

# LABOR

2

Il lavoro nel diritto

Rivista bimestrale

marzo-aprile 2020

DIRETTA DA  
Oronzo Mazzotta

[www.rivistalabor.it](http://www.rivistalabor.it)

## IN EVIDENZA

■ *I licenziamenti collettivi nel diritto UE e l'ordinamento italiano*

Michele De Luca

■ *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Dignità*

Giovanna Pacchiana Parravicini

■ *La invalidità del licenziamento del dirigente d'azienda*

Raffaele Galardi

■ *Giurisprudenza commentata*

Valeria Nuzzo, Francesca Grasso, Tommaso Maserati, Giovanna Pistore

**Saggi**

- MICHELE DE LUCA, *I licenziamenti collettivi nel diritto dell'Unione europea e l'ordinamento italiano: da una remota sentenza storica della Corte di giustizia di condanna dell'Italia alla doppia pregiudizialità per il nostro regime sanzionatorio nazionale (note minime)* ..... p. 149
- GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Dignità*.....» 165
- RAFFAELE GALARDI, *La invalidità del licenziamento del dirigente d'azienda. Riflessioni sull'onere legale di impugnazione*.....» 177

**Giurisprudenza commentata**

- VALERIA NUZZO, *Il ragionevole sospetto di illecito e la possibilità di controlli difensivi occulti all'esame della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo*.....» 203
- FRANCESCA GRASSO, *La Corte di Giustizia sui diritti dei lavoratori (e dei collaboratori) in caso di re-internalizzazione di attività negli enti pubblici*.....» 223
- TOMMASO MASERATI, *Divieto di ricorso al contratto di lavoro intermittente: i limiti del rinvio alla contrattazione collettiva*.....» 241
- GIOVANNA PISTORE, *L'indennità per la conversione del contratto a termine si applica anche al lavoro a progetto* .....» 251

## Indice analitico delle sentenze

### Lavoro (rapporto di)

- Contratto di lavoro intermittente – Rinvio alla contrattazione collettiva - Divieto convenzionale di ricorso all'istituto - Esclusione. (*Cass.*, 13 novembre 2019, n. 29423, con nota di MASERATI)
- Videosorveglianza occulta – Commissione di illeciti – Sospetto – Art. 8 CEDU – Violazione – Esclusione. (*Corte EDU*, 17 ottobre 2019, ric. n. 1874/13 e 8567/13, con nota di NUZZO)
- Lavoro a progetto illegittimo – Natura temporanea del rapporto – Conversione – Indennità risarcitoria ex art. 32 l. n. 183/2010 – Sussistenza. (*Cass.*, 26 settembre 2019, n. 24100, con nota di PISTORE)

### Trasferimento d'azienda

- Disciplina europea – Nozione di «lavoratore» – Contratto di collaborazione – Inclusione (*C. giust.*, 13 giugno 2019, causa C-317/18, con nota di GRASSO)
- Comune (ente locale) come cessionario – Partecipazione a concorso pubblico – Obbligatorietà – Nuovo rapporto con il cessionario – Obbligo di costituzione – Direttiva europea – Incompatibilità (*C. giust.*, 13 giugno 2019, causa C-317/18, con nota di GRASSO)

## Indice cronologico delle sentenze

Giorno	Autorità	Pagina
	<b>2019</b>	
	<i>Giugno</i>	
13	C. giust., C-317/18	223
	<i>Settembre</i>	
26	Cass., n. 24100	251
	<i>Ottobre</i>	
17	Corte EDU, ric. n. 1874/13 e 8567/13	203
	<i>Novembre</i>	
13	Cass., n. 29423	241

## Notizie sugli autori

MICHELE DE LUCA – già presidente di sezione titolare presso la Corte di Cassazione

RAFFAELE GALARDI – ricercatore nell'Università di Pisa

FRANCESCA GRASSO – dottoranda di ricerca nell'Università di Pisa

TOMMASO MASERATI – dottorando di ricerca nell'Università degli Studi di Milano

VALERIA NUZZO – professoressa associata nell'Università della Campania “Luigi Vanvitelli”

GIOVANNA PACCHIANA PARRAVICINI – professoressa associata nell'Università degli Studi di Torino

GIOVANNA PISTORE – dottoressa di ricerca nell'Università degli studi di Padova

# La somministrazione di lavoro dopo il decreto Dignità

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La somministrazione a tempo indeterminato. – 3. La somministrazione a tempo determinato. – 4. Le esclusioni. – 5. Le norme applicabili. – 6. Conclusioni.

*Sinossi.* Il contributo esamina le novità introdotte dal cd. Decreto Dignità in tema di somministrazione di lavoro. Ci si sofferma in particolare sulle difficoltà interpretative che l'estensione "secca" della disciplina del contratto a termine alla fornitura di lavoro comportano, cercando di fornire alcune soluzioni.

*Abstract.* *The essay examines the innovations introduced by the cd. "Dignity decree" on temporary agency work. We focus in particular on the difficulties of interpretation that the "dry" extension of the regulation of the fixed-term contract to the supply of work entails, trying to provide some solutions.*

PAROLE CHIAVE: Somministrazione di lavoro – Contratto a termine – Utilizzatore – Agenzia per il lavoro – Lavoratore somministrato

## 1. Premessa.

La triangolazione che connota il lavoro somministrato rende quel rapporto un giano bifronte: con un occhio, infatti, esso guarda al contratto commerciale tra agenzia ed utilizzatore e quindi al contratto di fornitura, mentre l'altro è puntato al rapporto di lavoro tra agenzia e lavoratore somministrato.

La descritta bidirezionalità dell'istituto ha, come ovvio, ricadute sulla disciplina applicabile: il legislatore deve, infatti, destreggiarsi tra due contratti, quello di fornitura e quello di lavoro subordinato, che rispondono ad interessi ed hanno esigenze di tutela diversi, talora anche antitetici.

Il risultato di questo compromesso tra le due anime della somministrazione è spesso di difficile interpretazione e non del tutto appagante. Non solo, ma è da notare che le difficoltà sono andate aumentando con i vari interventi che si sono avuti sulla disciplina.

Inizialmente, con la legge 24 giugno 1997, n. 196 il nostro ordinamento si è, infatti, limitato a dettare la disciplina del contratto di fornitura e, quanto al contratto di lavoro subordinato, a introdurre alcune tutele particolari a favore del lavoratore somministrato e segnatamente il diritto ad un trattamento non inferiore a quello goduto dai dipendenti dell'utilizzatore oltre che, in caso di assunzione a tempo indeterminato, il diritto all'indennità di disponibilità, senza per il resto occuparsi della disciplina applicabile al contratto di lavoro<sup>1</sup>.

È solo dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 che, invece, il legislatore si è fatto carico di affrontare espressamente la questione delle norme applicabili al rapporto di lavoro tra Agenzia e somministrato.

Ferma restando la regola per cui i lavoratori assunti dalle Agenzie per il lavoro non possono ricevere un trattamento inferiore a quello dei dipendenti dell'utilizzatore impiegati in pari mansioni, il d.lgs. 276/2003 ha introdotto una tutela creditoria rafforzata a favore dei lavoratori somministrati rispondendo l'utilizzatore in solido con l'Agenzia per i crediti dagli stessi maturati.

In aggiunta a questa disciplina, che opera trasversalmente valendo per ogni contratto di lavoro con l'Agenzia, il d.lgs. 276/2003 ha specificato che ai lavoratori assunti a tempo indeterminato si applica la disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile con diritto, per i periodi in cui non vi è missione, alla indennità di disponibilità.

Quanto, invece, ai lavoratori assunti a termine, il legislatore è passato da una previsione originaria contenuta nel d.lgs. 276/2003 per cui si applica loro la disciplina del contratto a termine, ove compatibile ed in ogni caso con alcune specifiche esclusioni, alla formulazione risultante dall'intervento di cui al decreto legge 12 luglio 2018 n. 87, cd. Decreto Dignità, in forza della quale al rapporto a termine del lavoratore somministrato si applica la disciplina del contratto a termine escluse alcune disposizioni<sup>2</sup>.

Il decreto del 2018 ha, cioè, eliminato la condizione di compatibilità che sino a quel momento aveva accompagnato il rinvio alla disciplina sul contratto a termine, lasciando solo le ipotesi di esclusione espressa.

A prima vista, l'avvenuta soppressione del riferimento alla compatibilità non ha un impatto sulla disciplina dell'istituto atteso che anche prima del 2018 le aree di non applicazione della normativa sul lavoro a termine erano di fatto solo quelle espressamente

<sup>1</sup> Per una ricostruzione della disciplina della somministrazione sino al Decreto Dignità si vedano MISCIONE, *Il lavoro somministrato dopo il "decreto dignità" e momenti di storia del diritto*, in *IG*, 2019, 123 nonché COSATTINI, *"Decreto dignità": sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato modifiche rilevanti*, in *IG*, 2018, 1096.

<sup>2</sup> Sul decreto dignità si vedano FILI, *Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori*, in *IG*, 2018, 869; UBERTI, *Contratti a termine, somministrazione e tutele crescenti nel "decreto dignità"*, in *IG*, 2018, 977; SARTORI, *Prime osservazioni sul decreto "dignità": controriforma del jobs act con molte incognite*, in *RIDL*, 2018, I, 651; SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi ed applicativi*, in *GC.com*, 3 settembre 2018; FERRARA, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto "dignità"*, in *RIDL*, 2019, I, 227; LAI, *Il lavoro nel decreto "dignità" tra legge e contrattazione collettiva*, in BOLLANI, VARESI (a cura di), *Contratto a tempo determinato e somministrazione*, Wolters Kluwer, 2019, 75.

escluse dalla legge, essendo rimasto sostanzialmente lettera morta il rinvio ad una verifica di compatibilità. Non risultano, invero, decisioni in cui sia stata messa in discussione l'applicazione di norme del contratto a termine perché ritenute non compatibili con la somministrazione.

È però innegabile che il venir meno del *caveat* e quindi di uno spazio comunque concesso all'interprete, che ora potrebbe sembrare tenuto all'applicazione secca delle norme in tema di lavoro a termine, se non espressamente escluse, senza la possibilità di valutarne la compatibilità con la somministrazione di lavoro, può rivelarsi un ostacolo ad operazioni ermeneutiche volte a coniugare il dettato normativo, come vedremo spesso molto scarno, con la articolata morfologia che assume questo istituto.

Non solo, ma il sostanziale appiattimento della disciplina del contratto di lavoro alle dipendenze dell'Agenzia per il Lavoro sul contratto a termine realizzato dal decreto 87/2018 pone gravi dubbi di conformità della disciplina nazionale con quanto stabilito dalla Direttiva UE 11 novembre 2008 n. 104 la quale ha imposto agli stati membri una revisione dei divieti e delle restrizioni in essere che possono esser mantenuti solo se giustificati da ragioni di interesse generale che investono la tutela dei lavoratori<sup>3</sup>.

## 2. La somministrazione a tempo indeterminato.

Passando nello specifico all'esame dei singoli istituti, è significativo sottolineare che il decreto dignità non tocca la disciplina dello *staff leasing*, che resta un contratto acausale come il decreto 81/2015 lo ha voluto. Il disinteresse del decreto dignità per la somministrazione a tempo indeterminato dimostra che la *ratio* dell'intervento del 2018 è esclusivamente volta a circondare di limiti e tutele i rapporti di lavoro a termine.

Dunque valgono per lo *staff leasing* le regole previgenti e quindi il limite percentuale massimo di lavoratori somministrati a tempo indeterminato pari al 20% dei lavoratori impiegati dall'utilizzatore ed il divieto per l'Agenzia di fornire a tempo indeterminato lavoratori assunti a termine.

Si può allora concludere che il cammino della somministrazione a tempo indeterminato pare essersi assestato: al divieto assoluto contenuto nella legge 1369 del 1960 fa seguito l'apertura centellinata allo *staff leasing* operata dalla legge 196/1997 e dal decreto 276/2003 che individuavano tassativamente le ipotesi di staff leasing, per arrivare alla sostanziale liberalizzazione operata dal decreto 81/2015 che sostituisce alle ipotesi tassative una clausola di contingentamento che la contrattazione collettiva può peraltro modificare.

Questo non vuol dire che il nostro ordinamento ritenga l'istituto della somministrazione a tempo indeterminato un rapporto giuslavoristicamente "neutro", tant'è che impone alcune tutele ulteriori per il prestatore di lavoro che ne è parte, quali la responsabilità solidale tra agenzia ed utilizzatore nonché l'obbligo per la prima di applicare ai lavoratori sommi-

<sup>3</sup> Così l'art. 4 della Direttiva. Per una compiuta illustrazione della problematica si veda ancora MISCIONE, *op. cit.*

nistrati un trattamento complessivamente non inferiore a quello dei lavoratori di pari mansioni impiegati dall'utilizzatore, obbligo che, ad esempio, non sussiste in caso di appalto.

È, però, altrettanto certo che l'attenzione del legislatore cresce quando alla triangolazione si aggiunge la durata predeterminata del rapporto di lavoro sottostante e quindi in caso di contratto di lavoratore assunto a termine da un'Agenzia per il Lavoro.

Su questa seconda tipologia si è concentrato il decreto dignità.

### 3. La somministrazione a tempo determinato.

Come si è anticipato, il decreto 87/2018 non solo è intervenuto sulla disciplina applicabile al contratto di lavoro a tempo determinato del lavoratore somministrato ma ha anche, forse inconsapevolmente, modificato la tecnica normativa adottando la strada del rinvio secco alle norme in tema di contratto a termine, salvo alcune espresse eccezioni. Le quali, peraltro, sono in numero inferiore rispetto alle norme in precedenza dichiarate non applicabili alla somministrazione, avendone il legislatore del 2018 ristretto l'elenco.

Sino al decreto dignità, infatti, al rapporto di lavoro a tempo determinato del lavoratore somministrato non si applicavano gli artt. 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24 del d.lgs. 81/2015 e dunque le regole in tema di durata massima del contratto a termine, ragioni giustificatrici, proroghe e rinnovi, la clausola di contingentamento ed il diritto di precedenza.

Ne risultava una disciplina che, se formalmente appariva costruita su quella del contratto a termine, di fatto era priva dei limiti caratterizzanti quel rapporto.

Il d.l. 87/2018 ha novellato l'art. 34 del d.lgs. 81/2015 e quindi la norma sulla disciplina applicabile, escludendo i soli artt. 23 e 24 del d.lgs. 81/2015 e quindi la clausola di contingentamento ed il diritto di precedenza.

Dunque, nel limitato lasso di tempo intercorso tra il luglio e l'agosto del 2018, cioè tra il decreto 87/2018 e la sua legge di conversione<sup>4</sup>, il contratto a termine stipulato tra somministrato ed agenzia poteva esser rinnovato solo a fronte delle causali previste per il contratto a termine ed altrettanto poteva esser prorogato per le stesse causali laddove la durata eccedesse i 12 mesi. Il numero massimo di proroghe era pari a 4 ed occorreva un intervallo minimo tra un contratto a termine ed il successivo stipulato con la medesima Agenzia.

La legge di conversione 96/2018 ha ulteriormente modificato la disciplina del rapporto di lavoro a termine alle dipendenze di un'Agenzia per il Lavoro escludendo altresì l'applicazione della norma sul cd. *stop & go* contenuta nel secondo comma dell'art. 21.

Allo stato, quindi, il rapporto di lavoro del somministrato assunto a tempo determinato è soggetto alle regole del contratto a termine con esclusione delle disposizioni in materia di intervallo minimo tra due assunzioni nonché di quelle in tema di numero massimo di lavoratori che possono esser assunti a termine dall'Agenzia e di diritto di precedenza.

<sup>4</sup> Cioè la legge 9 agosto 2018 n. 96.

Come anticipato, il rinvio “secco” alla disciplina del contratto a termine ed il limitato numero di norme di quel contratto dichiarate non applicabili alla somministrazione danno il chiaro segnale che il legislatore del 2018, intraprendendo una strada in aperta controtendenza rispetto alle indicazioni che arrivano non solo dall’unione europea ma anche dalla giurisprudenza interna<sup>5</sup>, ha deciso di omologare quanto più possibile i due istituti, guardati entrambi con diffidenza e per questo destinatari di una disciplina chiaramente contenitiva.

## 4. Le esclusioni.

La scelta del legislatore di confermare la non applicazione alla somministrazione dell’art. 21 comma 2 e quindi della regola dell’intervallo minimo tra contratti a termine appare del tutto coerente con la *ratio* di quella norma e la speciale tipologia di rapporto all’interno del quale il contratto a termine del lavoratore somministrato si inserisce.

Essa realizza, cioè, il giusto compromesso tra le due anime della somministrazione.

Se, infatti, la regola dello *stop & go* risponde ad un’esigenza di tutela volta ad evitare che il datore di lavoro soddisfi con reiterate assunzioni a termine un bisogno in realtà strutturale, tale esigenza non sussiste quando il datore di lavoro è un’agenzia che istituzionalmente fornisce lavoratori. Il *core business* delle agenzie per il lavoro rende, infatti, in *re ipsa* giustificato il continuo ricorso a lavoratori assunti a termine per esser inviati in specifiche missioni<sup>6</sup>.

In altre parole, una volta che l’ordinamento ammette l’istituto della somministrazione, sarebbe poi del tutto ingiustificata una disciplina che di fatto ne ostacolasse eccessivamente la funzionalità.

Per le stesse ragioni è condivisibile l’esclusione, anch’essa peraltro preesistente al decreto dignità e da esso non toccata, della regola dettata dall’art. 23 del d.lgs. 81/2015 in tema di numero massimo di lavoratori assunti a termine dall’Agenzia per il Lavoro. La natura di quel soggetto e soprattutto il fatto che la somministrazione abbia ad oggetto la fornitura di manodopera rende tale norma del tutto incompatibile con quell’istituto.

Peraltro, la mancata applicazione dell’art. 23 d.lgs. 81/2015 è compensata dal disposto dell’art. 31 dello stesso decreto che fissa una percentuale massima di lavoratori non stabili, comprendendovi sia lavoratori assunti a termine che lavoratori somministrati a termine, che possono essere impiegati dall’utilizzatore. È questo, infatti, il corretto terreno su cui un ordinamento che ammette la somministrazione di lavoro può contrastare la precarietà fine a se stessa.

<sup>5</sup> Si veda Cass., 14 marzo 2018, n. 6152, in [www.cortecassazione.it](http://www.cortecassazione.it). Nella sentenza in esame la Suprema Corte dice chiaramente che “Anche se, per alcuni aspetti, il contratto di lavoro somministrato può essere accostato, sotto il profilo funzionale, al contratto a tempo determinato, essendo entrambi strumenti obiettivamente alternativi di acquisizione, diretta e indiretta, di prestazioni lavorative temporanee, il primo si distingue tuttavia in modo chiaro dal secondo. ... Essi poi rispondono a finalità diverse”.

<sup>6</sup> Della stessa opinione anche MISCIONE, *op. cit.*



Rispetto all'art. 23 la percentuale sale al 30% dei lavoratori assunti dall'utilizzatore a tempo indeterminato, fermo restando il limite di cui all'art. 23 e quindi il limite del 20% riferito ai soli lavoratori assunti a termine.

Dunque, attraverso la somministrazione a tempo determinato, il polmone a disposizione dell'utilizzatore si amplia dal 20 al 30% dei lavoratori a tempo indeterminato.

L'ampliamento della possibilità di ricorrere a lavoratori non stabilmente inseriti nell'organizzazione dell'utilizzatore non avviene, però, "a costo zero".

Infatti, a differenza dell'art. 23 d.lgs. 81/2015, che per il caso di superamento della percentuale di lavoratori a termine impiegati da un datore di lavoro prevede una mera sanzione amministrativa con espressa esclusione della trasformazione dei contratti a tempo indeterminato, l'art. 38 del d.lgs. 81/2015 prevede che in caso di violazione di quanto previsto dall'art. 31 commi 1 e 2 dello stesso decreto (e quindi di superamento delle percentuali ivi stabilite), il lavoratore possa chiedere la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore.

La norma non chiarisce, però, se l'effetto costitutivo in capo all'utilizzatore si verifica solo se il superamento avviene tramite contratti di somministrazione, rispettata, invece, la percentuale massima del 20% per quelli impiegati a termine dall'utilizzatore, ovvero a prescindere dal rispetto del limite di cui all'art. 23 d.lgs. 81/2015.

Ne deriva che, mentre un soggetto che impiega oltre il 20% della manodopera tramite contratti a termine è passibile solo di sanzione amministrativa, laddove, invece, questo superi il 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato che ha in forza, ricorrendo anche a contratti di somministrazione a tempo determinato, allora potrà vedersi attribuiti direttamente i rapporti che eccedono la percentuale.

L'apparato sanzionatorio approntato per il caso di sfioramento della percentuale massima di lavoratori non stabili appare, dunque, più severo per la somministrazione rispetto al contratto a termine, con una differenza di trattamento che appare difficile da giustificare e prima ancora comprendere alla luce del già citato disposto della Direttiva 2008/104/CE che impone agli stati membri di ridurre le restrizioni e quindi le sanzioni. Nel caso dello sfioramento delle percentuali, invece, il legislatore del 2018 è addirittura andato oltre rispetto alla disciplina del contratto a termine introducendo sanzioni ancora più severe.

Pertanto, se la norma desta qualche perplessità interpretativa, essa ha poi una portata piuttosto contenuta quantomeno con riferimento all'ipotesi in cui si tratti di lavoratori assunti o somministrati a termine.

La lettura dell'art. 38 d.lgs. 81/2015 induce, infatti, a ritenere che, superato il velo della somministrazione, la costituzione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore avvenga con le stesse caratteristiche di quello alle dipendenze dell'Agenzia e quindi a tempo determinato o indeterminato a seconda della tipologia del contratto originario.

In tal senso depone sia il tenore letterale dell'art. 38 d.lgs. 81/2015, che si limita a parlare di costituzione del rapporto con l'utilizzatore senza agganciarvi altresì la diversa ed ulteriore sanzione della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato, sia il comma 3 dello stesso art. 38 che imputa all'utilizzatore tutti gli atti compiuti dal somministratore nella costituzione e gestione del rapporto, tra i quali, dunque, rientra anche l'eventuale apposizione di un termine al contratto.

L'utilizzatore diventerà, quindi, in forza dell'art. 38, il datore di lavoro del lavoratore somministrato in misura superiore alla percentuale prevista dall'art. 31 (30%), ma il rap-

porto di lavoro tra utilizzatore e lavoratore erediterà le caratteristiche di quello tra somministrato ed Agenzia e quindi anche la clausola appositiva del termine eventualmente inserito.

Con la conseguenza che quel contratto sarà soggetto ai vincoli ed alle conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 23 in tema di superamento della percentuale massima.

Diverse considerazioni valgono, invece, per il caso in cui il superamento della percentuale riguardi un lavoratore somministrato a tempo indeterminato.

In questo caso, infatti, poiché per le ragioni già evidenziate ai sensi dell'art. 38 il rapporto si costituisce in capo all'utilizzatore con le stesse caratteristiche del rapporto di lavoro tra somministrato ed Agenzia, esso dovrà intendersi a tempo indeterminato.

Il legislatore del 2018 ha, però, perso un'occasione per far luce su quest'aspetto mentre avrebbe potuto, e dovuto, chiarire se l'imputazione del rapporto di lavoro direttamente in capo all'utilizzatore si verifica solo per il caso di superamento della percentuale ad opera di contratti di somministrazione ovvero anche di contratti a termine.

Anche l'apparato sanzionatorio appare eccessivamente penalizzante, ancora una volta in contrasto con quanto previsto dall'art. 4 della Dir. 2008/104/CE: sarebbe stato, invece, sufficiente prevedere anche per questo caso una mera sanzione amministrativa a carico dell'Agenzia, salva la possibilità per questa di rivalersi sull'utilizzatore.

L'imputazione in capo a quest'ultimo dei rapporti di lavoro in eccesso rispetto alla percentuale risulta, invece, molto penalizzante per il caso di somministrazione a tempo indeterminato ed un'inutile costruzione barocca per il caso di somministrazione a tempo determinato atteso che, per le ragioni già espresse, in questa seconda ipotesi il rapporto, passato in capo all'utilizzatore, resterà a termine con le conseguenze di cui all'art. 23 d.lgs. 81/2015.

Come già in passato, anche dopo la novella del 2018 resta escluso dalle norme applicabili al rapporto di lavoro a termine tra agenzia e lavoratore somministrato l'art. 24 del d.lgs. 81/2015 in tema di diritto di precedenza. La ragione dell'esclusione di tale diritto non è comprensibile né, quindi, condivisibile. Al lavoratore somministrato viene, infatti, sottratta una tutela di non poco momento senza che tale sottrazione sia compensata da una previsione equivalente riferita all'utilizzatore. In altre parole, in una prospettiva che tenga conto non solo della posizione dell'agenzia per il lavoro ma anche di quella dell'utilizzatore, sarebbe stata più opportuna una disciplina che prevedesse un diritto di precedenza del lavoratore somministrato da esercitarsi nei confronti dell'utilizzatore in caso di assunzioni da parte di quest'ultimo a tempo indeterminato per mansioni analoghe a quelle in precedenza svolte in suo favore anche da lavoratori somministrati a tempo determinato, al pari di quanto avviene per i lavoratori a termine direttamente assunti dall'utilizzatore. Il diverso trattamento riservato, in tema di diritto di precedenza, ai somministrati a tempo determinato rispetto ai lavoratori assunti a termine dall'utilizzatore appare poco giustificabile in un'ottica che tenga conto degli interessi di tutte le parti in gioco.

## 5. Le norme applicabili.

Certamente, però, le maggiori difficoltà interpretative derivano dall'estensione alla somministrazione di lavoro della disciplina dettata dall'art. 19 del decreto 81/2015 norma che, come noto, fissa una durata massima del contratto a termine ed introduce la necessità di causali per il caso di contratto avente durata superiore a 12 mesi raggiunta anche a seguito di proroghe, ovvero per il caso di rinnovo<sup>7</sup>.

Dunque, a partire dal luglio 2018 anche il contratto a termine tra lavoratore ed agenzia è soggetto ad un limite di durata massima di 24 mesi che si raggiungono sommando tutti i contratti intercorsi tra la stessa agenzia e lo stesso lavoratore ed aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale.

Le difficoltà interpretative nascono dal fatto che tale disciplina deriva da un'estensione "silenziosa" dell'art. 19 d.lgs. 81/2015 che si applica alla somministrazione perché non escluso e, dunque, in una logica di omologazione tra il contratto di lavoro di diritto comune<sup>8</sup> e quello alle dipendenze dell'Agenzia che non appare condivisibile.

Non è, infatti, così immediato traslare le regole dettate per un rapporto bilaterale su un rapporto trilaterale in cui, oltre al resto, uno dei soggetti ha istituzionalmente la funzione di fornire manodopera ad un altro.

Il legislatore del 2018 pare, invece, aver agito in maniera frettolosa e poco ponderata dimenticando che l'agenzia per il lavoro ha quale tipica attività la fornitura di manodopera, rispetto alla quale il vincolo di durata massima si tramuta in un forzoso ricambio perenne del bacino di lavoratori da cui attingere per adempiere all'obbligo di fornitura.

A quest'effetto, che si risolve a danno delle Agenzie, non pare fare eco un corrispondente vantaggio a favore dei lavoratori che, più che esser assunti a tempo indeterminato dalle Agenzie, rischiano di restare intrappolati nel vorticoso ricambio imposto dall'art. 19.

Certamente, la portata della norma può esser mitigata dall'intervento della contrattazione collettiva che può contenere previsioni diverse rispetto a quelle di cui al comma 2 dell'art. 19.

I contratti collettivi delle Agenzie di somministrazione potranno, pertanto, incidere sulla durata massima del contratto ma anche sull'oggetto di esso, andando, ad esempio, a restringere il campo delle mansioni rilevanti ai fini del contatore dei 24 mesi.

Si apre, dunque, un rilevante spazio di flessibilità per le parti sociali non legato solo al termine di durata del contratto ma che si può svolgere su un terreno tipico della contrattazione, cioè quello che attiene all'individuazione delle aree che compongono una certa categoria e/o mansione e dunque del relativo giudizio di equivalenza.

I maggiori dubbi interpretativi posti dall'art. 19 d.lgs. 81/2015 derivano, però, dall'applicazione al lavoro somministrato della disciplina in tema di causali: a partire dal luglio 2018 il contratto a termine tra agenzia e lavoratore somministrato, di durata superiore a

<sup>7</sup> Per una disamina sul significato delle causali si veda UBERTI, *op. cit.*

<sup>8</sup> L'espressione è di MISCIONE, *op. cit.*

12 mesi, ancorché in forza di proroghe, ovvero il rinnovo, deve essere giustificato da una delle causali previste dall'art. 19 comma 1 d.lgs. 81/2015.

Le difficoltà derivano dal fatto che il legislatore si è, inizialmente, limitato a non escludere, e quindi implicitamente includere, l'art. 19 d.lgs. 81/2015 tra le norme applicabili alla somministrazione senza farsi carico di spiegare come dialogano tra loro le causali ivi previste ed il fatto che l'agenzia assume non per soddisfare necessità proprie ma per fornire ad un utilizzatore terzo della manodopera destinata a soddisfare gli interessi di quest'ultimo.

È chiaro, cioè, che l'interpretazione dell'art. 19 d.lgs. 81/2015, quando riferito al contratto di lavoro concluso con un'Agenzia, non può non scontare la triangolazione che caratterizza quel rapporto.

Di ciò si è reso conto il legislatore che all'art. 2 comma 1-ter della legge 96/2018 di conversione del decreto 87 ha precisato che *“le condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, come sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera a), del presente decreto, nel caso di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro, si applicano esclusivamente all'utilizzatore”*.

La norma non fa, però, la dovuta chiarezza prestandosi ad una duplice interpretazione.

Si può, infatti, pensare che il legislatore abbia voluto spostare le causali dal contratto di lavoro a quello di somministrazione, per cui quel contratto può essere rinnovato o avere durata superiore a 12 mesi, comprese le proroghe, se la fornitura soddisfa una delle esigenze indicate dall'art. 19 d.lgs. 81/2015 e riferite all'utilizzatore.

L'opzione interpretativa non appare condivisibile per una serie di ragioni.

Innanzitutto l'art. 19 d.lgs. 81/2015 fa espresso riferimento al contratto di lavoro che può avere una durata superiore ai 12 mesi (e nel limite di 24) solo in presenza di causali. Lo stesso dicasi quanto all'art. 21 d.lgs. 81/2015 che, pur riferendosi genericamente al contratto, non può che riferirsi al solo contratto di lavoro, unico oggetto della disciplina di cui agli artt. 19-29 dello stesso decreto.

Pare, allora, contrario alla lettera della legge affermare che in caso di somministrazione le causali devono essere inserite nel contratto di fornitura, tanto più se si considera che il legislatore del 2018 non ha modificato il contenuto dell'art. 33 d.lgs. 81/2015, cioè della norma che elenca i requisiti del contratto di somministrazione, tra i quali non è inclusa l'individuazione delle causali giustificatrici del termine, laddove necessarie.

Se, infatti, le causali fossero elementi essenziali del contratto di somministrazione, esse dovrebbero necessariamente entrare nel contenuto vincolato di esso descritto all'art. 33.

Il decreto dignità non ha, invece, preso in considerazione le giustificazioni dell'apposizione del termine o del rinnovo lasciando intatto l'art. 33 d.lgs. 81/2015 anche dopo aver introdotto la specificazione di cui all'art. 1-ter della legge di conservazione 96/2018.

La tesi interpretativa che propone di spostare sul contratto di somministrazione a tempo determinato di durata superiore a 12 mesi, ovvero su quello rinnovato, la causali giustificatrici di cui all'art. 19 porterebbe, poi, ad un risultato che sarebbe paradossale: dette causali, infatti, sarebbero necessarie anche nel caso in cui alla fornitura a tempo determinato fossero adibiti lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'Agenzia, circostanza, questa, che non avrebbe alcuna ragione d'essere.

Si deve allora convenire con chi<sup>9</sup> ha interpretato l'art. 1 *ter* della legge 96/2018 nel senso che le causali continuano ad essere un elemento necessario del contratto di lavoro subordinato tra Agenzia e lavoratore ma, nell'individuare tali ragioni, la prima attinge alle esigenze dell'utilizzatore.

Così interpretato il rinvio all'art. 19, occorre ricordare che le causali sono necessarie anche per il caso di rinnovo essendo al lavoro somministrato applicabile l'art. 21 comma 1.

Il combinato disposto delle norme in tema di causali per il caso di rinnovo, e quindi degli art. 21 comma 1 d.lgs. 81/2015 e 1-*ter* legge 96/2018, ha una ricaduta interpretativa significativa per delineare quando, in caso di somministrazione, si è in presenza di un rinnovo che impone il rispetto della disciplina dettata per il rinnovo di un contratto a termine.

Infatti, se come già argomentato le causali si inseriscono nel contratto di lavoro tra Agenzia e lavoratore, ma sono attinte dalle necessità dell'utilizzatore, ciò dimostra che si ha rinnovo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 21 comma 01 solo quando il lavoratore è nuovamente assunto dall'Agenzia per essere mandato in missione presso un utilizzatore per il quale è già stato fornito per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria.

Ne deriva, *a contrario*, che non costituisce rinnovo una nuova assunzione a termine dello stesso lavoratore ad opera della stessa Agenzia per l'invio presso un nuovo utilizzatore. Fermo restando che i rapporti a termine con l'agenzia si cumulano ai fini del contatore dei 24 mesi.

L'applicazione alla somministrazione delle disposizioni in tema di causali e rinnovo porta altresì a chiedersi se le ragioni giustificatrici sono necessarie nel caso in cui un lavoratore venga assunto a termine prima dall'Agenzia e poi dall'utilizzatore presso il quale era stato in missione per conto della stessa Agenzia (o viceversa prima da un soggetto, diverso da un'Agenzia per il Lavoro, che successivamente diviene utilizzatore di quello stesso lavoratore somministratogli a tempo determinato da un'Agenzia).

Il fatto che l'art. 21 tratti del rinnovo, cioè di un nuovo contratto tra le stesse parti, in uno con la circostanza che, a differenza ad esempio di quanto sancito dall'art. 19, nel caso di specie il legislatore non equipara i periodi di missione a quelli con contratto a termine, porta a concludere in senso negativo<sup>10</sup>.

In altre parole, si ha rinnovo solo in caso di reiterazione del contratto a termine tra gli stessi soggetti (cioè stesso lavoratore e stesso utilizzatore o stesso lavoratore e stessa Agenzia ma in questo caso solo se il lavoratore viene inviato presso lo stesso utilizzatore).

L'applicazione "per implicito" dell'art. 21 pone un ulteriore problema interpretativo con riferimento alle causali che giustificano le proroghe.

Come più volte ricordato, il comma 1 dell'art. 21, applicabile alla somministrazione in forza della non esclusione di cui all'art. 34, prevede, infatti, che il contratto possa essere prorogato a condizione che sussistano le causali di cui all'art. 19 laddove la durata del contratto ecceda i 12 mesi.

<sup>9</sup> Così circolare min. lav. n. 17 del 31.10.2018.

<sup>10</sup> Ma *contra* circolare min. lav. n. 17 del 31.10.2018.

A sua volta, però, l'art. 34, norma che si riferisce specificamente alla somministrazione di lavoro, modificata dal decreto dignità, al comma 2 prevede che il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore.

Ancora una volta il silenzio del legislatore costringe l'interprete a chiedersi se e come la disciplina di cui all'art. 34 si concilia con quella di cui all'art. 21 comma 1, se cioè le due previsioni convivono, autorizzando le proroghe alle condizioni di cui all'art. 21 comma 1 nonché nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo del somministratore, ovvero se l'art. 34 di fatto renda inapplicabile l'art. 21 comma 1.

A parere di chi scrive, nel silenzio del decreto dignità e non essendo le due norme incompatibili, si può concludere che in caso di somministrazione, il contratto a termine tra agenzia e lavoratore può esser prorogato alle condizioni di cui all'art. 21 comma 1 nonché nei casi e per la durata previsto dal contratto collettivo del somministratore.

La disparità di trattamento con la disciplina del contratto a termine è, infatti, giustificata dalla diversa natura del rapporto di somministrazione: a differenza che altrove, in questo caso il legislatore ha tenuto nella corretta considerazione la natura di giano bifronte dell'istituto, lasciando all'autonomia collettiva uno spazio ulteriore coerente con la causa del contratto di somministrazione.

La stessa *ratio* consente di dire che in forza dell'art. 34 il contratto collettivo applicato dal somministratore può derogare al numero massimo di proroghe consentito dall'art. 21: il legislatore ha, cioè, dato alla contrattazione collettiva del somministratore un potere di ampliare il perimetro dell'istituto, coerente con la natura di esso.

## 6. Conclusioni.

Passata in rassegna la disciplina della somministrazione che risulta dall'intervento del 2018, ci si può chiedere quale sia il futuro di quell'istituto.

Certamente l'estensione delle norme sul contratto a termine ha comportato un robusto irrigidimento della disciplina della somministrazione che non giova alla sua diffusione. Si potrebbe anzi pensare che dietro un intervento normativo che appare manutentivo e quindi di conservazione, si nasconda un intento sostanzialmente abrogativo dell'istituto reso tanto poco flessibile quanto conseguentemente non appetibile. Intento che, come si è già ripetuto, è contrario a quanto stabilito della Direttiva 2008/104/CE.

L'impressione che il decreto dignità sia il *requiem* della somministrazione si mitiga, però, se si valorizza adeguatamente il ruolo che la contrattazione collettiva può avere nel disegnare diversamente la disciplina dell'istituto. Le parti sociali sono, infatti, chiamate dallo stesso decreto 81/2015 ad operare importanti deroghe ai vincoli introdotti, potendo così restituire alla somministrazione quelle dosi di flessibilità che ne possono garantire la sopravvivenza.

Ai sensi del decreto 81/2015, come rivisto dal decreto dignità, in tema di somministrazione il contratto collettivo può derogare alla disciplina della durata massima (art. 19), alla

percentuale massima di lavoratori utilizzabili (art. 31), alla disciplina delle proroghe (art. 34), nonché introdurre elementi che limitano i casi in cui sussiste un rinnovo *ex art.* 21

Alle deroghe “interne” al decreto 81/2015 si aggiungono quelle “esterne” ed in particolare la possibilità che l’art. 8 del d.l. 138/2011 attribuisce al contratto di prossimità di stabilire specifiche intese dirette a disciplinare diversamente il contratto a termine ed i casi di ricorso alla somministrazione.

Si tratta, certamente, di uno strumento di flessibilità che si aggiunge agli spazi “interni” al d.lgs. 81/2015 ma a condizione che sussistano le finalità specifiche di cui al comma 1 dell’art. 8 d.l. 138/2011. Finalità la cui sussistenza, per non tradire il significato dell’intervento del 2018, cioè di una norma, successiva al d.l. 138/2011, che ha abbracciato una strada certamente limitativa di questa forma di collaborazione nell’impresa, andrà vagliata con particolare rigore. Diversamente, un uso eccessivamente ampio della possibilità di deroga *ex art.* 8, coprendo a tutto campo la materia del contratto a termine, si risolverebbe in un’abrogazione di fatto della disciplina introdotta dal decreto dignità.