

l'accesso dei lavoratori a tempo determinato a opportunità di formazione adeguata, per aumentarne la qualificazione, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale.

1 X. I criteri di computo. ■ In base all'art. 27 del decreto in commento, salvo che sia diversamente disposto, ai fini dell'applicazione di qualsiasi disciplina di fonte legale o contrattuale per la quale sia rilevante il computo dei dipendenti del datore di lavoro, si tiene conto del numero medio mensile di lavoratori a tempo determinato, compresi i dirigenti, impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro.

XI. La decadenza dall'impugnazione e le tutele in caso di illegittimità del termine.

1 ■ L'impugnazione del contratto a tempo determinato deve avvenire, con le modalità previste dal primo comma dell'art. 6 della l. 15 luglio 1966, n. 604, entro centoventi giorni dalla cessazione del singolo contratto. Trova altresì applicazione il secondo comma del suddetto art. 6 e dunque il lavoratore avrà l'onere di depositare il ricorso nella cancelleria del Tribunale in funzione di Giudice del lavoro entro i centoottanta giorni successivi all'impugnazione. **V. sub art. 61. n. 604/1966.** ■ Sul piano delle tutele operanti in caso di illegittimità del termine occorre chiarire che l'art. 55, co. 1, lett. f) del d.lgs. n. 81/2015, ha recentemente abrogato l'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 (con decorrenza dal 25 giugno 2015), ai sensi di quanto disposto dall'art. 57, co. 1 del medesimo d.lgs. n. 81/2015. Tuttavia la disciplina prevista dal co. 5, art. 32 l. n. 183/2010, *ratione temporis*, può ritenersi integralmente traspunta nel co. 2 dell'art. 28 d.lgs. n. 81/2015: "*Nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità (...)*". Alla luce della disciplina vigente dunque in caso di illegittimità dell'apposizione del termine la conseguenza sanzionatoria è la costituzione del rapporto di lavoro (art. 28 d.lgs. n. 81/2015 che ha riprodotto l'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010) con ogni conseguente effetto anche sul piano della liquidazione dell'indennità prevista da tale disposizione. L'indennità può essere liquidata fino alla misura massima di dodici mensilità in ragione dei criteri indicati dalla disposizione. Secondo l'interpretazione più diffusa dell'art. 32 cit., la conversione "*verrebbe disciplinata in modo speciale rispetto al diritto comune,*

assegnando alla nullità effetti solo ex nunc dal momento della sentenza che la dichiara" (MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in PERSIANI, CARINCI, (diretto da) *Contratto di lavoro e organizzazione*, I, Padova, 2012, 318 ss.; *in senso conforme*, VALLEBONA, *L'indennità per il termine illegittimo*, in MISCIONE, GAROFALO, (a cura di), *Il Collegato Lavoro 2010. Commentario alla Legge n. 183/2010*, Milano, 2011, 415 ss.; cfr. SARACINO, *Il sistema delle tutele nella nuova disciplina del contratto a termine*, in GHERA, GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 263 ss.).

1 XII. Le esclusioni. ■ L'art. 29 del decreto in commento si occupa delle esclusioni e delle discipline specifiche confermando un assetto eccettivo che si è largamente consolidato nel quadro legale anteriore. In dottrina: F. GHERA, *Esclusioni e discipline specifiche*, in GHERA, GAROFALO (a cura di), *op. cit.*, 283 ss. Sono esclusi dal campo di applicazione della disciplina del contratto a termine, in quanto già disciplinati da specifiche normative: a) i rapporti instaurati ai sensi dell'art. 8, co. 2, della l. n. 223/1991 (fatta eccezione per l'applicazione del principio di non discriminazione e per i criteri di computo); b) i rapporti di lavoro tra i datori di lavoro dell'agricoltura e gli operai a tempo determinato, così come definiti dall'art. 12, co. 2, del d.lgs. 11 agosto 1993, n. 375; c) i richiami in servizio del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco; d) i contratti di lavoro a tempo determinato con i dirigenti, che non possono avere una durata superiore a cinque anni, salvo il diritto del dirigente di recedere a norma dell'art. 2118 c.c. una volta trascorso un triennio; e) i rapporti per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, nel settore del turismo e dei pubblici esercizi, nei casi individuati dai contratti collettivi, fermo l'obbligo di comunicare l'instaurazione del rapporto di lavoro entro il giorno antecedente; f) i contratti a tempo determinato stipulati con il personale docente ed ATA per il conferimento delle supplenze e con il personale sanitario, anche dirigente, del Servizio sanitario nazionale; g) i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della l. 30 dicembre 2010, n. 240. ■ Al personale artistico e tecnico delle fonderie di produzione musicale di cui al d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, non si applicano le disposizioni di cui all'art. 19, co. da 1 a 3, e 21 del decreto in commento. ■ L'art. 29 ribadisce che **in materia di contratti a tempo determinato stipulati con le pubbliche amministrazioni** resta fermo quanto disposto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, al cui commento si rinvia.

CAPO IV

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

30 Definizione. *1. 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 e il controllo dell'utilizzatore.*

1 ■ V. commento sub art. 31.

31 Somministrazione di lavoro a tempo indeterminato e determinato. 1. *Salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non può 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'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5. Nel caso di inizio dell'attività 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. Possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato.*

2. *La somministrazione di lavoro a tempo determinato è utilizzata nei limiti quantitativi individuati dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore. È in ogni caso esente da limiti quantitativi la somministrazione a tempo determinato di lavoratori di cui all'articolo 8, comma 2, della legge n. 223 del 1991, di soggetti disoccupati che godono, da almeno sei mesi, di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali, e di lavoratori «svantaggiati» o «molto svantaggiati» ai sensi dei numeri 4) e 99) dell'articolo 2 del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, come individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.*

3. *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.*

4. *Fermo quanto disposto dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001, la disciplina della somministrazione a tempo indeterminato non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni.*

SOMMARIO: I. Dal divieto di interposizione di lavoro altrui alla somministrazione di lavoro acausale. - II. La somministrazione di lavoro. - III. Le condizioni di liceità in genere: soggetti, organizzazione del lavoro, fattispecie. - IV. La somministrazione a tempo indeterminato. - V. La somministrazione a tempo determinato.

I. Dal divieto di interposizione di lavoro altrui alla somministrazione di lavoro acausale.

1 ■ L'introduzione nel nostro ordinamento della **somministrazione di lavoro**, anche a **tempo indeterminato** (c.d. **staff leasing**), ad opera del d.lgs. n. 276/2003, in chiave aggiuntiva e non solo sostitutiva dell'istituto della fornitura di lavoro temporaneo, ha determinato in primo luogo l'**abrogazione** della l. n. 1369/1960. Sul carattere abrogativo dell'intervenuta riforma, con riguardo, in particolare, alle conseguenze penali, si è espressa anche la giurisprudenza, secondo cui l'appalto di mere prestazioni di lavoro (ora qualificato come somministrazione di lavoro) continua ad avere rilevanza penale quando effettuato al di fuori delle condizioni soggettive e oggettive previste (Trib. Bari 06/201), conclusione da rivalutare a seguito dell'intervenuta depenalizzazione dell'art. 18 d.lgs. n. 276/2003 (su cui vedi *sub art.* 38), in considerazione del principio di successione delle leggi penali nel tempo. Invero la menzionata riforma del mercato del lavoro, lungi dall'introdurre una totale deregolamentazione del settore della somministrazione di manodopera, ha, a nostro avviso, solo ampliato il previgente sistema, derogatorio ad un'attività generalmente illecita, prevedendo che tale attività possa essere lecitamente svolta purché nel rispetto di plurime e specifiche condizioni (sulla diversità tra le norme di cui al d.lgs. n. 276/2003 e il divieto generali di interposizione di lavoro M.T. CARINCI, *Sub art. 20*, in CARINCI (a cura di), *Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, 04, 6). Si è configurata, quindi, una *abrogatio sine abolitio* per i fatti di somministrazione di lavoro da parte di soggetti privati non formalmente autorizzati, già puniti

secondo la legge precedente e che conservano rilevanza penale anche con la nuova legge (C 04/34922; ICHINO, *Somministrazione di lavoro*, in PEDRAZZOLI (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro*, 04, 261; TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La Riforma Biagi*, 03, 69). ■ A seguito dell'introduzione del d.lgs. n. 276/2003 parte della dottrina si è cimentata, avvalendosi della forza simbolica sia dell'abrogazione compiuta che della sua contestazione (SCARPELLI, *Interposizione illecita*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, 04, 147), nel ritenere ancora vivo il **divieto di interposizione**. Ciò al fine di impedire un'eccessiva dissociazione su più piani tra effettivo utilizzatore delle prestazioni lavorative e responsabile giuridico ed economico delle stesse. D'altro canto è opinione comune tra i giuslavoristi quella per la quale la legge sull'intermediazione costituiva una delle tappe essenziali, insieme a quella sul lavoro a domicilio, sul lavoro a termine e allo stesso Statuto dei lavoratori, per la **limitazione degli aspetti di discrezionalità** nei rapporti tra datore di lavoro e lavoratori subordinati (MARAZZA, *L'interesse tipico*, in *A. d. lav.* 04, 105 ricorda come proprio la l. del 1960 abbia indotto a ritenere elemento essenziale della fattispecie di cui all'art. 2049 c.c. la coincidenza tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri da essi derivanti; PERULLI, *Tecniche di tutele*, in *A. d. lav.* 04, 473); e ciò sulla base della permanenza di un **divieto giuridico di interposizione nelle prestazioni di lavoro**, sanzionato con la classica riconduzione dei rapporti sottesi all'impresa effettivamente utilizzatrice. ■ Anche a 3

seguito del d.lgs. n. 276/2003, in ogni caso, la dissociazione tra imprese fornitrici di manodopera e utilizzatrici è considerata una **deroga**, peraltro ben delimitata in diversi modi, al citato principio (sul fenomeno della dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione effettiva della prestazione MARAZZA, 04, 101; C s.u. 06/22910 chiarisce che la disciplina della somministrazione, pur presentandosi come un'innovazione, si configura nell'attuale sistema normativo come un'eccezione, non suscettibile né di applicazione analogica né di interpretazione estensiva). ■ Con riguardo alla tematica dell'applicazione della disciplina giuslavoristica italiana al lavoratore straniero, non sembra rientrare all'interno della nozione di ordine pubblico prevista dall'art. 16 della Convenzione di Roma, secondo il quale la legge straniera non è applicata se è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del paese i cui organi giudiziari dovrebbero applicare la legge, la l. n. 1369/1960, poiché a seguito della promulgazione del d.lgs. n. 276/2003, l'interposizione in quanto tale non è (più) oggetto di divieto. L'appartenenza alla categoria dell'ordine pubblico può invece essere sostenuta per le norme che vietano la somministrazione di lavoro posta in essere con la finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, nella misura in cui l'elusione investa norme che attengono alla eticità dell'ordinamento quale risultante dal complesso delle sue norme (C 06/4040). ■ Le conclusioni descritte non risultano comunque pacifiche: sebbene si pongano in linea di contiguità con l'idea che il testo del d.lgs. n. 276/2003 accolga la logica (e i termini sostanziali: somministrazione uguale fornitura ICHINO, 04, 261; CHIECO, *Somministrazione, Comm. Curzio*, 04) del precedente assetto normativo, si scontrano inevitabilmente, a tacer d'altro, con le sanzioni previste in caso di somministrazione irregolare, che prevedono la necessità di un **ricorso giudiziale per la costituzione di un rapporto di lavoro** alle dipendenze dell'utilizzatore. ■ Il d.lgs. n. 276/2003 introduceva nell'ordinamento sia la somministrazione a tempo indeterminato che quella a tempo determinato, su cui si tornerà più dettagliatamente. In particolare, il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato era consentito per lo svolgimento di determinate **attività, tassativamente indicate** e, specificamente: per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati; per servizi di pulizia, custodia, portineria; per servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci; per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato; per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale; per attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale; per la gestione di call-center, nonché per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali per costruzioni edilizie all'interno degli

stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa. Unitamente a tale elenco di fattispecie tassative, implementato dalla l. n. 92/2012, l'art. 20, con una **delega** di ampia portata, attribuiva alla **contrattazione collettiva** il ruolo di individuare nuove ipotesi di ricorso alla somministrazione. ■ La somministrazione a tempo determinato, invece, era consentita solo nel caso in cui ricorressero ragioni di **carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo**, con una forma identica a quella utilizzata nel contratto a termine. ■ Con il d.lgs. n. 81/2015 il legislatore porta a compimento il cammino già cominciato con la l. n. 92/2012 (con la quale era stata introdotta la possibilità di stipulare un contratto di somministrazione a tempo determinato senza indicazione della causale nel caso di primo contratto tra lavoratore e utilizzatore, di massimo dodici mesi, ovvero se la missione fosse avvenuta nell'ambito di un processo organizzativo di cui all'art. 5, co. 3 della stessa legge) e con il d.lgs. n. 34/2014, e sostituisce completamente il sistema causale per il ricorso alla somministrazione con limiti meramente quantitativi. ■ In questo modo la **percentuale di contingentamento** prende il posto della causale giustificativa che caratterizzava il precedente sistema; la modifica risulta così significativa che l'attuale sistema non può nemmeno essere definito un regime eccezionale, costruito sulle fondamenta della regola generale, ma si pone in netta contrapposizione con il precedente, tanto che è la stessa parola "acausale" a perdere di significato, essendo venuto a mancare il termine di riferimento, costituito dal contratto causale (CARINCI, ZILIO GRANDI, *Jobs Act La nuova politica del lavoro*, in *D. prat. lav.*, 14, III, XV). Come nel resto delle disposizioni del d.lgs. n. 81/2015, anche per quanto concerne la somministrazione si assiste ad un mutamento di paradigma nel **controllo sulla flessibilità** (PERULLI, *Il contratto di lavoro a tutele crescenti*, 15, 5), infatti, nemmeno in caso di contestazione, al datore di lavoro potrà essere richiesto di dimostrare la sussistenza di ragioni organizzative o produttive alla base della decisione di ricorrere alla somministrazione; viceversa, sussisterà una sorta di presunzione di razionalità, per effetto della quale all'interno della percentuale fissata dalla legge (o dalla contrattazione collettiva) la scelta operata risulterà in ogni caso giustificata, con esenzione del datore di lavoro dalla necessità di ogni prova (LASSANDARI, *L'ordinamento perduto*, in *Lav. e dir.*, 14, 67; ALESSI, *Il sistema "acausale" di apposizione del termine*, in *Giorn. d. lav.*, 15, IV, 597 che evidenzia un parallelismo con quanto già previsto nella regolamentazione del lavoro a termine nel settore delle poste e del trasporto aereo, in cui vigeva una presunzione di sussistenza delle esigenze produttive ed organizzative in alcuni periodi dell'anno). Il controllo operato dall'ordinamento, pertanto, sarà notevolmente limitato (nel vigore della disciplina del d.lgs. n. 276/2003, invece, l'unico limite era costituito dalla libertà di iniziativa economica privata, dimodoché al giudice era preclusa un'analisi nel merito delle scelte imprenditoriali C 15/21916; C 15/21577; C 14/21001), in linea con

l'obiettivo della riforma di **limitare** la discrezionalità giudiziale, e risulterà circoscritto al controllo del rispetto dei limiti quantitativi, con un prevedibile abbattimento oltre che dell'alea, soprattutto del numero dei contenziosi. D'altro canto, però, l'esclusione delle causali giustificative comporta come contrappeso che nel caso di sfioramento dei limiti numerici non sarà possibile giustificare il ricorso alla somministrazione nemmeno dimostrando l'esistenza di una ragione oggettiva di giustificazione (ALESSI, 15, 597). Risulta significativa la scelta di abbandonare il riferimento alle condizioni di liceità di cui al d.lgs. n. 276/2003, superando ogni residuo dubbio sul disvalore attribuito all'istituto: oggi sicuramente le ipotesi di ricorso alla somministrazione non configurano più eccezioni ad un divieto ma sono oggetto di una regolamentazione in positivo,

10 che ne identifica i limiti all'impiego. ■ L'abrogazione degli art. da 20 a 28 del d.lgs. n. 276/2003, relativi alla somministrazione, non è stata seguita da una **disciplina transitoria**; in applicazione dei principi generali di irretroattività delle leggi (art. 11 preleggi), si deve ritenere che i rapporti sorti sotto il vigore della precedente disciplina continuano ad essere sottoposti alla stessa. Quanto affermato è stato recentemente confermato in un caso simile, quello creatosi con l'abrogazione delle norme in materia di lavoro intermittente e somministrazione a tempo indeterminato, in cui, in assenza di una disciplina transitoria, il Ministero del lavoro con la circolare 7 del 25 marzo 2008 aveva confermato l'applicazione al caso specifico del principio secondo cui la norma abrogata cessa di avere effetto per il futuro ma continua a disciplinare i fatti avvenuti sotto la sua vigenza, escludendo che i contratti dovessero essere convertiti in altra tipologia o perdere efficacia. Coerentemente, pertanto, i contratti di somministrazione stipulati in precedenza rimarranno disciplinati dalle norme all'epoca vigenti e non verranno invece computati nel limite percentuale di contingentamento attualmente previsto, per evitare che vengano assoggettati ad un duplice limite (causale e quantitativo) in assenza di espressa previsione.

11 ■ Nel caso, ormai residuale, in cui i contratti collettivi applicabili al rapporto riportino la previgente previsione di legge e così il riferimento alle **causali giustificatrici**, o ad essa rinvino, si deve ritenere la caducazione di tale **previsione collettiva**, in quanto fondata su un presupposto non più vigente (CARINCI, ZILIO GRANDI, 14, III, XV). Bisogna tuttavia dar conto del diverso indirizzo sostenuto da quella parte della dottrina secondo la quale le clausole della contrattazione collettiva, ancorché antecedenti alla legge, continuano a trovare applicazione in ragione della funzione tipica attribuita alla contrattazione *ex art. 39 Cost.*: allo stesso modo in cui la contrattazione interviene, anche in assenza di uno specifico rinvio, nella disciplina degli istituti innalzando gli standard di tutela, deve ritenersi che anche a seguito dell'abrogazione della norma di riferimento quanto previsto a livello collettivo non possa essere eliminato (TIRABOSCHI, TOMMASSETTI, *La riforma del lavoro a termine*, 14, 153; TOMMASSETTI, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, 16; C 14/27).

1 II. **La somministrazione di lavoro.** ■ Riassunta brevemente l'evoluzione legislativa che ha portato all'attuale sistema, si può passare ad un'analisi più

dettagliata dello stesso. Il sistema della somministrazione di lavoro denota l'affermarsi della consapevolezza che il lavoro tramite agenzia costituisce uno strumento strategico per favorire l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, rappresentando un mezzo di sperimentazione reciproca di durata potenzialmente maggiore rispetto al patto di prova e dunque un ponte verso un impiego stabile. Si realizza così un'indubbia **dilatazione della nozione di organizzazione aziendale**, utile a giustificare oggi, i sempre più frequenti fenomeni interpositori, o di appalti di servizi *labour intensive*. ■ Il contratto di somministrazione di lavoro viene efficacemente **definito** per la prima volta dall'art. 30 d.lgs. n. 81/2015 (in precedenza solo l'art. 2 d.lgs. n. 276/2003 conteneva una definizione di somministrazione, che tuttavia risultava estremamente stringata), come il contratto con cui un'agenzia di somministrazione mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, che per tutta la durata della missione svolgono la loro attività nell'interesse e sotto la direzione ed il controllo dell'utilizzatore. La norma ha il pregio di descrivere in modo efficace le peculiarità di detto contratto, in particolare la **struttura triangolare** che lo contraddistingue.

1 III. **Le condizioni di liceità in genere: soggetti, organizzazione del lavoro, fattispecie.** ■ Gli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276/2003 continuano, anche a seguito dell'introduzione del d.lgs. n. 81/2015, ad essere le norme demandate all'**individuazione dei soggetti autorizzati** a stipulare contratti di somministrazione con altri soggetti, denominati utilizzatori. Il requisito della stabilità economica dei soggetti destinatari del potere di somministrare trova conferma in tali disposizioni: ivi si enumerano principalmente la **forma societaria**, in varie guise, la **prevalente operatività in ambito comunitario** ed in almeno quattro regioni, la dimostrazione di **adeguate competenze** e di un **substrato organizzativo** anche "logistico", la dimostrata **rettitudine penale** degli amministratori *lato sensu* di tali società, nonché sotto il **profilo finanziario** un capitale versato - a dire il vero non proprio rilevante - (€ 600.000 comprese le riserve indivisibili), ed un opportuno deposito cauzionale o fideiussione a garanzia dei crediti, anche contributivi, a favore dei lavoratori impiegati. Nonostante l'art. 4 d.lgs. n. 276/2003 continui a prevedere un'apposita **sezione dell'albo** dedicata esclusivamente alle agenzie abilitate a svolgere somministrazione a tempo determinato e un'altra destinata alle agenzie abilitate a svolgere **somministrazione a tempo indeterminato**, tale distinzione deve intendersi venuta meno a seguito della modifica legislativa che ha eliminato i limiti qualitativi per la somministrazione. ■ Il passaggio dall'**esclusività dell'oggetto sociale** alla **prevalenza** è stato oggetto di discussione in dottrina, anche per individuarne il senso effettivo. La modifica ha risposto appieno alla richiesta di liberalizzazione in materia, ma tale "libertà" si può tradurre in minore affidabilità dei soggetti legittimati a svolgere tale delicata attività ed in un continuo conflitto di interessi ricadente su tali soggetti che assumano competenze a 360° in materia di ricerca, selezione e gestione delle risorse umane. La prevalenza in luogo della esclusività, in una parola, sposta sui lavoratori il rischio d'impresa, e porta confusione in tema di rapporti contrattuali potenzialmente esistenti tra

somministratore ed utilizzatore (CHIECO, 04, 122).

- 3 ■ Sul piano dei soggetti utilizzatori, merita una nota la possibilità attribuita alle **pubbliche amministrazioni**: mentre in un primo tempo, nel vigore del d.lgs. n. 276/2003, vi era stata incertezza sulla possibilità di ricorrere alla somministrazione all'interno del pubblico impiego (TAR Piemonte 06/1711 ribadisce la possibilità di ricorrervi), già la modifica del d.l. n. 101/2013, incidendo sull'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, ha ribadito la possibilità che le pubbliche amministrazioni possano ricorrere agli strumenti di flessibilità solo per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale (C. Conti 15/226). Assodata la possibilità di utilizzo nel pubblico impiego, si può sottolineare come solo in questo settore il ricorso alla somministrazione rimane subordinato al rispetto delle causali giustificatrici. Il d.lgs. n. 81/2015 esplicita che la possibilità di ricorrere alla somministrazione è limitata a quella a tempo determinato, che risulta l'unica compatibile con i principi costituzionali di accesso mediante concorso e di buon andamento propri del pubblico impiego; rimane inoltre la specificazione secondo cui anche in caso di somministrazione irregolare non può esservi la sanzione della conversione (art. 38, co. 4).
- 4 ■ Come accennato, la somministrazione di lavoro, nelle sue due forme, persegue interessi in termini di nuove modalità di organizzazione del lavoro, in particolare ha la funzione di spostare in capo all'utilizzatore solo il potere direttivo e lo *ius variandi*, senza eccedere troppo nell'abbattimento delle tutele dei lavoratori coinvolti ed, anzi, fornendo uno strumento per favorire l'occupazione (M.T. CARINCI, 04, 9).
- 5 ■ L'art. 31 d.lgs. n. 81/2015 pone **obblighi di informazione** sulle occasioni occupazionali nascenti all'interno dell'azienda utilizzatrice a favore del lavoratore. L'utilizzatore, anche mediante l'affissione di un cartello, deve informare i lavoratori somministrati di posti vacanti, affinché essi possano aspirare e concorrere a ricoprire una posizione lavorativa. L'informazione sembra costituire un vero e proprio diritto, che si colloca in quella consolidata tradizione comunitaria tesa a riconoscere un ruolo fondamentale alla conoscenza e conoscibilità come strumento per ampliare gli strumenti funzionali ad una maggiore occupazione, in questo caso relativa alle occasioni di lavoro, nella forma comune del rapporto a tempo indeterminato e "diretto" con il datore di lavoro.

III. Somministrazione a tempo indeterminato.

- 1 ■ La somministrazione a tempo indeterminato è espressione di un tipico fenomeno di **segmentazione dell'impresa**, in cui il ricorso allo schema trilaterale diviene stabile e non più giustificato da esigenze temporanee, motivo per cui è stata storicamente oggetto di diffuso sfavore nel nostro ordinamento, tanto che l'istituto è stato a più riprese oggetto di intervento legislativo e per un certo periodo eliminato (art. 1, co. 46, l. n. 247/2007, poi abrogato dall'art. 2, co. 143, l. n. 191/2009 con conseguente reviviscenza dell'istituto). Invero attraverso il c.d. *staff leasing*, veri e propri complessi di attività vengono spostati all'esterno dell'impresa come tradizionalmente intesa. ■ L'art. 31 del d.lgs. n. 81/2015 liberalizza il ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato, che attualmente è ammessa per qualsiasi utilizzatore e **indipendentemente dal tipo di attività** da questi esercitata. Questa è la

liberalizzazione più significativa, considerata la storica diffidenza dell'ordinamento per tale contratto, che si traduceva nella previsione di limiti alla possibilità di ricorrervi, costituiti dal necessario ricorrere di specifiche ipotesi. La somministrazione a tempo indeterminato potrà essere conclusa nel rispetto del limite previsto dalla contrattazione collettiva o, in assenza, del **20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato** in forza presso l'utilizzatore. Tale limite verrà calcolato avendo come riferimento la data del primo gennaio dell'anno di stipula del predetto contratto, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5. Qualora si tratti di un'impresa che ha iniziato la propria attività nel corso dell'anno, invece 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. Non è stata, invece, prevista una disciplina specifica per il caso in cui l'azienda compia durante l'anno operazioni straordinarie (come trasferimenti d'azienda, incorporazioni, scissioni); se l'applicazione del disposto legislativo potrebbe portare a penalizzare tali situazioni, non sembra tuttavia ci si possa discostare da esso, in assenza di un minimo appoggio normativo (contra FURLAN, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma*, 16, 614).

3 ■ Viene attribuito alla **contrattazione collettiva** di qualsiasi livello il potere di determinazione della percentuale di contingentamento, con possibilità di **derogare sia in *meius* che in *peius*** alla percentuale del venti per cento. Detta soluzione può considerarsi conforme alla direttiva UE, che prevede infatti la possibilità di introdurre restrizioni finalizzate "al buon funzionamento del mercato del lavoro". Inoltre l'attribuzione alla contrattazione collettiva del potere di fissare la percentuale ha l'effetto di rafforzare il controllo sindacale sull'impatto dei diversi modelli contrattuali (LAMBERTUCCI, in FOGLIA E COSIO (a cura di) *Il diritto del lavoro nell'unione europea*, V, 11). Non è chiaro quale sia l'**estensione del rinvio** alla contrattazione collettiva: in particolare se la stessa sia legittimata solo a prevedere una diversa percentuale o anche a stabilire diverse ipotesi di esenzione dal limite. Valorizzando la diversa scelta terminologica, nel primo comma, relativo alla somministrazione a tempo indeterminato, alla *diversa previsione*, nel secondo, relativo a quella a tempo determinato, ai *limiti quantitativi*, si potrebbe ritenere che il rinvio legittimi la contrattazione collettiva ad individuare anche diverse ipotesi di esenzione, diverse dai limiti percentuali (in tal senso TIRABOSCHI, ROSOLEN, in TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, 16, 172). Ciò, tuttavia, consentirebbe l'introduzione pattizia di ipotesi di nullità anche ontologicamente diverse da quelle legali, opzione che sembra preferibile escludere. Anche a sostegno di questa diversa opzione vi è un argomento testuale, rappresentato dalla scelta legislativa di eliminare il riferimento all'individuazione anche "in misura non uniforme" di limiti quantitativi precedentemente contenuto nell'art. 20, co. 4, d.lgs. n. 276/2003 (FURLAN, 16, 613). Sempre con riguardo al rinvio alla contrattazione collettiva, si deve escludere che questa abbia il potere di prevedere delle limitazioni tanto stringenti da eliminare la possibilità di ricorrere all'utilizzo dell'istituto (ZILIO GRANDI

CARINCI, 14, III, XV). In assenza, invece, di alcuna espressa previsione, si deve ritenere che la stessa abbia anche il potere di eliminare ogni restrizione all'uso della somministrazione. ■ L'allargamento della possibilità di ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato ha come contrappeso la previsione secondo cui all'interno di contratti di somministrazione a tempo indeterminato possono essere impiegati esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato, previsione finalizzata ad assicurare una forma di stabilità in capo ai lavoratori, seppur minima (già in dottrina per tale soluzione ALLEVA, *La ricerca e l'analisi dei punti critici del d.lgs. n. 276/2003*, 03). ■ Nonostante questa forma di tutela del lavoratore, la scelta di liberalizzare la somministrazione a tempo indeterminato rischia di entrare in **contrasto** con il **diritto comunitario**, che invece considera che le missioni debbano avere carattere **temporaneo** (art. 3 direttiva, in cui le nozioni di "agenzia interinale", "lavoratore tramite agenzia interinale", "impresa utilizzatrice", "missione", ruotano proprio intorno al concetto di temporaneità) (FILÌ, *Prime note sulla somministrazione di lavoro*, 15, 202). La totale ed indiscriminata liberalizzazione, inoltre, rischia di trasformare l'istituto in uno strumento anonimo e generalista, perdendo la progettualità che ne aveva contraddistinto l'introduzione (TIRABOSCHI, ROSOLEN, 16, 176).

IV. Somministrazione a tempo determinato.

1 ■ L'art. 31 d.lgs. n. 81/2015 consente il ricorso alla somministrazione nel rispetto del **limite percentuale** individuato dalla **contrattazione collettiva**. Anche in questo caso le modifiche apportate all'interno della regolamentazione della somministrazione sono parallele a quelle effettuate nella disciplina del lavoro a termine, mentre l'unica differenza sostanziale si riscontra nel sistema delle sanzioni, su cui *amplius* sub art. 38. Come tutti i rinvii alla contrattazione collettiva operati nel d.lgs. n. 81/2015, anche il presente deve intendersi riferito alla contrattazione collettiva di **qualsiasi livello**, purché "qualificata" ex art. 51 del medesimo testo legislativo. In questo caso la scelta si differenzia da quella operata nel d.lgs. n. 34/2014, in cui l'unico livello contrattuale autorizzato era quello nazionale, probabilmente perché ritenuto maggiormente affidabile. ■ La mancanza di un limite posto dalla legge, e così operativo nel caso in cui manchi l'intervento della contrattazione collettiva, porta ad interrogarsi sulla possibilità di ricorrere alla somministrazione in **assenza dell'applicazione di un contratto collettivo**. Tale possibilità deve ritenersi esclusa, considerando che la norma fa espressamente riferimento ai "contratti collettivi applicati", ma soprattutto poiché ipotizzare la possibilità di ricorso senza limiti darebbe luogo ad un trattamento di miglior favore a datori di lavoro che non applicano alcun contratto collettivo (ALESSI,

15, 600; FURLAN, 16, 611). La norma, pertanto, rappresenta un incentivo all'applicazione di un contratto collettivo, non qualsiasi ma sottoscritto dai sindacati considerati all'art. 51. ■ Parte della dottrina ha rilevato come il superamento del parallelismo della regolamentazione tra somministrazione a tempo determinato e lavoro a tempo determinato debba aprire ad una lettura retrospettiva differente delle conclusioni raggiunte nel vigore della precedente legislazione (FURLAN, 16, 608). Infatti, nonostante il dato normativo non prevedesse il requisito della temporaneità delle ragioni, la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria hanno ravvisato la necessità che le ragioni poste alla base della somministrazione dovessero essere temporanee (C 11/15610; contra C 12/232; C 17/12458), in parallelo a quanto affermato in relazione al lavoro a termine. ■ L'articolo in commento prevede diverse **eccezioni** alla regola del **contingentamento**: la somministrazione può essere conclusa in ogni caso al ricorrere di determinate **caratteristiche soggettive dei lavoratori**, le stesse che in precedenza esoneravano dall'obbligo di indicare le causali; importante rilevare come tali esenzioni operino *in ogni caso*, e pertanto anche laddove la contrattazione collettiva non sia intervenuta per prevedere le percentuali di contingentamento. Detta previsione persegue la chiara finalità di consentire l'inserimento o il reinserimento nel mondo del lavoro di soggetti in condizioni di difficoltà, in linea con quanto previsto dalla direttiva 2008/104/CE. I soggetti beneficiari, infatti, sono i lavoratori di cui all'art. 8, co. 2, l. n. 223/1991, ossia i lavoratori in mobilità all'esito di una procedura di licenziamento collettivo, i soggetti disoccupati che godono, da almeno sei mesi, di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali, e i lavoratori «svantaggiati» o «molto svantaggiati» ai sensi dei numeri 4) e 99) dell'art. 2 del reg. (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, come individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Allo stato non risulta emanato un decreto ministeriale ai sensi della normativa in commento, tuttavia si può ritenere utilizzabile al fine di individuare le categorie di soggetti per cui opera la deroga il D.m. 20 marzo 2013, emanato nel vigore della precedente disciplina in attuazione del regolamento 800/2008 che detta la definizione di lavoratore svantaggiato e molto svantaggiato ripresa in seguito nel più recente regolamento 651/2014. ■ Il d.lgs. n. 81/2015 **esclude** dalle norme di disciplina del lavoro a tempo determinato applicabili anche ai rapporti di somministrazione l'art. 23, co. 2, che prevede i casi di esenzione dalla percentuale di contingentamento basati su **situazioni oggettive**, con l'effetto che non risultino più applicabili alla somministrazione i casi di esenzione dal limite quantitativo previsti per il contratto a termine.

32 Divieti. 1. Il contratto di somministrazione di lavoro è vietato:

- 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.

- 1 ■ La norma in commento ripropone sostanzialmente i divieti già previsti dall'art. 20, co. 5, d.lgs. n. 276/2003, che rimangono gli unici limiti di fonte legale inderogabili per il ricorso alla somministrazione, operanti sia per la somministrazione a tempo determinato che per quella a tempo indeterminato. I divieti elencati sono i medesimi previsti per il ricorso alle altre tipologie di lavoro flessibile: lavoro a termine (art. 20 d.lgs. n. 81/2015), lavoro intermittente (art. 14 d.lgs. n. 81/2015). ■ Il ricorso alla somministrazione è vietato per la **sostituzione di lavoratori in sciopero**, nonché nelle unità produttive che nei sei mesi precedenti abbiano **subito licenziamenti** di cui agli artt. 4 e 24 della l. n. 223/1991, e per le mansioni da essi interessate ed in quelle nelle quali si sia avuta una **riduzione dell'orario di lavoro con intervento di integrazione salariale**, sempre con riguardo alle mansioni coinvolte, ed infine per le imprese che non abbiano effettuato la **valutazione dei rischi** ex art. 28 d.lgs. n. 81/2008. Permangono le eccezioni al divieto vigente nelle unità produttive in cui si sia proceduto a licenziamento collettivo nel caso di sostituzione di lavoratore assente, in quanto in questo caso il ricorso alla somministrazione è giustificato da uno scopo estraneo al licenziamento effettuato, nonché nel caso di durata ridotta della somministrazione. A differenza della precedente formulazione è stata, invece, eliminata la possibilità attribuita alla **contrattazione collettiva di derogare al divieto** e dunque consentire il ricorso alla somministrazione nel caso di licenziamento collettivo o di riduzione dell'orario con intervento di integrazione salariale,

scelta che risulta peraltro poco comprensibile considerati gli ampi spazi affidati alla contrattazione collettiva nel d.lgs. n. 81/2015. Sul punto la dottrina si è interrogata sulla possibilità di ricorrere quantomeno ad **accordi ex art. 8 d.l. n. 138/2011** di deroga ai divieti legali, possibilità che però deve ritenersi esclusa per effetto del principio della successione delle leggi nel tempo (TIRABOSCHI in TIRABOSCHI (a cura di), *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015*, 15, 28; a favore, limitatamente ai casi previsti dalle lettere b) e c) FURLAN, 16, 616). Per quanto riguarda la sostituzione dei lavoratori in sciopero, il divieto riguarda il ricorso alle forme di lavoro flessibile proprio al fine di sostituire gli scioperanti, non opera, invece, nel caso in cui il lavoratore sia già in forze presso l'azienda in virtù di un contratto concluso precedentemente e venga impiegato nelle mansioni proprie degli scioperanti (Trib. Milano 9-3-2006). Il testo della norma è stato aggiornato rispetto alla formulazione dell'art. 20 d.lgs. n. 276/2003, che rinviava alla disciplina di cui all'art. 4 d.lgs. n. 626/1994; tuttavia già la giurisprudenza aveva chiarito che il rinvio alla doveva intendersi come rinvio agli obblighi di cui al d.lgs. n. 81/2008 (C 16/20060). ■ Per completezza è opportuno evidenziare che l'articolo in commento non esaurisce tutti i divieti di ricorso alla somministrazione, in quanto dev'essere considerata altresì la disposizione dell'art. 42, co. 7, d.lgs. n. 81/2015, in tema di apprendistato, che consente alle agenzie di somministrazione il ricorso a contratti di **apprendistato** ma ne **vieta l'utilizzo** in contratti di **somministrazione a tempo determinato**.

33 Forma del contratto di somministrazione. 1. Il contratto di somministrazione di lavoro è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi:

- 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.

2. Con il contratto di somministrazione di lavoro l'utilizzatore assume l'obbligo di comunicare al somministratore il trattamento economico e normativo applicabile ai lavoratori suoi dipendenti che svolgono le medesime mansioni dei lavoratori da somministrare e a rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questo effettivamente sostenuti in favore dei lavoratori.

3. Le informazioni di cui al comma 1, nonché la data di inizio e la durata prevedibile della missione, devono essere comunicate per iscritto al lavoratore da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio in missione presso l'utilizzatore.

1 ■ V. commento sub art. 36.

34 Disciplina dei rapporti di lavoro. 1. In caso di assunzione a tempo indeterminato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Nel contratto di lavoro è determinata l'indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali egli rimane in attesa di essere inviato in missione, nella misura prevista dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo.

2. In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III per quanto compatibile, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24. 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 previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore.

3. Il lavoratore somministrato non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. In caso di somministrazione di lavoratori disabili per missioni di durata non inferiore a dodici mesi, il lavoratore somministrato è computato nella quota di riserva di cui all'articolo 3 della legge 12 marzo 1999, n. 68.

4. Le disposizioni di cui all'articolo 4 e 24 della legge n. 223 del 1991 non trovano applicazione nel caso di cessazione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, cui si applica l'articolo 3 della legge n. 604 del 1966.

1 ■ V. commento sub art. 36.

35 Tutela del lavoratore, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà. 1. Per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore, i lavoratori del somministratore hanno diritto, a parità di mansioni svolte, a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore.

2. L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

3. I contratti collettivi applicati dall'utilizzatore stabiliscono modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa. I lavoratori somministrati hanno altresì diritto a fruire dei servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio.

4. Il somministratore informa i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive e li forma e addestra all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale essi vengono assunti, in conformità al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. Il contratto di somministrazione può prevedere che tale obbligo sia adempiuto dall'utilizzatore. L'utilizzatore osserva nei confronti dei lavoratori somministrati gli obblighi di prevenzione e protezione cui è tenuto, per legge e contratto collettivo, nei confronti dei propri dipendenti.

5. Nel caso in cui adibisca il lavoratore a mansioni di livello superiore o inferiore a quelle dovute in contratto, l'utilizzatore deve darne immediata comunicazione scritta al somministratore consegnandone copia al lavoratore medesimo. Ove non abbia adempiuto all'obbligo di informazione, l'utilizzatore risponde in via esclusiva per le differenze retributive spettanti al lavoratore occupato in mansioni superiori e per l'eventuale risarcimento del danno derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori.

6. *Ai fini dell'esercizio del potere disciplinare, che è riservato al somministratore, l'utilizzatore comunica al somministratore gli elementi che formeranno oggetto della contestazione ai sensi dell'articolo 7 della legge n. 300 del 1970.*

7. *L'utilizzatore risponde nei confronti dei terzi dei danni a essi arrecati dal lavoratore nello svolgimento delle sue mansioni.*

8. *È nulla ogni clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della sua missione, fatta salva l'ipotesi in cui al lavoratore sia corrisposta una adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore.*

1 ■ V. commento *sub* art. 36.

36 Diritti sindacali e garanzie collettive. *1. Ai lavoratori delle agenzie di somministrazione si applicano i diritti sindacali previsti dalla legge n. 300 del 1970, e successive modificazioni.*

2. Il lavoratore somministrato ha diritto a esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della missione, i diritti di libertà e di attività sindacale, nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici.

3. Ogni dodici mesi l'utilizzatore, anche per il tramite della associazione dei datori di lavoro alla quale aderisce o conferisce mandato, comunica alle rappresentanze sindacali aziendali ovvero alla rappresentanza sindacale unitaria o, in mancanza, agli organismi territoriali di categoria delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il numero dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.

1 ■ V. commento *sub* art. 36.

SOMMARIO: I. Contratti di lavoro e tutele del lavoratore. - II. Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato. - III. Il rapporto di lavoro a tempo determinato. - IV. Trattamento economico e previdenziale e regime della solidarietà - V. Diritti sindacali. - VI. Il regime della responsabilità civile verso terzi.

1 **I. Contratti di lavoro e tutele del lavoratore.** ■ Il d.lgs. n. 81/2015 dedica alla **disciplina applicabile** ai rapporti di lavoro sottostanti il contratto di somministrazione gli artt. dal 34 al 36, che ricalcano parzialmente quanto previsto dal d.lgs. n. 276/2003. Già l'art. 30, norma di apertura del capo IV sulla somministrazione, definisce la struttura dei rapporti di lavoro sottesi al contratto commerciale di somministrazione, evidenziando che i lavoratori svolgono l'attività **"nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore"**, concretizzando così il tipico schema trilatere che caratterizza l'istituto.

2 ■ Con una scelta apprezzabile, l'attuale testo legislativo **distingue** in modo più marcato i due diversi **contratti, di somministrazione e quello di lavoro**. Infatti, in precedenza i due contratti sembravano considerati indistintamente, con la conseguenza che era la tipologia del contratto commerciale - a tempo determinato o a tempo indeterminato - a condizionare la regolamentazione dei rapporti di lavoro: nel caso di somministrazione a tempo determinato anche il rapporto di lavoro, sia a tempo determinato che indeterminato, veniva regolamentato dalla normativa del lavoro a tempo determinato e nel caso di somministrazione a tempo indeterminato trovava invece sempre applicazione la disciplina generale dei rapporti di lavoro. Attualmente, invece, la **disciplina** del rapporto di lavoro è determinata - più coerentemente - in base alla **tipologia contrattuale**

3 intercorrente tra lavoratore e agenzia. ■ Alla luce della netta distinzione descritta sembra non

residuaire più alcun dubbio sul fatto che tra somministratore e lavoratore successivamente utilizzato o utilizzabile si instauri un vero e proprio **rapporto di lavoro subordinato** con la conseguenza che si possa escludere un **collegamento negoziale** tra contratto di somministrazione e rapporto di lavoro. Affermare l'esistenza di un tale collegamento, invece, comporterebbe ammettere che le patologie del primo contratto possano ripercuotersi sull'altro, circostanza che dev'essere negata in virtù della particolare stabilità che caratterizza il rapporto di lavoro (M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, 13, 94; SPEZIALE, in PERULLI, GRAGNOLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, 14). Tra utilizzatore e lavoratore inviato, infatti, non interviene alcun contratto, sebbene sorgano obblighi tipici del contratto di lavoro subordinato, derivanti a monte dai reciproci rapporti con l'Agenzia per il lavoro. Come noto, alcune sezioni dei **poteri del datore di lavoro** passano in capo all'effettivo utilizzatore, quantomeno durante la fase della somministrazione, con diversi momenti di dissociazione anche all'interno degli stessi poteri, come nel caso illuminante del potere disciplinare. In questo caso, infatti, il potere disciplinare da un lato rimane in capo al somministratore, nella sua parte sanzionatoria, dall'altra si sposta sul versante dell'utilizzatore nella sua parte informativa.

4 ■ Mentre in precedenza era espressamente previsto all'art. 22, co. 3 *bis*, d.lgs. n. 276/2003, che il contratto di lavoro potesse essere a **tempo parziale**, nel

d.lgs. n. 81/2015 tale riferimento è stato espunto, come è stata eliminata la previsione di una riduzione dell'indennità mensile di disponibilità "in caso di assegnazione ad attività lavorativa a tempo parziale anche presso il somministratore", contenuta nell'art. 22, co. 3, d.lgs. n. 276/2003. La scelta legislativa risulta difficilmente comprensibile, tanto che, considerando il generale *favor* - anche a livello europeo - verso tale tipologia contrattuale, sembra preferibile continuare a considerare che possano essere stipulati anche contratti a tempo parziale (FURLAN, 16, 620). ■ L'art. 34 ripropone la previsione secondo cui in caso di licenziamenti effettuati da parte dell'agenzia (la norma fa riferimento alla "cessazione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato", ma deve più correttamente intendersi riferito alla cessazione del rapporto di lavoro), non si applicano le norme dettate in materia di **licenziamenti collettivi**, di cui alla l. n. 223/1991, specificando che venga esclusa non solo l'applicazione dell'art. 4 ma anche dell'art. 24 relativo ai criteri di scelta, circostanza di cui in precedenza si dubitava. Permane altresì il riferimento all'art. 3 l. n. 604/1966 nel caso di **cessazione della somministrazione a tempo indeterminato** e così alla necessaria ricorrenza del giustificato motivo, soggettivo o oggettivo, alla base del recesso. Sul punto è opportuna qualche specificazione, in particolare si deve ritenere che in caso di rapporto a tempo indeterminato il licenziamento sia ammesso per **giusta causa** o per **giustificato motivo**, potendo acquistare rilievo sia le inadempienze nei confronti dell'utilizzatore che nei confronti dell'agenzia, durante gli intervalli tra una missione e l'altra. Nel caso in cui, invece, il rapporto sia a **tempo determinato**, il **recesso** sarà ammesso, secondo le regole generali, solo in presenza di una **giusta causa**. Sempre in tema di licenziamento si ritiene che al contratto di lavoro possa essere apposto un **patto di prova**, con conseguente libera recedibilità da parte del somministratore in caso di giudizio negativo dell'utilizzatore. La contrattazione collettiva prevede generalmente che il patto di prova possa essere apposto sia ai rapporti a tempo determinato che a tempo indeterminato, anche per ogni singola missione. Requisito comunque necessario è la sussistenza dell'**interesse alla reciproca sperimentazione**: così, per esempio, deve ritenersi nullo il patto di prova stipulato successivamente ad un contratto di lavoro interinale, durante il quale il prestatore aveva svolto le medesime mansioni del contratto di lavoro poi intervenuto, di modo che il datore di lavoro aveva pertanto già potuto verificare, e per un congruo periodo di tempo, le attitudini professionali del lavoratore (C 04/22637; C 04/5016 dichiarano nullo il patto di prova in casi in cui il lavoratore era già stato "sperimentato" nell'ambito di una sua precedente utilizzazione). ■ Nella direzione di aumentare l'appetibilità del ricorso all'istituto per le imprese, l'art. 34 ripropone la previsione secondo cui il prestatore di lavoro non è **computato nell'organico** dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, con l'eccezione - peraltro necessitata - della normativa in materia di **igiene e sicurezza sul lavoro**. ■ Viene previsto per la prima volta che i **lavoratori disabili** utilizzati in missioni di almeno dodici mesi possano essere computati nella **quota di riserva di cui all'art. 3, l. n. 68/1999**, con una eccezione alla generale

regola del non computo retta dall'evidente finalità di incentivare una possibile occasione di inserimento lavorativo anche a favore di tale categoria protetta. ■ Con riguardo al contratto di somministrazione, poco vi è da dire sulla **forma**, richiesta per iscritto, a cui è ora dedicato l'intero art. 33 d.lgs. n. 81/2015. In verità l'attenzione del legislatore è indirizzata ai contenuti del contratto, certo scritto, puntualmente indicati: risulta centrale il riferimento ai rischi per l'integrità e la salute e alle misure di prevenzione adottate; così come la richiesta indicazione della data di inizio e della durata prevista del contratto di somministrazione. La sanzione per l'assenza di forma scritta, consistente nella nullità del contratto, viene disciplinata nella diversa norma dedicata alla somministrazione irregolare (cfr. art. 38). ■ L'art. 33 ripropone al comma 3 quanto già previsto dall'art. 21 d.lgs. n. 276/2003, imponendo al somministratore di informare il lavoratore degli elementi essenziali del contratto di somministrazione. L'**obbligo di informazione** è funzionale a consentire la conoscenza anche da parte del lavoratore delle caratteristiche del contratto di somministrazione che è destinato a soddisfare con la propria prestazione, in modo che lo stesso sia posto in condizione di poter verificare la corrispondenza con gli aspetti correlati riguardanti il rapporto lavorativo e, in generale, i presupposti di legittimità (SPEZIALE, 04, 304; ZAPPALÀ, in DE LUCA TAMAJO, SANTORO PASSARELLI (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro*, 07, 315; MORONE in CARINCI (a cura di), *Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, 04, 59).

II. I rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

■ Nel caso di assunzione dei lavoratori a tempo indeterminato è previsto che gli stessi rimangano a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione lavorativa, percependo un'**indennità di disponibilità** nella misura prevista dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non inferiore all'importo fissato con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. L'indennità di disponibilità non ha **natura retributiva**, ed è ciò che giustifica l'esclusione *ex lege* dal computo di "ogni istituto di legge o di contratto collettivo". Detta indennità dev'essere corrisposta in ogni caso al lavoratore, qualunque sia la causa che determina il mancato impiego, sia, dunque, alla conclusione del periodo di assegnazione, che al ricorrere di ogni altra causa che determini la cessazione del periodo di assegnazione prima della data prevista. È infatti ormai escluso che il lavoratore abbia un diritto di prestare la propria attività per tutta la durata della missione; in caso di richiamo da parte dell'agenzia, pertanto, lo stesso avrà diritto alla sola indennità di disponibilità e non alla retribuzione che gli sarebbe spettata fino alla scadenza della missione (ZAPPALÀ, 07, 344).

III. I rapporti di lavoro a tempo determinato.

■ La norma esclude l'applicazione dell'art. 19, co. 1, 2 e 3, e degli artt. 21, 23 e 24 d.lgs. n. 81/2015, e così del **limite massimo di durata** di 36 mesi, eventualmente allungabile, per il rapporto di lavoro a tempo determinato, della disciplina di proroghe e rinnovi, del limite percentuale del 20 % e del diritto di precedenza, con la prima diretta conseguenza che non sussiste alcun limite di durata massima applicabile alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, in particolare ai rapporti di lavoro.

Con la netta specificazione delle norme non applicabili, viene risolto il “problematico connubio” (FILI, *Il problematico connubio della somministrazione*, in *Lav. giur.* 14, 44; ZILIO GRANDI, CARINCI, 14, III, XV) tra somministrazione e contratto a termine, rimediando all’incertezza causata dalla precedente normativa che, all’art. 22, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 rinviava al d.lgs. n. 368/2001 “per quanto compatibile”, demandando all’interprete la verifica della compatibilità. In questo modo emerge il **favore** del legislatore per tale forma di **flessibilità**, ritenuta meno suscettibile di abusi del contratto a termine. Detto favore si esprime altresì nella previsione secondo in cui, anche nel caso in cui un termine di durata sia stato inizialmente pattuito, questo può essere prorogato *in ogni caso*, con il consenso del lavoratore e nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore. La proroga dev’essere in ogni caso espressione di una dichiarazione di volontà manifesta di tutti i contraenti, e la mancanza di forma scritta, richiesta *ad substantiam*, determina la nullità del contratto con conseguente trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell’utilizzatore (C 16/1058; C 14/21520). ■ La mancata previsione di un limite massimo di durata sembra non contrastare con la **legislazione comunitaria**: la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a termine, infatti, precisa che le limitazioni dirette a prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di rapporti a tempo determinato non trovano applicazione “ai lavoratori a termine messi a disposizione di un’azienda utilizzatrice da parte di un’agenzia di lavoro interinale”. Il principio, inoltre, è stato ribadito sia all’interno della direttiva 2008/104 che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che precisa che l’esclusione dell’applicazione della direttiva sul lavoro a tempo determinato riguarda il lavoratore interinale in quanto tale, “con la conseguenza che tanto il suo rapporto di lavoro con l’agenzia interinale quanto quello sorto con l’azienda utilizzatrice esulano dall’ambito di applicazione della direttiva” (Cgue 11-4-2013, C - 290/12). Il diritto europeo, dunque, non impedisce al legislatore nazionale di prevedere una regolamentazione di maggior favore e così l’estensione delle tutele previste per il lavoro a tempo determinato, ma non lo impone (AIMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione*, in *Giorn. d. lav.*, 15, V, 635 ss.). Nonostante la differente disciplina di lavoro a tempo determinato e lavoro interinale, è opportuno evidenziare che la direttiva 2008/CE all’art. 5.5. prevede che gli Stati membri devono adottare le misure anti-abusive per “prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni” della direttiva. Sebbene tale previsione sia collocata in una disposizione relativa alla parità di trattamento, si coglie egualmente la portata anti-abusiva della stessa; ciò tanto più se si considera che tra gli obiettivi primari della direttiva vi è il miglioramento della qualità di vita del lavoratore, obiettivo che viene perseguito anche contrastando fenomeni di precarizzazione del lavoro. Ecco allora che per tale via una illimitata reiterazione di contratti a tempo determinato potrebbe essere considerata in contrasto con il diritto comunitario (AIMO, 15, 649). ■ La norma non esclude la possibilità che il contratto collettivo preveda una durata massima dei rapporti a tempo determinato,

né ciò si pone in contrasto con il diritto comunitario. Pertanto si dovranno ritenere legittime **pattuizioni collettive** che prevedano **limiti ulteriori** rispetto a quelli fissati per legge, che potranno essere contenute sia nei contratti collettivi applicati al rapporto di lavoro con l’agenzia che dall’utilizzatore. La violazione di detti limiti, tuttavia, non potrà avere come conseguenza l’applicazione delle sanzioni per la somministrazione irregolare, in mancanza di un espresso riferimento nella norma; si potranno, viceversa, ritenere applicabili conseguenze a carico dell’utilizzatore laddove ciò sia previsto nel contratto collettivo ad esso applicato, in alternativa, in mancanza di detta previsione, potrebbe ipotizzarsi la condanna al risarcimento del danno; in dottrina è stata altresì ipotizzata la possibilità di esperire in tali casi il procedimento *ex art.* 28 l. n. 300/1970 per la repressione della condotta antisindacale (TIRABOSCHI, ROSELEN, 16, 171; ROMEI, *sub art.* 20, in DE LUCA TAMAJO, SANTORO PASSARELLI (a cura di) *Il nuovo mercato del lavoro*, 07).

IV. Trattamento economico e previdenziale e regime di solidarietà. ■ In tema di **tutele del lavoratore** e dunque disciplina dei tipici istituti del rapporto di lavoro subordinato, viene in rilievo l’art. 35 d.lgs. n. 81/2015. La norma, intitolata alla “tutela del lavoratore, esercizio del potere disciplinare e regime della solidarietà”, che riprende il precedente art. 23 d.lgs. n. 276/2003, affronta plurimi aspetti di una certa rilevanza. ■ Anzitutto il **trattamento economico**, per il quale viene prevista una regolamentazione peculiare dettata al fine di maggiormente garantire i lavoratori interessati, da un lato, e ad esentare il somministratore da vincoli tipici dei datori di lavoro dall’altro (ICHINO, 04, 299). L’utilizzatore, *in primis*, è obbligato in **solido** con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i **trattamenti retributivi e i contributi previdenziali**. Nonostante rispetto alla vecchia disciplina sia stato specificata la salvezza del diritto di rivalsa verso il somministratore (art. 35, co. 2, d.lgs. n. 81/2015), non sembra che il regime di solidarietà abbia subito sostanziali modifiche. Parimenti l’eliminazione dell’obbligo di indicare, tra gli elementi del contratto di somministrazione, “l’obbligazione di pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali”, con obbligo di pagamento diretto dell’utilizzatore solo “in caso di inadempimento del somministratore” (art. 21 d.lgs. n. 276/2003), non pare sufficiente a mutare la struttura della responsabilità solidale, anche in considerazione del fatto che le menzionate disposizioni vengono sostanzialmente riprese dall’art. 35, co. 2, e dall’art. 33, co. 2. L’obbligazione dell’utilizzatore, pertanto, continua a rispondere allo schema della fideiussione *ex lege*, in cui l’obbligo di pagamento sorge in capo all’utilizzatore solo in caso di inadempimento del somministratore e conseguente diritto di regresso all’esito del pagamento (FURLAN, 16, 623). ■ Passando all’individuazione della struttura della retribuzione garantita, l’art. 35, co. 3, con una disposizione identica a quella dell’art. 23, co. 4, d.lgs. n. 276/2003, precisa che sono i **contratti collettivi** applicati dall’utilizzatore a determinare le **erogazioni economiche correlate ai risultati** conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all’andamento economico dell’impresa, secondo la nota formula del Protocollo del luglio

1993. A monte, ovviamente, sarà delineata la struttura retributiva dei lavoratori "somministrati", alla quale si applicheranno, come detto, le norme generali e speciali del rapporto di lavoro subordinato. E a maggior ragione quelle dell'altra fonte tipica del rapporto, data dal contratto collettivo. ■ Nel disposto dell'art. 35 riveste importanza fondamentale la regola della **parità di trattamento**, principio alla base della direttiva 2008/104/CE, che prevede all'art. 5 che "Per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le **condizioni di base di lavoro e d'occupazione** dei lavoratori tramite agenzia interinale sono **almeno identiche** a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro". Ciò che rileva è il valore sistematico del precetto di parità, che ritrova la propria origine in un **modello di concorrenza europeo tra imprese** che esclude tra i fattori competitivi proprio quello del trattamento economico e lavorativo dei lavoratori (CHIECO, 04, 131). Il principio, infatti, ha valore di "norma di diritto sociale comunitario di particolare importanza" (Cgce 13-9-2007, C - 307/05), che è "espressione specifica del principio generale di uguaglianza che rappresenta uno dei principi fondamentali del diritto dell'Unione". Mentre la precedente formulazione della norma, prevedendo che i lavoratori somministrati avessero diritto a "*condizioni di base di lavoro e d'occupazione complessivamente non inferiori*" (art. 23, co. 1, d.lgs. n. 276/2003), ricalcava sostanzialmente quanto previsto dalla direttiva, quantomeno per quanto concerne gli elementi da considerare, l'art. 35 prevede ora che, a parità di mansioni svolte, il lavoratore in missione abbia diritto "*a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore*". Rimane invariato il riferimento al "**complessivamente non inferiore**", che già in passato aveva destato perplessità in quanto peggiorativo rispetto alla previsione di cui alla direttiva comunitaria; risulta infatti possibile che il peso delle regole applicate possa essere diverso tra i lavoratori somministrati e i dipendenti dell'utilizzatore (sulla necessità di indagare circa le mansioni effettivamente svolte C 06/4842; C 06/10628; C 05/27430). Nella nuova versione non è più riportato l'inciso "*ferma restando l'integrale applicabilità delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*", ma la mancanza non può incidere su tale obbligo, che continua a gravare sull'utilizzatore. La regola della parità, trova peraltro chiari **limiti di applicazione**. Ad esempio laddove, come facilmente notato in dottrina, manchi nell'impresa utilizzatrice un concreto parametro di riferimento dato da una figura professionale con inquadramento pari a quello del lavoratore somministrato; la soluzione, già avanzata in precedenza, di un raffronto virtuale con un lavoratore avente le stesse caratteristiche, sulla base delle **previsioni collettive applicate** dall'impresa utilizzatrice (ICHINO, 04), risulta ancor più valida considerando che il nuovo testo legislativo, richiamando le condizioni economiche e normative, sembra far riferimento proprio alle condizioni contenute nei contratti collettivi applicati. Il principio di parità di trattamento si riferisce non al contratto di somministrazione, ma alla missione, dunque sostiene il trattamento spettante al lavoratore

finché il soggetto è a disposizione dell'utilizzatore, ma non opera al di fuori di tale momento, anche quando il soggetto è a disposizione dell'agenzia.

■ Spicca poi, tra le forme di tutela, l'obbligo di **informazione, formazione e addestramento** dei lavoratori da parte del somministratore sui **rischi** per la **sicurezza** e la **salute** connessi alle attività produttive e sull'uso delle attrezzature cui sono adibiti. Tale disposizione contiene un espresso rinvio al d.lgs. n. 81/2008, che pone in capo all'utilizzatore una serie di obblighi: di prevenzione e protezione verso il lavoratore inviato in missione (art. 3, co. 5), di formazione (art. 37), oltre ad altri derivanti dal contratto di somministrazione (art. 26). Tuttavia la disposizione si caratterizza per la previsione secondo la quale il contratto di somministrazione potrà prevedere che gli obblighi citati siano **adempiti dall'utilizzatore**, cosa della quale dev'essere fatta menzione nel contratto di lavoro sottostante. In ogni caso, in capo all'utilizzatore ricadono tutte le conseguenti attività ed obblighi in tema di sorveglianza medica, di protezione e le responsabilità per la violazione degli obblighi di sicurezza, contrattuali e di legge. L'eliminazione dell'espresso riferimento all'obbligo, posto a carico dell'utilizzatore, di informare il prestatore di lavoro nel caso in cui le mansioni alle quali dovesse essere assegnato richiedessero una sorveglianza medica speciale o comportassero rischi specifici (di cui, precedentemente, all'art. 23, co. 5, secondo periodo, d.lgs. n. 276/2003), non muta la posizione dei lavoratori, poiché l'utilizzatore resta tenuto a tutti gli obblighi di prevenzione e protezione, compresi quelli di informazione, cui sarebbe normalmente tenuto il datore di lavoro. ■ Ulteriore peculiarità, rispetto al "tipico" rapporto di lavoro subordinato, è la ovvia previsione di diverse regole in tema di **mansioni**. In verità quanto previsto dall'art. 35, co. 5, non fa che riprendere lo schema trilatero delineato dalla l. del 1997, spostando in capo all'utilizzatore il potere di conformazione delle mansioni stesse e stabilendo altresì un obbligo di **comunicazione scritta** al somministratore (e al lavoratore) cui è collegata, in sua assenza, la **responsabilità esclusiva** dello stesso somministratore per le **differenze retributive** spettanti al lavoratore utilizzato su mansioni superiori, nonché l'eventuale **risarcimento del danno** derivante dall'assegnazione a mansioni inferiori. Analoga disposizione, che subisce l'influsso di quella che parte della dottrina tratta come un rapporto di **coobbligazione**, e altra parte come **collegamento negoziale** (*amplius* già PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, R. g. lav., I, 237 ss.; ICHINO, 04, 297) e dunque sconta la dissociazione dei poteri imprenditoriali tra somministratore e utilizzatore, è quella relativa all'esercizio del **potere disciplinare**, al quale si è già accennato. La dottrina ha parlato anche in questo caso di cooperazione tra somministratore ed utilizzatore, nel senso che su quest'ultimo grava un **onere di comunicazione**, cui risulta condizionata, ed anzi subordinata, la possibilità per l'utilizzatore medesimo di vedere sanzionata la mancanza del lavoratore ed avere diritto ad un eventuale risarcimento del danno da parte del somministratore, con possibile rivalsa di quest'ultimo sul lavoratore. ■ Il co. 8 tratta della **nullità** di ogni clausola (tra tutte e tre le parti) del contratto di somministrazione, diretta a "**limitare**, anche indirettamente, la **facoltà**

- dell'utilizzatore di **assumere il lavoratore** al termine della sua missione", con qualunque strumento di acquisizione della manodopera. Tale norma risponde appieno al senso profondo dell'istituto della somministrazione, costituito dalla finalità di favorire un'occupazione stabile, favorendo le occasioni di inserimento lavorativo, ed infatti risponde alla previsione della direttiva 2008/104/CE che prevede che "gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano dichiarate nulle le clausole che vietano o che abbiano l'effetto d'impedire la stipulazione di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione". La norma si scinde in due parti, l'una che sancisce la nullità delle clausole citate, l'altra che ammette invece limitazioni alla libertà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore, purché collegate alla previsione di una "**adeguata indennità**" di cui al contratto collettivo applicabile al somministratore. Quest'ultima previsione, tuttavia, considerando la disposizione dell'art. 6.3 della direttiva, che impone in termini perentori agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie affinché siano dichiarate nulle le clausole impeditive dell'assunzione, crea qualche dubbio di compatibilità (AIMO, 15, 647; FERRARA, *La direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in *D. rel. ind.* 14, 130).
- 8 ■ La dottrina ha chiarito che il momento nel quale il divieto svolge i propri effetti è al termine del contratto di somministrazione, cosicché la norma appare inapplicabile alle ipotesi di risoluzione del rapporto anticipata rispetto alla scadenza del contratto di somministrazione medesimo ma anche, per altro verso, alla stipulazione di un mero patto di non concorrenza tra lavoratore e somministratore (CIUCCIOVINO, in CARINCI (a cura di), *Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, 04, 112). Rispetto al testo dell'art. 23 d.lgs. n. 276/2003 è stata eliminata la previsione secondo cui utilizzatore e somministratore potevano pattuire un **compenso per i servizi resi** da quest'ultimo in relazione alla missione nel caso di assunzione del lavoratore somministrato. Il mancato richiamo di questa possibilità, tuttavia, non sembra sufficiente ad escluderla, in quanto essa rientra nell'autonomia contrattuale e non contrasta con il diritto comunitario (art. 6, co. 2, dir. 2008/104/CE).
- 1 **V. Diritti sindacali.** ■ Venendo all'art. 36 del d.lgs. n. 81/2015, intitolato a "**diritti sindacali e garanzie collettive**", va in primo luogo rilevato come la norma risponda all'esigenza di evitare "isolamenti" dei lavoratori "somministrati" rispetto agli altri lavoratori presenti nelle imprese utilizzatrici, astrattamente riaffermando la titolarità da parte degli stessi dei diritti sindacali sanciti dallo Statuto dei lavoratori. Ciò che più conta, tuttavia, è e sarà la **concreta utilizzazione** degli stessi: a tal fine sarà opportuno individuare anzitutto il soggetto passivo, che in qualche modo appare diverso a seconda delle fattispecie. Si distingue tra **diritti sindacali presso l'impresa somministratrice** e **libertà sindacali presso l'utilizzatrice**, ma pare di potersi escludere un raddoppiamento delle tutele, come pure immaginato da qualcuno. Ciò che cambia, a seconda delle fattispecie, è piuttosto la **modalità di esercizio** del diritto sindacale di volta in volta considerato. ■ Il legislatore non prevede in modo preciso il diritto del lavoratore somministrato a partecipare a **forme di rappresentanza** presenti o costituente nell'impresa fornitrice ovvero a partecipare alla costituzione o vita di strutture di rappresentanza operanti presso l'impresa utilizzatrice. La dottrina sul punto era stata molto prudente, specie in questo secondo caso, ma è evidente che la frustrazione di simili diritti avrebbe non pochi e negativi rivolgimenti sul concreto andamento del rapporto di lavoro del lavoratore inviato presso l'impresa utilizzatrice. ■ Nel primo caso, invece, relativo ad una partecipazione sindacale presso l'impresa fornitrice, sembrano sussistere meno problemi, anche se si è opportunamente distinto tra modello di rappresentanza **legale** (Rsa) o **contrattuale** (Rsu); la partizione sembra utile perché nel caso di rappresentanza collettiva la contrattazione potrà tranquillamente "ritoccare" i requisiti costitutivi al fine di includervi non solo i lavoratori somministrati a tempo indeterminato nell'azienda utilizzatrice, ma anche **temporanei**, sulla falsariga di quanto avvenuto per i lavoratori a termine o con contratto di formazione e lavoro (MONACO, in CARINCI (a cura di), *Commentario al d.lgs. n. 276/2003*, 04, 122).
- 4 ■ Rispetto all'art. 24, d.lgs. n. 276/2003, nell'art. 36 scompare il riferimento al **diritto di riunione** che era riservato ai lavoratori somministrati dipendenti dalla stessa agenzia. Il mancato riconoscimento di tale diritto - comunemente inteso come diritto di assemblea (CIUCCIOVINO, 04, 118) - sembrerebbe non aver riflessi sul fronte dei diritti dei lavoratori somministrati, posto che la norma continua a prevedere a loro favore l'applicazione dei diritti sindacali previsti dalla l. n. 300/1970, tra cui figura il diritto di assemblea. Fermo restando il diritto di assemblea, tuttavia, un abbassamento delle tutele, con conseguente violazione della clausola di non regresso, potrebbe essere riscontrato nel fatto che mentre l'art. 20 dello Statuto dei lavoratori prevede che il diritto di indire l'assemblea faccia capo ai sindacati, l'art. 24 d.lgs. n. 276/2003 attribuisce tale diritto direttamente ai lavoratori, senza tramite dei sindacati (FILI, 15, 222). Permane invece l'espressa previsione del diritto di partecipazione alle **assemblee** del personale delle imprese utilizzatrici, utile specie nei casi di contratto di somministrazione a tempo indeterminato. Quanto al persistente diritto alla retribuzione, in tale caso, la soluzione positiva trae conferma da quanto disposto testualmente dal contratto collettivo per le agenzie di somministrazione. ■ **Infine, le relazioni sindacali e i diritti sindacali c.d. di informazione**, assumono rilievo nella diversa prospettiva della conoscibilità delle modalità di utilizzazione dell'istituto della somministrazione, come avvenuto, a suo tempo, per le ipotesi di decentramento produttivo tipicamente "fordiste" (per tutti MARIUCCI, *Il lavoro decentrato*, 79). La funzione dell'obbligo di comunicazione, tuttavia, muta nell'attuale formulazione della disposizione: rispetto all'art. 24 del d.lgs. n. 276/2003 viene eliminato l'obbligo posto in capo all'utilizzatore di procedere ad una comunicazione preventiva in ordine al numero ed ai motivi di ricorso alla somministrazione di lavoro, da effettuare a favore della RSU o alle RSA o, in loro mancanza, alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. L'obbligo di comunicazione, pertanto, non assolve più la finalità di consentire una valutazione comune - di norma preventiva - sui presupposti e l'opportunità di ricorso alla

somministrazione, ma diviene meramente funzionale a far conoscere la scelta già adottata di ricorrere alla somministrazione.

VI. Il regime della responsabilità civile verso terzi. ■ Con la somministrazione si pone il problema della **responsabilità civile** per gli eventuali **danni** arrecati dal prestatore di lavoro a terzi nell'ambito della propria attività, al quale il legislatore risponde con l'art. 35, co. 7, norma che ripropone sostanzialmente il testo dell'art. 26 d.lgs. 276/2003, e in cui è prevista una disciplina minimale ma di qualche concreto significato, che pone in capo all'utilizzatore la responsabilità per gli eventuali danni. La questione sottesa è quella della possibilità che il lavoratore rechi danni, con i suoi comportamenti od omissioni, a soggetti terzi rispetto al rapporto trilatero tipico del lavoro temporaneo ed ora della somministrazione. E tuttavia si può osservare come l'art. 2049 c.c. configuri una responsabilità oggettiva dei padroni e dei committenti, espressione di un principio di garanzia e di solidarietà, nel senso di spostare la responsabilità su colui che meglio possa sopportare il rischio. Viceversa, nel caso che ci occupa non sembra sussistere quel rapporto di subordinazione (diretta) tra lavoratore e datore di lavoro che la giurisprudenza richiede per applicare la norma richiamata, così che si può concludere per la "**deroga**" dell'art. 2049 c.c. da parte della norma in commento. Peraltro, non ci pare neppure che l'art. 2049 c.c. possa essere

chiamato in causa con riguardo ad una ipotetica **responsabilità concorrente del somministratore**, come da qualcuno ipotizzato, sulla base del carattere rappresentativo dell'attività dell'utilizzatore nei confronti del somministratore. Il contratto di somministrazione, di natura commerciale, non prevede né presuppone un rapporto di rappresentanza tra le due parti. Il soggetto che ha l'interesse, la direzione ed il controllo della prestazione lavorativa è l'utilizzatore; esso è il "padrone" o "committente", anche nel caso particolare del lavoro somministrato, sebbene in termini economici e, appunto, commerciali alla fine risulti beneficiario della struttura negoziale complessiva il somministratore. E allora, con la dottrina commercialista (PALMIERI, *sub art. 26*, in GENTILI, *Il lavoro temporaneo*, 99), riteniamo di dover **escludere** non solo una **responsabilità del somministratore** per danni a terzi causati dal lavoratore somministrato, ma altresì la supposta **duplicità di azioni** da parte del terzo medesimo. Va da sé che tale conclusione appare sfavorevole per la parte lavoratrice ed in qualche modo anche per l'utilizzatore, ma risulta "sterilizzata" nel momento in cui si passa a considerare il rapporto interno, tra somministratore e utilizzatore, ove può forse ipotizzarsi un diritto di **regresso** o di **rivalsa**, concretamente esercitabile in casi in cui i danni derivino, alfine, da un inadempimento del somministratore (contra però M.T. CARINCI, 04, 440).

37 Norme previdenziali. 1. *Gli oneri contributivi, previdenziali, assicurativi ed assistenziali, previsti dalle vigenti disposizioni legislative, sono a carico del somministratore che, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 49 della legge 9 marzo 1989, n. 88, è inquadrato nel settore terziario. L'indennità di disponibilità è assoggettata a contribuzione previdenziale per il suo effettivo ammontare, in deroga alla normativa in materia di minimale contributivo.*

2. *Il somministratore non è tenuto al versamento della aliquota contributiva di cui all'articolo 25, comma 4, della legge 21 dicembre 1978, n. 845.*

3. *Gli obblighi dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali previsti dal decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124, e successive modificazioni, sono determinati in relazione al tipo e al rischio delle lavorazioni svolte. I premi e i contributi sono determinati in relazione al tasso medio o medio ponderato, stabilito per l'attività svolta dall'impresa utilizzatrice, nella quale sono inquadrabili le lavorazioni svolte dai lavoratori somministrati, ovvero in base al tasso medio o medio ponderato della voce di tariffa corrispondente alla lavorazione effettivamente prestata dal lavoratore somministrato, ove presso l'impresa utilizzatrice la stessa non sia già assicurata.*

4. *Nel settore agricolo e in caso di somministrazione di lavoratori domestici trovano applicazione i criteri di erogazione e gli oneri previdenziali e assistenziali previsti dai relativi settori.*

1 ■ La norma riproduce - tranne qualche aggiornamento terminologico - la previsione dell'art. 25 d.lgs. n. 276/2003, che già riprendeva quanto previsto dall'abrogato art. 9, l. n. 196/1997 (sul quale ANDREONI, in LISO, CARABELLI (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, 99, 381; NICOLINI, in *R. it. d. lav.* 98, I, 239; PANDOLFO, BOZZAO, in GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, 327). ■ **L'inquadramento** del somministratore (e quindi i relativi oneri contributivi a favore del lavoratore con contratto di somministrazione) nel settore del terziario (salve le ipotesi previste nel co. 4) è stato oggetto di critiche in quanto prescinde dall'inquadramento previdenziale dei

lavoratori dell'utilizzatore, con possibili variazioni di trattamento deteriori per il lavoratori dipendenti dall'agenzia di somministrazione (rimangono attuali i dubbi di legittimità costituzionale sulla base del principio di eguaglianza LAGALA, in *Lav. e dir.*, a cura di CURZIO, p. 398; più in generale per il trattamento previdenziale dei lavoratori non standard e per i problemi di discriminazione possibile RENGÀ, *La protezione sociale dei lavoratori*, in *Lav. e dir.*, 05, I, 245). La disposizione sull'**onere contributivo** a carico del somministratore va integrata con quanto previsto dall'art. 33, co. 2, nonché dall'art. 35, co. 2, d.lgs. 81/2015. Da queste norme, invero, si evince

un obbligo del pagamento dei contributi da parte dell'utilizzatore in caso di inadempimento del somministratore. ■ La disposizione relativa all'**indennità di disponibilità** pone detta indennità alla stregua di un trattamento previdenziale (per i quali, appunto, non si fa riferimento al **minimale contributivo**). L'ultima modifica del CCNL, del 1-1-2016, prevede € 750,00 mensili di indennità e il minimale contributivo è (per il 2016) € 47,68 giornalieri. L'aliquota contributiva dello 0,30% prevista dall'art. 25 della l. n. 845/1978 serve a finanziare per due terzi il "Fondo di rotazione" istituito nello stesso articolo allo scopo di favorire l'accesso al Fondo sociale europeo e al Fondo regionale europeo per i progetti di formazione (FALASCA, *Prev. ass. pubb. priv.*, 05, 273). ■ L'art. 2, co. 28, l. n. 92/2013 prevede un **contributo aggiuntivo** pari a 1,4% della retribuzione imponibile per tutti i rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato. Tra i soggetti esclusi nel successivo co. 29 non compaiono i lavoratori in somministrazione, ai quali si dovrà applicare tale contributo. Posto che il co. 19 esplicitamente si riferisce a "lavoratori assunti a termine" e "lavoratori dipendenti dalla Pubblica Amministrazione", si pone il problema di chiarire se il lavoratore in somministrazione chiamato per sostituire un lavoratore assente o utilizzato dalla P.A. sia, per analogia, escluso o no dal contributo aggiuntivo. ■ La norma sull'**assicurazione infortuni** risponde alla logica del rischio professionale cui è informata l'assicurazione stessa, con la conseguenza che il premio dev'essere pagato in relazione al rischio dell'effettiva mansione svolta nel settore di attività dell'utilizzatore

(in materia di sicurezza sociale dei lavoratori non standard RENGA, *La tutela sociale dei lavoratori*, 06). ■ Il co. 8 dell'art. 4 l. n. 92/2012 prevede la **riduzione del 50% dei contributi** a carico del datore di lavoro per le assunzioni effettuate con contratto di lavoro dipendente, **anche in somministrazione**, a tempo indeterminato o determinato, in relazione a lavoratori di età non inferiore a cinquanta anni, disoccupati da oltre dodici mesi, nonché per donne di qualsiasi età, prive di un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi, residenti in regioni ammissibili ai finanziamenti nell'ambito dei fondi strutturali dell'Unione europea e nelle aree di cui all'art. 2, punto 18, lett. e), Reg. 800/2008/CE annualmente individuate con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, nonché in relazione alle assunzioni di donne di qualsiasi età, prive di un impiego regolarmente retribuito da almeno ventiquattro mesi, ovunque residenti. ■ L'art. 31 del d.lgs. n. 150/2015, inoltre ha previsto lo sgravio contributivo nel caso di assunzione, anche a scopo di somministrazione, a tempo indeterminato o determinato la cui durata iniziale sia pari o superiore a sei mesi, dei giovani tra sedici e ventinove anni che si registrano al Programma Garanzia Giovani (NEET); l'agevolazione è pari alla contribuzione previdenziale a carico del datore di lavoro nel limite massimo di € 8.060, e, in caso di contratto a tempo determinato, anche se a scopo di somministrazione, l'agevolazione è pari al 50% della contribuzione previdenziale a carico del datore di lavoro nel limite massimo di euro 4.030 annui.

38 Somministrazione irregolare. 1. *In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.*

2. *Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), il lavoratore può 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.*

3. *Nelle ipotesi di cui al comma 2 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione.*

4. *La disposizione di cui al comma 2 non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni.*

39 Decadenza e tutele. 1. *Nel caso in cui il lavoratore chieda la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, ai sensi dell'articolo 38, comma 2, trovano applicazione le disposizioni dell'articolo 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.*

2. *Nel caso in cui il giudice accolga la domanda di cui al comma 1, condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno in favore del lavoratore, stabilendo un'indennità onnicomprensiva*

nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge n. 604 del 1966. La predetta indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive, relativo al periodo compreso tra la data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la costituzione del rapporto di lavoro.

40 Sanzioni. 1. La violazione degli obblighi e dei divieti di cui agli articoli 33, comma 1, nonché, per il solo utilizzatore, di cui agli articoli 31 e 32 e, per il solo somministratore, di cui all'articolo 33, comma 3, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.250.

2. La violazione delle disposizioni di cui all'articolo 35, comma 1, e per il solo utilizzatore, di cui all'articolo 35, comma 3, secondo periodo, e 36, comma 3, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal comma 1.

SOMMARIO: I. Il sistema sanzionatorio nella somministrazione. La somministrazione "irregolare" - II. Decadenze e tutele

I. Il sistema sanzionatorio nella somministrazione.

- 1 **La somministrazione "irregolare".** ■ Le ultime norme del capo IV del d.lgs. n. 81/2015 riferite alla somministrazione si occupano del fondato pericolo che l'istituto in commento divenga, secondo un timore ancora non sopito, la chiave del **superamento del divieto di interposizione**, pure abrogato nella sua espressione classica della l. n. 1369/1960. Come precisato da C. pen. n. 05/12430, la previsione dell'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003 ha abrogato solo parzialmente i reati di illecita intermediazione nella fornitura di manodopera e di appalto di mere prestazioni di lavoro, già punti dall'art. 27 l. n. 264/1949 e dall'art. 1 l. n. 1369/1960, limitando la liceità alla somministrazione di lavoro in casi tassativi da parte di agenzie abilitate e mantenendo, invece, l'illiceità penale della intermediazione abusiva da parte di soggetti privati non autorizzati. Di conseguenza, anche i fatti di intermediazione non autorizzata commessi prima dell'entrata in vigore della vigente disciplina conservano rilievo penale. ■ Con tali norme il legislatore cerca di garantire la **trasparenza** e la **legittimità** delle operazioni di esternalizzazione imprenditoriale fondate sui contratti di somministrazione. L'art. 38 considera tutte le ipotesi di somministrazione irregolare, compresa l'ipotesi di somministrazione priva di forma scritta, la cui sanzione era precedentemente contenuta nell'art. 21 d.lgs. n. 276/2003, confermando che si tratti di una patologia del contratto commerciale. ■ L'art. 38, co. 1, prevede che il contratto commerciale privo di **forma scritta** è **nullo** e "i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore" formula che ripropone quella della l. 1369/60. Riprendendo gli **approdi giurisprudenziali** raggiunti nel vigore di tale norma, l'azione avente ad oggetto l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro viene classificata come azione di nullità, avente carattere dichiarativo, è esperibile da qualunque interessato (e quindi anche dell'Ente previdenziale) ed è imprescrittibile. L'azione non comporta litisconsorzio necessario tra somministratore e utilizzatore (C s.u. 02/14897). L'utilizzatore sarà l'unico soggetto tenuto a corrispondere i trattamenti retributivi e contributivi a favore del lavoratore, mentre si esclude una

responsabilità solidale tra utilizzatore e somministratore, soggetto che risulta estraneo al rapporto (C s.u. 06/1666; C 15/2957). Gli atti di gestione del rapporto di lavoro effettuati dall'agenzia di somministrazione vengono considerati nulli o più correttamente inesistenti, e comunque improduttivi di effetti (C 06/15492), mentre rimangono fermi solo i pagamenti retributivi ed i versamenti previdenziali effettuati dal somministratore, che esonerano l'utilizzatore dai propri obblighi (C 11/28061). ■ Il secondo comma dell'art. 38 disciplina il caso della vera e propria **"somministrazione irregolare"**, cioè quella si **pone esternamente ai limiti posti dagli artt. 31, 32 e 33**. Nello specifico l'ipotesi di somministrazione irregolare ricorre in presenza di vizi quali: il mancato rispetto del limite quantitativo di cui all'art. 31 co. 1 e dei limiti eventualmente introdotti dalle clausole di contingentamento dei contratti collettivi di cui all'art. 51; la violazione dei divieti dell'art. 32; la carenza di autorizzazione amministrativa in capo al somministratore; il superamento del numero dei lavoratori indicato in contratto; la non corrispondenza al vero dei rischi per il lavoratore e delle misure di sicurezza indicate in contratto; la somministrazione al di fuori del periodo formalmente contrattualizzato, nonché in presenza di vizi formali considerati di particolare gravità, ed in particolare nell'assenza nel contratto di somministrazione degli elementi di cui all'art. 33 co. 1 lett. a), b), c), d). A differenza di quanto previsto nel lavoro a termine, in questo caso viene previsto che il **superamento dei limiti** previsti per la legge per far ricorso alla somministrazione dia luogo alla sanzione della costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, scelta che può essere giustificata dall'assenza degli altri limiti previsti per il ricorso a tale tipologia contrattuale, come tetti massimi di durata e/o numero di rinnovi, e comunque dalla considerazione che il ricorso ad una fattispecie interpositoria al di fuori dei limiti previsti *ex lege* riveste una particolare gravità (CESTER, *Il neotipo e il prototipo: precarietà e stabilità*, *Labor*, 16, V-VI, 327). ■ La norma richiama espressamente la possibilità per il lavoratore di chiedere in giudizio, con ricorso *ex art.* 414 c.p.c. notificato anche al solo utilizzatore della prestazione, e

dunque senza obbligo di litisconsorzio passivo verso il somministratore, la **costituzione di un rapporto di lavoro** alle dipendenze del medesimo a far data dall'inizio della somministrazione. Tale sanzione civile viene esclusa nei confronti delle pubbliche amministrazioni in considerazione del disposto dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 (DE MICHELE, *Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sui diritti dei lavoratori nel pubblico impiego*). ■ L'art. 38, riprendendo quanto già stabilito nell'art. 27 d.lgs. n. 276/2003, prevede che **i pagamenti effettuati dal somministratore**, a titolo retributivo o previdenziale, **liberano anche il soggetto utilizzatore** "dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata"; e così pure tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo della somministrazione, si intendono compiuti o ricevuti dall'utilizzatore. Tra gli atti che si intenderanno come compiuti dall'utilizzatore è compreso anche il licenziamento, cosicché l'atto di impugnazione del licenziamento intimato dall'appaltatore nell'ambito di un appalto illegittimo dovrà essere rivolto nei confronti dell'utilizzatore (C 16/17969). Sulla previsione sanzionatoria della costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, la giurisprudenza è intervenuta a chiarire che in caso di illegittimo utilizzo del contratto di lavoro somministrato a termine, va dichiarata la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore che deve ritenersi a tempo indeterminato, stante l'automatica sostituzione della clausola nulla ex art. 1419, co. 2, c.c. (C 11/15610; Trib. Monza 22-11-2005). Tale conclusione, peraltro, deve ritenersi necessitata se si considera il disposto dell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, secondo cui il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro (CESTER, 16, 327). La giurisprudenza menzionata, formatasi sul disposto del d.lgs. n. 276/2003 ha altresì chiarito che il rapporto di lavoro somministrato (tanto più se a termine) ha natura speciale rispetto all'ordinario rapporto di lavoro, sicché spetta al datore di lavoro fornire la prova in ordine alle condizioni che lo legittimano (Trib. Monza cit.). Nel caso di accertamento dell'irregolarità della somministrazione, è illegittima l'apposizione di un patto di prova al rapporto costituito in esecuzione della sentenza (C 17/3469). La sparizione del riferimento alle condizioni di liceità (ex art. 20 d.lgs. n. 276/2003) risolve ogni residuo dubbio sul fatto che la **somministrazione** in violazione dei requisiti sia **irregolare ma non illecita**, confermando il sistema che ha dato, a dir poco, notevoli spunti critici a buona parte della dottrina; e ciò soprattutto se si considera come, sulla stessa linea, sia stata valutata per lo più negativamente l'abrogazione "secca" della sanzione civilistica di cui alla l. del 1960, severa ma sicuramente dotata di efficacia deterrente (SCARPELLI, 04; CHIECO, 04, 136; in senso parzialmente diverso M. T. CARINCI, 04, 156). La fornitura di lavoro, infatti, è di per sé lecita, salvo appunto gli eccessi sanzionati direttamente dalla legge e, e non è poco, condizionati dalla domanda del lavoratore al fine della costituzione del rapporto con l'utilizzatore, laddove nel sistema di cui alla l. del 1960 si trattava di una sorta di automatismo (CHIECO, 04, 136). Riflesso di quanto esposto è che la somministrazione irregolare determina la costituzione di un

rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore soltanto in presenza di un'esplicita richiesta del lavoratore, sicché non è più possibile, a differenza che nel regime anteriore, far gravare automaticamente sull'utilizzatore l'obbligo di ritenuta sui redditi di lavoro dipendente, essendo a tal fine necessaria l'instaurazione del rapporto di lavoro su domanda del lavoratore, oltre al mancato pagamento liberatorio del somministratore. (C 17/6722). ■ La dottrina ha 7 soffermato l'attenzione su alcuni **aspetti processuali**: la competenza sarà quella del giudice del lavoro, salvo che si tratti di altro e diverso contratto commerciale dalla somministrazione; la legittimazione attiva a far valere l'irregolarità della somministrazione sembra spettare a tutti, a differenza di quella relativa alla costituzione del rapporto con l'effettivo utilizzatore, che è riservata dal legislatore al lavoratore, con esclusione, si è già visto, del litisconsorzio necessario con il somministratore. L'azione viene ritenuta dalla dottrina maggioritaria un'azione di annullamento del contratto di somministrazione di natura **costitutiva** (VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, 12; M.T. CARINCI, 04, 167; ICHINO, 04, 318; SOLIBERNI, in DE LUCA TAMAJO, SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del Lavoro*, 07), ricostruzione confermata anche dal Ministero del Lavoro (interpello 25-3-2014 n. 12). Il carattere delle previsioni sanzionatorie contenute nelle norme in commento e la perdurante eccezionalità della deroga, pur lata e significativa, al divieto di intermediazione, sono confermati dal fatto che nel caso di diverse patologie o violazioni del contratto di somministrazione, e solo di esso, ci si è posti il dilemma dell'applicazione di una qualche sanzione. Così si è escluso, crediamo a ragione, che patologie genetiche o funzionali del contratto di somministrazione possano propagarsi automaticamente al contratto di lavoro (M.T. CARINCI, 04, 169); allo stesso modo il legislatore pare escludere che patologie genetiche o funzionali del contratto di lavoro possano incidere sul contratto di somministrazione, confermandosi così la accennata autonomia dei due contratti. ■ Nel 8 d.lgs. n. 81/2015 sparisce la figura della **somministrazione fraudolenta**, con cui veniva sanzionata ancor più duramente la somministrazione posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo, sanzionata con un aggravamento del regime sanzionatorio volto a tutelare non solo il lavoratore somministrato, ma anche indirettamente, il complesso dei lavoratori dell'impresa (contra SCARPELLI, 04 163). A seguito dell'eliminazione della somministrazione fraudolenta, considerato che l'istituto richiamava evidentemente lo schema dell'art. 1344 c.c. (C 11/15610), ci si interroga sulla possibilità di ricorrere alla generale previsione di nullità del contratto per **frode alla legge**. Tuttavia è evidente la volontà legislativa di racchiudere tutte le possibili ipotesi di somministrazione esercitata al di fuori dell'ambito autorizzato nelle norme menzionate, di modo che ipotizzare la reviviscenza di tale figura si porrebbe in contrasto con l'*inintentione legis*. A rafforzare tale soluzione vi è anche la considerazione che anche nelle ipotesi di appalto o distacco irregolare la medesima sanzione civile ricorre in tutte le ipotesi di illiceità, comunque qualificata sotto il profilo soggettivo o intenzionale (FURLAN, 16, 631). ■ Come già evidenziato, la 9 volontà del legislatore di accorpare tutte le possibili

violazioni del precetto legale per uniformare le sanzioni non ottiene piena realizzazione: rimane infatti aperto il problema della sanzione applicabile nell'ipotesi di violazione di limiti al ricorso alla somministrazione posti contrattualmente. Oltre alle sanzioni civilistiche descritte, l'art. 40 prevede che l'utilizzatore e/o il somministratore vengano sanzionati con **sanzioni amministrative pecuniarie** nelle ipotesi in cui venga accertata la violazione degli obblighi previsti nelle disposizioni commentate (di forma del contratto di somministrazione; di informazione sia a favore dei lavoratori che del sindacato; di parità di trattamento, mancato rispetto dei divieti di ricorso alla somministrazione) oltre che nel caso di somministrazione effettuata al di fuori delle condizioni previste dall'art. 31. In relazione a quest'ultima ipotesi, l'art. 40 non chiarisce se la sanzione prevista per il ricorso alla somministrazione al di fuori dei limiti previsti dall'art. 31 scatti una sola volta o ogni volta in cui venga sfiorato il tetto fissato per legge, e l'interpretazione più corretta sembra quella per cui la sanzione scatta ad ogni superamento del tetto (FILÌ, 15, 209). All'interno delle previsioni dell'art. 40, relativo alle sanzioni amministrative, deve, inoltre, rilevarsi una discrasia costituita dalla previsione secondo cui la violazione dell'obbligo previsto all'art. 31, di impiegare all'interno di una somministrazione a tempo indeterminato solo lavoratori a tempo indeterminato, viene punita con una sanzione a carico del solo utilizzatore, escludendo un'analoga sanzione a carico del somministratore, che pure è il soggetto che dev'essere ritenuto responsabile della condotta, essendo colui che esercita la scelta del lavoratore da inviare (FILÌ, 15, 211). ■ Il d.lgs. n. 8/2016 ha **depenalizzato le fattispecie di reato** previste dall'**art. 18 d.lgs. n. 276/2003**, che colpiscono sia chi abusivamente somministra lavoro altrui, che chi riceve la somministrazione abusiva; così la tutela penale lascia il posto alle sanzioni amministrative (ciò viene confermato da C 16/10484), mentre rimane di natura penale la somministrazione abusiva con sfruttamento di minori. Sempre considerando le sanzioni penali, si deve infine dar conto della modifica operata dalla l. n. 199/2016 al reato di intermediazione illecita con finalità di lucro previsto dall'art. 603 bis c.p. nel senso di un inasprimento delle sanzioni per contrastare il fenomeno del c.d. caporalato.

10 **II. Decadenze e tutele.** ■ L'art. 39 disciplina per la prima volta all'interno della regolamentazione della somministrazione l'**onere di impugnazione** ex art. 6 l. n. 604/1966, già introdotto dall'art. 32 co. 4 lett. d) l. n. 183/2010. Tale onere grava, comprensibilmente, solo nel caso di somministrazione irregolare di cui all'art. 38, comma 2, mentre viene escluso nel caso in cui la somministrazione sia priva di forma scritta. La norma precisa che

l'onere di impugnazione decorre a partire dalla cessazione della "attività presso l'utilizzatore" (in giurisprudenza a chiarire che il termine decorre dalla cessazione dell'attività, a prescindere da una comunicazione avente ad oggetto la cessazione del rapporto C 16/22932; C 16/2420, già in dottrina MENGHINI, *Il nuovo regime delle decadenze nel Collegato Lavoro*, 12, *Lav. giur.* 11, 41; GRAGNOLI, *L'impugnazione di atti diversi dal licenziamento*, in *A. d. lav.*, 11, II, 233 ss.), la formulazione utilizzata sembra dover essere interpretata nel senso che il termine di decadenza decorra dall'ultimo invio e dunque dalla -definitiva- cessazione dell'attività presso l'utilizzatore, anche se in questo modo sfuma l'esigenza di certezza perseguita dalla norma (contra FURLAN, 16, 633 secondo cui il termine decorre dalla cessazione di ogni singola missione, a meno che la violazione non consista proprio nell'illegittima ripetizione). ■ Rimane irrisolta la questione dell'applicabilità del **termine decadenziale** dell'art. 6 l. n. 604/1966 anche alle somministrazioni cessate prima dell'entrata in vigore della l. n. 183/10 (a favore dell'applicazione C 17/7788; C 17/8461; C 16/2420; contra C 16/2462; in dottrina BOLLANI, *Termini decadenziali e contratti di somministrazione scaduti prima dell'entrata in vigore della legge n. 183/2010*, *D. rel. ind.*, 16, II, 568; MARAZZA, *Art. 32 della legge n. 183 del 2010*, 11). In dottrina è stato specificato che l'impugnazione dev'essere specifica, e avere ad oggetto non solo la contestazione della somministrazione, ma anche, nel caso di somministrazione a tempo determinato, del termine illegittimamente apposto (NICOLINI, *L'evoluzione del regime delle decadenze nei rapporti di lavoro*, in *R. it. d. lav.*, 13, III, 609). ■ L'art. 39, co. 2, prevede che nell'ipotesi di accoglimento della domanda proposta dal lavoratore trovi applicazione l'**indennità onnicomprensiva** già prevista per il contratto a tempo determinato dall'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010, compresa tra un minimo di 2,5 mensilità ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima mensilità di riferimento per il trattamento di fine rapporto. Il legislatore positivizza l'approdo giurisprudenziale che già aveva ritenuto applicabile detta indennità, appunto, anche alle ipotesi di accoglimento della domanda di costituzione del rapporto di lavoro (C 15/14033; C 14/17540). La previsione dell'indennità onnicomprensiva è circoscritta ai casi di **somministrazione irregolare**, mentre non trova applicazione nel caso in cui la somministrazione sia stata conclusa senza forma scritta: in questo caso, pertanto, il lavoratore avrà diritto, oltre che all'accertamento del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, a vedersi riconosciute tutte le retribuzioni perse, similmente a quanto avviene in ipotesi di nullità del licenziamento.

CAPO V

APPRENDISTATO

41 Definizione. 1. *L'apprendistato è un contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani.*

2. *Il contratto di apprendistato si articola nelle seguenti tipologie:*