano - oggetto del contratto di somministrazione. Sulla scorta di tale *ratio*, avrebbe poco, o per nulla, senso una disposizione che dopo aver imposto una serie di vincoli formali diretti a realizzare un predeterminato assetto del rapporto contrattuale (dei vincoli e delle responsabilità di ciascuna delle parti), idoneo a evitare che lo scambio possa realizzarsi a detrimento dei diritti e degli interessi di un terzo soggetto, la cui prestazione lavorativa costituisce l'oggetto del contratto commerciale, si limitasse poi a richiedere – per la validità del contratto stesso – solo la presenza di una astratta volontà delle parti stipulanti.

<sup>965</sup> Così Speciale, *Art. 20*, cit., p. 300 ss.

<sup>966</sup> Cfr. Speciale, *Art. 20*, cit., p. 300 ss.; Morone, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 50; Bano, *Art. 21*, cit., p. 337.

<sup>967</sup> Bonardi, *Le modifiche del nuovo correttivo al regime dell'intermediazione e della somministrazione*, in *Note Inf.*, 2004, n. 31, p. 14 ss.

<sup>968</sup> Come sembra intendere Miscione, *Il "correttivo" 2004 del D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Lav. Giur.*, 2004, n. 7, p. 621. V. pure Fili, *La "Riforma Biagi" corretta e costituzionalizzata. Appunti dopo il decreto correttivo ed il vaglio costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2005, p. 414.

<sup>969</sup> Bonardi, *Le modifiche del nuovo correttivo*, cit., p. 16 ss. secondo la quale «quest'ultima interpretazione appare preferibile, in quanto il primo comma dell'art. 21 stabilisce espressamente che "il contratto di somministrazione di manodopera è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi ..." per cui il rinvio contenuto nel comma 4 deve intendersi ora riferito all'intero comma 1, con la conseguenza che anche la sola omissione di uno degli elementi in esso indicati determina il vizio di forma e la conseguente costituzione di un rapporto direttamente alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore delle prestazioni».

Nella fattispecie contrattuale in commento, la forma, prescritta a pena di nullità del contratto, ha dunque il ruolo di elemento primario del contratto stesso. Forma e contenuto si fondono in un unico elemento che va configurato come «l'intero voluto delle parti inteso in senso oggettivo», e quindi non solo *l'in idem placitum consensus*, ma anche ciò che le fonti di integrazione (legali e contrattuali) hanno prodotto: «il contenuto diviene quindi la descrizione del regolamento contrattuale articolato nelle clausole, nei singoli patti, da cui emergono le prestazioni, i diritti e gli obblighi, in altri termini il piano economico che il contratto è destinato a realizzare»<sup>970</sup>.

Secondo l'interpretazione sopra prospettata, dunque, il d.lgs. "correttivo" n. 251 del 2004 avrebbe prodotto un inasprimento del regime sanzionatorio volto ad assicurare il rispetto dei requisiti formali prescritti dalla legge a garanzia di un trasparente e corretto funzionamento del mercato del lavoro somministrato. La previsione della nullità sancita dal comma 4 in commento in caso di assoluta carenza di forma scritta del contratto di somministrazione lascia, comunque, impregiudicata la possibilità di verificare, secondo i principi generali, quando la mancanza di quali singoli elementi debba considerarsi produttiva di una nullità insanabile e quando invece consenta operazioni di "salvataggio" del contratto, tramite il ricorso al meccanismo dell'integrazione cogente del contratto (ex art. 1374 cod. civ.)<sup>971</sup> o attraverso la sostituzione di diritto delle eventuali pattuizioni nulle con quanto disposto da norme imperative (ex artt. 1339 e 1419 cod. civ.)<sup>972</sup>.

A prescindere dal corretto inquadramento teorico e interpretativo delle conseguenze connesse alla mancata indicazione per iscritto degli elementi del contratto di somministrazione prescritti dall'art. 21, comma 1, va comunque rilevata la sussistenza di una reale possibilità che la disciplina sulle prescrizioni formali sopra analizzata, ivi compresa, la disciplina sanzionatoria di cui al comma 4 del medesimo art. 21 si riveli ineffettiva<sup>973</sup> poiché, di fatto, non controllabile da alcuno.

Nella nuova disciplina, infatti, è venuto meno l'obbligo di trasmissione della copia del contratto di fornitura alla Direzione provinciale del lavoro, in precedenza previsto dall'art. 1, comma 7 della l. n. 196 del 1997, né – come si è visto – l'art. 21 prevede esplicitamente un obbligo di consegna di copia del contratto di somministrazione al lavoratore, nei confronti del quale è stabilito, al comma 3 sopra analizzato, solo un obbligo di informazione sui contenuti del contratto di somministrazione medesimo. Nulla esclude, quindi, che qualora il somministratore adempia correttamente all'obbligo di comunicazione previsto dal comma 3 (magari in base a delle informazione

<sup>970</sup> Le citazioni sono tratte da Alpa, *L'oggetto e il contenuto*, in *Vita not.*, 1997, p. 628.

<sup>971</sup> Come nel caso in cui nel contratto ad esempio manchi l'assunzione da parte del somministratore dell'obbligazione del pagamento diretto al lavoratore di quanto ad esso spettante; in tal caso tale mancanza può ritenersi integrata dalla normale previsione secondo cui l'obbligo di pagare la retribuzione nasce dal contratto di lavoro e ha come creditore "naturale" il lavoratore, non già l'utilizzatore (in proposito v. Bano, *Art. 21*, cit., p. 337).

<sup>972</sup> Come, invece, nel caso in cui nel contratto manchi l'assunzione da parte dell'utilizzatore dell'obbligo del pagamento diretto di quanto dovuto al lavoratore, in caso di inadempimento del somministratore; a fronte della mancanza di tale previsione o di una pattuizione diversa opererebbe, infatti, l'integrazione del contratto o la sostituzione automatica della pattuizione nulla con quanto disposto dalla norma imperativa di cui all'art. 23 del decreto secondo cui «l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali». In generale per l'analisi della possibile operatività, nell'art. 21 in commento, dei meccanismi di integrazione del contratto e di sostituzione automatica delle clausole nulle cfr. Morone, *I requisiti soggettivi*, cit., p. 50 ss.

<sup>973</sup> V. invece Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto*, cit., p. 318 ss. il quale ritiene che il comma 4, dell'art. 21, confrontato con il resto delle disposizioni sanzionatorie prescritte dal decreto, avrebbe addirittura una efficacia pervasiva, producendo il risultato pratico secondo cui «la nullità continua a colpire la quasi totalità dei casi di somministrazione irregolare, ancorché non fraudolenta».

comunicate oralmente dall'utilizzatore), nessun altro soggetto estraneo alle parti stipulanti si trovi, concretamente, a poter verificare se il contratto di somministrazione sia stato realmente stipulato per iscritto con indicazione degli elementi elencati dal comma 1 e 2 dell'art. 21<sup>974</sup>.

Pure al fine di scongiurare interpretazioni che, di fatto, svuotino di significato le previsioni dell'art. 21 in commento, e la *ratio* dei requisiti formali ivi prescritti, non pare escluso che dal sistema normativo complessivamente inteso possa discendere un preciso diritto del lavoratore a ottenere copia del contratto di somministrazione. Si tratterebbe di un diritto funzionale a controllare non solo la corrispondenza fra quanto realmente pattuito e quanto al lavoratore comunicato e, di conseguenza, la concreta sussistenza degli elementi prescritti per la regolarità della somministrazione (*ex art. 27*), ma anche a verificare che le parti del contratto di somministrazione abbiano *effettivamente* rispettato i requisiti formali prescritti dall'art. 21 e, in caso negativo, consentire al lavoratore medesimo di agire in giudizio al fine di far dichiarare – secondo quanto previsto dal comma 4 dell'art. 21 - la nullità del contratto commerciale e l'accertamento dell'avvenuta costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore.

---

<sup>974</sup> In proposito v. pure Pinto, *La modernizzazione promessa*, cit., p. 56.