

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
- 2 (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:

- gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;
- il numero dei lavoratori da somministrare;
- l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e le misure di prevenzione adottate;
- la data di inizio e la durata prevista della somministrazione di lavoro;
- le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e l'inquadramento dei medesimi;
- 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 dedotte 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 trilatero 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** intercorrente tra lavoratore e agenzia. ■ Alla luce della netta distinzione descritta sembra non

residuare 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.

■ 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

5 (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).

6 ■ 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**.

7 ■ 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 rimangono 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. E' 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 svolgerci 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 attribuiva 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 (PALMERI, *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, infine, 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 RENGA, *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