

La somministrazione di lavoro

Stefano Rosa

SOMMARIO

1. Premessa – 2. L’evoluzione normativa dell’istituto – 2.1 Il D. Lgs. 81 del 2015 – 2.2 Il D. Lgs. 87 del 2018 – 2.3 Il D. Lgs. 48 del 2023 – 3. Forma e contenuto minimo – 4. Contenuto eventuale – 5. I divieti – 6. La somministrazione irregolare – 7. Il contratto di somministrazione e di lavoro in somministrazione, a tempo determinato – 8. Il contratto di somministrazione e di lavoro in somministrazione, a tempo indeterminato – 9. Le verifiche in sede di certificazione – 10. Conclusioni

1. Premessa

Il contratto di somministrazione di cui all’art. 30 D. Lgs. 81/2015 costituisce «*una fattispecie negoziale complessa, in cui due contratti si combinano per realizzare la dissociazione tra datore di lavoro e fruitore della prestazione di lavoro, secondo un’interposizione autorizzata dall’ordinamento in quanto soggetta a particolari controlli e garanzie, quali condizioni per prevenire il rischio che l’imputazione del rapporto a persona diversa dall’effettivo utilizzatore si presti a forme di elusione delle tutele del lavoratore*»¹.

La somministrazione di lavoro presenta quindi una struttura “triangolare”, che vede coinvolti tre soggetti (agenzia di somministrazione, lavoratore e utilizzatore) e richiede la stipulazione di due contratti: 1) il contratto di somministrazione, di natura commerciale, che lega l’agenzia di somministrazione e l’utilizzatore; 2) il contratto di lavoro in somministrazione tra l’agenzia e il lavoratore, il quale viene assunto per essere inviato in missione presso l’utilizzatore.

Il contratto di somministrazione è, dunque, un contratto di natura commerciale, che può essere concluso sia a tempo determinato che indeterminato, stipulato tra un agenzia appositamente autorizzata dal Ministero del Lavoro ed un soggetto utilizzatore (imprenditore, non imprenditore o Pubblica Amministrazione²) il cui oggetto consiste nella messa a disposizione da parte della prima in favore del secondo, di uno o

¹ Consiglio di Stato Sez. III, 03 maggio 2022, n. 3468.

² Per espressa previsione dell’art. 30 co. 4 D. Lgs. 81/2015 la P.A. può ricorrere esclusivamente a contratti di somministrazione a tempo determinato.

più lavoratori, assunti e retribuiti dalla prima, affinché questi lavorino nell'interesse e sotto la direzione ed il controllo del secondo per tutta la durata della missione.³

Il tratto maggiormente innovativo nella configurazione di questa tipologia contrattuale, che ne fa anche un *unicum* a livello nazionale, è rappresentato dall'intimo collegamento tra flessibilità del lavoro e le politiche attive a favore del lavoratore.

La flessibilità del lavoro, garantita dallo schema triangolare della somministrazione e dalla agilità di gestione del vincolo contrattuale da parte dell'impresa utilizzatrice, è infatti compensata da uno speciale modello di sicurezza sociale che fa leva sulla formazione continua e sul sostegno al reddito nei periodi di non lavoro.

Questo doppio profilo, commerciale e laburistico, è l'elemento caratterizzante l'impianto normativo che, da un lato, promuove il lavoro tramite agenzia come forma di flessibilità organizzativa in grado di innescare virtuosi processi occupazionali (Tiraboschi, Rosolen, 2016, 176); dall'altro lato garantisce la qualità di quella stessa occupazione mediante importanti strumenti di tutela dei lavoratori (Garofalo 2018, 14; Passalacqua 2018, 43; Riccio 2020, 942), che ad ogni modo, è opportuno sin d'ora evidenziare, si concretizzano in contratti di lavoro subordinato con tutte le relative tutele riconosciute dall'ordinamento a tali rapporti.

È quindi possibile identificare nel lavoro in somministrazione il primo esempio concreto in Italia di sperimentazione di un modello di *flexicurity* a vasto raggio (Ciucciovino, 2024, 9).

2. L'evoluzione normativa dell'istituto

L'istituto della somministrazione di lavoro, nel corso degli oltre venticinque anni dalla sua introduzione nel nostro ordinamento giuridico, ha subito profonde modifiche dando però sempre prova di essere uno strumento di promozione della “flessibilità regolare” assumendo un ruolo sempre più rilevante nel mercato del lavoro, anche come strumento di supporto alle politiche attive (Ciucciovino, 2019, 87; Romei, 2015, 682; Maio, 2013, 79).

³ La missione è il tempo in cui il lavoratore viene impiegato dall'utilizzatore, può quindi definirsi come la durata della somministrazione dal punto di vista del lavoratore.

In tal senso, infatti, deve considerarsi che nel panorama nazionale fino al 1997 il ricorso al lavoro tramite agenzia era impedito dalla L. 1369/1960 che vietava l'interposizione di mano d'opera. Era quindi vietata la possibilità che un lavoratore intrattenesse rapporti di lavoro con un soggetto differente dall'effettivo datore di lavoro, ossia, colui che, esercitando i tipici poteri datoriali, ne utilizzava la prestazione.

Ad aprire uno spiraglio nel generale divieto di interposizione di manodopera in Italia (Tiraboschi, 1999, 31) si è avuta con la L. 196/1997 (nota come “Pacchetto Treu”) che introducesse il lavoro interinale, come deroga al vigente divieto di cui alla L. 1369/1960, consentito solamente a termine ed al ricorrere di specifiche ipotesi tassativamente previste dal legislatore e dalla contrattazione collettiva e riservato alle agenzie autorizzate, iscritte in un apposito albo ministeriale (Carinci, 2011, 18; Canavesi, 2017, 42).

In seguito, con il D. Lgs. 276 del 2003 (noto come “Legge Biagi”) e l'ampia riforma del mercato del lavoro ivi prevista, le agenzie di somministrazione sono divenute a tutti gli effetti tra i principali operatori del mercato del lavoro italiano concorrendo al ridisegno di servizi per il lavoro in ottica di efficientamento degli stessi.

In particolare, con la previsione dell'art. 4 del D. Lgs. 276 del 2003 le agenzie di somministrazione hanno assunto la forma di agenzie private per il lavoro (APL) iscritte nell'apposito albo ministeriale; da cui è conseguito il riconoscimento del valore sociale della fornitura professionale di manodopera.

Altresì, il D. Lgs. 276 del 2003, da un lato, ha abrogato la L. n. 1369 del 1960 e con essa il divieto generale di interposizione (art. 85, D. lgs. n. 276 del 2003) e, dall'altro lato, nel disciplinare in positivo la somministrazione di lavoro, ha previsto il divieto di interposizione di fornitura irregolare e non autorizzata di manodopera, ossia effettuata al di fuori dei limiti legali previsti dalla norma stessa (artt. 27 e 28).

Questo impianto fondamentale dell'istituto è rimasto immutato sino ad oggi; seppure la successione di diverse riforme del mercato del lavoro abbia provveduto a razionalizzare l'istituto o ad agire sui requisiti di accesso e sui vincoli più o meno stringenti di ricorso al lavoro in somministrazione.

Tra i principali interventi normativi devono annoverarsi: il D. Lgs. 15 giugno 2015 n. 81 (c.d. “Jobs act”); il D. L. 12 luglio 2018, n. 87 conv. in

L. n. 186 del 2018 (c.d. “decreto Dignità”); il D. L. 4 maggio 2023 n. 48 conv. in L. n. 85 del 2023. (c.d. “Decreto Calderone”).

2.1 Il D. Lgs 81 del 2015

Il D. Lgs. 81 del 2015, in buona sostanza, ha confermato quanto previsto dalla normativa previgente, allacciando la legittimità del ricorso alla somministrazione a tempo determinato, al rispetto dei limiti quantitativi fissati dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore (art. 31) e, per la somministrazione a tempo indeterminato (c.d. staff leasing) - salvo diversa previsione degli stessi contratti collettivi - limitando la possibilità di utilizzo di lavoratori somministrati al rispetto del limite quantitativo del 20% della forza lavoro occupata con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, imponendo altresì, proprio per la somministrazione a tempo indeterminato, esclusivamente l'utilizzo dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione (Romei, 2015, 677; Alessi, 2015, 609; Ciucciovino, 2015, 627).

Complessivamente, dunque, il D. Lgs. 81 del 2015 prevede una regolamentazione positiva dei rapporti di lavoro flessibili confermando ed ampliando le conseguenze sanzionatorie previste in caso di abuso nell'utilizzo dell'istituto della somministrazione di manodopera. Sul punto si tornerà più avanti.

2.2 Il D. Lgs. 87 del 2018

Il D. L. 87 del 2018 conv. in L. 96 del 2018, noto come “decreto Dignità”, muovendosi in contrapposizione all’impianto normativo poc’anzi descritto, ha rivisto la disciplina applicabile al contratto di lavoro in somministrazione.

A conferma di ciò è sufficiente evidenziare come l’art. 2 del D. L. 87 del 2018 abbia esteso la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato ai contratti di lavoro in somministrazione a termine, prevista dagli articoli 30 e seguenti del D. Lgs. 81 del 2015.

Così facendo è venuto meno quel particolare regime del rapporto di lavoro in somministrazione che consentiva, in precedenza, alle APL di assumere con maggiore facilità i lavoratori da impiegare in

somministrazione, anche in maniera ripetuta nel tempo e senza alcun limite temporale.

Segnatamente, l'art. 34, co. 2, D. Lgs. 81 del 2015, come modificato dal D. Lgs. 87 del 2018, ha ampliato la complessiva e stringente disciplina del contratto di lavoro a termine al contratto di lavoro a termine tra APL e lavoratore, con la sola eccezione delle norme contenute negli articoli 21, co. 2 (il c.d. "stop and go"), 23 (limiti quantitativi dei contratti a termine) e 24 (diritto di precedenza).

In altri termini, il legislatore ha finito con l'assimilare il rapporto di lavoro in somministrazione a tempo determinato al rapporto di lavoro a termine, salve tassative eccezioni, assumendo così una prospettiva diametralmente opposta rispetto alla disciplina precedente e anche all'assetto euro-unitario che - in ragione della specialità del rapporto di lavoro in somministrazione - ha sempre tenuto distinte le due tipologie contrattuali (Maresca, 2018, 104; Calcaterra 2019a, 39).

2.3 Il D. Lgs. 48 del 2023

La L. 85 del 2023 di conversione del D. L. 48 del 23 (c.d. "decreto lavoro") ha recentemente introdotto alcune importanti modifiche alla normativa relativa al contratto di lavoro a termine che – inevitabilmente, dato il rinvio previsto all'art. 34, co. 2, del D. Lgs. 81 del 2015 – ha riflesso i propri effetti anche sulla disciplina del lavoro in somministrazione.

Anzitutto, il legislatore ha confermato la possibilità di stipulare un contratto a termine "acausale" per i primi 12 mesi di rapporto (e ciò anche se i 12 mesi si raggiungono tramite proroghe o di rinnovi) e chiarito che il contratto potrà essere successivamente prorogato o rinnovato oltre i primi 12 mesi – sempre fermi restando i limiti massimi di durata – solo al ricorrere di una delle causali previste dalla norma che ora, per effetto dell'art. 24, co. 1, lett. a), del D. L. 48 del 2023 (che ha modificato l'art. 19, co. 1, del D. Lgs. 81 del 2015) sono così individuate: «*a) nei casi previsti dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 d.lgs. 81/2015; b) in assenza di disposizioni di cui alla lettera a) nei contratti collettivi applicati in azienda, e comunque entro il 31*

dicembre 2024, per esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti⁴; c) in sostituzione di lavoratori assentii».

Le ulteriori modifiche previste dalla norma in parola lavoro vanno poi ad incidere direttamente sull'istituto della somministrazione di lavoro eliminando i limiti percentuali riferiti a tre differenti platee di lavoratori (Lamberti, 2023, 32).

Segnatamente: a) viene eliminato il limite percentuale del 20% per le assunzioni con contratto di apprendistato in somministrazione (art. 31, co. 1, primo periodo); b) viene prevista la possibilità di impiegare in *staff leasing*, fuori dal limite del 20%, i lavoratori svantaggiati, molto svantaggiati, lavoratori in mobilità, soggetti disoccupati non del settore agricolo, percettori di ammortizzatori ecc. (art. 31, co. 1, secondo periodo); c) non è più soggetta a limiti quantitativi (30%) la somministrazione a tempo determinato di lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione (art. 31, co. 2, terzo periodo).

3. Forma e contenuto minimo

Il combinato disposto degli artt. 33 e 38 D. Lgs. 81/2015 prevede che il contratto di somministrazione debba essere stipulato in forma scritta (*ab substantiam*) e che, in assenza di questa, il contratto debba ritenersi nullo ed i lavoratori considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore.

Un contratto di somministrazione privo di forma scritta, dunque, è nullo ed in quanto tale non produttivo di effetti *ab origine*, con la conseguenza che non potrà riconoscersi alcun legame tra il somministratore e l'utilizzatore. Pertanto, sarà quest'ultimo a doversi assumere le responsabilità derivanti dall'impiego di manodopera al suo servizio.

In altri termini, la nullità del contratto di somministrazione non darà luogo alla responsabilità solidale tra somministratore ed utilizzatore di cui all'art. 35 comma 2 D. Lgs. 81/2015 (di cui si dirà in seguito), con la conseguenza che sarà esclusivamente l'utilizzatore a farsi carico dei trattamenti retributivi e contributivi del lavoratore.

⁴ La presente lettera è stata così modificata dall'art. 18, comma 4 bis, D.L. 30.12.2023, n. 215, così come modificato dall'allegato alla legge di conversione, L. 23.02.2024, n. 18 con decorrenza dal 29.02.2024.

L'art. 33 D. Lgs. n. 81/2015, inoltre, detta importanti indicazioni con riferimento al contenuto minimo del contratto di somministrazione, la cui ricorrenza è indispensabile anche ai fini dell'emissione del provvedimento di certificazione.

L'articolo in parola, al fine di assicurare la legittimità dell'attività di somministrazione prevede, anzitutto, la necessità di indicare nel contratto gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore ("ApL") a norma del D. Lgs. n. 276/2003. Il contratto di somministrazione poi, pur non essendo un contratto di lavoro (ma avendo un collegamento negoziale con questo) deve contenere alcune indicazioni ed elementi riconducibili al rapporto lavorativo. Il contratto deve quindi contenere: il numero dei lavoratori da somministrare; l'indicazione di eventuali rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore con le relative misure di prevenzione adottate; il luogo, l'orario ed il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative (che non potrà essere complessivamente inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore⁵); le mansioni alle quali sarà adibito il lavoratore e il suo inquadramento in virtù del CCNL applicato dall'utilizzatore. Di conseguenza, nel caso in cui l'utilizzatore adibisca il lavoratore somministrato a mansioni superiori, o comunque non equivalenti a quelle dedotte nel contratto di somministrazione, dovrà darne immediata comunicazione al somministratore. Ove non adempia a tale 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.

Deve qui evidenziarsi come il principio di parità di trattamento economico e normativo, poc'anzi citato, vada letto in combinato disposto con la previsione della responsabilità solidale tra utilizzatore e somministratore per i trattamenti retributivi e contributivi (art. 35 comma

⁵ L'istituto della somministrazione può ritenersi avanguardista (anche) in tal senso, essendo stato il primo a prevedere e garantire l'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori. La funzione di tale principio non è solo quella di scongiurare una speculazione sul lavoro altrui da parte delle ApL, ma anche quella di facilitare l'integrazione del lavoratore somministrato tra i lavoratori dell'impresa utilizzatrice. Infatti, eguagliare il trattamento economico e normativo del lavoratore somministrato a quello dei dipendenti dell'utilizzatore significa riconoscere che questo appartiene, per tutto il tempo della missione, alla collettività dell'impresa utilizzatrice per cui contribuisce attivamente alla produzione e alla crescita economica.

2), che rappresenta una ulteriore garanzia per i lavoratori somministrati consentendo loro di agire nei confronti dell'utilizzatore per eventuali differenze retributive derivanti dall'espletamento di mansioni superiori; differenze sulle quali sussiste analogamente una responsabilità solidale del somministratore in caso, come detto, di puntuale comunicazione dell'utilizzatore (Aimo, 2015, 651; Carinci, 2013, 46; vino, 2015, 613).

Da ultimo, per una più ampia disamina delle tutele previste per i lavoratori in somministrazione, deve qui farsi cenno anche alle disposizioni che hanno l'obiettivo di contribuire al miglioramento della qualità del lavoro tramite agenzia, come quelle in materia di accesso alla formazione e ai servizi dell'impresa utilizzatrice (art. 6, par. 4, Dir. 2008/104/CE) e in tema di costituzione delle rappresentanze sindacali in azienda (art. 7, par. 1, Dir. 2008/104/CE).

4. Contenuto eventuale

Fermo restando il contenuto minimo previsto dall'art. 33 D. Lgs. n. 81/2015 utilizzatore e somministratore, in virtù del principio di autonomia contrattuale ex art. 1322 c.c. possono inserire nel contratto di somministrazione clausole ulteriori rispetto a quelle poc'anzi esaminate. Una di queste è indirettamente "suggerita" dall'art. 35 comma 4 che, vertendo sulla ripartizione degli obblighi in materia di salute e sicurezza dei lavoratori in conformità al T.U. 81/2008, normalmente gravanti sul somministratore consente – mediante il ricorso ad una clausola espressa – di trasferirli in capo all'utilizzatore che, anche in assenza di tale clausola, deve osservare nei confronti dei lavoratori somministrati gli obblighi di prevenzione e protezione cui è tenuto, per legge e contratto collettivo, verso i propri dipendenti.

È poi possibile il ricorso alla c.d. "clausola di gradimento", che consente all'utilizzatore di esprimere, durante tutto il periodo di pendenza del contratto di somministrazione, l'insoddisfazione per l'attività svolta dal lavoratore somministrato e domandarne, quindi, la sostituzione da parte dell'agenzia.

Ancora, una possibile clausola che può inserirsi nel contratto di somministrazione riguarda i doveri di fedeltà, diligenza, obbedienza e segretezza del lavoratore somministrato. Una simile clausola può essere di particolare interesse per l'utilizzatore attento ad evitare la diffusione di

notizie riservate riguardanti il proprio *know how* aziendale, di cui il lavoratore somministrato può venire a conoscenza durante il periodo di missione. Nello stesso senso può ipotizzarsi una clausola che preveda l'impegno del somministratore a non ricollocare, per una successiva missione, gli stessi lavoratori presso imprese concorrenti.

Da ultimo, merita di essere segnalata la previsione dell'art. 35 comma 8 che dispone la nullità di tutte quelle clausole volte a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della sua missione. La *ratio* della disposizione è, evidentemente, quella di lasciare aperta la possibilità per il lavoratore somministrato di vedersi assunto direttamente da parte dell'utilizzatore presso il quale è impiegato, stabilizzando così la sua posizione lavorativa. Il divieto richiamato, tuttavia, non trova applicazione nel caso in cui al lavoratore venga corrisposta un'adeguata indennità, la cui misura è fissata direttamente dal CCNL applicabile al somministratore. In buona sostanza, il somministratore può garantirsi le prestazioni del lavoratore riconoscendogli una somma di denaro finalizzata a risarcirlo per la perdita di *chance* di stabilizzazione presso gli utilizzatori.

5. I divieti

L'art. 32 D. Lgs. 81/2015 individua le ipotesi in cui il ricorso al contratto di somministrazione, sia a tempo indeterminato sia a termine, si tradurrebbe in un abuso e, pertanto, ne vieta espressamente l'utilizzabilità: **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 che hanno riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, salvo l'ipotesi in cui il contratto sia stato sottoscritto per la sostituzione di un lavoratore assente oppure non abbia una durata iniziale superiore ai tre mesi; **c)** presso unità produttive nelle quali sono operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione, che interessano lavoratori adibiti alle medesime mansioni cui fa riferimento il contratto di somministrazione; **d)** da parte di datori di lavoro (utilizzatori) che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in ossequio alla disciplina contenuto nel D. Lgs. 81/2008 in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Ai fini del rilascio del provvedimento di certificazione, dunque, viene sempre accertata, anche mediante l'audizione orale delle parti istanti, trascritta in apposito verbale conservato agli atti della Commissione⁶ l'assenza delle condizioni ostantive previste dall'art. 32 D. Lgs. 81/2015.

6. La somministrazione irregolare

Prima di procedere con l'analisi delle peculiarità del contratto di somministrazione e di lavoro in somministrazione, a tempo determinato e a tempo indeterminato, deve qui evidenziarsi come l'esercizio del potere di eterodirezione (da parte dell'utilizzatore) nei riguardi di coloro che non sono formalmente propri dipendenti è ammissibile, se si eccettua l'istituto in esame, solamente nelle ipotesi regolamentate per legge del distacco e del contratto di rete. In qualsiasi altro caso ciò non è previsto e, ove riscontrato, configura un impiego illecito od irregolare di manodopera, come tale inammissibile e sanzionato (Ciucciovino S. 2014, 159).

Merita poi un breve accenno l'art. 38 D. Lgs. 81/2015 che prevede, in caso di somministrazione irregolare per violazione della forma scritta, la surrogazione soggettiva *ex lege* dell'utilizzatore nel contratto di lavoro stipulato dal lavoratore con il somministratore, ottenuta per effetto di sentenza costitutiva.

Diversamente, al lavoratore è riconosciuta la possibilità di domandare, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro con effetto dall'inizio della somministrazione nel caso di violazione delle percentuali di legge e di contratto collettivo, dei divieti di ricorso alla somministrazione e in mancanza della forma scritta degli elementi del contratto previsti dall'art. 33, comma 1, lett. a), b), c) e d). Nel primo caso (art. 38 comma 1) la sentenza sarà di accertamento di un rapporto costituito per legge, nel secondo caso (art. 38 comma 2) la sentenza sarà costitutiva del rapporto di lavoro.

Ciò che in tal sede appare meritevole di attenzione – data la sua portata innovativa e chiarificatrice – è la relativa norma di interpretazione autentica di cui all'art. 80bis D.L. n. 34/2020, inserita dalla Legge di conversione n. 77/2020.

⁶ Le funzioni, le attività e le modalità operative della Commissione di Certificazione sono previste all'interno del suo regolamento pubblicato sul sito web <https://certificazioneroma3.it/>

Alla luce di tale norma, il disposto dell'art. 38 comma 3 D. Lgs. 81/2015 «*tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione*» si interpreta nel senso che tra gli atti di costituzione e di gestione del rapporto di lavoro non è compreso il licenziamento.

Ciò sta a significare, anche in virtù di quanto chiarito dall'Ispettorato Nazionale del Lavoro,⁷ che l'eventuale licenziamento irrogato dal somministratore non può ritenersi compiuto, né tantomeno imputato, in capo all'utilizzatore. Pertanto, tale licenziamento non produrrà effetti nei confronti del lavoratore il cui rapporto di lavoro è (invero) costituito con l'utilizzatore.

Sul punto, nel caso in cui il lavoratore chieda la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore ai sensi dell'art. 38 comma 2⁸, trova applicazione le disposizioni dell'art. 6 L. 604/1966 e il termine di 60 giorni, per rivendicare la titolarità del rapporto di lavoro, inizia a decorrere dal giorno in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore (art. 39 comma 1 D. Lgs. 81/2015). Una volta impugnata stragiudizialmente l'asserita somministrazione irregolare, il lavoratore ha 180 giorni per depositare il ricorso in tribunale oppure comunicare al datore di lavoro la richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

In merito la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire come in tema di successione di contratti a termine, l'impugnazione rivolta solo nei confronti dell'ultimo contratto, quando la parte sia decaduta dall'impugnativa dei contratti precedenti, non esclude che il giudice debba tener conto, nel valutare la legittimità del contratto tempestivamente impugnato, del dato fattuale dell'esistenza di pregressi rapporti a termine, per verificare se l'attività, complessivamente considerata, possa considerarsi effettivamente temporanea o se sussista un'ipotesi di abusiva reiterazione.⁹

⁷ INL nota n. 468 del 21 luglio 2020

⁸ La norma in parola recita: “*Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione*”.

⁹ Cass. 15226/2023

7. Il contratto di somministrazione, e di lavoro in somministrazione, a tempo determinato

L'art. 31 comma 2 D. Lgs. 81/2015, prevede che – salvo diversa previsione del CCNL applicato dall'utilizzatore, e ferma la percentuale massima del 20% di contratti a termine prevista dall'art. 23 D. Lgs. 81/2015 – possono essere presenti nell'impresa utilizzatrice lavoratori assunti a termine e lavoratori inviati in missione per somministrazione a termine, entro la soglia percentuale massima del 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forze presso l'utilizzatore.

Il rispetto del limite percentuale, dunque, dovrà essere vagliato anche in sede di certificazione ai fini del rilascio del provvedimento.

Ciò posto, guardando al rapporto di lavoro a tempo determinato tra somministratore e lavoratore, l'art. 34 comma 2 D. Lgs. 81/2015 dispone che questo è soggetto alla disciplina sui contratti a termine, salvo l'applicazione di taluni specifici istituti.

A tale rapporto, infatti, come anticipato non si applica la regola prevista dall'art. 21 comma 2 sul c.d. "stop and go" ossia il periodo di pausa (di 10 o 20 giorni) che deve necessariamente intercorrere tra due contratti a termine con lo stesso datore. Inoltre, non è soggetto al rispetto dell'art. 23 che stabilisce la percentuale massima di assunzioni a termine rispetto al numero complessivo di dipendenti a tempo indeterminato. Infine, non è soggetto al rispetto dell'art. 24 sul c.d. "diritto di precedenza"¹⁰ tipico, invece, dei contratti a termine.

Nessuna eccezione, invece, è prevista per l'applicazione dell'art. 10 D. Lgs. 104/2022 (c.d. "decreto trasparenza") che disciplina la transizione a forme di lavoro più prevedibili, sicure e stabili.¹¹

¹⁰ Tale istituto consente al lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine con lo stesso datore, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei contratti a termine.

¹¹ A mente di tale disposizione il lavoratore che abbia maturato un'anzianità di lavoro di almeno sei mesi presso lo stesso datore di lavoro (in tal caso l'agenzia) e che abbia completato l'eventuale periodo di prova, può chiedere che gli venga riconosciuta una forma di lavoro con condizioni più prevedibili, sicure e stabili, se disponibile.

Ma il citato articolo 10 non è l'unica disposizione del “decreto trasparenza” che innova la disciplina del contratto di lavoro in somministrazione (sia a tempo determinato che a tempo indeterminato).

Va infatti evidenziato che l'art. 4 comma 1 lett. a) D. Lgs. 104/2022 ha sostituito integralmente l'art. 1 D. Lgs. 152/1997 introducendo così nuovi obblighi in merito alle informazioni sul rapporto di lavoro. In particolare, con riferimento al contratto di lavoro in somministrazione, il nuovo art. 1 comma 1 lett. g) D. Lgs. 152/1997 prevede l'obbligo per l'agenzia di comunicare al lavoratore l'identità delle imprese utilizzatrici quando e non appena essa è nota.

Tale obbligo informativo deve essere assolto consegnando al lavoratore, all'atto dell'instaurazione del rapporto – e prima dell'inizio dell'attività lavorativa – il contratto di lavoro o la copia del modello UniSOMM.¹²

Essendo soggetta alla disciplina dei contratti a termine, nel caso in cui la somministrazione abbia una durata superiore ai 12 mesi presso lo stesso utilizzatore – o in caso di rinnovo della missione presso il medesimo utilizzatore – il contratto stipulato dal somministratore con il lavoratore dovrà necessariamente indicare, anche ai fini della certificazione, una delle causali (riferita alle esigenze dell'utilizzatore) previste dalla legge.

L'agenzia, pertanto, nel momento in cui assume un somministrato a termine, dovrà osservare le causali (sopra i 12 mesi) tenendo conto delle esigenze organizzative che sul lato dell'utilizzatore richiedono l'invio in missione del lavoratore. Ne consegue, che l'eventuale sanzione di conversione a tempo indeterminato del contratto per vizio della causale si realizzerà in capo all'agenzia, e non all'utilizzatore: il vizio ricade infatti sulla validità del termine (non del contratto), e non è compreso tra i casi di somministrazione irregolare di cui all'art. 38 D. Lgs. 81/2015 (Scarpelli, 2018, 18).

L'estensione della disciplina sul contratto a termine anche ai contratti di somministrazione di lavoro a termine ha lasciato però inalterata la possibilità, riconosciuta alla contrattazione collettiva, di disciplinare il

¹² A mente del nuovo art. 4 D. Lgs. 152/1997, il lavoratore potrà denunciare all'Ispettorato Nazionale del Lavoro il mancato, ritardato, incompleto o inesatto adempimento dell'obbligo informativo e l'Ispettorato, una volta compiuti gli accertamenti ex L. 689/1981 potrà applicare la sanzione prevista dall'art. 19 comma 2 D. Lgs. 276/2003

regime delle proroghe e della loro durata (art. 34 comma 2 D. Lgs. 81/2015) fermo restando il limite massimo di 24 mesi (ovvero quello diverso fissato dalla contrattazione collettiva) entro cui è possibile ricorrere a uno o più contratti a termine, anche in somministrazione.

In merito il Ministero del lavoro ha chiarito che tale limite massimo deve essere valutato non solo con riferimento al rapporto di lavoro che il lavoratore ha avuto con il somministratore, ma anche con riferimento ai (possibili) singoli rapporti già intervenuti direttamente con l'utilizzatore. Pertanto, tale limite temporale opera tanto in caso di contratti a tempo determinato, quanto in caso di contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato. Ne consegue che, raggiunto il limite, l'utilizzatore non potrà più ricorrere alla somministrazione di lavoro con lo stesso lavoratore per svolgere mansioni di pari livello e medesima categoria legale.¹³

Anche tale circostanza, quindi, sarà debitamente attenzionata in sede di certificazione.

8. Il contratto di somministrazione, e di lavoro in somministrazione, a tempo indeterminato

La riforma del 2015 ha eliminato l'elenco, sino a quel momento tassativo, delle attività per cui era consentita la somministrazione a tempo indeterminato, procedendo così a una piena liberalizzazione dello *staff leasing*, rendendolo possibile per qualsiasi ambito di attività e tipologia di lavoratori, fermo restando il limite di tipo quantitativo¹⁴.

Come la somministrazione a termine, anche la somministrazione a tempo indeterminato (meglio nota come “*staff leasing*”) è soggetta a limiti percentuali di utilizzo, il cui rispetto viene vagliato anche in sede di certificazione.

In tal caso, l'art. 31 comma 1 D. Lgs. 81/2015 prevede che – salvo diversa previsione del CCNL applicato dall'utilizzatore – il numero dei lavoratori somministrati con contratto di somministrazione a tempo

¹³ Ministero del lavoro, circolare n. 17 del 31 ottobre 2018

¹⁴ Originariamente, lo *staff leasing* era ammesso solo in relazione a una serie di attività specificatamente indicate dal legislatore (art. 20, co. 3, d.lgs. 276/2003), con facoltà per la contrattazione collettiva di individuare altre ipotesi nelle quali ricorrere a questo tipo di somministrazione.

indeterminato non può eccedere il 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso lo stesso utilizzatore.

Per tale forma di somministrazione poi, sono previsti due ulteriori limiti. Anzitutto, la somministrazione a tempo indeterminato non può essere utilizzata nei confronti delle pubbliche amministrazioni.¹⁵ Inoltre, possono essere impiegati in una somministrazione a tempo indeterminato solamente lavoratori assunti, dal somministratore, a tempo indeterminato (art. 31 co. 1 D. Lgs. 81/2015).

Ciò posto, nel caso di assunzione a tempo indeterminato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto a tempo indeterminato. Al lavoratore, inoltre, spetta la c.d. “indennità mensile di disponibilità”, divisibile in quote orarie, e corrisposta per i periodi nei quali il lavoratore rimane in attesa di essere inviato in missione. La misura dell’indennità è prevista direttamente dal contratto collettivo applicabile alle agenzie di somministrazione, e la sua previsione è verificata anche in sede di certificazione.

Da ultimo, merita di essere evidenziato che, almeno sino all'estate del 2020, non vi era alcun dubbio che per l'esecuzione di un contratto di somministrazione a termine, il somministratore potesse utilizzare (anche) personale assunto a tempo indeterminato.¹⁶

Tale regola, tuttavia, è stata messa in forte discussione dal Legislatore “emergenziale” che, con il D.L. 104/2020 (c.d. “decreto agosto”) ha stabilito che può essere inviato in missione per periodi superiori a 24 mesi, anche non continuativi, il lavoratore somministrato a tempo indeterminato senza che ciò determini, per l'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il lavoratore somministrato. Ciò, tuttavia, solo sino al 31 dicembre 2021.

In ragione di ciò, eventuali contratti di somministrazione a termine con scadenza successiva al 31 dicembre 2021 – e che vedevano coinvolti lavoratori somministrati a tempo indeterminato – avrebbero dovuto

¹⁵ È interessante notare come, nei casi di accertata somministrazione illecita, l’impianto sanzionatorio ex art. 18 co. 1, 2 e 5bis D. Lgs. n. 276/2003 è limitato al solo soggetto somministratore privato. Trattandosi di norma sanzionatoria non è suscettibile di applicazione analogica o interpretazione estensiva nei confronti della P.A. (INL, nota n. 422 del 17 gennaio 2020).

¹⁶ Tanto era confermato anche dalla circolare del Ministero del Lavoro n. 17 del 31 ottobre 2018

essere interrotti per evitare la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore.

Per evitare tale conseguenza il Legislatore ha adottato una serie di interventi normativi successivi, e talvolta estemporanei, tali per cui, la norma il termine in parola era stato posticipato sino al 30 giugno 2024. Da ultimo, con la conversione in legge del decreto milleproroghe (D. L. 198/2022, conv. con L. 14/2023) è stata prevista la proroga sino al 30 giugno 2025

Pertanto, salvo che tale termine venga nuovamente prorogato (o definitivamente espunto), un'impresa che si trovasse ad utilizzare al 30 giugno 2025 – nell'ambito di una somministrazione a termine – un lavoratore somministrato a tempo indeterminato, si troverebbe dinanzi ad un bivio: a) assumere direttamente il lavoratore somministrato; b) interrompere la missione e “restituire” il lavoratore al somministratore, che dovrebbe attivare il percorso previsto dal CCNL per la ricollocazione presso altre imprese utilizzatrici. Percorso che, in caso di esito infruttuoso, potrebbe condurre al licenziamento del lavoratore.

L'auspicio, dunque, almeno a parere di chi scrive, non può che essere quello di un nuovo ripensamento del Legislatore così da scongiurare un (altrimenti) inevitabile del *turn over* tra lavoratori in somministrazione assunti a tempo indeterminato.

9. Le verifiche in sede di certificazione

Dopo aver fornito una panoramica sull’evoluzione legislativa dell’istituto e della sua attuale disciplina appare opportuno, prima di giungere alle conclusioni del presente contributo, evidenziare quali siano gli elementi attenzionati dalla Commissione in sede di certificazione di un contratto di somministrazione di lavoro.

L’art. 75, D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 come riformulato dall’art. 30, comma 4, L. 4 novembre 2010 n. 183, prevede che: “*Al fine di ridurre il contenzioso in materia di lavoro, le parti possono ottenere la certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro*”.

Pertanto, è ben possibile sottoporre a certificazione sia contratti di somministrazione che contratti di lavoro in somministrazione stipulati ai sensi dell’art. 34, comma 1, D. Lgs. n. 81/2015; rispetto ai quali la Commissione è chiamata a verificare che ricorrano i requisiti che la legge prevede per la stipulazione di detti contratti.

Dunque, sebbene tra i due contratti vi sia un evidente collegamento negoziale, il contratto di somministrazione ed il contratto di lavoro in somministrazione sono tra loro distinti, ed è quindi possibile procedere alla sola certificazione dell’uno o dell’altro contratto.

Ciò posto, ove il procedimento di certificazione abbia ad oggetto esclusivamente un contratto di lavoro in somministrazione, il contratto di somministrazione concluso tra agenzia ed utilizzatore, pur non essendo oggetto di indagine, verrà comunque acquisito agli atti della Commissione per verificare la genuinità del contratto di lavoro in somministrazione.

Fatto ciò, e una volta tratteggiato il perimetro di legittimità imposto dalla legge e dalla contrattazione collettiva, l’attenzione della Commissione si sposterà nel merito del contratto per verificare se, nel caso di specie, questo è stato redatto nel rispetto degli artt. 33 e 35 D. Lgs. 81/2015 per la tutela del lavoratore, l’esercizio del potere disciplinare e l’applicazione del regime della solidarietà.

Altresì, sarà attenzionato il rispetto delle soglie percentuali dell’art. 31 D. Lgs. 81/2015 e che il contratto non incorra nei divieti di cui all’art. 32 del medesimo decreto.

Ancora, sarà attenzionato l’inquadramento del lavoratore per accertarsi che questo sia coerente con le mansioni a lui assegnate e con le previsioni dei CCNL applicati rispettivamente dall’agenzia di

somministrazione e dall'utilizzatore. Di qui, seguirà la verifica sul rispetto del trattamento economico minimo previsto dal CCNL applicato dall'utilizzatore in relazione all'inquadramento assegnato al lavoratore.

Infine, nel caso in cui oggetto di certificazione sia un contratto di lavoro in somministrazione a tempo indeterminato sarà verificato anche il rispetto della previsione di cui all'art. 34 comma 1, D. Lgs. n. 81/2015 sull'indennità di disponibilità.

10. Conclusioni

All'esito di quanto sin qui sinteticamente esposto non può non evidenziarsi come il contratto di somministrazione, nel corso degli anni, abbia assunto un ruolo di rilievo sempre maggiore ai fini dell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro.

Se inizialmente il ricorso alla somministrazione era destinato prevalentemente a contratti a termine, con una incidenza marginale sul mercato del lavoro, dopo oltre venticinque anni dalla sua introduzione, questo istituto si è fortemente evoluto arrivando a fornire un contributo rilevantissimo – soprattutto per i giovani – per l'ingresso, la permanenza e il rientro nel mercato del lavoro.

Tanto emerge in maniera chiara dalla ricerca condotta dall'Università degli Studi di Roma Tre e LabChain¹⁷ intitolata “*Il lavoro in somministrazione negli ultimi dieci anni. Big Data per l'analisi della domanda di lavoro in somministrazione in Italia*”.¹⁸

Dalla ricerca, infatti, si è potuto osservare, da un lato, come la somministrazione di lavoro a tempo determinato rappresenti la forma contrattuale che garantisce il tasso di occupabilità più elevato tra le diverse forme di impiego flessibile, in misura anche maggiore di quello che caratterizza il contratto di lavoro a termine direttamente subordinato. Infatti, a distanza di un anno dalla sottoscrizione di un contratto di lavoro, la percentuale di lavoratori direttamente subordinati ancora occupati è pari al 48,8%, mentre per quelli impiegati tramite somministrazione la percentuale sale al 52%.

¹⁷ Centro interuniversitario di studi avanzati sull'innovazione tecnologica, blockchain e politiche del lavoro

¹⁸ La ricerca è consultabile sul sito <https://economia.uniroma3.it/ricerca/laboratori-e-osservatori/il-lavoro-in-somministrazione-in-italia/>

Parimenti, anche la probabilità di rientrare nel mercato del lavoro a breve termine è maggiore per i lavoratori impiegati tramite agenzie di somministrazione, se paragonata a quella dei lavoratori cessati da un contratto a termine direttamente subordinato.

Infatti, nel periodo 2014-2020 decorsi 30 giorni dalla cessazione, il 76,4% di coloro che hanno terminato un contratto in somministrazione a termine ha attivato un nuovo rapporto di lavoro. Per i lavoratori a termine direttamente subordinati questa probabilità si riduce nettamente attestandosi su una percentuale del 46,7%.

Conclusivamente può affermarsi, anche grazie ai dati appena evidenziati, che le agenzie di somministrazione giocano un ruolo importante per il funzionamento del mercato del lavoro italiano, favorendo l'occupazione, la persistenza e l'eventuale rientro delle persone nel mercato del lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Aimo M. (2015), *La nuova disciplina sul lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?* in *DLRI*, 2015, 148, 635.
- Alessi C. (2015), *Il sistema «acausale» di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in *DLRI*, 2015, 148, 601 ss.
- Calcaterra L. (2019), *La somministrazione di lavoro dal pacchetto Tren al Decreto Dignità*, in Calcaterra L. (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea dopo il Decreto Dignità*, Napoli, Editoriale Scientifica.
- Canavesi G. (2017), *Mercato del lavoro e operatori privati*, Torino, Giappichelli.
- Carinci M.T. (2011), *Agency Work in Italy*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.
IT – 36/2011.
- Carinci M.T. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento di azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Torino, Giappichelli.
- Ciucciovino S. (2024) *Il contributo delle agenzie di somministrazione al mercato del lavoro italiano: bilancio e prospettive* (Silvia Ciucciovino- Alessandro Toscano), in Ciucciovino S., Crespi F., Toscano A. (a cura di), *Il lavoro in somministrazione in Italia: quadro regolatorio, percorsi professionali e transizioni. Un'analisi attraverso i big data*, 9, Roma
- Ciucciovino S. (2019), *I limiti al ricorso alla somministrazione dopo il Decreto Dignità*, in Calcaterra L. (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea dopo il Decreto Dignità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 83 ss.

Ciucciovino S. (2015), *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro*, in *GDLRI*, 148, 581 ss.

Ciucciovino S (2014), *Il rapporto di lavoro nel mercato: la frattura del rapporto binario lavoratore/datore di lavoro*, in (a cura di) L. Corazza, R. Romei, *Diritto del lavoro in trasformazione*. p. 159 ss., Bologna.

Garofalo D. (2018), *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, in Aidlass, *Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Cassino 18-19 maggio 2017*, Giuffrè, Milano

Lamberti F. (2024), *La somministrazione di lavoro come connubio tra flessibilità del mercato e tutela dei lavoratori*, in Ciucciovino S., Crespi F., Toscano A. (a cura di), *Il lavoro in somministrazione in Italia: quadro regolatorio, percorsi professionali e transizioni. Un'analisi attraverso i big data*, p. 21 ss., Roma

Maio V. (2013), *La nuova disciplina della somministrazione e l'abrogazione del contratto di inserimento (tra pedagogismo e pragmatismo)*, in Persiani M., Liebman S. (a cura di), *Il nuovo diritto del mercato del lavoro. La legge n. 92 del 2012 (cd "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, Torino, Utet.

Maresca A. (2018), *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità*, in *ADL*, 4, 1, 1012.

Passalacqua P. (2018), *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 380/2018*.

Riccio A. (2020), *La temporaneità del lavoro tramite agenzia*, in *DRI*, 3, 941, nota a Corte giustizia UE, 14 ottobre 2020, n. 681, sez. ii.

Romei R. (2015), *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *GDLRI*, 144, 4, 675 ss.

Scarpelli F. (2018) *Giustiziacivile.com - n. 9/2018*, 18

Tiraboschi M., Rosolen G. (2016), *La somministrazione di lavoro*, in m.
Tiraboschi (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milano,
Giuffrè.

Tiraboschi M. (1999), *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera.*
Contributo allo studio della fattispecie lavoro temporaneo tramite agenzia,
Torino, Giappichelli.