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

2 all'impugnazione. **V. *sub* art. 6 l. 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 trasposta 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.).

XII. Le esclusioni. ■ L'art. 29 del decreto in com- 1
mento 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 fon- 2
dazioni 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** 3
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.

© Wolters Kluwer Italia

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 2
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

© Wolters Kluwer Italia

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
4 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
5 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**
6 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 determi- 7
nato, invece, era consentita solo nel caso in cui ricorressero ragioni di c**arattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo**, con una forma identica a quella utilizzata nel contratto a termine. ■ Con il 8
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 **per-** 9
centuale 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 eccettivo, 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

© Wolters Kluwer Italia

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 sforamento 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 continuino 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 rinviino, 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; Tomassetti, 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 2
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.

III. Le condizioni di liceità in genere: soggetti, organizzazione del lavoro, fattispecie. ■ Gli 1
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 2
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 assommano 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

© Wolters Kluwer Italia

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.
4 38, co. 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.
5 Carinci, 04, 9). ■ 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
2 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). ■ Viene 3
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

© Wolters Kluwer Italia

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
4 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*
5 *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 mag-
2 giormente 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 dot- 3
trina 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 **ec-** 4
cezioni 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 disci- 5
plina 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,*

© Wolters Kluwer Italia