

LE MODIFICAZIONI SOGGETTIVE DEL RAPPORTO DI LAVORO LA SOMMINISTRAZIONE

Facendo un po' di storia del diritto del lavoro, possiamo ricordare come, fino all'ultimo ventennio del secolo scorso, il rapporto di lavoro subordinato si muoveva secondo un modello avente caratteristiche piuttosto rigide ed uniformi, in particolare quanto: a) alla sua durata, di norma a tempo indeterminato (la legge 230/62, come è noto, consentiva l'apposizione del termine al contratto in casi molto limitati); b) all'orario di lavoro, tendenzialmente a tempo pieno ed ininterrotto, secondo la durata prevista prima per legge e poi per contrattazione collettiva, con la sola eccezione dei giorni festivi e dei giorni di riposo; c) alla titolarità giuridica del rapporto di lavoro, *ex latere datoris*, che spettava esclusivamente all'utilizzatore delle prestazioni, stante i precisi ed inderogabili divieti previsti dall'art. 2127 c.c. (divieto di interposizione nel lavoro a cottimo) e dalla legge 1369/60 (divieto di intermediazione nelle prestazioni di lavoro).

Per ragioni fondamentalmente di politica del lavoro (che non è il caso qui di indagare, in quanto implicanti valutazioni metagiuridiche non pertinenti allo scopo della presente relazione) a partire dagli anni 80 del secolo scorso il legislatore ha introdotto, in modo sempre più massiccio, strumenti giuridici volti a diminuire i vincoli sopra brevemente esaminati, aumentando quella che ormai comunemente usa chiamarsi, in modo invero un po' eufemistico, "*flessibilità*" nei rapporti di lavoro.

Così sono stati introdotti di il "*contratto di formazione e lavoro*" (d.l. 726/84, convertito in l.863/84, art. 3), il "*contratto a tempo parziale*" (art. 5 del medesimo decreto legge), il "*contratto di lavoro interinale o di fornitura di lavoro temporaneo*" (art. 1-11 l.196/97) poi diventato

"contratto di somministrazione di lavoro" con il decreto attuativo della c.d. "legge Biagi" (d. lgs. 276/03, artt. 20-28) la quale introduceva altresì ulteriori forme di flessibilità contrattuale (non tutte, o per meglio dire ben poche, giunte a significativo sviluppo, quali il *"contratto di lavoro intermittente"*, il *"contratto di lavoro ripartito"* e il *"contratto di inserimento"*).

Nel medesimo periodo, inoltre, più volte il legislatore è intervenuto per allentare progressivamente i vincoli del contratto di lavoro a tempo determinato (in particolare con l'art. 23 della l. 56/87 e con il d. lgs. 368/01, ma anche -e soprattutto- con il d.l. 112/08 (art. 21, entrato in vigore il 25 giugno 2008) che ha, fra l'altro, ampliato in modo decisamente rilevante, pur fermi gli altri limiti *pro tempore* previsti, il contratto a termine anche a causali *"riferibili all'ordinaria attività del datore di lavoro"* e poi con la legge 266/05 che estende per la prima volta in modo significativo (introducendo l'art. 2, comma 1 bis del d. lgs. 368/01) la possibilità di contratti a termine -quasi- acausali, prevista soltanto per alcuni ristretti settori dal vigente art. 2, al settore postale, nevralgico per i contratti a tempo determinato, ponendo sostanzialmente termine (per come poi si è consolidata la giurisprudenza in tema) all'ormai annoso contenzioso in essere.

Attualmente, la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (così detto *jobs act*, atto II), all'art. 1, comma 7, lettera a) ha delegato il Parlamento al riordino delle forme contrattuali esistenti relativamente al mondo del lavoro, affermando peraltro espressamente, alla lettera b) del medesimo articolo, l'obiettivo della promozione, in coerenza con le indicazioni europee, del contratto a tempo indeterminato come forma comune di

contratto di lavoro *"rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti"*.

Allo stesso modo il d. lgs. 81/15 si apre con un art. 1 che recepisce in modo icastico l'indicazione della legge delega, affermando che *"il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"*.

Ciascuno potrà farsi un'idea di quanto valga tale affermazione di puro principio (peraltro non nuova, ma ripresa dall'analoga formulazione dell'art. 1, comma 01, d.lgs. 368\01, come introdotta dalla l. 247\07, a partire dall'1 gennaio 2008). Chi scrive si limita a rilevare che, anche sulla base dei dati macroeconomici diffusi dallo stesso esecutivo, l'obiettivo – se veramente di obiettivo si tratta- è ancora ben lontano dall'essere realizzato, essendosi molto più diffuso (anche grazie al sensibile svincolo dai lacci e laccioli che lo limitavano) il c.d. *precariato*.

Ritornando al superiore punto c) (titolarità del rapporto di lavoro) ricordiamo che, secondo l'art. 2094 c.c., il contratto di lavoro subordinato, nella sua forma tipica, intercorre tra il lavoratore e l'imprenditore titolare dell'impresa dove il medesimo rende la sua prestazione lavorativa, secondo le direttive datoriali.

Come abbiamo già osservato, fino alla prima limitata apertura di cui alla legge 196 del 1997) il legislatore del codice e poi quello del 1960 avevano introdotto rigidi divieti di separazione soggettiva tra la figura del datore di lavoro e quella dell'utilizzatore, probabilmente anche per ragioni *lato sensu* politico-sociali, ossia per arginare il deteriore fenomeno, al tempo molto diffuso, soprattutto nelle regioni ad economia agricola, del c.d. *"caporalato"*.

Tralasciando la legge 196 (che, nel vortice riformista che ha caratterizzato l'ultimo decennio del diritto del lavoro, appartiene quasi all'archeologia giuridica), la prima vera apertura all'utilizzo del lavoro somministrato è intervenuta per mezzo del d. lgs. 10 settembre 2003, n.276 che, nella sua versione originaria, dopo aver dato (art. 2) una sorta di definizione dell'istituto, ne dava la disciplina di dettaglio negli artt. da 20 a 28.

Rispetto alla legge 196, la nuova normativa ampliava significativamente i casi in cui le imprese potevano far ricorso a tale tipo di contratto, prevedendo (oltre ad una serie di ipotesi specifiche riferite al contratto di somministrazione a tempo indeterminato, c.d. *staff leasing*), per quello a tempo determinato, all'art. 20, co. 4: *“La somministrazione di lavoro a tempo determinato e' ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore. La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato e' affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368”*.

L'apertura non fu da poco, non solo per quanto riguarda le causali in sé, ma anche per il fondamentale inciso *“... anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore...”*, che può far pensare ad una non necessità del requisito della *“temporaneità”* o *“eccezionalità”* dell'occasione di lavoro (in quanto l'attività ordinaria dell'imprenditore, ossia la sua attività normale, non può essere, per definizione, temporanea o eccezionale) costituendo tale caratteristica una peculiarità del contratto

di somministrazione, che lo ha significativamente differenziato dal contratto a tempo determinato, per il quale, come sopra si è visto, l'estensione alla "ordinaria attività" si è avuta soltanto nel 2008 (d.l. 112\08) (in argomento non constano molti arresti nella giurisprudenza della S.C. e comunque non uniformi: di recente, Cass., 27 ottobre 2015, n.21916, ord., ha ritenuto che l'inciso in questione escluda solo l'eccezionalità e la straordinarietà, ma non la temporaneità; contra vds. però Cass., 15 luglio 2011, n.15610).

Ciò posto, l'art. 22, comma 2, d.lgs. 276\03, (dopo il generico rinvio del comma 1 al codice civile ed alle leggi speciali) rimandava espressamente alla più recente disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato disponendo che: *In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro e' soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4 (disciplina del c.d. stop and go: n.d.e.). Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore".*

Anche per questa ragione (sia pure in misura minore, stante il minor utilizzo del contratto di lavoro somministrato -peraltro molto diffuso in alcuni settori di servizi, quali, particolarmente, i servizi postali e telefonici) il contenzioso in materia è stato ed è estremamente ampio e complesso, particolarmente sotto il profilo della determinatezza o meno delle causali utilizzate, che ha trovato soluzioni non uniformi anche a livello di Cassazione (si pensi, per citarne solo un paio, a causali quali "picchi o punte di più intensa attività" ovvero "casi previsti dal CCNL")

concludendosi a volte per la nullità assoluta per indeterminatezza ed a volte per la possibilità concessa all'utilizzatore di provare in giudizio l'effettività della causale (recentemente, peraltro, pare si stia consolidando un orientamento favorevole alla sufficienza formale della detta causale, salva ovviamente la prova giudiziale: in tal senso, fra le altre: Cass., 6 ottobre 2014, n.21001; Cass. , 21 febbraio 2012, n.2521).

Va anche detto peraltro, ad avviso di chi scrive, che anche le parti datoriali ci hanno messo del loro per generare contenzioso in quanto ben avrebbero potuto utilizzare causali meno generiche e più immediatamente riferibili alla concreta esigenza da soddisfare.

Può anche comprendersi l'esigenza dell'imprenditore di non legarsi troppo le mani (l'eccessiva specificità avrebbe potuto probabilmente incorrere nell'opposto limite di non poter utilizzare il lavoratore con un minimo di elasticità) ma davvero, a volte, qualche sforzo in più forse si poteva fare (vorrei citare un recente caso capitato proprio a chi scrive, che mi pare piuttosto emblematico di causale diciamo così problematica, sotto il profilo della specificità, ovvero "*esigenze di lavoro aggiuntivo*").

Il d.lgs. 276\03 ha subito nel corso del tempo numerosi interventi di modifica, innesto o sostituzione di pezzi di norma o di interi commi (a cominciare dalla stessa nomenclatura definitoria: da "*somministrazione di lavoro*" a "*contratto di somministrazione di lavoro*" e dall'introduzione di altri concetti definitivi quali quello di "*missione*") da parte di norme successive (tra cui il d. lgs. 2 marzo 2012, n. 24; la l.23 dicembre 2009, n. 191; la l. 28 giugno 2012, n. 92 -c.d. legge Fornero-; per arrivare, da ultimo, al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 -c.d. job act, atto I o decreto Poletti-conv. in l. 16 maggio 2014, n. 78) che l'hanno reso (almeno per quanto riguarda il contratto di somministrazione, ma anche relativamente ad

altre fattispecie) una sorta di "colabrodo" in cui era difficile comprendere quali parti fossero ancora in vigore e quali no e, in tal caso, con quale decorrenza si applicassero le nuove norme.

Giusto per dare un'idea, si osserva come la riforma Fornero abbia parzialmente, ma significativamente inciso, sul regime della somministrazione di lavoro. In particolare, le innovazioni concernenti la causalità del contratto a tempo determinato hanno riguardato anche il lavoro somministrato.

Era stato infatti previsto che, per quel che concerne la prima assunzione, il rapporto di lavoro conseguente ad un contratto di somministrazione a tempo determinato potesse essere slegato dall'obbligo di indicazione della causale.

Il nuovo comma 1 bis dell'art. 1 del D.Lgs. n 368 del 2001, introdotto appunto dalla legge n 92 del 2012, aveva infatti stabilito la possibilità di assumere a tempo determinato o a mezzo di contratto di somministrazione di lavoro, senza causa, nell'ipotesi in cui la durata del rapporto non fosse superiore ai 12 mesi.

Inoltre (sempre nel nuovo art. 1 bis.) veniva stabilito che, in sede di contrattazione interconfederale, nazionale o decentrata (sempreché espressamente delegata) si potesse prevedere l'assunzione senza l'apposizione della causa che ne costituisce il presupposto *“nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'articolo 5, comma 3, nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva”*.

Queste ragioni erano enucleate nella seconda parte del predetto comma 3 (aggiunto dall'art. 1, comma 9, lett. h) della riforma), e riguardavano *“l'avvio di una nuova attività; il lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; l'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; la fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; il rinnovo o (la) proroga di una commessa consistente”*.

Vien fatto peraltro di domandarsi cosa significhi non necessità della causale, posto che in realtà le causali vi erano eccome (ossia, appunto, quelle appena ricordate) ed esse rientravano tranquillamente nel concetto di *“ragioni tecniche-organizzative-produttive”*, quindi una tecnica legislativa foriera semplicemente inutili complicazioni.

In ogni caso, l'art. 20, comma 4, d.lgs.276\03 (quello che prevedeva le causali possibili per il contratto di somministrazione) veniva modificato dalla riforma Fornero con l'aggiunta di un secondo periodo, prevedente l'eccezione della liceità del contratto (asseritamente) acausale introdotto dalla stessa riforma Fornero, nei limiti dell'art. 1 bis d.lgs. 368\01.

Successivamente, con il decreto Poletti, per la prima volta veniva introdotta come regola generale la acausalità sia dei contratti di lavoro a tempo determinato che dei contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, con espressa abrogazione dell'art. 1 bis d.lgs. 368\01 (appena introdotto dalla riforma Fornero) nonché i primi due periodi dell'art. 20, comma 4 d.lgs. 276\03 ed altresì con modificazione dell'art. 21, comma 1, lett.c), lasciato però in vigore nella parte in cui prevedeva che il contratto di somministrazione di manodopera, oltre ad essere necessariamente stipulato in forma scritta, dovesse contenere fra l'altro l'indicazione dei *“... casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo,*

organizzativo o sostitutivo di cui al comma 3 dell'art. 20..." (riferibile peraltro solo ai contratti di somministrazione a tempo indeterminato).

Quanto fin qui esposto porta chi scrive a ritenere che, a prescindere dalle opinioni personali sulle motivazioni riformiste e sul merito delle scelte, sia stato altamente opportuno raccogliere in un unico, nuovo, testo, le varie tipologie contrattuali, come espressamente stabilito dall'art. 1, comma 7 della legge delega 183/14, prevedente appunto un *"testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro"* e con successiva espressa abrogazione (art. 55 d.lgs. 81\15) di numerose norme, tra cui pressoché tutto il d.lgs. 368\01 e tutte le norme degli istituti contrattuali espressamente disciplinati dal d.lgs. 276\03.

Quanto agli scopi diversi dalla semplificazione normativa, non è inopportuno riportare testualmente quanto prevede, per ciò che si riferisce alle tipologie contrattuali, il citato comma 7, che recita: *"Allo scopo di rafforzare le opportunita' di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonche' di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere piu' efficiente l'attivita' ispettiva, il Governo e' delegato ad adottare, su proposta del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o piu' decreti legislativi, di cui uno recante un testo organico semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi, in coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali:*

a) individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali;

b) promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti..."

In esecuzione della specifica delega, è stato emesso il già richiamato d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (in vigore dal 25 giugno 2015).

Come già più sopra accennato, salvo esaminare comparativamente le norme vigenti e quelle del d.lgs. 276/03, per cogliere meglio, nel dettaglio, tutte gli aspetti di novità, fondamentalmente essi consistono principalmente nell'eliminazione delle causali giustificative del ricorso al contratto di somministrazione e (il che è un po' l'altra faccia della medaglia) la previsione di esclusivi limiti quantitativi a tale forma di contratto di lavoro, cioè il rispetto delle cc.dd. "clausole di contingentamento" ossia dell'obbligo di mantenere determinate proporzioni tra contratti di somministrazione (siano essi a tempo determinato o indeterminato) e contratti di lavoro di diretta dipendenza a tempo indeterminato.

Se si considera peraltro: che l'art. 31, comma 1, d.lgs. 81\15, prevede espressamente il limite del 20% per i contratti di lavoro somministrato a tempo indeterminato, ma contempla altresì la possibilità da parte della contrattazione collettiva di prevedere percentuali diverse (e quindi anche superiori) rispetto al suddetto 20%; che il successivo

comma 2 rimette alla contrattazione collettiva (come d'altra parte accadeva prima della riforma, essendo le clausole di contingentamento stabilite esclusivamente in sede di contrattazione collettiva, in base al già richiamato art. 20, comma 4, d.lgs. 276\03, che trovava il suo corrispettivo, per i contratti a termini "classici", nell'art. 10, comma 7, d.lgs. 368\01) i limiti quantitativi per quanto riguarda la somministrazione di lavoro a tempo determinato; che, per una serie di soggetti previsti dal medesimo comma 2 (alcune categorie di lavoratori cc.dd. "svantaggiati") non è previsto alcun limite, se ne deve concludere che la percentuale di lavoratori somministrati potrà agevolmente arrivare a punte anche molto significative (qualcuno ipotizza anche fino al 50%) della forza lavoro alle dirette dipendenze dell'imprenditore.

Se a tutto ciò si somma la percentuale prevista dal comma 1 dell'art. 23 per quanto attiene ai contratti a tempo determinato (anche qui 20% salvo diversa previsione, verosimilmente al rialzo, da parte della contrattazione collettiva) si ha un'idea abbastanza precisa della reale possibilità delle imprese di funzionare soprattutto grazie al lavoro precario, con buona pace delle affermazioni di principio (ribadite anche dall'art. 1 del d.lgs. 81\15) della centralità del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato come forma prevalente e addirittura della "promozione" di tale tipologia proclamata come obiettivo dall'art. 1, comma 7, della legge delega (il che potrebbe forse porre qualche teorico dubbio sul superamento dei limiti della delega stessa).

Anche con riferimento alla normativa comunitaria (richiamata dalla legge delega ma non espressamente dal preambolo del d.lgs. 81/15) e, in particolare alla direttiva 2008/104/CE del 19 novembre 2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale, l'attuale assetto normativo statale, se

da un lato rispetta probabilmente l'obiettivo, anche comunitario, di *"...contribuire efficacemente alla creazione di posti di lavoro ed allo sviluppo di forme di lavoro flessibili"*, assicurando ad un tempo che *"... il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti..."*, dall'altro pone qualche dubbio sulla *"prevenzione di abusi"* parimenti tutelata dalla direttiva europea, stante la teorica possibilità di reiterazione illimitata di contratti di lavoro somministrato a tempo determinato in capo al medesimo lavoratore, non essendo applicabile il limite massimo (tendenzialmente di 36 mesi complessivi) previsto dall'art. 19 del d.lgs. 81\15 per i contratti a termine.

Venendo ora ad esaminare partitamente le nuove norme che regolano i contratti di somministrazione di lavoro (artt. da 30 a 40 del d.lgs. 81\15) occorre rilevare, in primo luogo, che per la prima volta il legislatore delegato offre, all'art. 30, una definizione sicuramente più chiara ed esaustiva di quella a suo tempo recata dall'art. 2, comma 1, lettera a) (come mod. dalla l. 24\12) (secondo cui si intendeva per *"contratto di somministrazione di lavoro"*: *il contratto avente ad oggetto la fornitura professionale di mano d'opera, a tempo indeterminato o a termine ai sensi dell'art. 20*"), laddove l'attuale definizione spiega direttamente che cosa si intenda per *"fornitura professionale di manodopera"*, così recitando: *"il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi*

dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore".

Va altresì rimarcato che, del tutto opportunamente, l'art. 55, lett. d), d.lgs. 81\15 abroga espressamente, con effetti dal 25 giugno 2015, data della sua entrata in vigore, gli artt. dal 20 al 28 del d. lgs. 276\03, se non altro eliminando (si auspica per un tempo significativo) le difficoltà, cui prima si è accennato, di coordinamento tra le suddette disposizioni e gli interventi normativi successivi, spesso frammentari ed imprecisi.

Naturalmente ciò non significa che tutto sia stato modificato, anzi vi è stata per lo più un'opera di risistemazione e di ristrutturazione della vecchia normativa, anche testualmente ripresa in più punti, nella nuova. (In un caso la norma del vecchio testo coincide letteralmente con quella del nuovo (art. 37 nuovo decreto ed art. 25 del vecchio, concernenti "norme previdenziali")).

Un breve cenno alle Agenzie di lavoro autorizzate all'attività di somministrazione (in ordine alle quali non risultano essersi mai posti significativi problemi in sede giudiziaria) che trovano la loro fonte normativa negli artt. 4 e 5 d.lgs. 276\03 (decreto espressamente richiamato dall'art. 30) con il necessario adeguamento derivante dall'implicita abrogazione della previsione di "*agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato abilitate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'art. 20, comma 3, lettere da a) ad h)*" discendente dall'abrogazione dell'art. 20 ed al venir meno della sottoposizione della somministrazione a tempo indeterminato a vincoli qualitativi (vincoli che in realtà ben poco si giustificavano).

Come già più sopra ricordato il contratto di somministrazione (come d'altronde quello a tempo determinato) nella nuova normativa è

diventato totalmente acausale, essendo sottoposto esclusivamente a limiti quantitativi (articolo 31).

Tale norma (che riprende quasi testualmente quella dell'articolo 23, comma 1, del medesimo testo normativo, relativa ai contratti a termine), specificamente dispone quanto segue: *"Salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non puo' eccedere il 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del predetto contratto, con un arrotondamento del decimale all'unita' superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5. Nel caso di inizio dell'attivita' nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipula del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato"*.

Merita la pena rammentare come vi sia stato un ampio contenzioso in materia di clausole di contingentamento, che solo in tempi abbastanza recenti ha trovato un indirizzo giurisprudenziale più consolidato, che ha risolto le tematiche più spinose (onere della prova del non superamento del limite a carico del datore di lavoro, prova soddisfacibile anche mediante produzione di prospetti di provenienza datoriale, laddove non specificamente contestati; nullità dei soli contratti stipulati successivamente al superamento del limite; calcolo dei lavoratori a tempo determinato per teste e non secondo il criterio c.d. del *full time equivalent*). Trattasi di questioni nella vigenza del *jobs act* estremamente importanti per i contratti di lavoro somministrato ed invece meno rilevanti, probabilmente per una consapevole scelta di politica del lavoro,

per i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, in quanto sostanzialmente superata, per questi ultimi, dalla mancata previsione della sanzione della nullità del contratto stesso e trasformazione del contratto interessato in contratto a tempo indeterminato, sostituite da una mera sanzione amministrativa).

Come già si è ricordato precedentemente, è esente da limiti quantitativi la somministrazione a tempo determinato di lavoratori "svantaggiati" indicati nel dettaglio dal comma 2 dell'articolo 31.

Va ricordato inoltre che la contrattazione collettiva che può intervenire sulle clausole di contingentamento è individuata dall'articolo 51 del d.lgs. 81\15, che così dispone: *"Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria"*.

Va ancora menzionato il comma 4 dell'art. 31, che esclude espressamente la possibilità, per quanto riguarda le pubbliche amministrazioni, di far ricorso a contratti di lavoro somministrato a tempo indeterminato, fermo quanto disposto dall'art. 36 del t.u. pubblico impiego (d.lgs. 165\01).

La violazione degli obblighi e dei divieti di cui all'articolo 31 è punita (art. 40) con una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 ad euro 1250 (probabilmente per ciascun lavoratore eccedentario) a carico del solo utilizzatore, mentre, similmente a quanto prevedeva l'art. 27 d.lgs. 276/03, sotto il profilo civilistico, l'articolo 38, comma 2 (rubricato *"somministrazione irregolare"*) prevede la possibilità di

chiedere, *"... anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione"*.

È quindi ormai assodato (come confermato da consolidata giurisprudenza costante) che non vi è alcun litisconsorzio necessario con il somministratore ed è altresì chiaro (anche qui la giurisprudenza è costante, nei -peraltro non numerosi- casi in cui la questione è stata sollevata) che si tratta certamente di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Si conferma una certa severità del legislatore nei confronti dell'utilizzatore, che potrà (oltre ad eventualmente rivalersi, per quanto possibile, nei confronti del somministratore) unicamente beneficiare, ai sensi del comma 3 dell'art. 38 di tutti i pagamenti retributivi e previdenziali effettuati dal somministratore, ma continuerà -verosimilmente- ad essere l'unico soggetto chiamato ad ottemperare all'obbligo di assunzione nei confronti del lavoratore.

Si è già notato come, per il contratto a tempo determinato, l'art. 23, comma 4, adottati, nel testo delegato, differentemente dal pregresso, la scelta di sanzionare analoghe violazioni esclusivamente con una sanzione amministrativa, così dissimulando un intento più tollerante nei confronti del datore di lavoro "diretto", forse in quanto già "penalizzato" dai vincoli di durata massima invece non previsti per il contratto di somministrazione.

L'ultima parte del comma 1 dell'articolo 31 prevede che: *"possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato"*, il che vuol dire che, se il somministratore ha la possibilità di stipulare con l'utilizzatore un

contratto commerciale a tempo indeterminato, anche i lavoratori che intende inviare a tale utilizzatore li deve assumere a tempo indeterminato.

Si tratta indubbiamente di un regime restrittivo che da taluno è stato interpretato come volontà di favorire l'incremento di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ma pare un'opinione piuttosto discutibile, attesi gli ormai inesistenti vincoli di durata dei rapporti di somministrazione a tempo determinato, che dovrebbero essere preferiti a meno che il somministratore non abbia specifico interesse (e possibilità, probabilmente appannaggio solo delle grandi agenzie di somministrazione) a stipulare contratti commerciali di somministrazione a tempo indeterminato. Va detto peraltro che i dati macroeconomici sul punto, allo stato (luglio 2016) indicano invece un sensibile aumento dei contratti di somministrazione in generale, ma particolarmente di quelli a tempo indeterminato.

La violazione del divieto in questione è punita dall'art. 40, comma 1, con la solita sanzione amministrativa però, curiosamente, solo a carico dell'utilizzatore (laddove vi è quantomeno una corrispondenza anche del somministratore).

Merita la pena rammentare altresì che, in caso di assunzione di lavoratori somministrati con qualifica di apprendista, l'art. 42, comma 7 del d. lgs. 81/15 impone che essi siano assunti a tempo indeterminato (*"E' in ogni caso esclusa la possibilità di utilizzare apprendisti con contratto di somministrazione a tempo determinato"*). Ciò perché, come espressamente previsto dall'art. 41 *"... l'apprendistato è un contratto di lavoro a tempo indeterminato..."* anche se poi varie norme ne prevedono invece una durata limitata nel tempo. Non è chiaro peraltro se la norma si

riferisca al contratto commerciale o al contratto di lavoro, probabilmente al primo (la cui natura di contratto a tempo indeterminato però, per la norma generale dell'art. 31, comma 1, ultimo periodo, si estende anche al contratto di lavoro).

È chiaro che anche qui la finalità teorica è quella di creare posti di lavoro (e di formazione) stabili, ma non è affatto detto che venga raggiunta.

L'art. 31, al terzo comma, riprende una disposizione già prevista in modo pressoché analogo dal d.lgs. 276\03, art. 23 comma 7 bis (a sua volta derivante dalla direttiva 2008/104/CE, in quanto il comma 7 bis fu introdotto dalla l. di recepimento della suddetta direttiva, d. lgs. 2 marzo 2012, n. 24) prevedendo che *"i lavoratori somministrati sono informati dall'utilizzatore dei posti vacanti presso quest'ultimo, anche mediante un avviso generale affisso all'interno dei locali dell'utilizzatore"*. Anche tale obbligo è sanzionato con la solita sanzione pecuniaria amministrativa, sempre a carico esclusivo dell'utilizzatore.

L'art. 32 prevede una serie di divieti di stipulazione del contratto di somministrazione e precisamente: a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) presso unità produttive nelle quali si è proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge n. 223 del 1991, che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi; c) presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessano lavoratori adibiti

alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro; d) da parte di datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

La norma riproduce pressoché integralmente il comma 5 dell'art. 20 del d.lgs. 276/03, dalla quale è stato però espunta la possibilità di deroghe da parte di accordi sindacali, previste per alcune ipotesi.

Ancora una volta la violazione della norma prevede la solita sanzione a carico dell'utilizzatore e, soprattutto, l'importante conseguenza civilistica (art. 38, comma 2) della possibilità, in capo al lavoratore somministrato di chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.

L'art. 33 (che è rubricato "*forma del contratto di somministrazione*" ma che non si occupa solo della forma) prevede gli elementi essenziali del contratto di somministrazione, riproducendo in buona sostanza il pregresso art. 21 del d.lgs. 276/03.

La forma deve essere quella scritta *ad substantiam*, in quanto la sua mancanza produce nullità del contratto "*... ed i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*" (art. 38, comma 1).

Gli elementi essenziali sono invece: a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; b) il numero dei lavoratori da somministrare; c) l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di prevenzione adottate; d) la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro; e) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei

medesimi; f) il luogo, l'orario di lavoro e il trattamento economico e normativo dei lavoratori.

La mancanza degli elementi da a) a d) produce anch'essa alle conseguenze di cui all'art. 38, comma 2 e la mancanza di uno qualsiasi degli elementi stessi, compresi e) e f) la solita sanzione amministrativa, questa volta a carico sia dell'utilizzatore che del somministratore.

I commi 2 e 3 dell'art. 33 prevedono alcuni obblighi di comunicazione e in particolare (come già in precedenza avveniva) l'obbligo dell'utilizzatore di *"... rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti in favore dei lavoratori"*.

Una norma molto importante quella dell'art. 34 che disciplina i rapporti di lavoro sia nel caso di assunzione a tempo indeterminato che a tempo determinato da parte del somministratore.

Nel primo caso si dice genericamente che *"... il rapporto di lavoro... è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato..."* Ed è importante soprattutto ricordare che nel contratto stesso deve essere determinata l'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, che viene corrisposta al somministratore al lavoratore per i periodi nei quali egli rimane in attesa di essere inviato in missione, nella misura prevista dal CCNL applicabile al somministratore e comunque non inferiore ad un importo fissato con decreto del Ministro del lavoro. A scanso di equivoci (e di possibili controversie) viene detto che *"... l'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge e del contratto collettivo"*.

In realtà questa parte della norma è identica al comma 3 dell'art. 22 del d.lgs. 276\03.

Importanti novità emergono invece rispetto alla somministrazione a tempo determinato, per la quale il comma 2 dell'art. 22 (nella versione modificata dalla L.247/07, applicabile a decorrere dal 1 gennaio 2008) della disciplina previgente si limitava a richiamare la disciplina del d.lgs. 368/01 *"in quanto compatibile, in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'art. 5, commi 3 e seguenti (cioè della disciplina dello stop and go: n.d.e.)"*.

L'attuale norma (art. 34, comma 2) ripete la previsione dell'applicabilità della normativa relativa al contratto a termine (ora contenuta nel capo III del medesimo decreto legislativo) con l'inciso *"per quanto compatibile"* senonché prevede espressamente la *"... esclusione delle disposizioni di cui agli art. 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24 "* (che quindi, implicitamente, riconosce per definizione non compatibili).

Tale parziale modificazione normativa è stata interpretata come espressione di un particolare favore del legislatore nei confronti delle assunzioni a termine nell'ambito di un'impresa di somministrazione rispetto al contratto a termine finalizzato ad un impiego diretto da parte datoriale, ma qualche dubbio che sia così o che comunque il dettato normativo raggiunga questo scopo è lecito nutrirlo.

Invero le disposizioni la cui applicabilità è stata espressamente esclusa si riferiscono, specificamente: alla durata massima del rapporto a termine (36 mesi +12 in alcuni casi, art. 19, primi 3 commi); alla disciplina di proroghe e rinnovi (art. 21); alla clausola di contingentamento per i c.t.d. (20% del personale a tempo indeterminato, peraltro aumentabile in sede di contrattazione collettiva, art. 23); ai diritti di precedenza (art. 24).

Orbene, se è chiaro che non si applicano al contratto di somministrazione a termine i limiti di durata massima, non è altrettanto certo che l'inapplicabilità dell'art. 21 comporti un'indiscriminata possibilità di proroghe e rinnovi, anzi per le proroghe sembrerebbe essere esattamente il contrario poiché il comma 2 dell'art. 34, all'ultimo periodo, prevede che la proroga possa essere disposta (con il consenso del lavoratore e per atto scritto) solo "*nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore*", dal che si potrebbe dedurre che al di fuori di quei casi non può esservi proroga.

Quanto al rinnovo, l'art. 21 (in materia di c.t.d.) prevede soltanto il divieto (sanzionato con la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato) dello *stop and go* prima della scadenza di un certo termine, il che implicitamente consente la possibilità di rinnovo, rispettato tale termine, entro il limite massimo dei 36 mesi .

Il fatto che questa norma non si applichi ai contratti di somministrazione a termine potrebbe significare solo che non è necessario rispettare un intervallo minimo tra un contratto e l'altro a termine, ma non necessariamente che si possano fare rinnovi *ad libitum*, poiché si potrebbe sostenere che l'esonero dal rispetto del disposto dell'art. 19, primi tre commi, si riferisca solo al caso del contratto unico.

Si tratta certamente di un'interpretazione opinabile (nel regime previgente si tendeva a ritenere che non vi fossero limiti né di durata né di proroghe, anche se il testo normativo più prossimo al d.lgs. 81\15, ossia il c.d. decreto Poletti (d.lg.34\14), aveva modificato l'art. 1 d.lgs. 368\01 ponendo il limite di 36 mesi comprensivi di proroghe sia ai c.t.d. "classici" sia a quelli in somministrazione) ma si vuole solo dimostrare che la nuova norma non ha certo risolto tutti i problemi e che sarà bene

che i contratti collettivi disciplinino, oltre alle proroghe, anche i rinnovi (ammesso che abbia ancora senso, per la somministrazione, la differenza tra proroghe e rinnovi, vista la acausalità dei contratti e quindi il superamento dei concetti di “ragioni oggettive” e di “identità di mansioni” per le proroghe, da un lato e di non necessità di rispettare alcun termine per lo *stop an go*).

Si richiama infine l'attenzione sugli ultimi due commi dell'art. 34: comma 3, non computabilità del lavoratore somministrato nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di normative di legge e di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro (norma già presente nel precedente testo) ed invece (parte nuova) computabilità del medesimo nella quota di riserva per le assunzioni obbligatorie; comma 4 (riproposizione dell'analogo comma dell'art. 22 d.lgs. 276/03, inapplicabilità delle normative sui licenziamenti per riduzione di personale nel caso di cessazione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato ed applicazione invece dell'art. 3 legge 604/66 sul licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo).

L'art. 35 riproduce, con lievi modifiche, disposizioni già presenti nei precedenti testi normativi, concernenti: parità di trattamento tra lavoratori somministrati e lavoratori dipendenti di pari livello dell'utilizzatore; solidarietà tra utilizzatore e somministratore per retribuzioni e contributi; diritto dei lavoratori somministrati alla fruizione dei medesimi servizi sociali ed assistenziali goduti dagli addetti alla medesima unità produttiva, dipendenti dell'utilizzatore; diritti di informazione e formazione in materia di sicurezza e salute; solidarietà nelle obbligazioni nascenti dall'abuso dello *ius variandi* tra

somministratore ed utilizzatore, salva la responsabilità esclusiva di quest'ultimo qualora non abbia informato il primo; esercizio del potere disciplinare riservato al somministratore; responsabilità esclusiva dell'utilizzatore per danni arrecati dal lavoratore a terzi nello svolgimento delle mansioni; nullità di ogni clausola diretta a limitare la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della missione, salvo specifica indennità.

L'art. 36 riguarda diritti sindacali e garanzie collettive, riproduce il testo precedentemente vigente salvo per quanto riguarda lo "*specifico diritto di riunione*" previsto per i lavoratori che dipendono dallo stesso somministratore, operanti presso diversi utilizzatori, che peraltro può ugualmente riconoscersi in via interpretativa, essendo espressamente riconosciuti i diritti sindacali previsti dalla legge 300 del 1970.

L'art. 37 è dedicato alla normativa previdenziale/assistenziale ed è identico all'art. 25 d. lgs. 276/03.

L'art. 38, rubricato "*somministrazione irregolare*" si occupa delle sanzioni civili/lavoristiche similmente a quanto faceva l'art. 27 (peraltro scritto in modo più ridondante) del pregresso testo normativo, cui sostanzialmente si sovrappone, salvi i riferimenti normativi ovviamente diversi.

Della casistica ci siamo già occupati in precedenza.

Ricordiamo qui la distinzione tra nullità per mancanza di forma scritta, prevista dal comma 1 (nel testo previgente la medesima sanzione era prevista da una norma diversa, ossia dell'art. 21, comma 4, rubricato *forma del contratto di somministrazione*) e costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato (normalmente alle dipendenze

dell'utilizzatore) quale sanzione delle altre violazioni previste dal comma 2.

Il comma 4 esclude l'applicazione del comma 2 alle pubbliche amministrazioni (come già era in precedenza) in coerenza con quanto previsto dall'art. 36 comma 5, d. lgs. 165/01 (e succ. mod.).

L'art. 39, rubricato "*decadenza e tutele*" si occupa dei termini di impugnazione del contratto di somministrazione irregolare e delle conseguenze economiche derivanti dall'eventuale accoglimento della domanda.

Il primo comma dice che "*... Trovano applicazione le disposizioni dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966 e il termine di cui al primo comma del predetto articolo decorre dalla data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore*".

Il suddetto art. 6 è stato più volte modificato, prima dall'art. 32, comma 1, c.d. coll. Lavoro (l.183/10) che, nel lasciare in vigore il termine di 60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale, aveva stabilito in 270 giorni dalla scadenza del primo termine un secondo termine di decadenza ai fini dell'impugnazione giudiziale, stabilendo inoltre espressamente (al comma 4) l'applicabilità dei termini in questione sia ai contratti a tempo determinato "diretti" sia a quelli stipulati nell'ambito di un rapporto somministrato e, successivamente, dall'art. 1, comma 38 della l. Fornero (92/12) che ha ridotto il secondo termine a 180 giorni.

Contemporaneamente peraltro, il comma 11 del medesimo art. 1 (modificando l'art. 32 del collegato lavoro) stabiliva che "*Laddove si faccia questione della nullità del termine apposto al contratto, il termine di cui al primo comma del predetto articolo 6, che decorre dalla cessazione del medesimo contratto, e' fissato in centoventi giorni...*" ribadendo poi

(peraltro con inutile duplicazione dell'appena ricordato comma 38, modificativo dell'art. 6 legge 604/66, espressamente applicabile ai rapporti a termine in forza dell'art. 32) che il secondo termine era ridotto da 270 a 180 giorni.

Tralasciando tutte le questioni ampiamente note di diritto intertemporale sulla decorrenza e l'applicabilità di tali termini, ormai quasi appartenenti al passato, deve peraltro ritenersi che, attualmente, i termini indirettamente richiamati dall'art. 39 d.lgs. 81/15 sono di 60 giorni dalla data di cessazione dell'attività del lavoratore a termine somministrato presso l'utilizzatore per l'impugnazione stragiudiziale e di 180, dalla scadenza del primo termine, per l'impugnazione giudiziale.

Non dovrebbero esservi più dubbi che il termine per l'impugnazione stragiudiziale non possa mai essere di 120 giorni, vista l'espressa abrogazione, da parte dell'art. 55, lett. f), dell'art. 32, comma 3, lett. a) l. 183\10, come sostituito dalla norma della l. Fornero richiamata al penultimo capoverso (che parte della giurisprudenza di merito aveva invece ritenuto applicabile anche ai contratti di lavoro somministrato, nei casi di nullità del termine).

Il termine di decadenza stragiudiziale di 120 giorni è rimasto invece (art. 28, 1° co., d.lgs. 81\15) per tutti i casi di impugnazione dei contratti a tempo determinato "diretti", ma una differenza così sensibile non convince sotto il profilo della ragionevolezza.

Il secondo comma dell'art. 39, ponendo fine ad una lunga diatriba circa l'applicabilità dei criteri di risarcimento del danno di cui all'art. 32, comma 5, L.183/10 (ormai peraltro riconosciuti dopo il consolidarsi di un orientamento in tal senso presso la Corte di Cassazione) stabilisce il pagamento di un'indennità onnicomprensiva in misura compresa tra un

minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 604 del 1966.

Tale indennità risulta quindi vincolata nel minimo e nel massimo, limitando quindi la discrezionalità del Giudice, secondo la linea di tendenza già affermata con il decreto 23/15 in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (per i casi di non reintegrazione) ma già avviata con l'art. 32 l. 183\10 cit. ed è disciplinata in modo identico rispetto al caso del contratto a tempo determinato con termine illegittimo, trasformato in contratto a tempo indeterminato, chiarendo quindi anche normativamente una linea di tendenza interpretativa espressa dalla più recente giurisprudenza.

L'ultima norma (art. 40) prevede una serie di sanzioni amministrative cui si è già accennato durante la trattazione.

Va peraltro ricordato che permangono le sanzioni penali (per la somministrazione abusiva) previste dall'art. 18 d.lgs. 276\03 (e succ. mod.) nella parte non abrogata dall'art. 55 d.lgs. 81\15 (artt. 3 e 3 bis, che peraltro si occupavano di sanzioni amministrative e non penali).

Roma, ottobre 2016

Ermanno CAMBRIA