



UNIVERSITÀ POLITECNICA DELLE MARCHE
FACOLTÀ DI ECONOMIA “GIORGIO FUÀ”

Corso di Laurea Magistrale in Economia e Management
Curriculum Economia e Diritto d'impresa

**LA DISCIPLINA DEL CONTRATTO DI
SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO**

**THE REGULATION OF THE
STAFF LEASING CONTRACT**

Relatore: Chiar.mo
Prof. Filippo Fiordiponti

Tesi di Laurea di:
Ester Vagnarelli

Anno Accademico 2019-2020

*“È che l'ebbrezza di comprendere
si mescola sempre alla gioia
di sentirci responsabili
delle verità che scopriamo.”*

Jean-Paul Sartre

INDICE

CAPITOLO I. LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO: UNO SGUARDO D'INSIEME

I.1. Premessa.....	3
I.2. Il fenomeno dell'esternalizzazione o <i>outsourcing</i> . L'esternalizzazione nell'ambito delle risorse umane.....	3
I.3. L'istituto della somministrazione di lavoro: la funzione socio-economica contenuta nel binomio flessibilità-occupabilità.....	10
I.4. L'evoluzione dell'istituto: dal divieto di interposizione di manodopera al lavoro temporaneo. Dalla "liberalizzazione" della somministrazione di manodopera alle nuove restrizioni apportate dal Decreto Dignità.....	16
I.5. I soggetti abilitati all'attività di somministrazione: il ruolo delle Agenzie per il lavoro. L'Albo nazionale "informatico" delle Apl e il regime autorizzatorio. Una forma di tutela nella fase <i>avant-contrat</i>	37
I.5.1. I requisiti per l'iscrizione all'Albo.....	49

CAPITOLO II. GLI ASPETTI GIURIDICI DEL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

II.1. Premessa.....	61
II.2. L'inquadramento giuridico della fattispecie.....	62
II.3. Forma e formalismo giuridico. Il contenuto del contratto di somministrazione e gli obblighi delle parti.....	70
II.4. L'altra parte nel contratto di somministrazione di lavoro: l'utilizzatore.....	84
II.4.1 L'utilizzatore pubblico.....	85
II.5. Il contratto di somministrazione a tempo indeterminato o c.d. <i>staff leasing</i>	87
II.5.1. I rapporti tra somministratore ed utilizzatore nello <i>staff leasing</i>	94
II.6. Il contratto di somministrazione a tempo determinato. Il nuovo limite cumulativo introdotto dal Decreto Dignità.....	96
II.6.1 Gli effetti del decreto dignità sul collegamento negoziale nella somministrazione a termine.....	101
II.7. La somministrazione vietata.....	106
II.7.1 La violazione dei divieti di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 81/2015.....	110

CAPITOLO III: LE VICENDE PATOLOGICHE DEL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

III.1. Premessa.....	115
III.2. La somministrazione irregolare: due diverse fattispecie. I termini di decadenza. La sanzione civile <i>ex art.</i> 38, c. 2 del d.lgs. n. 81/2015.....	117
III.2.1. La sanzione amministrativa <i>ex art.</i> 40 del d.lgs. n. 81/2015.....	126
III.2.2. Il regime speciale del risarcimento del danno.....	131
III.2.3. Gli interventi normativi nella fase emergenziale Covid-19: i riflessi sulla somministrazione irregolare di lavoro.....	132
III.2.3.1. La norma di interpretazione autentica <i>ex art.</i> 19-bis del d.l. “Cura Italia”. Una deroga ai divieti in costanza di ammortizzatori sociali con causale emergenza Covid-19....	135
III.2.3.2. La norma di interpretazione autentica <i>ex art.</i> 80-bis del d.l. “Rilancio”. L’esclusione del licenziamento tra gli atti di gestione <i>ex art.</i> 38 c. 3 d.lgs. n. 81/2015.....	138
III.3. La somministrazione abusiva e l’utilizzazione illecita di manodopera. Le due fattispecie di illecito amministrativo. Le sanzioni.....	141
III.4. La somministrazione abusiva e l’utilizzazione illecita con sfruttamento di minori: il mantenimento della rilevanza penale. Le sanzioni.....	148
III.5. La reintroduzione del reato di somministrazione fraudolenta: una fattispecie ancora ondivaga.....	152
III.5.1. La distinzione con il reato di truffa. La sentenza della Corte di Cassazione penale n. 9758/2020. Le criticità.....	161
CONCLUSIONI	171
BIBLIOGRAFIA	179
SITOGRAFIA	184

Capitolo I

LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO: UNO SGUARDO D' INSIEME

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fenomeno dell'esternalizzazione o *outsourcing*. L'esternalizzazione nell'ambito delle risorse umane. – 3. L'istituto della somministrazione di lavoro: la funzione socio-economica contenuta nel binomio flessibilità-occupabilità. – 4. L'evoluzione dell'istituto: dal divieto di interposizione di manodopera al lavoro temporaneo. Dalla "liberalizzazione" della somministrazione di manodopera alle nuove restrizioni apportate dal Decreto Dignità. – 5. I soggetti abilitati all'attività di somministrazione: il ruolo delle Agenzie per il lavoro. L'Albo nazionale "informatico" delle Apl e il regime autorizzatorio. Una forma di tutela nella fase *avant-contrat*. – 5.1. I requisiti per l'iscrizione all'Albo.

1. Al fine di comprendere pienamente l'importante ruolo che l'istituto della somministrazione di lavoro riveste nell'odierna economia, ci sembra opportuno: *descrivere* brevemente il fenomeno dell'esternalizzazione (*outsourcing*), *esaminare* la funzione socio-economica della somministrazione, *compiere* un excursus sulle principali modifiche intervenute nella relativa disciplina (a partire dall'abolizione del divieto di interposizione di manodopera), per poi *giungere* all'analisi dei soggetti abilitati all'attività della somministrazione.

2. Negli ultimi decenni si sono verificati importanti e radicali cambiamenti socio-economici nel settore dell'industria e dei servizi, che hanno generato un'esigenza sempre maggiore di innovazione¹ e di modernizzazione per tutte le imprese, sia per quelle di grandi dimensioni, sia per le PMI. In effetti l'innovazione, sia a livello tecnologico, sia a livelli diversi, si traduce in una vera e propria accelerazione dello sviluppo dei nuovi prodotti, volto al soddisfacimento delle esigenze dei clienti in termini di dinamicità, flessibilità e varietà di scelta. D'altra parte, l'arena competitiva in cui le aziende si ritrovano ad operare ogni giorno, le spinge sempre più

¹ ORATI V., *Il ciclo monofase. Saggio sugli esiti aporetici della dinamica di J.A. Schumpeter*, Liguori, Napoli, 1988. Schumpeter, già nel 1911, aveva introdotto la differenza rilevante tra innovazione ed invenzione: la prima, viene vista come l'implementazione di un prodotto nuovo, sia esso un bene o un servizio, o di un prodotto migliorato in modo significativo, oppure di un processo, ovvero, di un nuovo strumento di marketing o di un rinnovato metodo organizzativo nell'area business, nel luogo di lavoro o nell'ambito di relazioni esterne; al contrario, l'invenzione non comporta necessariamente l'introduzione sul mercato di un nuovo prodotto o di un nuovo processo.

a ricercare una significativa riduzione dei tempi di produzione (*time to market*) ed a puntare ad una reale ottimizzazione della qualità del prodotto.

In tale contesto, occorre ricordare che l'obiettivo della *corporate governance* è quello di realizzare un vantaggio competitivo durevole nel tempo, in grado di assicurare all'azienda delle elevate performance reddituali, sia in termini quali-quantitativi (indici e margini), sia in termini prettamente finanziari.

A tal fine, le imprese spesso scelgono di focalizzare la propria attenzione nell'attività di base (*core competencies*), demandando qualità e competenze specifiche all'esterno, realizzando operazioni di distacco totale o parziale di attività *non core*², ponendo così in atto quella strategia che viene definita *outsourcing*. In tal modo, l'elemento essenziale del cambiamento si viene a configurare in una trasformazione del comportamento degli operatori economici relativamente al profilo logico-organizzativo³, portando ad inevitabili conseguenze sulle modalità di pianificazione e gestione dell'azienda, la quale sarà letteralmente spinta a "procurarsi all'esterno", come il termine "*outsourcing*" suggerisce⁴.

Tale concetto è stato definito da importanti economisti di matrice europea, i quali, di volta in volta, ne hanno messo in luce gli aspetti caratteristici che lo differenziano dal fenomeno di portata più generale dell'esternalizzazione.

² In effetti, "un'impresa ha, in partenza, due possibilità: a) produrre all'interno tutti i beni e i servizi dei quali ha bisogno per giungere alla produzione del bene o servizio finale, scegliendo quella che nella letteratura organizzativa è nota come opzione *make* (o modello c.d. gerarchico); b) acquistare all'esterno, secondo l'opzione *buy* (o modello c.d. di mercato), alcuni dei beni e servizi (anche accessori, come ad es. i trasporti, le costruzioni edili, la gamma di servizi funzionali alla commercializzazioni ecc.) utili al completamento del ciclo produttivo". DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 781-782.

³ Quindi, tale trasformazione non riguarda l'aumento del numero degli operatori economici che comprano e vendono, essendo questo un dato che dipende dalla quantità sempre maggiore di competitors con cui le aziende si devono confrontare quando si posizionano in mercati di maggiori dimensioni.

⁴ Il termine deriva dalla contrazione dell'inglese *outside resourcing*.

Innanzitutto, l'outsourcing, viene definito una “particolare modalità di esternalizzazione che ha per oggetto l'enucleazione di intere aree di attività, strategiche e non, e che si fonda sulla costituzione di partnership tra l'azienda che esternalizza e un'azienda già presente sul mercato in qualità di specialista”⁵.

Altri studiosi lo definiscono come “il processo attraverso il quale le aziende assegnano stabilmente a fornitori esterni (eventualmente con trasferimento dell'intero settore di attività) per un periodo contrattualmente definito, la gestione operativa di una o più funzioni in precedenza svolte all'interno”⁶.

È evidente quindi come si venga a configurare un rapporto sinallagmatico, tra l'azienda che esternalizza (denominata *outsourcee*) ed un'impresa già operante in quel particolare settore (denominata *outsourcer*), che conduce le parti in investimenti correlati ed in forme di partenariato a livello di progettazione, implementazione fino a giungere alla fase propriamente operativa (produzione dei servizi oggetto dello stesso scambio).

Un'altra importante definizione è quella data da Boisseau, secondo il quale l'*outsourcing* consiste “nella assegnazione stabile ad un fornitore esterno della gestione operativa, di una o più funzioni aziendali con responsabilità totale sui risultati”⁷

Tutto ciò mette in rilievo un importante aspetto: l'*outsourcing* implica un rapporto tra fornitore e cliente ben definito, fondato su relazioni sia di mercato sia collaborative che originano dalla stipula di un contratto, il quale comporta un effettivo coinvolgimento strategico del fornitore negli obiettivi di medio-lungo termine relativi alla crescita economica dell'azienda cliente.

⁵ ARCARI A.M., *L'outsourcing: una possibile modalità dell'organizzazione e dei servizi*, in *Economia e Management*, n. 4, 1996, pp. 109-121.

⁶ BOIN A. SAVOLDELLI S., MERLINO G., «Outsourcing: uno strumento operativo o una moda?», *Sistemi e Impresa*, n. 1, 1998, pp. 109-121.

⁷ BOISSEAU A., *Outsourcing Companies facing scrutiny on financial incentives*, *Houston Chronicle*, 1990, p. 12.

Dunque, l'esistenza di un'operazione di *outsourcing* rileva un'intensa alleanza strategica, che può anche essere temporanea, fondata sul riconoscimento delle rispettive *core competencies*, sull'intenzione di intraprendere una reale collaborazione a lungo termine e sulla volontà di dar vita a valide ed importanti relazioni. In effetti, scatenando tale operazione profondi cambiamenti, è necessario che l'azienda riponga una sostanziale fiducia nei propri fornitori, i quali dovranno assolvere la funzione strategica di partner⁸.

Tali riflessioni, ci permettono di affermare che l'*outsourcing* è uno strumento della *corporate governance* di carattere spiccatamente tattico e strategico, che si è sviluppato fortemente negli ultimi decenni, destinato a perdurare nel tempo quale mezzo per la sopravvivenza dell'impresa sul mercato, qualunque sia la tipologia di prodotto o servizio, dimensione o *mission* dell'azienda⁹.

Occorre inoltre sottolineare, che esso non identifica una figura specifica e codificata di contratto, essendo al contrario, funzionali alla realizzazione dell'operazione, diverse tipologie di contratti (sia tipici che atipici); infatti secondo una recente definizione giurisprudenziale il fenomeno “*comprende tutte le possibili forme di tecniche mediante le quali un'impresa dismette la gestione diretta di alcuni segmenti dell'attività produttiva e dei servizi estranei alle competenze base (c.d. core business). Ciò si può fare, tra l'altro, sia appaltando a terzi l'espletamento del servizio, sia cedendo un ramo d'azienda.*”

⁸ FUMAGALLI L., DI CIOCCIO P., *L'outsourcing e i nuovi scenari della terziarizzazione: La centralità delle persone nelle aziende di servizi*, Franco Angeli, Milano, 2002.

⁹ In tale ambito, sembra opportuno precisare la differenza tra l'*outsourcing* e l'*offshoring* (o delocalizzazione). Quest'ultimo consiste nella dislocazione dell'organizzazione della produzione in paesi differenti, ritenuti più adatti o più economici. Dunque, l'azienda può scegliere di trasferire le proprie attività o l'*ownership* di processi di business, in un paese più o meno vicino, da cui attingere professionalità elevate ad un minor costo del lavoro. Ci sono dei settori caratterizzati da un maggior ricorso all'*outsourcing*, tra i quali: l'Information Technology, l'Amministrazione e Finanza, la gestione delle risorse umane, i call center, la logistica e la gestione dei magazzini. ZUCKERMAN M.A., «The Offshoring of American Government», *Cornell Law Review*, n. 94, novembre 2008.

La scelta tra le varie alternative è rimessa all'insindacabile valutazione dell'imprenditore a norma dell'art. 41 Cost¹⁰.

Ne deriva quindi che, da un punto di vista giuridico, ogni tentativo di forzare l'*outsourcing* entro i confini di un prestabilito modello contrattuale finirebbe probabilmente per incorrere in risultati riduttivi e fuorvianti; infatti l'impresa ed il fornitore di servizi a seconda del particolare oggetto dell'obbligazione che ne scaturisce, potranno adottare uno specifico tipo di vincolo ed il relativo strumento contrattuale potrà spaziare da modelli desunti dallo schema tipico del contratto sinallagmatico, fino a modelli più articolati che portano alla costituzione di vincoli associativi (attuabili tramite accordi di *joint venture*).

Ad oggi, il fenomeno è in continua espansione ed un numero sempre crescente di imprese si avvale di questo decentramento, allo scopo di ottenere dall'esterno fasi produttive, funzioni e addirittura prestatori di lavoro, non disponibili al proprio interno.

Per di più, al decentramento di una frazione del ciclo produttivo potrebbe non corrispondere l'estromissione concreta dello stesso. In effetti, frequentemente si verifica che attività già esternalizzate continuino di fatto ad essere svolte all'interno del perimetro aziendale (*intra moenia*), ma ad opera di soggetti terzi e con i loro dipendenti.

Tanto è vero che, se di norma il procacciamento e l'impiego del lavoro avvengono tramite la stipulazione di contratti di lavoro, subordinato o parasubordinato, è diffusa anche una prassi differente, in base alla quale un'azienda può reperire il lavoro all'esterno, cioè mediante contratti di servizio con soggetti terzi¹¹. Ed infatti, anche la gestione delle risorse umane può sicuramente essere oggetto di un processo di esternalizzazione, coinvolgente quindi anche la

¹⁰ Cass. Civ., sez. lav., 2 ottobre 2006, n. 21287.

¹¹ DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 781.

Direzione del Personale all'interno delle varie imprese. Anche tali funzioni pertanto sono state influenzate dall'introduzione dei modelli organizzativi e produttivi più moderni, che hanno innovato anche i sistemi delle relazioni industriali e la gestione del personale. Proprio in tale ambito si è diffuso l'*HR Outsourcing* che consiste nel trasferire determinate attività relative al management delle risorse umane ad un fornitore esterno che si impegna ad erogare un servizio, dietro corrispettivo prestabilito tra le parti, per un certo lasso di tempo contrattualmente definito¹².

Le attività HR che possono essere condotte da un soggetto non interno al perimetro aziendale riguardano diversi servizi, quali la selezione, la formazione, la gestione dei cedolini (*payroll*), fino ad arrivare all'assunzione da parte di aziende esterne di personale da impiegare per le proprie funzioni aziendali interne, coniugando con processi di questo tipo, un aumento degli investimenti in attività *core* e concentrandosi sull'implementazione di nuove tecnologie e di processi di automazione.

L'*outsourcing* in tale settore è stato reso possibile dal venir meno negli anni '90 del principio del monopolio statale nel collocamento, che ha permesso anche ai privati di poter intervenire nel campo dei servizi per il lavoro, contribuendo all'ottenimento di effetti importanti anche sullo sviluppo delle Agenzie per il lavoro. In effetti, come vedremo nel proseguo, la richiesta di servizi che le organizzazioni pongono alle Agenzie non si circoscrive solo nella messa a disposizione di lavoratori da inviare in missione¹³, ma si sostanzia nell'affidamento a terzi di attività tradizionalmente dirette dagli uffici del personale. Alcuni studiosi sostengono che tali

¹² FERRARI R., FRIGELLI U., TRONCONI C., *HR Outsourcing. L'esternalizzazione dei processi di gestione delle Risorse Umane tra rischi e benefici*, Guerini e associati, Milano, 2012.

¹³ Il termine "missione" viene tecnicamente definito dall'art. 2 del d.lgs. n. 276/2003 come "il periodo durante il quale, nell'ambito di un contratto di somministrazione di lavoro, il lavoratore dipendente da un'agenzia di somministrazione di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), è messo a disposizione di un utilizzatore di cui all'articolo 20, comma 1, e opera sotto il controllo e la direzione dello stesso".

comportamenti sono spinti dalla necessità di ridurre le asimmetrie informative, poiché le aziende, rispetto alle agenzie dotate di competenze specifiche, sono meno abituate a gestire numeri elevati di curriculum e quindi, a valutare efficacemente i profili più adatti alle posizioni da ricoprire. Oltre tutto le agenzie operando con un'ampia platea di clienti, possono realizzare importanti economie di scala, che permettono di ridurre il costo del servizio¹⁴.

Relativamente ai contratti di servizio con soggetti terzi, assume rilevanza l'utilizzo di negozi giuridici, di natura commerciale, come quello di somministrazione di lavoro e di appalto di servizi, che fungono da strumenti di *outsourcing* per l'azienda che li pone in essere.

Riguardo ad essi, ponendo nello sviluppo del presente lavoro peculiare attenzione alla somministrazione, si rende necessaria un'approfondita trattazione, dal momento che tali tipologie di contratti finiscono per avere un effetto immediato sulle condizioni lavorative del personale e fanno sorgere obblighi di varia natura in capo a tutti i soggetti che sono coinvolti nel rapporto.

In effetti, l'istituto della somministrazione di lavoro, può ritenersi *tout court* uno strumento di sviluppo e di potenziale risparmio (anche in termini di contenzioso) per le imprese: da un lato, esso consente di poter sostenere un eventuale aumento dell'organico¹⁵ mediante il ricorso a lavoratori (non solamente) temporanei, permettendo al soggetto economico di cogliere potenziali opportunità di crescita presenti nel mercato e dall'altro, costituendo una occasione di risparmio su tempi ed oneri nella fase di formazione e in quella di gestione del personale "interno", ad anche sulla ricerca e selezione della forza lavoro.

¹⁴ CONSIGLIO S., MOSCHERA L., *Le Agenzie per il lavoro. Organizzazione, regolazione, competitività*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005.

¹⁵ Si anticipa infatti che l'istituto consente un aumento del numero dei lavoratori che svolgono prestazioni a favore dell'impresa utilizzatrice, senza che questi vengano effettivamente computati nell'organico di tale soggetto (eccetto per quanto riguarda le norme in tema di sicurezza sul lavoro), ai fini dell'applicazione di norme di legge.

Pertanto, si può affermare che il tema è di notevole interesse, poiché consente di riflettere su quanto sia importante e fondamentale in questo ambito, l'impegno del legislatore e delle parti sociali nell'adeguare l'impianto normativo che disciplina l'istituto, ad un assetto che sia in grado di assecondare i bisogni di flessibilità ed economicità per le aziende, continuando a garantire quelle tutele dei diritti dei lavoratori (soggetti in primis a subire gli effetti dei cambiamenti del mercato) che non possono venir meno, anche quando il datore di lavoro è diverso dal soggetto che effettivamente ne utilizza le prestazioni¹⁶.

3. La somministrazione di manodopera o fornitura professionale di manodopera, si sviluppa in un contesto di esigenze di flessibilizzazione, dalla parte delle imprese e di profonda crisi occupazionale, dalla parte dei lavoratori, alle quali l'impianto normativo e l'apparato dei servizi pubblici hanno cercato di dare sempre più nel tempo delle valide risposte ed una regolamentazione più efficace. In tale contesto, si può ricondurre la funzione socio-economica della somministrazione di lavoro proprio al binomio "flessibilità-occupabilità".

Riguardo al primo termine del binomio, nell'autunno del 2001, il Libro Bianco individuava l'*outsourcing* quale necessaria tecnica aziendale volta a soddisfare l'esigenza predominante di flessibilizzazione del mercato del lavoro. In questa chiave di lettura doveva essere interpretato il d.lgs. del 10 settembre 2003, n. 276, che fu il risultato di una chiara volontà del legislatore di "liberalizzare" l'istituto della somministrazione di manodopera, dopo aver preso atto del successo riscosso dal lavoro temporaneo (c.d. interinale).

¹⁶ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, IPSOA Guide Operative, Wolters Kluwer, Milano 2019.

Tale tendenza legislativa venne mantenuta anche nel successivo d.lgs. n. 81 del 2015 e solo in parte poi smentita dal d.l. n. 87 del 2018. Fu infatti proprio con la Riforma del 2003 che si consentì alle imprese e alla *new economy* una maggiore ed anche migliore opportunità di utilizzo di manodopera competente, selezionata da appositi soggetti istituzionalmente autorizzati all'attività di intermediazione e/o somministrazione (le c.d. Agenzie per il lavoro)¹⁷.

Il quadro normativo prodotto dalle riforme del lavoro del 2003 in avanti, pur in presenza dei limiti dettati dalle novelle del 2018, induce quindi ad osservare il fenomeno socio-giuridico della “*flessibilità*”, nei suoi due maggiori campi d'azione: quello della *flessibilità “sul lavoro”* e della *flessibilità “del lavoro”*.

Con la prima espressione si fa riferimento alle fattispecie del lavoro a termine, del lavoro *part-time*, del lavoro a chiamata o intermittente, in una nuova prospettiva derivante dalla facoltà, riconosciuta ad entrambe le parti del contratto di lavoro, di optare per una collocazione temporale del lavoro personalizzata, secondo modalità operative dapprima del tutto inimmaginabili. Con la seconda invece, si intende riferire “alla somministrazione di lavoro, a termine e a tempo indeterminato, al distacco di manodopera, alla cessione di ramo d'azienda, all'appalto di servizi e di opere, alla codatorialità, istituti tutti che consentono di accantonare il pensiero dominante della selezione e assunzione diretta dei lavoratori necessari allo svolgimento del ciclo produttivo, commerciale o di servizio, potendosi avvalere dell'opera di soggetti, le Agenzie per il lavoro, che a ciò sono istituzionalmente deputate, ovvero potendo operare, entro certi ambiti predeterminati e piuttosto rigidamente individuati, mediante

¹⁷ Come si avrà modo di osservare, tra le funzioni riconosciute dal d.lgs. n. 276/2003 alle Agenzie per il lavoro, oltre alla intermediazione e somministrazione di manodopera (che dall'introduzione dello stesso decreto può essere anche a tempo indeterminato), troviamo anche la ricerca e selezione del personale e l'attività di supporto alla ricollocazione professionale della manodopera.

lavoratori distaccati da altra impresa o in forza presso quella impresa, del medesimo gruppo di impresa ovvero soggetto terzo o aderente allo stesso contratto di rete, o ancora mediante contratti di appalto endo o extra-aziendali o, infine, attraverso operazioni di più vasta portata destrutturante quali sono quelle connesse al trasferimento di ramo d'azienda"¹⁸.

In effetti, una lettura *tout court* del d.lgs. n. 81/2015 non lascia spazio ad incertezze circa la facoltà legittimamente riconosciuta alle aziende, appartenenti ad ogni settore e svolgenti ogni attività, di avere la libertà di avvalersi, e in quale misura, di lavoratori dipendenti, assunti in modo diretto, oppure di personale somministrato, a tempo indeterminato o a tempo determinato (seppure a certe condizioni), nonostante i limiti di contingentamento legale e contrattuale collettivo al momento prescritti in via generale, sia nel caso di somministrazione a termine¹⁹, sia nel caso dello *staff leasing* dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018.

È proprio nel riconoscimento di tale possibilità che risiede il fulcro normativo del fenomeno della “esternalizzazione”, tipizzata in uno schema contrattuale che si basa sulla facoltà, giuridicamente concessa, di impiegare personale operante a tutti gli effetti nelle stesse modalità del personale interno, ma che, ad eccezione della sicurezza sul lavoro e della somministrazione di prestatori di lavoro disabili per missioni di durata non inferiore a dodici mesi (ai fini dell'applicazione della l. n. 68/1999), non viene incluso nel computo dell'organico aziendale ai fini di legge o di contratto collettivo.

¹⁸ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d' azienda*, op. cit., pp. 164-165.

¹⁹ Tali limiti sono stati imposti in seguito alle modifiche introdotte dal d.l. n. 87/2018, convertito dalla legge n. 96/2018.

Al riguardo, è opportuno precisare che “il lavoratore somministrato lavora, per tutta la durata della missione, sotto le direttive e nell’interesse dell’utilizzatore ragione per cui detti lavoratori potranno essere computati ai fini della valutazione della consistenza organizzativa dell’imprenditore quale requisito di carattere tecnico nell’ambito, per esempio, di una procedura selettiva per appalti pubblici”²⁰.

Ponendo l’accento sui vantaggi economici della somministrazione secondo una prospettiva di logica aziendale, è possibile rilevare: innanzitutto, un vantaggio in termini di contenimento della forza lavoro, derivante dal processo di esternalizzazione e di flessibilizzazione dell’attività di produzione²¹; inoltre, un vantaggio in termini di maggiore elasticità della struttura aziendale, che permette di adottare pronte soluzioni per rispondere ad esigenze sempre più variabili, evitando di dover soggiacere ad una rigida disciplina ed infine, un vantaggio per l’utilizzatore che usufruisce delle prestazioni somministrate di cui necessita, in termini di minor responsabilità diretta e specifica nei riguardi dei lavoratori.

Passando ora alla prospettiva imprenditoriale dell’Agenzia, la somministrazione di lavoro (anche rispetto al lavoro interinale, suo “predecessore”) presenta rilevanti vantaggi economici, dal momento che risulta ampliato in modo notevole l’ambito di operatività della stessa, e dunque maggiormente esteso, il mercato di riferimento; tale liberalizzazione è stata resa possibile dalla presenza di un controllo da parte dello stato, sia a livello preventivo che successivo, sulla concorrenza lecita.

²⁰ Circolare n. 7 del 22 febbraio 2005, Ministero del Lavoro.

²¹ In realtà, a fronte di questo rilevante vantaggio, occorre tener conto del “prezzo” della somministrazione, in quanto essa è formata dal costo effettivo del lavoro (incluso il contributo del 4% calcolato sul lordo della retribuzione dei lavoratori assunti in somministrazione al fondo FormaTemp), e dai costi aggiuntivi del servizio (in sostanza, la remunerazione dell’Agenzia di somministrazione); RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d’azienda*, op. cit.

Sulla scia di tali importanti opportunità per il sistema aziendale, ha preso avvio dal 2003 un'ondata di riforme volte dapprima all'introduzione poi alla modernizzazione della somministrazione di manodopera, tra l'altro nella convinzione che l'allargamento di tali facoltà potesse favorire l'incontro tra lavoratori ed aziende, e dunque influire positivamente sul mercato del lavoro.

Relativamente a tale ultimo aspetto e collegandoci al secondo termine del binomio, l'*occupabilità*, non resta che prendere atto del successo riscosso dal lavoro interinale, durante la vigenza della legge n. 196/1997, e quindi dalla disciplina che ne è figlia, la somministrazione, la quale rappresenta una reale opportunità di impiego per coloro che sono in cerca di lavoro o che lo hanno perso.

Emblematico in proposito, il paragrafo I.3.3 del Libro Bianco (Incontro domanda- offerta) ove veniva "denunciato" il mal funzionamento del mercato del lavoro, cui contribuiva l'inefficienza del collocamento pubblico e veniva asserito che "una presenza efficace nel settore dell'intermediazione, nonostante gli impedimenti e le difficoltà frapposti, è stata, di fatto, fornita solo dalle agenzie interinali".

Ed ancora, il paragrafo II. 3.3 (Lavoro interinale e intermediazione), ove il gruppo di lavoro guidato da Marco Biagi affermava quanto segue: "il Governo ritiene che il lavoro temporaneo tramite agenzia di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196 abbia costituito una positiva riforma nel senso della modernizzazione del mercato del lavoro italiano. I risultati in termini di promozione dell'occupazione appaiono estremamente eloquenti ed il Governo auspica a tale riguardo che non vengano frapposti ulteriori ostacoli per sperimentare altre forme di modernizzazione capaci di provocare ricadute così interessanti sul piano occupazionale".

Dopo aver ribadito il consenso ottenuto dal lavoro interinale, non ci sono ragioni per dubitare della somministrazione, quale evoluzione dello stesso istituto, che consente anche la fornitura di manodopera a tempo indeterminato, e che può svolgersi in concomitanza con altre attività da parte delle Agenzie, quali l'intermediazione, la ricerca e selezione ed il supporto alla ricollocazione²².

Dunque, nonostante parte della dottrina abbia sostenuto che in passato il legislatore tendeva a privilegiare la stipulazione diretta di contratti di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, mentre oggi punta a "volere assicurare una occasione di lavoro al lavoratore somministrato"²³, occorre anche tener conto della facoltà oggi riconosciuta alle Agenzie (d'ora in poi si utilizzerà anche l'acronimo "Apl" per identificare le Agenzie per il lavoro), di somministrare a tempo indeterminato, la quale rappresenta di fatto, una possibilità di occupazione *full time* ed a tempo indeterminato.

Inoltre, l'utilizzo di manodopera tramite Agenzia, non impedisce all'azienda utilizzatrice di "vagliare il lavoratore", ed assumerlo successivamente alle proprie dipendenze.

Oltretutto, tra i requisiti posti in capo alle Apl, si trova quello dell'interconnessione obbligatoria con la Borsa continua nazionale del lavoro, *data base* in cui confluiscono le istanze dei lavoratori e dei datori di lavoro, la quale è proprio finalizzata a favorire un miglior incontro tra domanda ed offerta di lavoro e quindi, a creare una maggiore opportunità di occupazione.

²² Per le imprese di fornitura di manodopera, ai sensi dell'art. 2 della legge n. 196/1997 tale attività doveva costituire in via esclusiva l'oggetto sociale. Queste dunque, non potevano esercitare attività di mediazione tra domanda ed offerta di lavoro, né di ricerca e selezione del personale qualora queste non fossero state immediatamente funzionali alla fornitura di manodopera. A seguito della Riforma del 2003, con il d.lgs. 276/2003, alle Agenzie di somministrazione è concesso anche lo svolgimento di tali altre attività, sia in concomitanza con l'attività di somministrazione, sia come unica tipologia di attività esercitata, a seconda della sezione dell'Albo in cui sono iscritte.

²³ CARINCI M.T.; "La somministrazione di lavoro", in CARINCI F., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, v. II, Ipsoa, Milano, 2004, pag. 35.

4. Volendo compiere un *excursus* sulle principali leggi che si sono susseguite in materia, appare necessario sottolineare il punto di partenza della legge delega, introduttiva dell'istituto della somministrazione di lavoro (l. n. 30 del 14 febbraio 2003), il quale è rappresentato dall'abrogazione degli artt. 1-11 della legge del 24 giugno 1997 n. 196, che disciplinavano il lavoro interinale, e della legge del 23 ottobre 1960 n. 1369, la quale disciplinava il divieto di interposizione di manodopera.

In effetti, la legge n. 1369/1960²⁴, punto fermo del diritto del lavoro nel secolo passato, respingeva ogni modalità di dissociazione del datore di lavoro, sostenendo che il datore di lavoro formale e il datore di lavoro utilizzatore della prestazione, dovessero necessariamente coincidere. Questo caposaldo si sostanziava in un impianto normativo altamente rigido e vincolistico per il sistema delle imprese, diretto alla “tutela dei lavoratori contro il fenomeno del parassitismo, evitando, cioè che soggetti senza scrupoli ed inclini a sfruttare il bisogno di lavorare di quanti sono privi di altri mezzi di sussistenza, ricavino degli utili fungendo da meri intermediari nella conclusione dei contratti di lavoro o ponendo in essere contratti di appalto aventi ad oggetto mere prestazioni lavorative. Il non sanzionare tali illecite attività avrebbe importato l'incentivazione di condotte di illegittima concorrenza tra i lavoratori con il pericolo

²⁴ L'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 così testualmente: “È vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società cooperative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'appaltatore o dall'intermediario, qualunque sia la natura dell'opera o del servizio cui le prestazioni si riferiscono. È altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari. È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per l'esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante”.

concreto di attribuire ad essi un trattamento economico e normativo peggiore di quello dovuto²⁵.

Quello che la legge tendeva a reprimere era il manifestarsi di un rapporto giuridico tripartito che si instaurava tra tre posizioni giuridiche soggettive: uno pseudo-committente-appaltante, uno pseudo appaltatore-intermediario ed un lavoratore “appaltato”. Si noti che il committente non necessariamente doveva possedere la qualifica formale di imprenditore, ma era sufficiente che le prestazioni date in appalto fossero state svolte in un contesto ben organizzato e strutturato il quale generalmente è un’azienda, ma che si può configurare anche in modalità diverse.

Il reato che originava dalla violazione del divieto si delineava nel caso in cui l’appaltatore rivestiva solo formalmente il ruolo di datore di lavoro, mentre a tutti gli effetti la prestazione del lavoratore appaltato si svolgeva nell’interesse esclusivo dell’appaltante, venendosi così ad instaurare nel concreto un rapporto di lavoro tra il finto committente appunto, ed il lavoratore appaltato²⁶.

Pertanto, questa condizione poteva verificarsi anche quando il rapporto fosse stato inquadrato correttamente nello schema dell’appalto lecito; infatti affinché si potesse parlare di reato non occorreva rilevarne la patologia nella fase genetica del contratto, quanto rinvenirla nella fase di attuazione, avendo riguardo alle modalità effettive di svolgimento dello stesso, secondo il principio della “concreta occupazione”²⁷. Si doveva riscontrare solo il fatto

²⁵ Cass. Civ., sez. lav, 21 novembre 1998, n. 11805.

²⁶ “La violazione di cui alla legge n. 1369/1960 presuppone che tra il lavoratore ed il soggetto che si avvale della interposizione sussista un rapporto di lavoro subordinato e pertanto non è configurabile ove tale presupposto manchi per essere il rapporto (tra lavoratore ed il soggetto pretesamente interposto) di lavoro autonomo”; Trib. Como, 21 febbraio 1998 in *Or. Giur. Lav.* 1998, pag. 71.

²⁷ RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro: Circ. Min. Lav. N. 3/2004, D.M, 5 maggio 2004*, IPSOA, 2004.

oggettivamente interpositorio insorto in qualunque momento e non occorre indagare sull'esistenza di un intento in frode alla legge.

Per rilevare l'illiceità delle relazioni che si instauravano, la giurisprudenza aveva adottato degli indici rivelatori (alcuni dei quali oggi ancora in uso in tema di appalti illeciti) come la mancanza di un'organizzazione tecnica ed economica in capo all'appaltatore, la mancanza dell'esercizio del potere direttivo da parte dell'appaltatore, l'utilizzo di attrezzature e capitali forniti dall'appaltante, lo svolgimento di mansioni da parte dei lavoratori appaltati che afferiscono a quelle tipiche dei dipendenti diretti ed il patteggiamento di un corrispettivo basato sulle ore di lavoro necessarie e non sul risultato dell'opera o servizio resi. Qualora fosse stata appurata la violazione del divieto, la sanzione per appaltante ed appaltatore²⁸ consisteva nella pena dell'ammenda di 5 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione, secondo quanto disposto all'art. 2 della suddetta legge. Inoltre, il sistema di garanzia prevedeva sanzioni anche civili, come l'imputazione del rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore ogni qual volta, in una fattispecie interpositoria, si fosse configurato un vincolo di subordinazione riconducibile di fatto all'effettivo utilizzatore, e non allo pseudo-appaltatore, il quale diveniva mero datore "formale", sulla base che tale negozio fosse stato concluso con la finalità di eludere la normativa lavoristica allo scopo di mettere in atto forme di sfruttamento parassitario della forza lavoro²⁹.

²⁸ Il reato, essendo dei "plurisoggettivi propri", comportava una pena in capo ed entrambi i soggetti autori dell'illecito. Inoltre, per meglio comprendere la natura del reato in oggetto, si precisa che questo è qualificato come un reato "contravvenzionale permanente" in cui cioè l'agente commette un'offesa ad un bene giuridico tutelato dall'ordinamento, la quale si protrae nel tempo per effetto di una condotta persistente e volontaria e come un reato di "pericolo", in cui l'offesa consiste nella messa in pericolo del bene giuridico, e di conseguenza, la tutela penale risulta anticipata. MARINUCCI G, DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Giuffrè editore, Milano, 2015.

²⁹ LAMBERTI M. E MERCURIO R., *La Somministrazione di Lavoro: Normativa. Organizzazioni e profili di tutela*, Giappichelli editore, Torino, 2014.

In realtà, la legge n. 1369/1960, non escludeva totalmente la liceità degli appalti, dal momento che i c.d. appalti *interni*, considerati relativi al ciclo produttivo dell'appaltante, venivano ammessi. Tuttavia, appaltante e appaltatore erano responsabili in solido per la corresponsione ai lavoratori di una retribuzione minima e di un trattamento normativo almeno pari a quello previsto per i dipendenti dell'appaltante; oltretutto, affinché potesse aversi liceità dell'appalto, occorreva rilevarne la genuinità stessa, comprovata dall'esistenza di una organizzazione dei mezzi e della gestione a proprio rischio da parte dell'appaltatore.

Al fine di adeguarsi alle esigenze in termini di flessibilità della struttura organizzativa delle aziende, le quali sono spinte ad esternalizzare parti del processo produttivo e a concentrarsi sul proprio *core business*, la Giurisprudenza italiana ha tentato di interpretare in modo più flessibile i divieti di interposizione e, quindi, di ritenere leciti anche appalti corrispondenti ad attività *core*, a patto che queste ultime fossero condotte in maniera autonoma dall'appaltatore stesso³⁰.

Tale processo intrapreso dalla Giurisprudenza, fu completato dalla legge del 24 gennaio 1997, n. 196 (il c.d. pacchetto Treu), che introdusse per la prima volta la dissociazione datoriale e la fattispecie del lavoro interinale, contemplando così la possibilità di una coesistenza di un datore di lavoro e di un diverso utilizzatore delle prestazioni³¹.

Con tale legge si formalizzano le caratteristiche strutturali dell'istituto e viene delineato l'ambito operativo delle società di fornitura di lavoro temporaneo in Italia. In effetti, gli artt. 1-11 della stessa, "disciplinavano l'ipotesi di una sintesi contrattuale da cui scaturisce un rapporto di lavoro di tipo flessibile, nell'ottica di una espressa flessibilità del lavoro, che vede

³⁰ MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.

³¹ In realtà, già l'art. 13 del d.l. 5 gennaio 1993 n. 1, aveva rappresentato un'esperienza minima del lavoro in affitto, introducendo il suddetto rapporto nel settore del terziario e nei limiti delle qualifiche medio-alte.

come protagonisti tre soggetti distinti in ambito formale e sostanziale³²: un'impresa fornitrice, ovvero l'agenzia di lavoro temporaneo, autorizzata dal Ministero del Lavoro ed in possesso dei requisiti previsti dalla legge, la quale è titolare del rapporto di lavoro e tenuta quindi all'assunzione, al pagamento della retribuzione e al versamento dei contributi previdenziali e dei premi INAIL, del lavoratore; il prestatore di lavoro temporaneo, titolare di un contratto di distacco sulla base del quale svolgeva le proprie mansioni per un soggetto diverso dal datore di lavoro, il quale mantiene però su di lui il potere disciplinare e l'impresa utilizzatrice, ovvero l'azienda che si avvale di forza lavoro temporanea ed è titolare del contratto commerciale (d'appalto), stipulato con l'Agenzia, sulla cui base provvede al rimborso degli oneri sostenuti da quest'ultima.

Già il lavoro interinale, quindi, presupponeva l'esistenza di due rapporti obbligatori, dati cioè dal *contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*³³ che si instaurava tra l'Agenzia e l'azienda ed il *contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, che poteva essere stipulato a tempo determinato o indeterminato, tra il lavoratore e l'impresa fornitrice.

La legge si occupava poi di dettare divieti³⁴ alla stipula del contratto commerciale di fornitura, nei casi espressamente previsti all'art. 1, c. 4 e di disciplinarne la forma ed il

³² RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro: Circ. Min. Lav. N. 3/2004, D.M. 5 maggio 2004*, IPSOA, 2004, pag. 141.

³³ Ai sensi dell'art 1, comma 2 della legge n. 196/1997, il contratto di fornitura di lavoro temporaneo può essere concluso: a) nei casi previsti dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi; b) nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali; c) nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti, fatte salve le ipotesi di cui al comma 4.

³⁴ Ai sensi dell'art. 1, c. 4, era vietata la fornitura di lavoro temporaneo: a) per le qualifiche di esiguo contenuto professionale, individuate come tali dai contratti collettivi nazionali della categoria di appartenenza dell'impresa utilizzatrice, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi; b) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; c) presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i dodici mesi precedenti, a licenziamenti collettivi che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce la fornitura, salvo che la fornitura avvenga per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto; d) presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce la fornitura; e) a favore di imprese che non dimostrano alla Direzione provinciale del lavoro di aver effettuato la valutazione dei

contenuto all'art 1 c. 5, oltre che a stabilire quali fossero i requisiti richiesti in capo all' Agenzia, che rendevano lecito lo svolgimento dell'attività di fornitura. Per quanto riguarda il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, ossia il contratto di lavoro subordinato tra impresa fornitrice e lavoratore, forma ed elementi obbligatori venivano disciplinati all'art. 3 della stessa legge.

In tale contesto tuttavia, occorre evidenziare la permanenza del divieto di interposizione, il quale continuava ad avere un ruolo di assoluta preminenza nell'ordinamento giuslavoristico italiano³⁵, come la stessa legge confermava richiamando la l. n. 1369 del 1960 in riferimento al sistema sanzionatorio.

In particolare, essa veniva applicata integralmente in tutti i casi in cui si rinvenivano delle violazioni in ambito al lavoro interinale, quale ad esempio la mancata iscrizione all'Albo o l'insussistenza dei requisiti richiesti in capo all'Agenzia. Così infatti, secondo quanto precisato dalla Suprema Corte³⁶, “la legge n. 1360/60 non è stata abrogata dalla legge n. 196 del 24 giugno 1997 in materia di promozione dell'occupazione, la quale, nell'introdurre il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo nei casi espressamente previsti, ne ha espressamente richiamato all'art. 10, le norme sanzionatorie per l'inosservanza dei requisiti soggettivi dei fornitori delle prestazioni di lavoro e delle disposizioni intese ad allineare lo schema del nuovo contratto alle garanzie previste in favore dei lavoratori in tema di rapporto di lavoro dipendente”.

rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni.

³⁵ RAUSEI P. «Limiti del divieto di interposizione. Lavoro interinale e appalto di manodopera», in *Dir. Prat. lav.*, n. 47, 2002.

³⁶ Cass. Pen., sez. III, 23 dicembre 1998.

Dunque, il reato di interposizione di cui all'art. 1 l. n. 1369/1960 si configurava ancora, ad esempio negli appalti, ogni qualvolta in cui la ditta appaltatrice finiva per realizzare un mero appalto di manodopera, che era (ed è) vietato, fornendo solo prestazioni lavorative senza provvedere all'organizzazione dei mezzi necessari per lo svolgimento dell'opera o servizio. Ne deriva che, in tali situazioni, si ricade nello stesso reato compiuto da un'Agenzia che non sia in possesso dei requisiti necessari, in quanto si rileva la mancanza in capo alla ditta appaltatrice e fornitrice di manodopera, della necessaria qualifica di imprenditore autorizzato e, dunque di soggetto iscritto all'Albo.

Analogamente, nell'ambito di un contratto di fornitura occorre, affinché non venisse realizzato un fenomeno interpositorio illecito, indagare sull'effettivo potere direttivo da parte dell'imprenditore utilizzatore, verificando che l'esercizio dello stesso avesse trovato reale copertura nel contratto di fornitura. Ed ancora, era necessario verificare che l'azienda che si avvaleva di lavoratori temporanei, non avesse detenuto partecipazioni, anche indirette, nel capitale dell'impresa autorizzata, incorrendo diversamente nella presunzione assoluta prevista all'art 1, comma 3, l. n. 1369/1960.

Anche le mansioni svolte effettivamente dai lavoratori "in affitto", potevano essere solo quelle previste dai due contratti che regolavano il rapporto. Non doveva rilevarsi, un vincolo di natura subordinata tra l'azienda utilizzatrice ed il lavoratore, il quale rappresenta il fulcro dell'interposizione. Ciò trovava effettivo riscontro nei poteri datoriali: nell'appalto illecito di manodopera questi sono esercitati dal finto committente, mentre nel lavoro interinale (ed oggi nella somministrazione), il potere datoriale era scisso in due differenti aspetti. L'impresa fornitrice continuava ad avere il potere disciplinare, mentre all'impresa utilizzatrice spettava il

potere direttivo che si concretizzava nel dare istruzioni allo scopo di far eseguire correttamente la prestazione.

Dunque, occorre accertare i fatti alla luce del principio della “concreta occupazione”, non essendo sufficiente il rispetto delle norme della l. n. 196/1997 a garantire l’effettiva legalità dello svolgimento, a livello operativo, del rapporto lavorativo secondo i criteri suesposti.

Ad ogni modo, la l. n. 196/1997 rappresentò, secondo la dottrina, una deroga eccezionale e condizionata alla legge n. 1369/1960, atta a delimitare i confini entro i quali l’attività di fornitura mantenesse la propria sfera di liceità, anche se, in quella circostanza rimase limitata a situazioni temporanee ed a casi espressamente previsti dalla legge.

Successivamente, con la legge del 22 dicembre del 1999 n. 488, vennero eliminati due limiti di operatività per la fornitura di lavoro; nei settori dell’edilizia e dell’agricoltura³⁷, venne consentito il ricorso al lavoro interinale per le mansioni impiegate ed inoltre fu concesso l’utilizzo dell’istituto anche per lavoratori privi di significative professionalità. Tale ultima possibilità permise così di sottolineare la funzionalità della fornitura di lavoro temporaneo nel collocare categorie di lavoratori che necessitano maggiormente dell’intervento esterno di un’Agenzia e di ripristinare un’evidente conformità alle norme europee e comunitarie in materia. Questi furono anche chiari segnali anticipatori di una tendenza riformista che si consolidò in seguito con l’emanazione del d.lgs. n. 276/2003.

In effetti, il non rispetto dei limiti di temporaneità e di straordinarietà, unitamente ad un incremento notevole dei costi ed ai problemi relativi alla gestione del personale eterogeneo,

³⁷ Dapprima tale ricorso era consentito solo se previsto da apposite intese sindacali. RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro: Cirv. Min. Lav. N. 3/2004, D.M. 5 maggio 2004*, op. cit.

condussero il legislatore ad un profondo riesame dell'istituto del lavoro interinale, che portò alla sua completa abrogazione nel 2003 con la Legge Biagi.

Tale rivisitazione si collocava nell'ambito di un progetto avviato dal professor Biagi, all'epoca consulente del Ministero del lavoro, il quale era terminato con la pubblicazione del c.d. Libro Bianco, in cui egli poneva l'accento sull'esigenza sentita di una riforma del mercato del lavoro e delle diverse tipologie contrattuali flessibili, fondamentali per incentivare l'occupazione. Riportando nuovamente alcuni passaggi del Libro Bianco del 2001, risulta infatti che l'obiettivo principale richiamato era la "promozione di azioni funzionali al rapido innalzamento del tasso di occupazione³⁸" ed anche la creazione di una situazione di piena occupabilità, intesa quale possibilità estesa a tutti, di essere messi in condizione di trovare lavoro.

Le problematiche rilevate attenevano ad un inefficiente incontro tra domanda ed offerta di lavoro, alla presenza di alte barriere all'accesso imposte ai soggetti privati nel collocamento di manodopera ed alla mancanza di un adeguato sistema informativo aperto e trasparente accessibile da operatori (pubblici e privati), lavoratori e imprese.

Va però precisato che la riforma, prima di conseguire forza di legge, ha dovuto vivere un periodo non breve di "gestazione"³⁹, avendo dovuto superare l'ostilità di coloro che vedevano in essa una potenziale violazione delle tutele dei lavoratori, specialmente a causa della presenza di una normativa che mirava a modificare l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (l. n. 300/1970).

Punto di svolta si ebbe nel 2003 con la sottoscrizione di un Patto tra il Governo e i sindacati (che oltretutto segnò la rottura dell'alleanza sindacale, con la CGIL da una parte e la CISL e la

³⁸ Libro Bianco paragrafo 1.1.1 intitolato "Coordinamento aperto per l'occupazione".

³⁹ CIOFFI M., *Prime osservazioni. La riforma del mercato del lavoro*, Buffetti editore, 2003.

UIL dall'altra, in quanto la prima non aveva firmato l'accordo), cui seguì appunto, nel settembre dello stesso anno, l'emanazione del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, attuativo della l. 14 febbraio 2003 n. 30. Lo scopo della "Riforma Biagi" fu quello di favorire la flessibilità del mercato del lavoro in Italia, cercando di migliorarne dinamicità ed efficienza, incentivando politiche attive per il lavoro, sostenendo la reale riduzione del tasso di disoccupazione e definendo anche gli strumenti capaci di facilitare l'inserimento dei giovani nel mondo del lavoro, ponendo un'attenzione particolare sulle parti sociali più deboli, come le donne ed i soggetti cd. svantaggiati.

Importante punto svolta e cambiamento, fu la definizione del comparto delle Agenzie per il lavoro, delineato dalla legge di delega, che marcò una frattura con il passato, anche per quanto riguarda l'istituzionalizzazione dei servizi privati per l'impiego. Tale legge, come intuibile dallo spirito dei criteri direttivi di cui all'art. 1 della stessa, fece per sostituire integralmente la disciplina del lavoro interinale, poiché oltre all'eliminazione espressa di determinate norme, veniva specificato che sarebbero state oggetto di abrogazione tutte le disposizioni "anche se non espressamente indicate nelle lettere da a) a n), che sono direttamente o indirettamente incompatibili con i decreti legislativi emanati ai sensi del presente articolo"⁴⁰.

Gli elementi di grande rilievo, apportati dalla riforma consistettero innanzitutto, nell'abrogazione definitiva del divieto di intermediazione e interposizione e nella modifica della denominazione delle società che somministrano manodopera, le quali passarono da "Società di fornitura di Lavoro Temporaneo" alle attuali "Agenzie per il Lavoro" e della terminologia della fattispecie da "lavoro interinale" al "lavoro in somministrazione", e nell'eliminazione

⁴⁰ Legge 14 febbraio 2003, n. 30, "Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 47 del 26 Febbraio 2003, art. 1, c.2 *lett. o.*

dell'esclusività dell'oggetto sociale a seguito della quale le Apl poterono operare sul mercato, differenziando la propria offerta di servizi. In effetti, oltre alla somministrazione di lavoro esse possono operare nel campo della formazione, dell'*outplacement* e della ricerca e selezione.

Infine, ulteriore ed importante elemento di novità fu l'introduzione del contratto di somministrazione a tempo indeterminato, anche detto di *staff leasing*, che consentì alle imprese di poter contare sulla fornitura di prestazioni lavorative da parte di un terzo soggetto, senza dover sottostare a limiti temporali.

Il provvedimento in esame si diresse verso una più sentita liberalizzazione del mercato del lavoro italiano, conservando ben saldi però alcuni obblighi e limiti all'utilizzo della somministrazione, come la garanzia di tutela dei diritti per il lavoratore previsti dallo Statuto dei Lavoratori e il divieto di utilizzo per la sostituzione di lavoratori in sciopero.

Vale la pena sottolineare che, nonostante l'abrogazione espressa della legge n. 1369/1960, il legislatore non ha eliminato dal nostro ordinamento il generale divieto di interposizione. Dalla lettura dei criteri direttivi della legge di delega, si evince infatti, che il Governo avrebbe dovuto abrogare la legge sul divieto di interposizione e prevedere "una nuova disciplina basata sulla ammissibilità della somministrazione di lavoro, anche a tempo indeterminato, esclusivamente da parte di soggetti a ciò autorizzati, confermando parallelamente, la sanzionabilità dell'interposizione illecita, intesa quale appalto non genuino o somministrazione abusiva, ribadendo l'identico previgente regime sanzionatorio, civilistico, e penalistico⁴¹".

Dunque, la persistenza del divieto si deduce, in *primis*, considerando che solo soggetti autorizzati sono legittimati all'attività di somministrazione ai sensi dell'art. 18 del citato decreto, ed in secondo luogo da alcune disposizioni contenute nello stesso, il cui mancato rispetto

⁴¹ RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro: Circ. Min. Lav. 3/2004, D.M. 5 maggio 2004*, op. cit.

integra una fattispecie di somministrazione illecita e comporta l'applicazione di una sanzione (civile, penale e/o amministrativa). Il reato di cui all'art. 18 si configurava non solo nel caso di Agenzia non in possesso dei requisiti richiesti, ma anche come reazione generale ad ogni ipotesi di interposizione illecita⁴². In merito dunque alla scelta logico-giuridica tra *abolitio criminis* o successione di leggi penali nel tempo, occorre propendere per la seconda poiché le fattispecie illecite previste dalla l. n. 1369/1960, mantengono la loro natura illecita anche durante la vigenza del d.lgs. 276/2003⁴³.

Da un punto di vista economico, la riforma funse da motore per il settore delle Agenzie tanto che, avendo riguardo ai dati disponibili per gli anni immediatamente successivi alla riforma, il numero delle Apl è cresciuto notevolmente fino al 2006 per poi diminuire nel 2008. Lo stesso *trend* si rilevò per il fatturato, la cui crescita fino al 2008 è stata poi interrotta da una drastica discesa nel 2009 e per il numero di filiali e di dipendenti interni delle Agenzie che aumentarono fino al 2008, per diminuire poi con il sopraggiungere della crisi economica.

La legge Biagi tuttavia, in termini puramente quantitativi, non ha avuto il risultato auspicato. È interessante sottolineare, in merito, che la quota di fatturato inerente ai servizi "aggiuntivi" sia stata in termini percentuali poco rilevante e che non abbia mostrato di aumentare durante il periodo considerato. In effetti, le Agenzie hanno recepito con molta prudenza l'opportunità di proporre servizi differenti alle aziende clienti, privilegiando di fatto la maggior semplicità e l'esclusività della somministrazione.

⁴² Differentemente, il testo delegato sarebbe stato costituzionalmente illegittimo per distorsione dei principi di delega di cui all'art 1., c. 2 *lett* m, legge n. 30 del 2003.

⁴³ La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che si tratta di abolizione e non di successione di leggi penali "quando la nuova configurazione della fattispecie considerata esclude la rilevanza penale di fatti che in precedenza costituivano reato". RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro: Circ. Min. Lav. 3/2004, D.M. 5 maggio 2004*, op. cit.

Rilevante fu invece la definizione della nuova organizzazione del settore delle Apl in Italia e della determinazione di una cornice regolativa finalizzata al buon andamento ed al corretto funzionamento del comparto; pertanto in tale ottica, fondamentale è stata la predisposizione di un regime unico autorizzatorio necessario all'abilitazione dei soggetti privati per lo svolgimento delle attività da quel momento concesse, mediante l'istituzione di un unico Albo delle Agenzie per il Lavoro tenuto (al tempo della riforma) dal Ministero del Lavoro.

Per quanto attiene alla disciplina dei rapporti giuridici tra le parti, il d.lgs. n. 276/2003 ha riscritto (pur ricalcando in parte la l. n. 196/1997) la fattispecie della somministrazione, la quale si pone in essere mediante la sottoscrizione di due contratti: un contratto di somministrazione fra l'agenzia e l'utilizzatore (a termine o a tempo indeterminato) e un contratto di lavoro subordinato, a tempo determinato o indeterminato, fra l'agenzia ed il lavoratore.

Volendo porre l'attenzione sul contratto commerciale di somministrazione, si rileva che nella tipologia a termine (secondo lo schema già previsto per il contratto di fornitura temporaneo), ad opera del decreto legislativo n. 276/2003, sono state sostituite le causali legittimanti la fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, con una clausola di più ampia portata, secondo la formulazione data dalle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore"⁴⁴. La norma faceva esplicito riferimento a quella dell'art. 1, del d.lgs. n. 368/2001, sul lavoro a termine; le ragioni di carattere tecnico, produttivo o organizzativo, ovvero le reali esigenze oggettivamente riconducibili ai bisogni dell'impresa, oppure i motivi di carattere sostitutivo, facevano riferimento a quelle dell'impresa utilizzatrice, ed il "collegamento tra i due negozi si esplicitava

⁴⁴ Art. 20, comma 4 d.lgs. 276/2003.

dunque attraverso il recepimento da parte dell'agenzia, delle giustificazioni indicate nel contratto commerciale dall'utilizzatore"⁴⁵.

In merito ai limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato, analogamente alla normativa sul lavoro a tempo determinato, essi erano individuati dalla contrattazione collettiva nazionale.

Per quanto riguarda la seconda tipologia, si sottolinea che la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato non fu introdotta in modo indiscriminato, ma al contrario furono specificati casi tassativi dal legislatore, accanto a "tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative"⁴⁶.

Relativamente all'altro aspetto di novità introdotto dalla Riforma, si evidenzia un chiaro apprezzamento del legislatore per la polifunzionalità delle Apl, che trova riscontro anche nella sostituzione del requisito dell'oggetto sociale che da esclusivo divenne prevalente⁴⁷. Da tale momento, le agenzie di somministrazione di lavoro, in possesso di autorizzazione, sono automaticamente abilitate anche a svolgere tutti gli altri tipi di servizi per l'impiego, quali l'attività di mediazione fra la domanda e l'offerta di lavoro, la ricerca e la selezione del personale ed il supporto alla ricollocazione professionale, mentre le Agenzie di intermediazione hanno la facoltà di operare nell'area della ricerca e selezione del personale e del supporto alla ricollocazione professionale⁴⁸.

⁴⁵ FRANZA G., POZZAGLIA P., *IL DECRETO DIGNITÀ, Commento alle norme lavoristiche*, Giappichelli editore, Torino, 2018, pag. 52.

⁴⁶ Art. 20, comma 3 d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁷ Art. 5, c. 2 lett. f, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁸ Sul punto, la Circolare n. 25/2004 precisa che si tratta di una facoltà, «il che non significa che tali Agenzie siano obbligate a svolgere anche le attività per le quali sono automaticamente autorizzate, esse sono semplicemente legittimate a svolgerle».

Quanto agli effettivi risvolti sull'istituto, la somministrazione a tempo determinato, decollò a seguito della riforma, mentre lo stesso non si poté dire per la variante a tempo indeterminato che fu abolita, inizialmente dall'art. 1, comma 46 della legge 24 dicembre n. 247 del 2007, per essere successivamente reintrodotta dalla legge 23 dicembre 2009 n. 191.

In effetti, con il Governo Prodi (a partire dal 2006) si è assistito ad un'attenuazione della volontà di liberalizzare il mercato del lavoro. L'abolizione dello *staff leasing* fu in realtà quasi simbolica, poiché tale tipologia contrattuale era impiegata da un numero ristretto di agenzie ed aveva riguardato poche migliaia di somministrati nel nostro Paese. Le modifiche apportate da tale governo non incisero profondamente sull'istituto della somministrazione, a differenza di quanto si occupò di fare il quarto Governo Berlusconi⁴⁹, che riprese il percorso avviato da Biagi, volto ad una maggiore "apertura" dei contratti di assunzione.

Gli sviluppi del settore furono, in quel contesto, influenzati dalla crisi economico-finanziaria mondiale che avendo portato ad un crollo della domanda causò un turbamento nel comparto delle agenzie, testimoniato da una vera e propria inversione di tendenza nel 2008, in quanto, da una condizione di crescita progressiva si passò ad una significativa contrazione del fatturato, che ebbe l'effetto di eliminare totalmente il forte sviluppo del triennio precedente.

Alla fine del 2009, il Parlamento, con la legge n. 191 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato"), con l'intento di contrastare la forte crisi, approvò una serie di provvedimenti per potenziare il ruolo delle Apl. Le strategie si mossero lungo tre linee d'azione principali, di cui la prima fu quella di ridare un ruolo importante alle agenzie

⁴⁹ Nel Governo Berlusconi, l'allora Ministro del Lavoro era Maurizio Sacconi, il quale aveva partecipato alla redazione del Libro Bianco nel 2001 insieme a Marco Biagi.

nelle *active policy* di lavoro, attribuendo funzioni di ricollocazione dei lavoratori svantaggiati⁵⁰ e introducendo il principio di “acasualità” nella stipula del contratto di somministrazione per i lavoratori che usufruiscono dell’istituto della mobilità.

Con la seconda linea d’azione si propose di eliminare una serie di condizioni di miglior favore del contratto a termine rispetto a quello determinato in somministrazione, avvicinando le due fattispecie con l’equiparazione dei divieti previsti all’uso dei due istituti.

In ultimo, altro obiettivo prefissato fu quello di ripotenziare il carattere polifunzionale delle agenzie reintroducendo lo strumento dello *staff leasing*⁵¹, favorendo così anche l’integrazione economica tra aziende.

A seguito della Riforma Biagi gli interventi legislativi più rilevanti nell’ambito della somministrazione di lavoro sono stati il d.lgs. 2 marzo 2012 n. 24, attuativo della Direttiva comunitaria 2008/104 CE e la Riforma Fornero (legge 28 giugno 2012, n. 92).

Un elemento di importante novità consisté nella previsione all’art. 4, comma 1, *lett. “c”* del d.lgs. n. 24/2012, ai sensi del quale è stato possibile ricorrere alla somministrazione a tempo determinato senza il bisogno di dover specificare le motivazioni di tipo tecnico, organizzativo o produttivo in riferimento all’assunzione di alcune categorie di lavoratori e nei casi stabiliti

⁵⁰ È definito “lavoratore svantaggiato” chiunque rientri in una delle seguenti categorie: 1) chi non ha un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; 2) chi non possiede un diploma di scuola media superiore o professionale; 3) I lavoratori che hanno superato i 50 anni di età; 4) gli adulti che vivono soli con una o più persone a carico; 5) i lavoratori occupati in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato; 6) i membri di una minoranza nazionale all’interno di uno stato membro che hanno necessità di consolidare proprie esperienze in termini di conoscenze linguistiche, di formazione professionale o di lavoro, per migliorare le prospettive di accesso ad un’occupazione stabile.

⁵¹ Se ne introdusse, innanzitutto, l’ammissibilità nella totalità dei settori produttivi, sia pubblici che privati, al fine di eseguire servizi di cura e di assistenza all’individuo e di sostegno alla famiglia; secondariamente, si prevede l’estensione ai contratti collettivi nazionali, aziendali e territoriali della possibilità stabilire i casi di ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato, oltre a quelli definiti dalla legge.

dai contratti collettivi⁵². L'intento posto alla base di tale possibilità era quello di agevolare l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro, tramite la somministrazione a soggetti che incontrano maggiore difficoltà⁵³.

Con la Legge Fornero inoltre, venne meno l'obbligo di indicare la causale qualora si trattava di prima missione di un lavoratore assunto con contratto somministrazione a tempo determinato di durata non superiore ai 12 mesi, anche comprensivi di proroga⁵⁴.

Le legge appena menzionata ha anche provveduto a modificare quanto già disciplinato dal d.lgs. n. 368/2001 sul rapporto a termine, diretto non in somministrazione, con il medesimo datore di lavoro, che ha per oggetto pari mansioni, stabilendo che la durata non avesse potuto superare il limite dei 36 mesi, considerando anche le proroghe e i rinnovi, a prescindere dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro. Nel computo dei 36 mesi occorre considerare anche i contratti di somministrazione⁵⁵ stipulati a partire dal 18 luglio 2012; superato tale limite, all'azienda era concesso solo stipulare contratti di somministrazione, come chiarito in risposta al quesito di Assolavoro, con interpello del Ministero del Lavoro n. 32/2012⁵⁶. Il vincolo dei 36 mesi non trovava applicazione nel caso in cui nel periodo

⁵² Tali categorie di soggetti sono: a) soggetti disoccupati percettori dell'indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti normali o ridotti, da almeno sei mesi; b) soggetti comunque percettori di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno sei mesi. Resta comunque fermo quanto previsto dei commi 4 e 5 dell'articolo 8 del decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 1988, n. 160; c) lavoratori definiti "svantaggiati" o "molto svantaggiati" ai sensi dei numeri 18) e 19) dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008. Essi inoltre sono esentati dal computo dei limiti quantitativi di utilizzo della somministrazione a tempo determinato eventualmente stabiliti dai contratti collettivi nazionali.

⁵³ Il venir meno della necessità delle ragioni giustificatrici si va ad aggiungere al primo caso di a-casualità prevista in caso di assunzione in somministrazione provenienti da liste di mobilità come previsto dalla citata legge n. 191/2009.

⁵⁴ Deroghe oggettive alla clausola di cui all'art. 20 c. 4 del d.lgs. 276/2003 vennero in realtà introdotte già dall'art. 8 del d.lgs. n. 138/2011 che ha permesso ai c.d. "contratti di prossimità" di derogare ai contratti collettivi nazionali di lavoro ed alla stessa legge, nell'ambito dei casi di ricorso alla somministrazione.

⁵⁵ Secondo quanto chiarito dalla Circolare Ministeriale del 18 luglio 2012.

⁵⁶ "[...] alla luce delle considerazioni sopra svolte, in risposta al quesito avanzato, si ritiene dunque che un datore di lavoro, una volta esaurito il periodo massimo di trentasei mesi, possa impiegare il medesimo lavoratore ricorrendo alla somministrazione di lavoro a tempo determinato"; Interpello n. 32 del 19 ottobre 2012.

considerato, vi fossero stati solo contratti di somministrazione, operando in tal caso il contatore previsto dal CCNL di categoria delle Apl.

L'elevata instabilità politica ed il susseguirsi di governi che hanno caratterizzato gli anni poco successivi hanno portato con sé una serie di norme e di leggi tese a riformare in modo più o meno radicale il mercato del lavoro in Italia. Il 21 Marzo 2014 è infatti entrato in vigore il decreto legge n. 34/2014, "Decreto Poletti", convertito in legge n. 78/2014. Tale provvedimento non ha variato l'organizzazione e la struttura delle Apl, il cui regolamento rimane ancora disciplinato dal d.lgs. n. 276/2003, ma diversamente ha modificato in più punti, l'impianto Biagi nella parte relativa ai contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, prevedendo all'art. 1, anche per la somministrazione, la scomparsa dalla causale e quindi il cosiddetto regime di acausalità. A seguito di tale eliminazione, nella somministrazione a tempo determinato così come nel contratto di lavoro subordinato a termine, non occorre più le condizioni giustificatrici dapprima previste.

Oltretutto, a differenza di quanto introdotto per il contratto a tempo determinato diretto, in merito a un "tetto" massimo del 20% dei lavoratori a tempo indeterminato, in forza presso l'azienda al 1° gennaio dell'anno di stipula del contratto, ciò non accadeva nella somministrazione che rimaneva vincolata ai soli limiti eventualmente indicati dalla contrattazione collettiva⁵⁷.

Inoltre, in relazione ai soli contratti in somministrazione, stipulati a partire dal 21 marzo 2014, è stato fissato un contatore di 36 mesi "acausali" in capo all'Agenzia, conteggiati a

⁵⁷ Era esente da tale limite di contingentamento anche l'assunzione "acausale" di categorie particolari di lavoratori (svantaggiati, percettori di ammortizzatori sociali, soggetti individuati dai contratti collettivi ai sensi del d.lgs. n. 24/2012, lavoratori in mobilità ai sensi della legge finanziaria 2010), l'assunzione causale di personale per la sostituzione di lavoratori assenti e quella realizzata tramite contratti stagionali.

prescindere dagli utilizzatori e dai tipi di mansioni assegnate, come forma di controbilanciamento del venir meno delle ragioni giustificatrici.

I cambiamenti normativi successivi si sono inseriti in un contesto di riforma più ampio che ha riguardato l'intero insieme delle assunzioni in Italia e che ha coinvolto anche l'istituto in esame, basandosi su un differente principio di contrattualizzazione della forza lavoro. La legge delega 10 dicembre 2014 n. 183, che dà avvio ad una serie di provvedimenti legislativi emanati nell'ambito di una riforma del diritto del lavoro, racchiusa informalmente sotto il nome di *Jobs Act*, infatti, si propone di “rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione” e di “riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo⁵⁸”.

In attuazione, il d.lgs. n. 81/2015 ha riformulato la disciplina della somministrazione di lavoro, oggi contenuta negli artt. 30-40 e nell'art. 55, comma 1 lett “d”, abrogando quella previgente. Il nuovo disegno, si allontana dal tipico “disvalore” ascritto all'istituto, favorendo un diverso approccio, atto a considerarlo invece quale strumento diretto a facilitare la creazione di occasioni di lavoro, che in certi casi possono divenire forme di impiego durature e stabili⁵⁹.

La dottrina ha sottolineato, in tale quadro legislativo, la volontà dell'ordinamento nel rimuovere le riserve e l'atteggiamento sospettoso nei confronti dei fenomeni interpositori, evidenziando alcuni indizi sintomatici di tale cambiamento, quali: l'eliminazione delle “condizioni di liceità”, punto fermo della precedente disciplina; una maggior differenziazione tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro somministrato, la generale ammissibilità

⁵⁸ Art 1, c. 7, l. n. 183/2014.

⁵⁹ CARINCI F., ZILIO GRANDI G., *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto I*, ADAPT University Press, 2014.

dello *staff leasing* e la definitiva acausalità dei contratti di somministrazione a tempo determinato, tagliando per questi ultimi ogni possibile correlazione con la necessaria temporaneità delle esigenze, la sincronizzazione tra la durata indeterminata della somministrazione e quella del rapporto di lavoro collegato e la possibilità di conteggiare i lavoratori somministrati, per missioni di durata almeno pari a dodici mesi, nella quota di riserva stabilita per i lavoratori disabili⁶⁰.

Il d.lgs. in questione, segnava anche un'altra significativa differenza con il passato, data dall'abrogazione della somministrazione fraudolenta (oggi reintrodotta dal Decreto Dignità)⁶¹.

Anche il sistema sanzionatorio mosse in questa direzione, non "incriminando" il meccanismo interpositorio in sé, ma volgendo a salvaguardare l'apparato garantistico di cui è messaggero la somministrazione di lavoro.

Il d.lgs. n. 81/2015 porta a termine la "progressiva liberalizzazione"⁶² intrapresa dal 2012; a tutti gli effetti le due tipologie di contratto di somministrazione vengono equiparate a seguito della scomparsa di tutte le cause giustificative prima richieste.

Rimane un regolamento diverso in ordine ai limiti quantitativi di somministrati utilizzabili⁶³, i quali nello *staff leasing* sono stabiliti legalmente nella misura del 20% del numero di lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore, mentre nel contratto di somministrazione a termine sono lasciati all'individuazione delle parti sociali⁶⁴, in riferimento ai CCNL applicati

⁶⁰ MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P., *I contratti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 155 ss.

⁶¹ FURLAN F., *La somministrazione di lavoro all'indomani del Job's Act*, in ZILIO GRANDI G., BIASI M., *Commentario breve alla riforma "Job's Act"*, Cedam, Padova, 2016.

⁶² BOLLANI A., *La somministrazione di lavoro liberalizzata (artt. 30-40, d.lgs. n. 81/2015)*, in MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P.A., *I contratti di lavoro*, op. cit.

⁶³ FILI V., RICCARDI A., *La somministrazione di lavoro*, in GHERA E., GAROFALO D., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Job's Act 2*, Cacucci, Bari, 2015.

⁶⁴ Tuttavia, in mancanza di specificazione dei limiti ad opera della contrattazione collettiva, secondo la dottrina poteva fungere da limite implicito l'art. 1 dello stesso decreto, con la conseguenza che i rapporti a tempo determinato in somministrazione devono stipularsi in misura comunque inferiore a quelli stipulati a tempo indeterminato, considerata la forma comune di rapporto di lavoro.

dall'utilizzatore, nel rispetto comunque dei casi di esclusione dal computo previsti dal legislatore⁶⁵.

In merito all'utilizzabilità della somministrazione a tempo indeterminato, il decreto specifica però una condizione di ammissibilità dello *staff leasing*, la quale sussiste solo se anche il relativo contratto di lavoro con l'Agenzia sia stipulato a tempo indeterminato. Ed infatti, la dottrina rileva che se l'esigenza sentita dall'azienda richiedente forza lavoro è a tempo indeterminato, anche il somministratore deve garantire stabilità al lavoratore, assumendolo a tempo indeterminato⁶⁶. Da tale principio si deduce che il legislatore vuole "circoscrivere il proprio sfavore per il lavoro a termine solo sul terreno dello *staff leasing*, imponendo l'assunzione a tempo indeterminato da parte del somministratore"⁶⁷.

Si rimanda al capitolo successivo per la definizione di tutta la disciplina dell'istituto, essendo contenuta negli articoli 30-40 del decreto in esame ancora attualmente in vigore, pur modificati in parte dalle ultime novelle introdotte dal d.l. n. 87/2018 (c.d. Decreto Dignità). Volendo riassumere il senso delle principali novità apportate da tale ultimo provvedimento, si noti che queste hanno invertito la tendenza fin quel momento seguita, sottoponendo il contratto di somministrazione a tempo determinato agli stessi irrigidimenti⁶⁸ legislativi previsti anche nelle altre tipologie contrattuali flessibili "dirette".

Si precisa che i nuovi limiti fanno riferimento alla reintroduzione della causale dopo i 12 mesi o comunque in caso di rinnovo ed al tetto massimo di durata pari a 24 mesi; inoltre il

⁶⁵ Come nella normativa precedente restano esclusi dal computo di tali limiti, per via della loro debolezza occupazionale, i lavoratori in mobilità, disoccupati che godono da almeno 6 mesi di trattamenti di disoccupazione o ammortizzatori sociali, lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati individuati con Decreto del ministero.

⁶⁶ Si rinviene in questo lo spirito del decreto che all' art. 1 sancisce: «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro».

⁶⁷ BOLLANI A., *La somministrazione di lavoro liberalizzata (artt. 30-40, d.lgs. n. 81/2015)*, in MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P.A., *I contratti di lavoro*, op. cit.

⁶⁸ DEL PUNTA R., *Diritto del Lavoro*, op. cit.

decreto riporta in vita l'abrogato istituto della somministrazione fraudolenta alla quale si rinvia all'ultimo capitolo per un'analisi specifica degli aspetti di novità ad essa relativi, degli effetti auspicati di quelli concretamente realizzati.

5. Le Agenzie per il lavoro rappresentano oggi, uno dei cardini del mercato del lavoro, assumendo il ruolo di promotori ed attori nell'incontro tra domanda ed offerta di lavoro e candidandosi propriamente anche quali datori di lavoro, attraverso l'attività della somministrazione.

Prima di trattare il regime autorizzatorio e gli specifici requisiti richiesti alle Apl, i quali possono variare in base all'attività prevalentemente svolta, appare necessario descrivere la struttura dell'albo nazionale cui fanno capo tutte le agenzie istituzionalmente abilitate ad operare. Come già ampiamente visto, una delle grandi novità della Riforma Biagi consisté nell'estensione delle attività facoltizzate, a fronte di un unico Albo nazionale di riferimento.

L'albo ministeriale di cui all' art. 2, c.1 della l. n. 196/1997 conteneva al suo interno solo le Agenzie di fornitura di lavoro temporaneo, che potevano svolgere l'unica attività nell'ambito della quale si circoscriveva la sfera di liceità, come deroga alla legge n. 1369/1960. Essendosi in seguito ampliato il margine di azione delle Apl, all'interno del quale sono divenuti possibili altri tipi di intervento che vanno dall'intermediazione, alla somministrazione ed alla ricollocazione della manodopera, l'Albo di cui tratta il d.lgs. n. 276/2003 è suddiviso in cinque sezioni, tante quante sono appunto le attività facoltizzate.

Il D.M. 23 dicembre 2003, nel dare attuazione alla subdelega normativa dell'anzidetto decreto individuò l'Albo come "Albo informatico delle Agenzie per il lavoro". Il fatto che sia stato qualificato come "informatico" non è di poco conto, dal momento che si rinviene in tale

caratterizzazione il passaggio della funzionalità dell'Albo che da sorta di “registro documentale”⁶⁹, è divenuto piuttosto una banca dati. Ciò ha permesso una più immediata consultabilità dello stesso⁷⁰, da parte di coloro che si rivolgono alle Agenzie, quindi sia dai lavoratori, sia dalle aziende, che possono verificare che l'autorizzazione ottenuta rispecchi l'effettiva attività svolta dall'Apl, e di conseguenza avere anche una valutazione dell'affidamento posto, ad esempio, nel contratto di somministrazione sottoscritto⁷¹ e quindi nel rapporto commerciale che si intende instaurare.

Anche nell'ottica del lavoratore, l'informatizzazione risponde all'esigenza di riscontrare le garanzie, anche patrimoniali, necessarie ai fini dell'autorizzazione, in ordine alla solvibilità dei crediti di lavoro spettanti al prestatore di manodopera.

Tutto fin qui rilevato si inserisce anche in un processo di semplificazione e trasparenza dei procedimenti della P.A., e di facilità di informazione, anche allo scopo di un diretto contrasto all'abusivismo.

Dunque, nonostante la mancanza della previsione del d.lgs. n. 276/2003 in ordine al carattere informatico dell'Albo, gli effettivi risvolti in termini di efficacia, rapidità e trasparenza delle informazioni, consentono di superare il rigore giuridico-normativo cui i provvedimenti ministeriali dovrebbero attenersi nell'attuare le rispettive deleghe. Inoltre occorre considerare che l'autorizzazione su cui si basava il Ministero del Lavoro, ed oggi l'ANPAL a seguito del d.lgs. n. 150/2015, è incentrata sulla prova documentale e certificatoria, atta a dimostrare la

⁶⁹ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op. cit.

⁷⁰ TIRABOSCHI M., SPATTINI S., *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in OLIVELLI P., TIRABOSCHI M., *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Fondazione «Marco Biagi», n. 5, Giuffrè, Milano, 2004.

⁷¹ Ad esempio, come si dirà in seguito, per appurare la validità di un contratto di somministrazione, occorre verificare l'iscrizione dell'Agenzia nella sezione I dell'Albo, riservata alle agenzie “generaliste”.

legalità dei requisiti e criteri richiesti agli operatori e che l'Albo è sottoposto a periodica trascrizione su base cartacea e ad un'archiviazione digitale che non consente modificazioni.

Come anticipato, il d.lgs. n. 150/2015 ha affidato la responsabilità e la tenuta dell'Albo all'Anpal⁷², la quale si occupa di realizzarlo in formato digitale e cartaceo, di curarne la conservazione e l'aggiornamento e di acquisire le richieste di iscrizione e la documentazione necessaria, e rilascia al ricorrere delle condizioni, il certificato di iscrizione. Pur nel silenzio della Circolare n. 25/2004, dato il potere di riconoscimento dell'autorizzazione in capo all'Anpal, ne deriva che anche il procedimento di verifica ed esame per l'accesso all'albo sia assegnato alla stessa che deve accertare la presenza di tutti i requisiti di cui agli articoli 4, 5 e 6 del d.lgs. n. 276/2003, i quali, pur a seguito della revisione ad opera del *Jobs Act* mantengono intatta la loro vigenza.

A seguito della riforma Biagi, l'esclusività dell'oggetto sociale non è più un obbligo per le Apl, le quali possono scegliere se specializzarsi in un particolare servizio o se svolgere contemporaneamente più attività ed operare come soggetti "polifunzionali".

Il decreto, ha istituito l'Albo, distinguendo cinque diversi tipi di Agenzie e associando ad ognuna di esse una specifica sezione: 1) Agenzie di somministrazione di lavoro "generaliste", abilitate allo svolgimento di tutte le forme di somministrazione a tempo determinato e indeterminato; 2) Agenzie di somministrazione di lavoro "specialiste", abilitate a somministrare lavoro a tempo indeterminato esclusivamente per una delle attività previste

⁷² È l'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro, con funzioni di coordinamento e di gestione sulle politiche attive del lavoro sviluppate su tutto il territorio nazionale, istituita con l'art. 4 del d.lgs. n. 150/2015. È posta sotto la vigilanza del Ministero del Lavoro che ne monitora obiettivi e corretta gestione delle risorse finanziarie. Al funzionamento di tale ente si è provveduto mediante le risorse umane, finanziarie e strumentali che erano disponibili alla legislazione vigente di quel periodo. Con il D.P.C.M. 13 aprile 2016, su proposta del Ministero del lavoro sono stati individuati i beni e le suddette risorse da trasferire dal Ministero del Lavoro e dall'ISFOL, all'ANPAL, specificando che al personale si fosse continuato ad applicare il CCNL dell'ente di provenienza. Le funzioni dell'organismo sono delineate all'art 9 del d.lgs. 150/2015.

dall'art 20, comma3; 3) Agenzie di intermediazione; 4) Agenzie di ricerca e selezione del personale e 5) Agenzie di supporto alla ricollocazione professionale.

Il D.M. 23 dicembre 2003 che ha provveduto a disciplinare l'articolazione dell'Albo, ha aggiunto tre sub-sezioni regionali, che vanno ad inserirsi quali sottosezioni delle rispettive sezioni "madre". Esse sono la sezione 3 sub-sezione regionale, riservata alle agenzie di intermediazione su base esclusivamente regionale, la sezione 4 sub-sezione regionale, riservata alle Agenzie di ricerca e selezione del personale su base esclusivamente regionale e la sezione 5, sub-sezione regionale, riservata alle Agenzie di supporto alla ricollocazione professionale su base esclusivamente regionale.

Volendo entrare nel dettaglio tali ultime tre sezioni contengono, oltre alla sottosezione dedicata alle autorizzazioni regionali, altre sottosezioni che si riferiscono al regime di autorizzazione particolare, all'autorizzazione *ope legis* e alla Gente di mare.

I soggetti che nel mercato del lavoro, possono agire quali "somministratori" sono solo le Apl che si collocano nelle prime due sezioni dell'Albo, anche se ad entrambe non è concesso offrire lo stesso identico tipo di servizio. Le "generaliste" sono abilitate ad ogni forma di somministrazione, ossia alla fornitura di manodopera, a tempo determinato e indeterminato secondo le specifiche previste dal capo IV del d.lgs. n. 81/2015 e si distinguono per una importante forza economica e strutturale. Le "specialiste" sono deputate invece a svolgere attività di *staff leasing* puro, seguendo i criteri dettati da norme contrattuali e legali.

Le Agenzie della terza sezione⁷³, e a voler essere precisi anche quelle della prima sezione che scelgono di operare anche su attività per le quali sono *de jure* autorizzate, si occupano invece

⁷³ È iscritto in tale sezione anche l'Ufficio per il sostegno alla ricollocazione professionale dei militari volontari congedati dal Ministero della Difesa, il quale ha la funzione di inserire i militari congedati, nel mercato del lavoro.

di intermediazione, ovvero di una serie di operazioni finalizzate all'efficace mediazione della domanda e dell'offerta di lavoro, incluse anche quelle volte ad inserire i soggetti disabili e svantaggiati. Tali operazioni si sostanziano, in concreto, nel raccogliere i *curricula*, nel predisporre un *data base* che permetta di organizzare e procedere al salvataggio dei dati, nel promuovere anche tramite media opportunità di incontro tra datori e prestatori di lavoro e nel progettare ed attuare iniziative di formazione e di riqualificazione professionale⁷⁴.

Anche tali Agenzie possono muoversi fino a gestire la ricollocazione dei lavoratori, poiché per l'importanza loro attribuita in una prospettiva di collocamento pubblico-privato, la loro posizione nell'Albo ed il ruolo conseguente, comportano l'iscrizione automatica anche alle due sezioni sottostanti. La platea dei soggetti autorizzati all'intermediazione si è ampliata a seguito della previsione delle sub-sezioni 3.1 e 3.2, riservate rispettivamente ai regimi particolari di intermediazione⁷⁵ e all'attività di intermediazione tra domanda e offerta nel lavoro marittimo⁷⁶.

Nella quarta sezione si collocano le Agenzie svolgenti esclusivamente attività di ricerca e selezione del personale, cioè quell'insieme di operazioni inerenti la valutazione e la scelta ottimale della risorsa umana, indicata per la migliore gestione della posizione di lavoro da ricoprire. Il complesso di attività comprende anche i processi di ricerca ed apprendimento su quelli che sono la natura e le strategie dell'impresa, al fine di arrivare a disegnare un profilo di

⁷⁴ CIOCCA G. *Le Agenzie di intermediazione*, in OLIVELLI P., TIRABOSCHI M., *Il diritto nel mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Adapt Fondazione "Marco Biagi", Giuffrè Editore, 2005.

⁷⁵ Si tratta dei regimi particolari introdotti dal D.M. 20 settembre 2011, ai quali sono sottoposti i soggetti previsti dall'art. 29 della legge 15 luglio 2011, n. 111. La previsione della suddetta sub-sezione rappresenta una novità del legislatore che ha inteso derogare allo stringente regime delle autorizzazioni al quale sono sottoposte le Apl, consentendo ad alcune categorie di soggetti qualificati per funzioni o per natura di operare in materia di intermediazione. A titolo esemplificativo rientrano in tale categoria le scuole, le università e i consorzi universitari, i comuni, le associazioni di datori di lavoro e lavoratori e i consulenti del lavoro, e quindi quei soggetti il cui intervento nel campo dell'intermediazione possa contribuire effettivamente ad aumentare le opportunità di incontro tra domande ed offerta di lavoro.

⁷⁶ Tale sub-sezione è stata introdotta con il D.M. 29 novembre 2013.

competencies della figura ideale⁷⁷. Inoltre nei riguardi delle aziende, l'Agenzia offre una consulenza nell'individuare le strategie ed i processi organizzativi stessi per arrivare ad una miglior risoluzione delle necessità aziendali.

Infine, *l'out-placement* è il target delle Agenzie della quinta sezione, dedicate unicamente al *supporto alla ricollocazione professionale*, le quali hanno la funzione di re-inserire nel mondo del lavoro, sia in modo individuale che collettivo, i lavoratori in esubero rispetto ai bisogni dell'azienda⁷⁸.

Il legislatore precisa, all'art. 2 del decreto legislativo n. 276/2003, insieme alle definizioni dei termini utilizzati nelle disposizioni del corpo del provvedimento, che l'attività di ricollocazione necessita di un impulso esterno da parte delle aziende che con specifico incarico, richiedono all'Agenzia la programmazione e l'erogazione di servizi di formazione, orientamento ad aggiornamento, diretti al nuovo re-inserimento lavorativo.

Le Agenzie della quarta e quinta sezione, pur se non rientranti nei casi di autorizzazione automatica, possono previa istanza e successiva istruttoria, ottenere il rilascio della stessa e svolgere entrambe le attività di ricerca e selezione e di ricollocazione. Data infatti l'eliminazione dell'oggetto sociale esclusivo, non è precluso a tali Agenzie di svolgere entrambe le attività e ricevere apposita autorizzazione, nonostante siano già in possesso di quella per la quale sono iscritte o all'ultima o alla penultima sezione⁷⁹.

Dopo aver delineato il ramo di attività su cui si possono muovere le diverse Apl, occorre "richiamare alcuni obblighi informativi ricadenti sulle Agenzie di somministrazione necessari

⁷⁷ Il processo di cui si occupano le Agenzie di ricerca e selezione va dal reclutamento fino all'analisi e valutazione dei candidati scelti.

⁷⁸ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op. cit.

⁷⁹ Circolare n. 12 del 2009 del Ministero del Lavoro.

per la migliore gestione dell'Albo così come previsto dal D.M. 23 dicembre 2003⁸⁰, i quali constano nella comunicazione di un insieme specifico di informazioni, quali quelle riguardanti le modifiche dell'assetto societario, da trasmettersi tempestivamente, quelle che riguardano le sedi legali ed operative e loro modifiche e quelle inerenti il regolare versamento contributivo ai fondi bilaterali.

Per quanto riguarda il procedimento volto all'iscrizione all'Albo, la quale è fondamentale affinché le attività poste in essere dagli operatori possano svilupparsi in una sfera di liceità, esso prende inizio in seguito ad apposita domanda di iscrizione all'Albo informatico, diretta all'ANPAL, tramite un modulo che oggi è redatto esclusivamente in modalità telematica⁸¹.

L'iscrizione è chiaramente subordinata alla verifica della sussistenza dei requisiti giuridici e finanziari di cui agli artt. 4⁸², 5 e 6⁸³ del d.lgs. n. 276/2003, che devono essere opportunamente dimostrati e dichiarati tramite l'invio telematico della documentazione occorrente. Contestualmente alla domanda di iscrizione, i soggetti interessati devono richiedere l'autorizzazione provvisoria all'esercizio delle attività per le quali la viene fatta l'istanza, la quale oltretutto è necessaria essa stessa per l'iscrizione all'Albo.

La durata del procedimento amministrativo e di istruttoria può essere massimo di 60 giorni, trascorsi i quali, salvo esito negativo, e a differenza di quanto avveniva in passato, la domanda di autorizzazione si intende accettata. Il legislatore con lo scopo di rendere più semplici e più

⁸⁰ Circolare n 13 del 9 aprile 2009.

⁸¹ I soggetti che vogliono presentare la richiesta, devono farlo mediante la piattaforma telematica di ANPAL, cui si accede con le credenziali rilasciate dalla stessa. Una volta acceduto nell'area riservata e selezionato il servizio riservato all'Albo Agenzie per il lavoro, si deve caricare tutta la documentazione richiesta in modalità pdf, che sarà elaborata dal sistema, il quale genererà la domanda su un modulo contenente i dati inseriti. Il modulo, al termine della procedura di presentazione dell'istanza, deve essere stampato, firmato dal legale rappresentante e inviato tramite raccomandata con marca da bollo de valore di 16 euro, allegato ad un documento di riconoscimento valido, per essere spedito all'ANPAL (via Fornovo 8, 00192, R0). L'ANPAL ha realizzato per gli operatori il manuale denominato "Albo Agenzie per il lavoro e Accreditamento servizi per il Lavoro Manuale Utente".

⁸² Come modificato dall'art 48 c.1 della Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato Lavoro)

⁸³ Come modificato dall'art 48 c.2 della Legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato Lavoro)

certe le procedure amministrative ha introdotto il principio del silenzio-assenso. È comunque previsto che, in caso di accettazione, l'utente riceva un provvedimento di autorizzazione provvisoria ed un'esplicita conferma di avvenuta iscrizione tramite e-mail emessa dal Portale ANPAL. Con il rilascio dell'autorizzazione provvisoria l'ANPAL procede immediatamente ad iscrivere l'Agenzia nella sezione che compete.

La Circolare n. 25/2004 del Ministero del Lavoro ha chiarito il significato del documento analitico di cui parla il D.M. 23 dicembre 2003, richiesto ai fini dell'autorizzazione provvisoria: trattasi di un documento che attesti che l'Agenzia sia dotata di una idonea organizzazione tecnico-professionale allo svolgimento dell'attività che si intende far autorizzare e la conformità alle norme sulla sicurezza ed igiene nei luoghi di lavoro.

Inoltre, devono essere specificate le "unità organizzative" che si trovano nel territorio nazionale e regionale, intendendo con esse le "filiali" di cui si avvalgono operativamente le Apl, secondo un modello in uso già da parte delle società di lavoro temporaneo. Non meno importante è l'indicazione dell'organico, ossia del personale occupato, oltre all'illustrazione della disponibilità dei locali e delle attrezzature d'ufficio, che sono oggi espressamente richieste secondo quanto indicato dal D.M. 10 aprile 2018. Le suddette specifiche devono essere descritte in modo preciso, dettagliato ed analitico, non ritenendosi sufficiente una mera elencazione delle stesse⁸⁴.

Ai sensi dell'art. 4 c, 2 d.lgs. n. 276/2003, come sostituito dall'art. 48, c. 1, della l. n. 183/2010, l'Agenzia che sia in possesso in autorizzazione provvisoria, trascorsi due anni dal rilascio di quest'ultima, può entro i 90 giorni successivi, presentare un'apposita istanza al fine

⁸⁴ La Circolare 30/2004 si è occupata di sottolineare che il modello organizzativo dovrà essere descritto "in termini analitici e dettagliati".

di ottenere l'autorizzazione definitiva a tempo indeterminato. Il termine dei 90 giorni è perentorio e le richieste presentate oltre tale limite temporale sono da considerarsi tardive ed irricevibili, con la conseguenza che, nell'ottica della certezza del diritto, il primo provvedimento perde definitivamente validità⁸⁵. Anche in tale fase, l'istanza deve essere corredata da specifica documentazione che sarà oggetto di valutazione da parte dell'ANPAL insieme alla non meno rilevante verifica del corretto andamento dell'attività svolta e del rispetto degli obblighi di legge e di contratto collettivo⁸⁶.

Nel caso di agenzie di somministrazione generaliste e per quelle di intermediazione, occorre verificare il requisito della prevalenza dell'oggetto sociale, il cui esame è previsto solo a consuntivo e decorsi due anni dall'inizio dell'attività, con il supporto dei documenti di contabilità analitica di ciascuna unità operativa⁸⁷. Il concetto di prevalenza è da intendersi nel senso che l'attività oggetto di autorizzazione deve riguardare almeno il 50,1 per cento delle attività svolte nei due anni precedenti. In questa fase l'ANPAL ha 90 giorni di tempo per effettuare le dovute verifiche, ma tale termine può essere sospeso (per una sola volta) per consentire al soggetto autorizzante di acquisire gli atti della istruttoria di cui non è già in possesso, ed in tale contesto l'autorizzazione provvisoria si intende prorogata. Trascorsi invece inutilmente i 90 giorni, nel silenzio-assenso dell'ANPAL, l'autorizzazione a tempo indeterminato si intende rilasciata.

⁸⁵ In caso di mancata presentazione della richiesta di autorizzazione a tempo indeterminato nel termine dei 90 giorni, l'Agenzia viene immediatamente cancellata dall'Albo e quindi l'attività che viene posta in essere successivamente è illegittima e soggetta al regime sanzionatorio di cui all'art. 18 comma 1 del d.lgs. 276/2003.

⁸⁶ Mentre per attestare il corretto andamento dell'attività svolta è sufficiente una relazione analitica da parte dell'Apl su apposito formulario, per verificare il rispetto degli obblighi di legge e di CCNL sono necessarie verifiche ispettive da parte degli Ispettorati territoriali del lavoro, su richiesta dell'ANPAL, da condurre su un campione di unità organizzative.

⁸⁷ Secondo quanto prescritto dal D.M. 23 dicembre 2003, una volta concessa l'autorizzazione a tempo indeterminato, la verifica della prevalenza dell'oggetto sociale sarà svolta di biennio in biennio.

L'autorizzazione non viene rilasciata in caso di esercizio saltuario o intermittente dell'attività ossia se avvenga in modo solamente occasionale e non abituale e quindi sia posta in essere mediante atti singoli non caratterizzati da continuità e sistematicità, venendo in tal modo a mancare il carattere imprenditoriale richiesto invece dalla natura societaria della Apl.

L'autorizzazione provvisoria o definitiva, ai sensi dell'art 7 D.M. 23 dicembre 2003⁸⁸, può essere oggetto di sospensione qualora le Apl non adempiano agli obblighi di cui al d.lgs. n. 276/2003, alle norme sul collocamento e alle regolamentazioni emanate dal Ministero del Lavoro e delle politiche sociali. Tra gli adempimenti di cui al d.lgs. n. 276/2003 rientrano la regolare contribuzione ai fondi per la formazione ed integrazione del reddito e il corretto versamento dei contributi assistenziali e previdenziali e di quelli previsti dal CCNL applicabile alle agenzie di somministrazione. Deputato a svolgere le necessarie ispezioni è l'Ispettorato territoriale del lavoro, mentre spetta all'ANPAL assegnare nel caso in cui si accertino irregolarità, un termine non inferiore a 30 giorni per sanare le difformità o fornire le necessarie spiegazioni.

Qualora alla scadenza di tale termine assegnato, il soggetto non abbia provveduto a regolarizzare la propria situazione o non abbia proceduto ad offrire chiarimenti in merito, l'ANPAL sospende l'autorizzazione, comunicandolo all'Agenzia. Nel periodo di sospensione l'Apl non potrà svolgere l'attività oggetto di autorizzazione: in particolare, alle Agenzie di somministrazione è preclusa la conclusione di ulteriori contratti di lavoro e di somministrazione⁸⁹ ed è concesso solo portare avanti la gestione dei contratti già in essere.

⁸⁸ Si veda anche la circolare 25/2004 in riferimento a tale articolo.

⁸⁹ L'impossibilità di continuare a svolgere l'attività oggetto di autorizzazione comporta che per le stesse Apl, cui è stata sospesa l'autorizzazione, non è possibile procedere a nuove attività di servizio come ad esempio, la tenuta di nuovi colloqui di selezione o l'apertura di una nuova filiale. RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op.cit.

Dal momento dell'emissione del provvedimento di sospensione, inizia il decorso di ulteriori 60 giorni, al termine dei quali, stante la non regolarizzazione e la non ottemperanza agli obblighi o l'insufficienza dei chiarimenti forniti, l'ANPAL procede con la revoca dell'autorizzazione, cui segue la cancellazione dall'Albo.

Il Ministero del Lavoro, allo stesso decreto ha ribadito quanto di cui all'art. 4 comma 7 d.lgs. 276/2003 in merito al divieto di transazione commerciale che vige su entrambe le autorizzazioni, provvisoria o definitiva e pertanto sottolinea che esso è riferito "ad ogni tipologia contrattuale, tipica o atipica, anche a titolo non oneroso, da cui possa conseguire, per effetto giuridico e causale, il trasferimento della titolarità dell'autorizzazione a terzi, persone fisiche o enti⁹⁰".

Dunque, ciò significa che, anche nell'ambito di un trasferimento d'azienda o di una fusione, che comportino il conferimento a società non autorizzata, la "costituenda Agenzia⁹¹" deve procedere all'ottenimento di nuova specifica autorizzazione provvisoria.

Oltre a ciò è vietata l'esternalizzazione, ossia l'attribuzione a terzi dello svolgimento dell'attività per la quale si è abilitati, ed è quindi da ritenersi escluso, nello svolgimento dell'attività oggetto di autorizzazione, l'utilizzo di contratti commerciali quali quello di agenzia e quello di mediazione. Il primo si caratterizza per una certa stabilità e sistematicità, ed include l'obbligo dell'agente di promuovere la conclusione di affari (tra preponente e terzo) dietro corrispettivo, ed il secondo si caratterizza per l'agire, da parte del mediatore, nell'interesse di entrambe le parti, le quali pagano un compenso; in entrambi i casi tali contratti si prestano allo svolgimento concreto dell'attività autorizzata dell'Apl. Tali tipologie presuppongono infatti

⁹⁰ R. RAUSEI P, *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op. cit.

⁹¹ Art. 10 c.3 D.M. 23 dicembre 2003.

obblighi e vincoli di stabilità, che producono l'inevitabile conseguenza di frammentare in maniera costante e continuata il rapporto tra il lavoratore e l'Agenzia, la quale si inserisce già in una fattispecie tripartita. Secondo tale logica, è invece ammesso il ricorso al "procacciatore d'affari"⁹², poiché si tratta di una figura funzionale alla raccolta degli ordini dei clienti da trasmettere all'Agenzia (ponendosi quindi a valle dell'attività) e svolge tale incarico in modo occasionale e nell'esercizio di una facoltà, non nel vincolo di un obbligo.

La necessità di individuare tale divieto è derivata dalla passata esperienza della fornitura di lavoro temporaneo, in cui si era sollevata una questione relativa alle modalità organizzative delle società di fornitura di lavoro temporaneo, in merito alla possibilità di esternalizzare tramite contratti di agenzia alcune attività oggetto dell'autorizzazione, come ad esempio la ricerca e selezione dei candidati o la gestione delle banche dati e la conclusione di contratti⁹³. Anche il Consiglio di Stato era intervenuto sul problema, poiché il 29 settembre 1999 stabilì, anche in coerenza con la *ratio* posta alla base del requisito della forma societaria in capo alle Apl, l'impossibilità di introdurre nella organizzazione del lavoro interinale "elementi di frammentazione ulteriore del rapporto immaginato come meramente triangolare tra, per usare la terminologia della legge, impresa utilizzatrice, impresa fornitrice e prestatori di lavoro temporaneo".

Infatti, se è pur vero che non era richiesto dalla previgente disciplina un determinato modello organizzativo alle imprese di fornitura, è allo stesso tempo vero che, mediante operazioni ulteriori di esternalizzazioni, si sarebbe potuto facilmente aggirare il sistema delle

⁹² La Circolare n. 27/2004 ha rettificato la circolare n. 25/2004 consentendo il procacciamento di contratti commerciali.

⁹³ TIRABOSCHI M., SPATTINI S., *LE AGENZIE PER IL LAVORO: TIPOLOGIE, REQUISITI GIURIDICO-FINANZIARI E PROCEDURE DI AUTORIZZAZIONE*, in TIRABOSCHI M., OLIVELLI P., *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

autorizzazioni, con effetti di potenziali danni alla tutela dei lavoratori, cui il regime stesso del rilascio condizionato delle autorizzazioni mirava a garantire⁹⁴.

Anche alla luce delle riflessioni dottrinali che hanno preceduto tale parere, la nuova disciplina della somministrazione ha voluto recepire tale orientamento ribadendo il generale divieto di transazione, riservando così il lavoratore dal pericolo di abusi e salvaguardando l'esigenza di chiarezza sulla titolarità del rapporto di lavoro.

In tale contesto sembra opportuno riportare le precisazioni poste dall'Interpello n. 25 del 4 Agosto 2008 con cui il Ministero del Lavoro ha risolto la questione relativa all'ammissibilità e liceità di convenzioni o accordi tra soggetti autorizzati finalizzati alla comunicazione e allo scambio dei dati dei lavoratori inerenti all'incontro tra domanda ed offerta di lavoro. Il Ministero, considera che tali accordi «non rappresentano figure contrattuali con le quali si attua una transazione commerciale o una cessione dell'autorizzazione», né rappresentano esternalizzazioni, ma piuttosto momenti negoziali e di sinergia tra due soggetti già abilitati, che oltretutto hanno il fine di creare maggiori opportunità di *matching* tra datori e prestatori di lavoro.

5.1. L'insieme dei requisiti richiesti in capo alle Apl, ha l'importante funzione di “delineare un quadro di garanzia quanto più possibile certa, a tutela dei lavoratori e del corretto andamento del mercato”⁹⁵. Essi mirano infatti ad assicurare alle Agenzie: affidabilità, necessaria a dare certezze su delicati aspetti di incontro domanda-offerta di lavoro, professionalità del

⁹⁴ Diversamente, era ed è tutt'ora legittimo, conferire incarichi a soggetti esterni per il procacciamento di contratti o per l'attività di promozione. In tali casi l'esternalizzazione era possibile considerando il fatto che il lavoratore non veniva coinvolto. Quello che invece si voleva evitare era proprio il fraporsi di un ulteriore soggetto, in un rapporto che già si caratterizzava per l'interposizione di un'Agenzia, scongiurando così il configurarsi di rapporti quadrilaterali, che impediscono di tutelare le «garanzie date dalla immediata e totale identificabilità».

⁹⁵ RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op. cit.

personale adibito allo svolgimento dell'attività autorizzata e solvibilità, a tutela del pagamento di oneri sociali e del costo del lavoro.

Come già illustrato, l'iscrizione all'Albo e la contestuale autorizzazione sono subordinate all'accertamento dei requisiti di cui agli artt. 4, 5 e 6 del d.lgs. 276/2003. In particolare, l'art 5 delinea quelli giuridici e finanziari che si distinguono in generali, e quindi validi per ogni tipo di Apl e particolari, che sono indicati per ogni tipologia di agenzia e «modulati in base alle caratteristiche di ciascuna⁹⁶». I requisiti generali sono quelli elencati al comma 1 dell'art. 5, dove il primo (lett "a") è dato dalla forma societaria con cui deve essere costituita l'Apl.

La scelta, valida per tutti i tipi di Apl, può ricadere esclusivamente o sulla società di capitali, o sulla società cooperativa o sul consorzio di cooperative. Si differenziano da tutte le Agenzie, quelle di ricerca e selezione e di supporto alla ricollocazione alle quali è consentito anche costituirsi, oltre che nelle forme giuridiche già dette, in forma di società di persone. Si ritrova già in questa diversificazione, il principio che pervade tutto l'impianto della normativa, che intende differenziare le Agenzie in base all'attività svolta, o *rectius*, in base all'intensità del legame che si crea tra Apl e lavoratore. Vale la pena precisare che il requisito della forma societaria, non è richiesto solo per il momento della costituzione, bensì per tutto il tempo in cui esiste un'apposita autorizzazione in capo all'Apl, che deve rimanere per tutta la durata nella veste giuridica specifica.

Alla lett "b" è richiesta invece la fissazione della sede legale o di un'apposita dipendenza funzionale, nel territorio dello stato italiano o di un altro stato membro dell'UE, la quale si allinea esattamente alle normative comunitarie in tema di tutela dei lavoratori e di concorrenza.

⁹⁶ TIRABOSCHI M., SPATTINI S., *LE AGENZIE PER IL LAVORO: TIPOLOGIE, REQUISITI GIURIDICO-FINANZIARI E PROCEDURE DI AUTORIZZAZIONE*, in TIRABOSCHI M., OLIVELLI P., *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, op cit.

Altri requisiti attengono poi alla disponibilità di uffici idonei all'uso ed alle competenze professionali (art 5 c.1 *lett.* "c"), sui quali l'apposito D.M. 10 aprile 2018 si è soffermato⁹⁷ occupandosi di disciplinarne gli aspetti in modo dettagliato. In particolare le Apl, intendendo con queste ogni sede, devono dotarsi di locali ed attrezzature d'ufficio informatiche e collegamenti telematici, idonei allo svolgimento dell'attività. Inoltre, i locali devono essere facilmente riconoscibili dagli utenti, quindi distinguersi anche da quelli eventualmente contigui e devono essere completamente adatti al tipo di attività svolta dall'agenzia.

Non possono non rientrare tra le caratteristiche specificate, anche la conformità alle norme vigenti sulla sicurezza e sull'igiene nei luoghi di lavoro, nonché l'agevole accessibilità degli stessi da parte dei soggetti disabili. In riferimento a tale ultimo aspetto, qualora vi fossero in corso dei lavori di adeguamento al fine di migliorare l'accesso di tali soggetti, il servizio deve comunque essere assicurato loro, a prescindere che venga prestato all'interno della struttura o meno.

Il D.M. 10 aprile 2018 si occupa poi di definire precisamente le caratteristiche dei locali delle agenzie adibite ad attività di sportello prevedendo in tale ambito, oltre ai requisiti visti sopra, che in queste vi sia la presenza di almeno un responsabile, anche con funzioni di operatore, e che siano chiaramente esposti il provvedimento di autorizzazione di accreditamento, i servizi per il lavoro erogabili ed il nominativo del responsabile di filiale.

Oltre a ciò deve essere indicato, in modo ben visibile, l'orario di apertura al pubblico, il quale nel caso di specie delle agenzie di somministrazione ed intermediazione, deve distribuirsi in una fascia minima di venti ore settimanali. Inoltre, tali agenzie devono essere presenti con

⁹⁷ Tale decreto ha abrogato il precedente D.M. 5 maggio 2004.

almeno sei sedi operative con funzioni di sportello in almeno quattro regioni sul territorio italiano.

A voler precisare, anche all'utile fine dell'escludibilità dall'applicazione delle norme ministeriali suddette, non si intende per attività di sportello⁹⁸ quella posta in essere dalle strutture di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale, in coerenza con la natura prettamente consulenziale delle stesse, fatta salva l'espressa comunicazione in tal senso al momento della richiesta di autorizzazione; né si intende l'attività di somministrazione di lavoro riconducibile ai concetti di *inhouse*, *implant* e simili, che si svolge cioè all'interno di locali messi a disposizione dell'azienda cliente, per la quale le attività sono esclusivamente attivate, a meno che, anche in tale caso l'agenzia non abbia fatto esplicita dichiarazione al momento dell'istanza di autorizzazione.

Il menzionato decreto ministeriale, ha cura di stabilire anche quali siano ed in quali modalità debbano presentarsi, i soggetti professionalmente qualificati di cui al d. lgs. n. 276/2003 art. 1 lett. "c". Essi sono infatti coloro che hanno maturato adeguate competenze professionali, derivanti o da un'esperienza professionale di durata non inferiore a due anni acquisita in qualità di dirigente, quadro, funzionario (ossia impiegato) o professionista, nel campo delle risorse umane e delle relazioni industriali⁹⁹, o che dimostrino per titoli di possedere le caratteristiche richieste, avendo conseguito ad esempio una laurea in una materia inerente (giurisprudenza,

⁹⁸ Così ha chiarito la Circolare 30/2004 riferendosi all'attività di sportello già menzionata del D.M. 5 maggio 2004 la quale la definiva genericamente come "attività posta in essere dalle unità che accolgono direttamente e offrono un servizio ai clienti".

⁹⁹ Nel decreto si rinvia testualmente che l'esperienza richiesta, sia maturata nel settore «della gestione o della ricerca e selezione del personale, della somministrazione di lavoro, della ricollocazione professionale, dei servizi per l'impiego, della formazione professionale, dell'orientamento, della mediazione tra domanda e offerta di lavoro o nel campo delle relazioni industriali».

economia, psicologia, scienze politiche e simili). A queste figure sono equiparati anche i soggetti iscritti, da almeno due anni, all'albo dei consulenti del lavoro.

In particolare, si stabilisce che le agenzie di somministrazione e di intermediazione debbano avere almeno quattro unità di personale qualificato nella sede principale ed almeno due per ogni filiale, mentre quelle di ricerca e selezione e supporto alla ricollocazione, due unità di personale nella sede principale¹⁰⁰ ed almeno una per ciascuna eventuale¹⁰¹ unità periferica. Va comunque indicato, senza distinzione in merito al tipo di agenzia, per ogni unità organizzativa, il nome di un responsabile.

Altro requisito di ordine generale, richiamato alla lett “d” del d.lgs. 276/2003 è quello che fa riferimento alla buona condotta morale e giuridica degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti con rappresentanza o dei soci accomandatari. Devono essere perciò assenti, in capo a tali soggetti, condanne penali per reati contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica o per delitti di associazione di tipo mafioso o per delitti non colposi per i quali la legge preveda pene inferiori a tre anni e infine, per delitti previsti da leggi a prevenzione degli infortuni sul lavoro o da leggi in materia di lavoro o previdenza sociale.

Anche in tale elencazione si riscontra l'obiettivo della tutela “preventiva” dei lavoratori ed in generale, di coloro che fruiscono dei servizi erogati dalle agenzie. In effetti, le tipologie di reato insistono “in quell'alveo di meritevolezza di tutela che, nell'attuale sistema penale

¹⁰⁰ Nel caso di agenzie iscritte alla quarta e quinta sezione dell'albo, i requisiti di professionalità previsti per la sede principale, possono essere posseduti anche dall'amministratore delegato della società o dai consiglieri, purché ricoprano incarichi operativi. Circolare n. 30/2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

¹⁰¹ Data la non obbligatorietà della diffusione sul territorio, diversamente dalle agenzie di somministrazione ed intermediazione. TIRABOSCHI M., SPATTINI S., *LE AGENZIE PER IL LAVORO: TIPOLOGIE, REQUISITI GIURIDICO-FINANZIARI E PROCEDURE DI AUTORIZZAZIONE*, in TIRABOSCHIM, OLIVELLI P., *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, op cit.

costituzionalmente orientato, trova preciso riferimento intorno al valore della persona che lavora (artt. 3, 4 e 36 Cost.) e dell'impresa (artt. 3 e 41 Cost.)¹⁰².

Seguendo l'ordine di presentazione dei requisiti, alla lett "e" del c.1 del citato art. 5 troviamo un requisito direttamente discendente dall'eliminazione dell'esclusività dell'oggetto sociale, vale a dire, nel caso di soggetti polifunzionali¹⁰³, la necessaria presenza di distinte divisioni operative, ciascuna gestita con contabilità analitica, che permettano di comprendere in modo specifico e dettagliato tutti i dati economici e gestionali inerenti a ciascuna attività svolta.

Tale requisito rileverà infatti anche in sede di verifica a consuntivo dell'attività svolta nel biennio successivo all'autorizzazione provvisoria, in vista dell'ottenimento di quella definitiva, e poi di biennio in biennio, anche se è pur specificato che la sussistenza della prevalenza sarà appurata considerando il dato aggregato e non di ciascuna singola unità operativa.

A livello di filiale è dunque ammissibile la prevalenza di un'attività diversa da quella oggetto di autorizzazione mentre, a livello di agenzia, ove si sommano le contabilità analitiche di ciascuna unità operativa per determinare infine quella della "divisione¹⁰⁴", deve risultare una percentuale minima del 50,1 che attesti l'esercizio prevalente dell'attività per la quale si è iscritti in una determinata sezione¹⁰⁵.

¹⁰² RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d' azienda*, op. cit.

¹⁰³ Si noti che il venir meno dell'oggetto sociale ha consentito alle agenzie di affiancare all'attività autorizzata, lo svolgimento di altre attività per le quali non serve autorizzazione, oltre a quelle per le quali esse sono invece automaticamente autorizzate. Ad esempio un'agenzia potrà eseguire lavori in appalto di servizi o anche operare come un qualsiasi altro imprenditore commerciale o della produzione. Tale circostanza assume rilevanza soprattutto nel caso di un'agenzia "specialista", la quale, investendo su un determinato settore merceologico e su una relativa e particolare mansione, avrebbe infatti tutto l'interesse imprenditoriale nell'espletare anche attività di appaltatore di opere o servizi. RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d' azienda*, op. cit.

¹⁰⁴ La Circolare n. 25/2004 definisce "divisione" come la "evidenziazione contabile delle attività a livello aggregato, cioè di agenzia".

¹⁰⁵ Si ricordi che la prevalenza dell'oggetto sociale è richiesta solo alle agenzie di somministrazione generaliste e a quelle di intermediazione, mentre non lo è per le specialiste e per quelle iscritte alle ultime due sezioni dell'albo.

Alla lettera “P” troviamo come altro elemento essenziale, l’interconnessione obbligatoria con la Borsa continua nazionale del lavoro, passaggio fondamentale della riforma del 2003. La borsa si identifica in un data base con funzione di connettore di tutte le richieste dei lavoratori ed aziende, volto a realizzare lo scopo di rideterminazione della struttura del mercato del lavoro in ordine al *matching* tra domanda e offerta e di una più efficiente occupabilità. Per la stessa finalità è richiesto all’agenzia l’invio di ogni informazione strategica riguardante il mercato del lavoro, il cui mancato rispetto comporta la diffida e la sospensione dell’autorizzazione. Ad esempio, si reputa strategica un’informazione relativa al rifiuto, oggettivamente ingiustificato di un’offerta formativa o di un piano individuale di reinserimento lavorativo o di una proposta congrua, da parte di un percettore di sussidio o di indennità pubblica.

Infine, l’ultimo requisito di ordine generale attiene al rispetto della privacy, che impone alle Agenzie di garantire la riservatezza dei dati forniti dai lavoratori e il dovere di diffonderle ai soggetti indicati dagli stessi.

I commi successivi dell’art. 5 sono dedicati ciascuno ad una tipologia di agenzia ed in tale sede l’attenzione sarà focalizzata su quelle delle prime due sezioni dell’albo, in virtù dell’interesse per il presente lavoro. Volendo riassumere, si può osservare che i requisiti sono di massima consistenza per le “generaliste”, facendosi via via meno stringenti per le “specialiste” e quelle di intermediazione, fino ad arrivare ad un livello minimo di garanzie per le Agenzie delle ultime due sezioni dell’Albo.

A proposito delle Agenzie della prima sezione, oltre ai requisiti validi in via generale, sono previsti consistenti vincoli di natura finanziaria aventi funzioni di garanzia dei crediti vantati

dai somministrati nei riguardi dell'agenzia, derivanti dal fatto che tra le parti si instaurano dei rapporti di lavoro¹⁰⁶.

Esse devono infatti versare un capitale in misura non inferiore a 600000 euro, tradotto nella disponibilità di pari importo nel caso di adozione della forma giuridica della cooperativa, e rilasciare, per i primi due anni, una garanzia sotto forma di deposito cauzionale di 350000 euro per i crediti dei lavoratori impiegati e per i relativi crediti contributivi. Negli anni successivi è invece richiesta una fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata da intermediari iscritti nell'elenco speciale previsto all'art. 107 del d.lgs. n. 385/1993, per un importo almeno pari al 5 per cento del fatturato o, in ogni caso, a 350000 euro.

Come già visto in sede di richiesta dell'autorizzazione definitiva, tali agenzie devono regolarmente contribuire ai fondi per la formazione e per l'integrazione del reddito e versare costantemente i contributi previdenziali e assistenziali e rispettare gli obblighi previsti dal CCNL delle imprese di somministrazione. Qualora l'agenzia operi nella forma di cooperativa, è richiesta la presenza di almeno 60 soci, tra cui come socio sovventore, un fondo mutualistico per la promozione e sviluppo della cooperazione.

Si ricorda inoltre, che per le agenzie di somministrazione, l'attività posta in essere va indicata come oggetto sociale prevalente, pur se non esclusivo, e che le filiali devono essere presenti su tutto il territorio nazionale e in ogni caso in almeno quattro regioni.

Le agenzie specialiste devono invece versare un capitale minimo di 350000 euro, o nel caso di cooperativa, avere una disponibilità complessiva di 350000 euro, deporre una cauzione di

¹⁰⁶ Nel caso delle agenzie di intermediazione i requisiti sono più lievi, essendo il rapporto caratterizzato da minore intensità e rimanendo la fornitura, limitata alla prestazione di un servizio e non alla manodopera. SPATTINI S., *La disciplina del mercato del lavoro: regime autorizzatorio e accreditamenti*, in TIRABOSCHI M., *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003 pp. 494 e ss.

200000 euro per i crediti dei lavoratori per i primi due anni, e dal terzo anno, una fideiussione del tipo visto per le generaliste, per un importo almeno pari al 5 per cento del fatturato o almeno pari a 200000. Anche esse devono procedere al regolare versamento ai fondi per la formazione e integrazione del reddito e versare i contributi previdenziali ed assistenziali e rispettare gli obblighi disciplinati dal CCNL delle Apl. Qualora tali agenzie siano costituite in forma di cooperativa, è richiesto un numero di soci pari a 20 di cui uno, come socio sovventore, sia un fondo mutualistico per la promozione e sviluppo della cooperazione.

Sembra interessante in tale contesto enunciare i requisiti per le agenzie di somministrazione che abbiano la sede in altri stati dell'UE, per le quali appunto è prevista la presentazione all'ANPAL della richiesta (telematica) della sola iscrizione all'albo in una delle prime due sezioni, a condizione che esse siano già legittimamente autorizzate dal relativo stato estero, ad operare nello stesso tipo di attività. Dunque non necessitano di apposita autorizzazione, ma solo nel caso in cui le stesse “dimostrino di operare in forza di un provvedimento amministrativo, rilasciato dalle competenti autorità dello stato di provenienza, equivalente a quello richiesto dalla legislazione italiana¹⁰⁷”. Nel dettaglio inoltre, la norma esula tali agenzie anche dalla prestazione delle garanzie patrimoniali di cui all'art. 5, c. 2 del d.lgs. n. 276/2003, qualora esse abbiano assolto “obblighi analoghi” nel paese origine dell'UE. Il ministero ha chiarito con Interpello n. 31/2014 che l'analogia si riscontra quando le garanzie sono fondate sulla stessa *ratio* di quella sottesa al sistema italiano, e quindi volte alla tutela effettiva dei prestatori di lavoro somministrati. Viceversa, non è da considerarsi finalizzata allo stesso scopo, la prestazione di una garanzia di una somma di importo non congruo alla tutela reale dei soggetti coinvolti ed in tal caso l'agenzia dovrà prestare apposita fideiussione e regolarizzare

¹⁰⁷ Circolare 9 Aprile 2015 n. 14

il proprio *status*. Inoltre l'Ispettorato Nazionale del lavoro, nel verificare l'attività di tali soggetti ed il regolare rapporto tra azienda utilizzatrice e lavoratore, dovrà basarsi su una documentazione valida ad attestare tali condizioni di operatività¹⁰⁸.

¹⁰⁸ La documentazione cui si fa riferimento consiste nel contratto di somministrazione, di lavoro, nel provvedimento di autorizzazione del Paese ove ha sede l'agenzia, dei documenti di identità e dei contratti individuali dei lavoratori inviati in missione, dei modelli A1 dei lavoratori, dei prospetti paga e dell'attestazione da cui risulti l'orario di lavoro svolto, della documentazione sul rispetto delle norme di igiene e sicurezza e di ogni altra documentazione utile.

Capitolo II

IL CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO: ASPETTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'inquadramento giuridico della fattispecie. – 3. Forma e formalismo giuridico. Il contenuto del contratto di somministrazione e gli obblighi delle parti. – 4. L'altra parte del contratto di somministrazione di lavoro: l'utilizzatore. – 4.1. L'utilizzatore pubblico. – 5. Il contratto di somministrazione a tempo indeterminato o c.d. *staff leasing* – 5.1. I rapporti tra somministratore e utilizzatore nello *staff leasing*. – 6. Il contratto di somministrazione a tempo determinato ed il nuovo limite cumulativo introdotto dal Decreto Dignità. – 6.1. Gli effetti del Decreto Dignità sul collegamento negoziale nella somministrazione a termine. – 7. La somministrazione vietata. – 7.1. La violazione dei divieti di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 81/2015.

1. Allo scopo di delineare i modi tramite cui l'istituto della somministrazione di lavoro può atteggiarsi all'interno del contesto economico in cui si relazionano un'impresa ed un'agenzia per il lavoro, appare doveroso procedere ad illustrare la cornice giuridico-normativa entro la quale si muove il contratto commerciale di somministrazione di lavoro, la cui disciplina volge i suoi riflessi pratici nella definizione di obblighi per le parti contraenti, nella previsione di limiti all'utilizzo dello stesso, finalizzati ad evitarne lo snaturamento della funzione originaria e nella conferma di una tutela irrinunciabile per i lavoratori "interposti". Si procederà dapprima alla definizione dell'inquadramento giuridico della fattispecie, che si traduce nella ricerca di una collocazione di tutt'altro che semplice individuazione, ed anzi, che si risolve nella rilevazione della sua unicità tipologica, in seguito si offrirà una descrizione del soggetto utilizzatore per il quale il legislatore non ha previsto dei limiti stringenti, per poi giungere ad analizzare le due varianti della somministrazione a tempo indeterminato e a termine, evidenziando gli interventi normativi che in vario modo ne hanno modificato l'effettiva praticabilità. Infine si discuterà dei casi per cui la legge vieta il ricorso a tale contratto e si analizzeranno le conseguenze derivanti dal mancato rispetto dei divieti prescritti.

2. Dopo aver definito la “morfologia” dei soggetti abilitati alla somministrazione di manodopera, tra i quali, si ribadisce, si presentano sia le Agenzie generaliste, sia quelle specialiste, occorre studiare la funzione che esse assolvono nel regolamento contrattuale che le lega con gli altri due soggetti, ovvero l'azienda cliente utilizzatrice ed il lavoratore somministrato. Pur considerando la differenziazione delle due forme tramite cui l'istituto si realizza, cioè quella a tempo determinato e a tempo indeterminato, vale la pena soffermarsi dapprima sull'inquadramento giuridico della complessa fattispecie realizzata dalla somministrazione e sugli elementi strutturali del contratto di somministrazione, analizzando i diritti, gli obblighi e le responsabilità che discendono da quest'ultimo.

La somministrazione lecita di lavoro si realizza tramite due diverse tipologie contrattuali e cioè da un lato il contratto di somministrazione, di natura commerciale, tra Agenzia ed impresa utilizzatrice, e dall'altro il contratto di lavoro subordinato fra Agenzia e lavoratore somministrato. L'istituto realizza inevitabilmente una fattispecie negoziale complessa, che porta ad una scissione tra la “gestione normativa e la gestione tecnico produttiva del lavoratore somministrato¹⁰⁹”. In effetti la struttura del rapporto che ne consegue è soggettivamente tripartita, e in essa si interrelano tre distinte sfere giuridiche in una tipologia negoziale che comprende due posizioni contrattuali.

Al fine di inquadrare la fattispecie negoziale posta in essere dal contratto di somministrazione di lavoro e dal contratto di lavoro subordinato, occorre partire dal concetto di “prestazione di lavoro a favore del terzo”, il quale è stato identificato dalla dottrina sotto più ambiti teorici tra loro discordanti¹¹⁰. Da un lato infatti la somministrazione è stata

¹⁰⁹ Cass. Civ. 27 febbraio 2003, n. 3020.

¹¹⁰ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d' azienda*, op. cit. p. 167.

inquadrata nell'ottica di una doppia obbligazione gravante sul lavoratore, di cui una verso il datore di lavoro e una verso il terzo-utilizzatore. In tale visione, l'obbligazione nei riguardi dell'utilizzatore andrebbe intesa come collaterale e strumentale rispetto a quella principale, derivante dal contratto di lavoro che si assume essere quello dal contenuto più ampio e completo. Tale ricostruzione si inverte invece se si considera quale creditore principale della prestazione il terzo-utilizzatore, che di fatto si sostituisce al datore di lavoro effettivo, il quale invece ritorna creditore alla fine della vicenda contrattuale.

Altri autori collocano il contratto con prestazione di lavoro a favore del terzo, nello schema previsto dall'art. 1411 c.c. e cioè quello del contratto a favore di terzi, nell'ambito del quale l'obbligazione del somministratore consiste nel fornire all'utilizzatore, la prestazione che egli vanta nei confronti del lavoratore in forma di credito personale e diretto. In tale modello, il datore di lavoro somministratore rimane il vero titolare del rapporto di lavoro mentre il terzo diviene beneficiario, ossia colui che usufruisce delle prestazioni che sono oggetto dell'originario contratto di lavoro. Il contratto di somministrazione, da questa prospettiva determina unicamente il sorgere dell'obbligazione a favore del terzo, il quale quindi vanta il diritto all'adempimento dell'obbligazione. Data tale struttura negoziale, l'unica differenza si troverebbe nell'insorgere di un "groviglio" di obbligazioni sul lavoratore, derivanti dal contratto di lavoro e da quello a favore del terzo stipulato dal datore-somministratore.

Secondo ancora altri della dottrina, la somministrazione andrebbe interpretata solamente come un trasferimento dell'esercizio del diritto del creditore della prestazione e non della titolarità del diritto stesso, che provocherebbe solo un cambiamento nello svolgimento concreto ed effettivo della prestazione, la quale a causa del negozio tra datore di lavoro e terzo (l'utilizzatore), verrebbe svolta sotto le direzioni di quest'ultimo, andandosi in tal modo a

modificare solo la modalità dell'adempimento. In tale contesto viene estesa alla somministrazione un'ipotesi codificata di adempimento dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1188 c.c.

La considerazione della formulazione letterale di cui agli artt. 30-40 del d.lgs. n. 81/2015 però impedisce di ricondurre la fattispecie ai tipi legali suddetti poiché non si riscontra, nel caso di specie, la nascita di una determinata obbligazione in capo al lavoratore nei confronti del terzo. Ed infatti l'art. 30 del citato decreto, definisce testualmente il contratto di somministrazione di lavoro come quel «contratto a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del d.lgs. 276/2003, 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». Ne consegue che il lavoratore mantiene gli obblighi derivanti dall'originario ed unico contratto di lavoro, modificando solo il luogo ove si svolgono le prestazioni e il soggetto nei confronti del quale esse vengono rese effettivamente. Il creditore dell'adempimento del lavoratore somministrato rimane in tale contesto l'Agenzia, e solo per effetto diretto del contratto di lavoro da essi stipulato, il lavoratore somministrato effettuerà di fatto la propria prestazione all'interno del contesto aziendale dell'utilizzatore e sotto le direttive di questo, in virtù del secondo contratto, quello di somministrazione che lega quest'ultimo al datore effettivo di lavoro.

Allo stesso modo l'adempimento dell'obbligazione avente ad oggetto la fornitura di attività lavorativa nei confronti dell'utilizzatore, spetta al datore di lavoro, il quale per gli effetti di un diverso accordo, ha l'impegno di fornire una determinata "energia lavorativa" mediante un numero preciso di lavoratori.

Dunque la fattispecie va analizzata ponendo l'attenzione sugli effetti della sussistente dissociazione "materiale" subita dal lavoratore ed a tal fine occorre concentrarsi sulla titolarità ed il conseguente esercizio del potere disciplinare. Ed infatti anche se l'azienda utilizzatrice ha il potere di dettare direttive e quindi di incidere sull'organizzazione e sulle modalità di svolgimento delle mansioni, rimane sempre in capo al datore di lavoro il potere di sanzionare eventuali comportamenti soggetti a provvedimenti disciplinari, poiché unico titolare del rapporto con il lavoratore.

Pertanto si deve concludere che la somministrazione sia da leggere nella sua particolare identità e che i vari tentativi di ricondurla a dei contratti già presenti nella disciplina civilistica abbiano in realtà ottenuto l'esito di dover distinguere tale tipologia negoziale dai suddetti, evidenziandone la sua natura specifica e complessa. L'istituto infatti rappresenta una "fattispecie negoziale complessa determinata dall'incontro di quattro volontà negoziali distinte¹¹¹" che si manifestano in due distinti accordi contrattuali, seppur collegati, di cui uno commerciale ed uno di lavoro, e la sua natura giuridica va individuata separando le due fattispecie tipiche richiamate di cui essa si compone.

Soffermandoci sulla disciplina del contratto di somministrazione, osserviamo che essa, pur collocandosi in gran parte nel capo IV del decreto legislativo 15 giugno 2015 n. 81, è il frutto di un mosaico, le cui parti sono sparse su più norme, come a titolo d'esempio, quelle contenute d.lgs. n. 276/2003 ove si rivengono i requisiti che deve necessariamente possedere una delle due parti contraenti, ossia l'agenzia. Si osserva che il legislatore, piuttosto che individuare gli elementi costitutivi della fattispecie in ogni profilo normativo, descrive la prestazione del

¹¹¹ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op. cit.

somministratore di manodopera e le sue caratteristiche professionali di soggetto autorizzato nonché, in secondo luogo, gli effetti che dalla prestazione derivano in capo ai terzi lavoratori¹¹².

Il contratto di somministrazione rappresenta comunque un contratto tipico¹¹³, per il quale sono previste disposizioni circa la forma e il contenuto, ed esso assume la natura ed il carattere di un contratto a prestazioni corrispettive tra due soggetti, di cui uno necessariamente imprenditore ed uno che invece necessita di attività lavorative nell'ambito di una struttura organizzativa ben definita¹¹⁴; inoltre esso è stipulato a titolo oneroso¹¹⁵. Il legislatore ha voluto quindi funzionalizzare un assetto di interessi soggettivi, nel rispetto di quell'autonomia privata¹¹⁶ espressione di un diritto della persona, essenzialmente di libertà, tutelato dal nostro ordinamento, ed allo stesso tempo non si è sottratto dal dovere di scongiurare che tale autonomia possa dispiegare i suoi effetti a danno di alcuni soggetti, e nel caso che qui ci interessa dei lavoratori.

L'operazione di tipizzazione del contratto di somministrazione, la cui prima esperienza avvenne con il d.lgs. 276/2003, ha assolto l'ulteriore funzione di differenziare gli elementi

¹¹² MARESCA A., *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi. Tra conflitto e competizione*, Franco Angeli, Milano, 2009.

¹¹³ Il procedimento di tipizzazione avviene quando il legislatore ha cura di «offrire ai privati una serie di modelli giuridici idonei alla realizzazione di interessi e conformi alle richieste che con più insistenza i privati, attraverso la tipicità sociale e giurisprudenziale, avanzano». GAZZONI F., «Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi», *Riv. Dir. Civ.*, 1978, I, p.74.

¹¹⁴ La perifrasi sta ad indicare, che la controparte contrattuale dell'Agenzia non viene specificatamente individuata dal d. lgs. n. 81/2015 che all'art 31 c. 1 e 2 non prevede nessun limite soggettivo in merito.

¹¹⁵ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d' azienda*, op cit.

¹¹⁶ In merito all'autonomia privata, la Corte costituzionale, in alcune pronunce degli anni '60, ha chiarito che essa non è un valore costituzionalmente tutelato di per sé, ma invece risulti essere solo una delle possibili manifestazioni del potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale. Quindi, tale figura, riceve dalla Costituzione una tutela solo indiretta, come oggetto della libertà di iniziativa economica ai sensi dell'art. 41, con la quale non coincide ma con il quale si pone in rapporto strumentale. La Corte costituzionale ha anche precisato che la libertà di iniziativa economica, e con essa l'autonomia privata, devono cedere il passo di fronte a motivi di ordine superiore: nell'attuale ordinamento giuridico non ha più riscontro l'idea secondo la quale solo ed esclusivamente l'individuo può essere arbitro assoluto della sorte dei suoi rapporti: al singolo è riconosciuta libertà di azione ma entro determinati limiti.

caratteristici da quelli essenziali che garantiscono la liceità dell'operazione economica, oltre a quella di ricondurre gli elementi ricorrenti di una data realtà ad una determinata categoria di fatti ad essa ascrivibili. Già con la legge sul lavoro interinale il legislatore aveva svolto una valutazione sulla meritevolezza dell'interesse a concludere contratti di durata, finalizzati alla somministrazione di manodopera volta al soddisfacimento di esigenze temporanee o continuative; tale valutazione come già ribadito deriva dall'evoluzione dei processi di produzione sempre più segmentati e dal "tipo giurisprudenziale"¹¹⁷ di appalto di mere attività lavorative¹¹⁸, che veniva man mano ritenuto lecito al ricorrere di certe condizioni. Possiamo osservare il processo di tipizzazione sotto tre diversi aspetti¹¹⁹: 1) dell'oggetto e/o della causa del contratto, sottolineando il fatto che il "tipo" di contratto in oggetto sia l'unica fattispecie nominata che permette lo scambio tra le prestazioni di manodopera ed il corrispettivo di un prezzo; 2) del soggetto-somministratore, che abbiamo visto deve essere un imprenditore costituito in forma di società di capitali ed essere un soggetto autorizzato. Si evidenzia quindi che la valutazione sul carattere imprenditoriale viene anticipata nel procedimento di autorizzazione disciplinato dagli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 276/2003 e sottratta quindi al giudizio del giudice; 3) degli effetti del contratto, che qui si riassumono nella possibilità per l'azienda

¹¹⁷ Con tale espressione si intende il «prodotto della operazione con cui la giurisprudenza afferma che anche un rapporto avente caratteristiche non aderenti alla fattispecie legale, può ricondursi, in base al concetto di prevalenza degli elementi tipici, alla disciplina del rapporto tipico che gli elementi prevalenti concorrono a costituire». ZAPPALÀ L., *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 12/2004.

¹¹⁸ La giurisprudenza infatti, anche in contrasto con la formulazione letterale del divieto di cui alla legge n. 1369/1960 si è mossa nella direzione di ritenere leciti alcuni tipi di appalto, aventi di fatto ad oggetto mere prestazioni lavorative, sulla base della valutazione concreta della sussistenza delle caratteristiche tipiche di tale contratto, in corso di esecuzione dello stesso, in particolar modo del valore aggiunto conferito dall'appaltatore rispetto al semplice apporto di manodopera prestato dai suoi dipendenti. Tale orientamento ha portato a salvare operazioni nelle quali la considerazione dell'oggetto dell'appalto avrebbe condotto ad un giudizio di illiceità dello stesso, ed ha ritenuto invece quale elemento imprenditoriale in capo all'appaltante l'esercizio del potere organizzativo e direttivo e il possesso di un certo *know how*, atti a giustificare l'operazione economica realizzata.

¹¹⁹ ZAPPALÀ L., *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 12/2004.

somministrata di utilizzare la prestazione del lavoratore, nel rispetto di tutta una serie di norme volte al mantenimento della tutela dei lavoratori coinvolti, che sono poste alla base della valutazione sulla meritevolezza della somministrazione.

Gli effetti disciplinati sono inoltre quelli conseguenti alle ipotesi di somministrazione svolta al di fuori dei vincoli e presupposti previsti dalla legge che comprendono anche la costituzione di un rapporto alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, su ricorso al giudice da parte del lavoratore.

Nonostante il legislatore abbia richiamato in senso terminologico il contratto di somministrazione di cose di cui all'art 1559 c.c. e, nonostante l'estensione analogica a tale fattispecie permetterebbe di disciplinare in modo più esaustivo e nei limiti della compatibilità, aspetti circa la natura e struttura del contratto, egli non ha però, volontariamente, agganciato quello di somministrazione di lavoro allo schema già tipizzato ed appena menzionato.

Appare comunque interessante esporre quanto sostenuto da parte della dottrina che nel riscontrare elementi di corrispondenza con il modello di cui all'art 1559 c.c.¹²⁰, sarebbe favorevole all'integrare con la norma citata, gli aspetti non regolati dal decreto. L'idea di fondo che spiegherebbe tale assimilazione si basa su un ridimensionamento dell'inconciliabilità tra la somministrazione di cose con quella di lavoro, dovuto non tanto ad un tentativo di commistione semantica di due oggetti non coincidenti, quanto al rilievo dell'eccessiva ristrettezza concettuale che si affibbia nella definizione dell'art 1559 c.c. L'istituto della

¹²⁰ In merito infatti, secondo tale opinione: «in ausilio al legislatore delegato soccorre la nozione del contratto di somministrazione di cui all'art. 1559 c.c. e, quindi, la sua strutturazione quale contratto di scambio tra prestazioni periodiche o continuative regolato dalle molteplici clausole che ne costituiscono la rete della disciplina legale (tra le quali, ad es., quelle in tema di esclusiva e di recesso). Si tratta di disposizioni in buona parte applicabile alla fornitura professionale di lavoro, secondo un processo che, peraltro, trova un rilevante antecedente nella somministrazione di servizi "personali", caratterizzata dalla fornitura continuata (non di beni, ma) di attività e prestazioni professionali. CHIECO P. *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO P., *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004.

somministrazione di cose ha infatti una valenza sistematica tale che si presterebbe facilmente ad essere una categoria “assorbente” diverse tipologie di contratti di durata e quindi potrebbe ben caratterizzarsi da una maggior elasticità del suo oggetto. Pur considerando che la periodicità e continuità di servizi, ricondurrebbero il contratto alle norme in tema di appalto, bisogna anche rilevare il rinvio di cui all’art 1677 c.c., che in tema di appalti relativi a prestazioni continuate e periodiche di servizi, prevede un coordinamento con le norme relative alla somministrazione. Oltretutto, come nella somministrazione di cose, anche in quella di lavoro, l’obbligazione del somministratore si estende fino all’impegno a fornire prestazioni esatte e puntuali¹²¹, e non al semplice invio dei lavoratori. Sempre secondo tale prospettiva, sembrerebbe potersi includere la somministrazione di lavoro nella disciplina di cui all’art 1559 c.c. per via del rinvio operato dal legislatore nel “secondo” contratto¹²² che regge la fattispecie, e cioè quello di lavoro, per il quale è prevista l’applicazione della disciplina sul lavoro a tempo determinato o indeterminato. Tale rinvio ricalcherebbe l’art. 1570¹²³ c.c. che nell’ambito della somministrazione di cose prevede l’applicazione delle norme che regolano il contratto cui le prestazioni “somministrate” corrispondono.

¹²¹ Questa infatti è l’interpretazione maggioritaria della locuzione “porre a disposizione”, che viene confrontata con altre interpretazioni tra cui quella che la identifica nel mero invio di un lavoratore temporaneo individuato nominalmente o nel più generico invio di un lavoratore dotato di certe caratteristiche. MARESCA A., *Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, in SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, pag. 193.

¹²² Vale la pena riportare parzialmente i commi 1 e 2 dell’art. 34 d. lgs. n. 81/2015 ove in merito alla disciplina dei rapporti di lavoro in somministrazione viene sancito che “in caso di assunzione a tempo indeterminato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato” [...] e che “in caso di rapporto a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione degli articoli 21, comma 2, 23 e 24.”

¹²³ L’art. 1570 c.c. recita: «si applicano alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni». La norma tiene in considerazione il fatto che nella somministrazione le singole prestazioni possono riferirsi ad un certo tipo di contratto. Il contratto di somministrazione infatti, pur avendo una sua autonoma fisionomia, ha contenuto generico in riferimento alla natura delle prestazioni (di cose) che ne possono formare l’oggetto. Si può allora configurare una somministrazione per vendita o per locazione, per uso, per consumo, ecc. Ne deriva che allora, proprio per questo, potrà farsi ricorso alle norme di tali singoli contratti per integrarne il regime normativo nelle parti in cui la regolamentazione unitaria non dispone.

Nonostante i suddetti elementi di corrispondenza degli istituti, in conclusione si è maggiormente sostenuta l'impossibilità di ricondurre la fattispecie di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 81/2015 a quella civilistica della somministrazione di cose, sulla base di un confronto tra la causa e l'oggetto dei due contratti, la qualità delle parti, il tempo e ed il modo di perfezionarsi dell'accordo, dal quale sono emerse le differenze di tali elementi che hanno impedito di rilevare la necessaria coincidenza che legittimerebbe l'applicazione dell'art 1559 c.c. Per gli stessi motivi, non si può ricondurre il contratto in esame neanche all'appalto di cui all'art. 1655 c.c. o alla sua variante avente ad oggetto la prestazione periodica o continuativa di servizi di cui all'art 1677 c.c., tanto più che in tale contratto rileva l'organizzazione del servizio da parte dell'appaltatore, componente che non si ritrova nella somministrazione di manodopera, ove ad organizzare e dirigere la prestazione, è la figura dell'utilizzatore.

3. Il contratto, sia esso a tempo determinato o indeterminato, ai sensi dell'art. 33, comma 1, del d.lgs. 81/2015, deve essere stipulato in forma scritta, la quale è richiesta *ad substantiam* ed è quindi un elemento essenziale ai fini della validità dello stesso¹²⁴. Ed infatti l'art. 38 dello stesso decreto, occupandosi di definire anche gli effetti che conseguono alla violazione di tale prescrizione, stabilisce che «in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo» ed a seguito di ciò i «lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore». La norma si inserisce in un processo avviatosi già da decenni, di apprezzamento del formalismo giuridico e «procedimentalizzazione dei comportamenti e degli

¹²⁴ Ai sensi dell'art. 1325 del c.c., tra i requisiti essenziali del contratto, oltre all'accordo delle parti, la causa e l'oggetto, vi è anche la forma, quando essa è prescritta per legge, sotto pena di nullità.

atti di gestione del personale»¹²⁵, finalizzati a bilanciare la crescente diffusione di modelli flessibili di contratti di lavoro subordinato. In effetti, ciò si pone in tutta coerenza con la tendenza giuslavoristica a limitare l'autonomia contrattuale¹²⁶ delle parti di un rapporto di lavoro, mediante la previsione di requisiti formali che si aggiungono alla tecnica della norma inderogabile ed alla tipizzazione degli atti.

Nel contratto in oggetto¹²⁷, il formalismo assolve una funzione determinante che può essere riassunta considerando il carattere istituzionale conferito alla forma vincolata. Essa, insieme alla determinazione rigida dei contenuti del contratto esprime un insieme di interessi di privati che viene sottratto alla libera spontaneità delle parti, a favore della creazione di un contratto costante e regolare e quindi di una maggiore trasparenza e controllabilità esterna. Nel caso di specie, le previsioni formalistiche non sono poste a tutela tanto delle due parti contraenti, ritenute di pari forza contrattuale, quanto piuttosto a tutela della trasparenza dello scambio dell'oggetto del contratto, che è il lavoratore, portatore egli stesso di un proprio interesse e soggetto ai rischi derivanti dall'operazione.

A confermare quale sia il destinatario reale della tutela, data dalla forma scritta, concorrono l'effetto derivante dalla mancanza della stessa, consistente nell'assunzione del lavoratore in somministrazione alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice ed anche la previsione dell'art 33, comma 3 del d.lgs. n. 81/2015¹²⁸ con cui viene espressamente incaricato il somministratore di

¹²⁵ FERRARO G., *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *GIORNALE DI DIRITTO DEL LAVORO E DI RELAZIONI INDUSTRIALI*, 1989.

¹²⁶ Infatti, la tipicità degli atti e la forma richiesta agli stessi costituiscono due limiti principali entro cui circoscrivere l'autonomia contrattuale. SACCO R., DE NOVA G., *IL CONTRATTO*, UTET, Torino, 2016.

¹²⁷ GUAGLIANONE L., *La somministrazione di lavoro*, in MAGNANI M., VARESI P.A., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, pagg. 299 ss.

¹²⁸ Tale articolo recita: «Le informazioni di cui al comma 1, nonché la data di inizio e la durata prevedibile della missione, devono essere comunicate per iscritto al lavoratore da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio in missione presso l'utilizzatore.

comunicare per iscritto al lavoratore il contenuto minimo del contratto di somministrazione e la data di inizio e durata della missione. Tale ultima previsione mette in luce che il formalismo, in questa circostanza si manifesta attraverso “l'imposizione di una modalità vincolata di comunicazione degli atti¹²⁹” funzionale ad informare soggetti terzi al contratto di somministrazione dell'esistenza di quest'ultimo. Questo dovere posto a carico dell'agenzia rappresenta un'obbligazione *ex lege*, accessoria al contratto di somministrazione ed assolve l'importante compito di estendere gli effetti di tale contratto commerciale, che ai sensi dell'art. 1372 c.c. produce effetti solo nei confronti dei contraenti, anche al lavoratore¹³⁰. Tale comunicazione “scritta” permette inoltre la non coincidenza tra titolare formale del rapporto di lavoro ed utilizzatore delle prestazioni¹³¹, e si presta ad essere un importante strumento di tutela anche per l'utilizzatore, che in virtù di essa può avvalersi delle prestazioni senza necessità di assunzione diretta. Oggetto della comunicazione suddetta è, oltre alla durata prevista per la missione e la relativa data di inizio, il contenuto minimo che viene richiesto al contratto di somministrazione di lavoro.

L'art. 33 del d.lgs. n. 81/2015 infatti individua quali siano i contenuti minimi¹³² da rinvenire nel contratto, atti a dimostrare aprioristicamente un'oggettiva validità e liceità dello stesso. Tra

¹²⁹ ZAPPALÀ L., *La forma nel contratto di somministrazione*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, Nuove leggi civ. comm.*, 2005.

¹³⁰ Sebbene si ribadisce che le due sfere giuridiche, quella dell'utilizzatore e quella del lavoratore non si intersecano. CHIECO P., *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti, i rimedi*. in *Riv. it. dir. lav.*, 2005.

¹³¹ Con tale previsione infatti si permette all'utilizzatore, di avvalersi delle prestazioni del lavoratore e di dirigerle, senza che tra i due si instauri un rapporto di lavoro dipendente. A tal fine sono necessari dunque sia il rispetto dei requisiti formali del contratto di somministrazione sia l'adempimento dell'obbligo di comunicazione scritta al lavoratore. La norma tutela quindi anche l'utilizzatore il quale può opporre al lavoratore il contratto di somministrazione ed evitare la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato qualora fosse oggetto di accertamento.

¹³² CARINCI M.T., CESTER C., *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276/2003*, IPSOA, Milano 2004.

questi rientrano gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore¹³³, la quale funge da elemento «validante per eccellenza¹³⁴» del contratto, che a sua volta può dare avvio ad una fornitura di manodopera legale solo qualora l'agenzia sia appositamente autorizzata dall'ANPAL. Si noti che la norma, letteralmente fa riferimento solo al provvedimento di autorizzazione senza menzionare quello di iscrizione all'Albo. Si ritiene però che in mancanza del secondo, non si possa dedurre a quale sezione dell'Albo sia effettivamente iscritta l'Agenzia e dunque quale tipo di somministrazione, indeterminata od anche a termine, essa possa legittimamente porre in essere. Considerata l'importanza, sia per le aziende che per i lavoratori, di poter procedere alla verifica della coerenza tra il contratto che si intende concludere ed i requisiti soggettivi necessari in capo al soggetto somministrante, si sostiene che nel contratto vadano riportati gli estremi riferiti all'intero procedimento autorizzatorio e quindi, sia quelli dell'autorizzazione sia quelli dell'iscrizione. L'indicazione di tali provvedimenti impone dunque all'utilizzatore il dovere di diligenza, consistente nell'accertamento della veridicità di quanto indicato e della permanente validità dei provvedimenti che potrebbero anche essere stati oggetto di revoca¹³⁵, affinché si difenda dal rischio di incombere nell'ipotesi di somministrazione attuata da soggetti non autorizzati e possa escludere la propria colpevolezza.

Anche il numero dei lavoratori da somministrare si pone quale elemento essenziale per la validità del contratto; tale previsione sottolinea l'importanza dell'indicazione esatta del numero

¹³³ Tale indicazione ha il fine di soddisfare un principio di trasparenza. BANO F., *Art. 21, Forma del contratto di somministrazione*, in GRAGNOLI E., PERULLI A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004.

¹³⁴ RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op. cit.

¹³⁵ Anche nel caso in cui l'azienda utilizzatrice si rivolga alla stessa Agenzia per la quale, in conclusione precedenti contratti era già stata accertata l'autorizzazione, ricorre l'onere per la stessa di controllare ad ogni successiva stipula, che non sia intervenuta la revoca del provvedimento, poiché difficilmente si potrà invocare a difesa la buona fede.

di lavoratori¹³⁶ coinvolti nella somministrazione, volta a garantire la liceità del rapporto giuridico che ne consegue. In effetti tale indicazione delimita oggettivamente l'entità della somministrazione, determinazione non di poco conto, poiché qualora essa si discosti dalla portata reale riscontrata durante un'ispezione nell'azienda utilizzatrice, sono previste rilevanti sanzioni. Ad essere precisi, se vengono trovati più lavoratori rispetto a quelli indicati nel contratto e se agli stessi non sia stata effettuata la comunicazione scritta di cui all'art. 33 comma 3 del d.lgs. 81/2015, il risultato finale si risolverà nella mancanza di forma scritta del contratto ad essi riferito e quindi nell'assunzione a tempo indeterminato alle dirette dipendenze dell'utilizzatore dei lavoratori in sovrannumero ed in tal caso, il soggetto ispettivo procederà con il contestare gli illeciti amministrativi derivanti¹³⁷. Se invece dall'ispezione risulta un numero inferiore di lavoratori rispetto a quelli pattuiti nel contratto, non sono individuati profili sanzionatori.

Inoltre il numero dei lavoratori in somministrazione rileva anche ai fini della considerazione del limite di contingentamento previsto dalla legge o dai contratti collettivi, il quale va rispettato affinché l'utilizzo del contratto di somministrazione, sia esso a termine o a tempo indeterminato, sia ritenuto legittimo. In merito alla quantità dei lavoratori coinvolti nell'operazione economica, giova sottolineare che si ritiene del tutto lecita la stipula di "contratti globali" che prevedano cioè la somministrazione di più lavoratori, chiaramente

¹³⁶ Si noti il collegamento con l'art. 36 comma 3 del d.lgs. 81/2015 ove viene stabilito che l'utilizzatore deve comunicare ogni dodici mesi alle rappresentanze sindacali aziendali non solo il numero dei contratti di somministrazione stipulati ma anche il numero dei lavoratori coinvolti.

¹³⁷ Non sarà invece applicata all'utilizzatore nessuna sanzione amministrativa in relazione al mancato rispetto dell'obbligo di comunicazione o di assunzione o di registrazione sul LUL o della consegna dei prospetti paga poiché, stando a quanto enunciato nell'art 38 comma 3 del 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».

indicati in modo determinato nel numero, ma non si ritiene lecita la conclusione di “contratti aperti” mediante i quali si pattuiscono una serie indefinita di forniture di attività lavorative¹³⁸.

Un altro fondamentale contenuto è rappresentato dall’espressa indicazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro e le relative misure di prevenzione adottate. La norma si allinea perfettamente alla previsione di cui all’art. 32 del decreto citato, ove si fa riferimento al divieto di utilizzo della somministrazione nel caso in cui i datori di lavoro non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in ossequio alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. I soggetti contraenti devono obbligatoriamente prevedere i rischi specifici cui possono incorrere i prestatori di lavoro ed indicare le misure di prevenzione, sia individuali che collettive, applicate per contrastare ed evitare tali rischi ed attuate secondo le norme disposte dal d.lgs. n. 81/2008. Si tratta di un obbligo reciproco, che tuttavia grava maggiormente sull’utilizzatore, vero “titolare” dei mezzi e del luogo ove concretamente avvengono le prestazioni lavorative, sul quale ricade in prima battuta l’onere della valutazione dei rischi. La suddetta indicazione conferisce *ab initio* un ruolo attivo e centrale all’impresa utilizzatrice che è certamente la parte più informata sull’effettiva realtà aziendale, a differenza di quanto accadeva nella disciplina del lavoro interinale, ove il responsabile dell’indicazione per iscritto al lavoratore, era l’agenzia che inseriva le informazioni sulla sicurezza nel contratto di prestazioni di lavoro temporaneo, le quali le venivano comunicate dall’azienda utilizzatrice¹³⁹.

¹³⁸ Non è tuttavia preclusa, secondo un principio di autonomia negoziale, la stipula di “accordi quadro” tra l’Apl e l’azienda utilizzatrice, di natura puramente commerciale, con cui i contraenti assumono un insieme di obblighi reciproci che consistono ad esempio nell’obbligo di rivolgersi ad una certa agenzia in caso di ricorso alla somministrazione, nella determinazione di un costo del servizio che va costituire un margine oltre il costo del lavoro e nell’erogazione da parte dell’agenzia di particolari servizi ulteriori.

¹³⁹ Si ritiene opportuno precisare che nel vigore della precedente normativa, ai sensi dell’abrogato art. 23, comma 5 del d. lgs. 276/2003, l’Agenzia e l’utilizzatore potevano comunque accordarsi per far ricadere l’obbligo di informativa sui rischi per la sicurezza e la salute sull’utilizzatore.

Inoltre occorre specificare la data di inizio e la durata della somministrazione¹⁴⁰ la cui indicazione assolve un ruolo fondamentale ai fini della liceità dell'operazione economica. Se il contratto dovesse riportare una data di inizio o fine differente da quella effettivamente dichiarata con sicurezza dal lavoratore nell'azienda cliente, il contratto sarebbe considerato nullo, poiché l'elemento richiesto dalla norma, risulterebbe concretamente non individuato, nonostante la presenza di una diversa indicazione. Se ad esempio, durante una visita ispettiva, il lavoratore affermi con certezza di svolgere il suo lavoro presso l'azienda utilizzatrice a far data da un giorno precedente a quello indicato nel contratto, bisognerà accertare anche la data indicata sulla comunicazione effettuata dall'agenzia al lavoratore o a quella comunicata alle RSU o RSA. Qualora la data riportata nel contratto e quella indicata in uno dei due documenti coincidano, ma siano successive a quella di reale inizio, il contratto di somministrazione sarà considerato nullo poiché mancante di forma scritta e dunque si procederà all'assunzione a tempo indeterminato del lavoratore, alle dirette dipendenze dell'utilizzatore. Inoltre, ai sensi dell'art. 40 d.lgs. n. 81/2015, l'ispettore proseguirà contestando le sanzioni amministrative che ne derivano. Se invece la data di effettivo inizio dell'attività lavorativa è successiva a quella specificata in contratto, non conseguono sanzioni, poiché il somministratore e l'utilizzatore

¹⁴⁰ Tale elemento, come del resto gli altri qui elencati, era già richiesto nella previgente normativa di cui all'abrogato art. 21 del d.lgs. 276/2003, il quale a sua volta, era già portatore di un carattere parzialmente innovativo rispetto alla pregressa disciplina di cui alla legge sul lavoro interinale. In effetti l'art. 1 comma 5 della legge 196/1997, alla lettera "b" prevedeva l'inserimento nel contratto di fornitura di lavoro temporaneo della data di inizio ed il termine del contratto di prestazioni di lavoro temporaneo. In tale ambito era dunque il contratto di lavoro per prestazioni temporanee ad assolvere il ruolo di contratto base e a produrre effetti nei confronti dell'utilizzatore, il quale aveva il dovere di verificare l'esatto contenuto del contratto di lavoro, che gli garantiva il titolo a gestire il lavoratore interinale. In caso di superamento del termine indicato in tale contratto, nel prolungamento dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, la Suprema Corte accertava la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con l'azienda utilizzatrice. Nell'attuale formulazione invece, ciò che occorre collocare nel tempo è l'inizio e la durata del contratto di somministrazione, e sarà quest'ultimo ad essere comunicato al lavoratore da parte dell'Apl. L'utilizzatore non è quindi tenuto ad informarsi sulla durata del contratto di lavoro, dovendo invece avere a riguardo, e rispettare, la data di inizio e fine indicata del contratto di somministrazione, per non vedersi accertare il rapporto di lavoro con il prestatore somministrato alle proprie dipendenze.

possono accordarsi per inviare in missione i lavoratori in un momento successivo, a seconda del sorgere delle esigenze espresse nel contratto¹⁴¹. Ne deriva infatti che ciò che occorre collocare temporalmente è la durata della somministrazione poiché solo qualora questa sia in corso nei termini stabiliti nel contratto commerciale, l'utilizzatore è legittimato all'impiego del lavoratore somministrato, al quale potrà opporre il suddetto contratto in caso di eventuali contestazioni.

Sebbene in alcuni contratti collettivi vi siano previsioni finalizzate a limitare il numero o la durata delle proroghe nel contratto di somministrazione, pur in presenza dell'indicazione della durata, è sicuramente possibile prorogare il contratto, purché si rispetti il requisito della forma scritta e l'Agenzia provveda a comunicare il nuovo termine al lavoratore interessato¹⁴².

Occorre sottolineare che, pur in presenza dell'indicazione della durata nel contratto commerciale, assolve un ruolo fondamentale anche la comunicazione al lavoratore degli elementi del contratto di somministrazione, ivi appunto la durata. Se tale comunicazione mancasse o se essa fosse inesatta, l'utilizzatore non potrebbe opporre la somministrazione al lavoratore, che potrebbe quindi richiedere l'accertamento del rapporto di lavoro subordinato con esso. In questo caso, l'azienda utilizzatrice potrà solo «rivalersi civilmente contro l'agenzia e far valere la responsabilità di questa per inadempimento¹⁴³» dell'obbligazione accessoria.

¹⁴¹ Sul punto la Circolare n. 7/2005 del Ministero precisa che l'indicazione della data di inizio e della durata prevista del contratto non fungono da limiti alla somministrazione, nel senso che non sono da intendersi come un limite all'invio in missione di un lavoratore in un momento successivo all'inizio della somministrazione, né come limite alla proroga o al rinnovo della somministrazione, tantoché infatti la norma parla di durata "prevedibile".

¹⁴² La comunicazione scritta della proroga del contratto di somministrazione può rinviare a quanto detto nel contratto originario, ma deve recare la specifica degli elementi che subiscono una variazione. ICHINO P., *La somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in PEDRAZZOLI M., *Nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004.

¹⁴³ ZAPPALÀ L., *La forma nel contratto di somministrazione*, IN DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, op cit.

Un ulteriore elemento che la legge richiede è rappresentato dalle mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori somministrati e l'inquadramento contrattuale degli stessi. Il riferimento è quindi proprio all'oggetto del contratto, all'ambito operativo¹⁴⁴ per cui i lavoratori sono necessari, che chiaramente deve essere fin da subito specificato, precisando dettagliatamente l'attività lavorativa che essi andranno a svolgere. Ciò discende certamente dalla complessità che caratterizza la fattispecie della somministrazione, composta da due negozi collegati e funzionali (commerciale e di lavoro), la quale porta quindi a considerare come elementi fondamentali del contratto di somministrazione, le specifiche che in realtà sono proprie del contratto di lavoro, cioè le mansioni e l'inquadramento contrattuale. Il collegamento tra i due negozi incide infatti anche nel regolamento tra le due parti del contratto commerciale, poiché nonostante il lavoratore sia retribuito direttamente dall'agenzia, il costo del lavoro effettivamente prestato viene poi rifatturato dalla stessa all'azienda cliente, che inoltre rimborserà anche gli oneri aggiuntivi. Secondo tale prospettiva, l'indicazione delle mansioni ed anche il relativo trattamento retributivo sono obblighi da considerare come funzionali agli obblighi gravanti sull'utilizzatore in caso di cambiamento di mansioni e al rispetto del criterio della parità di trattamento¹⁴⁵. Oltretutto, le mansioni, il livello di inquadramento ed il CCNL applicato derivano dalla comunicazione che l'agenzia effettua al lavoratore, la quale come visto, riporta gli elementi del contratto di somministrazione tra cui quelli appena enunciati.

Il legislatore inoltre ha inteso circoscrivere localmente e temporalmente l'operazione di somministrazione prevedendo l'indicazione del luogo ove si svolgeranno le prestazioni

¹⁴⁴ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d' azienda*, op. cit.

¹⁴⁵ BANO F., *Art 21, Forma del contratto di somministrazione*, in GRAGNOLI E., PERULLI A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, op. cit.

lavorative, dell'orario con cui queste si distribuiranno e del trattamento economico e normativo dei lavoratori. Anche tali indicazioni rappresentano aspetti caratteristici ed essenziali dell'attività di lavoro che verrà eseguita e la loro presenza contribuisce in modo inequivoco a specificare uno degli elementi identificativi dell'oggetto del contratto.

Infine occorre indicare i costi della sicurezza; tale elemento è previsto, a differenza di quelli appena sopra spiegati, collocati tutti al comma 1 dell'art. 33 del d.lgs. 81/2015, dall'art. 26, comma 5 del d.lgs. 81/2008¹⁴⁶, secondo il quale, anche nel contratto di somministrazione¹⁴⁷ devono specificarsi, a pena di nullità, ai sensi dell'art. 1418 c.c., i costi sostenuti per eliminare o ridurre i rischi in materia di sicurezza e salute che possono conseguire alle interferenze delle lavorazioni. Anche in questo caso si evidenzia che la nullità in questione, implica l'immediata assunzione alle dipendenze dell'utilizzatore, dei lavoratori di cui egli si è avvalso.

Dunque, quanto messo in luce mostra che nel definire il contenuto negoziale, le parti incontrano dei limiti all'autonomia contrattuale che sono quelli attinenti alla normativa inderogabile sul rapporto di lavoro e quelli prescritti dalle disposizioni sopra elencate. Alle stesse parti però non è precluso accordarsi per integrare il contratto, con delle clausole aggiuntive rispetto a quelle enunciate dalla normativa, purché non raggiungano l'esito di ledere i diritti dei prestatori somministrati. Rappresentano un esempio di inserimento legittimo di clausole di carattere eventuale, quelle dirette a spostare il peso di certe responsabilità dall'utilizzatore al somministratore, come la responsabilità per i danni causati a terzi¹⁴⁸ e quella per le differenti maggiorazioni retributive o per le somme comunque dovute a titolo di diversità

¹⁴⁶ Il decreto in oggetto contiene il Testo Unico sulla salute e sicurezza sul lavoro.

¹⁴⁷ Anche se la norma opera un richiamo testuale alla somministrazione di cui all'art 1559 c.c., si ritiene che essa vada estesa anche alla somministrazione di lavoro.

¹⁴⁸ L'art. 35 comma 7 del d.lgs. 81/2015 recita: «l'utilizzatore risponde nei confronti dei terzi dei danni a essi arrecati dal lavoratore nello svolgimento delle sue mansioni»

di mansioni¹⁴⁹. Altro caso emblematico è quello delle clausole di “mancato godimento” che consentono all’utente di richiedere la sostituzione di uno o più lavoratori a fronte della motivata valutazione negativa da esso fornita. La legittimità di clausole di tale tipologia implica che al lavoratore somministrato non è più garantito, a differenza di quanto accadeva nel lavoro interinale¹⁵⁰, l’intero espletamento della missione. La sostituzione deve comunque avvenire con il vincolo del rispetto dei diritti del prestatore ritenuto non idoneo alla corresponsione della retribuzione, sempreché la valutazione negativa non sia conseguente a cause che legittimano un licenziamento.

In maniera analoga, non vi sono preclusioni in merito alla possibilità di inserire previsioni ulteriori quali l’obbligo in testa all’utente, di occuparsi della formazione dei lavoratori in materia di sicurezza ed altre clausole come quelle di non concorrenza, volte a determinare l’impegno dell’Agenzia con l’azienda utilizzatrice a non inviare gli stessi lavoratori presso aziende concorrenti della stessa, quelle nominative, che permettono ai contraenti di specificare in modo nominale i lavoratori da inviare in missione e quelle estintive con le quali le parti concordano ipotesi relative al rapporto di lavoro o alle condizioni dell’azienda, che permettono l’estinzione del contratto di somministrazione.

Accanto agli “elementi eventuali” appena visti e a quelli la cui mancanza rappresenta invece per legge un’ipotesi di nullità del contratto, ve ne sono altri che nonostante non siano richiesti in forma espressa dal legislatore, devono sostanzialmente essere presenti nel contratto scritto. Si tratta appunto degli obblighi contrattuali specifici dell’utente, di cui al comma 2 dell’art.

¹⁴⁹ L’art. 35 comma 5 del d.lgs. 81/2015 recita: «ove non abbia adempiuto all’obbligo di informazione, l’utente 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».

¹⁵⁰ In effetti l’art. 3, comma 4 della legge 196/1997 stabiliva che il lavoratore avesse diritto di prestare la propria attività lavorativa per l’intero periodo di assegnazione, «salvo il caso di mancato superamento del periodo di prova o della sopravvenienza di una giusta causa di recesso».

33 d.lgs. 81/2015, i quali consistono nel comunicare all'Agenzia somministratrice i trattamenti economici e normativi effettivamente applicabili ai lavoratori "diretti" dell'utilizzatore, assimilabili di fatto per la coincidenza delle mansioni svolte, ai lavoratori somministrati e nel rimborsare al somministratore tutti gli oneri retributivi e previdenziali realmente sostenuti dall'Apl, in virtù del contratto di somministrazione che lega le due parti. La comunicazione al somministratore degli aspetti retributivi e previdenziali assolve la necessaria funzione di inquadrare e quindi retribuire correttamente i lavoratori da inviare in azienda e di determinare la base di computo del costo stesso della somministrazione. In effetti il "costo del lavoro"¹⁵¹ rappresenta il prezzo minimo dell'operazione contrattuale compiuta e la norma che prevede l'obbligo della comunicazione e del rimborso di tale costo, oltre che a distribuire l'impegno economico tra le due parti, ribadisce la natura onerosa del contratto di somministrazione.

Terminando il discorso sul contenuto del contratto di somministrazione vale la pena precisare che il d.lgs. n. 81/2015 non riporta quanto veniva espressamente previsto dall'abrogato art. 21 c. 2 del d.lgs. n. 276/2003¹⁵² con cui si stabiliva che «nell'indicare gli elementi del contratto le parti dovevano recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi¹⁵³» sia di livello nazionale che di altro livello. Nonostante manchi nell'attuale disciplina l'obbligo espresso per i contraenti di recepire tali previsioni negli aspetti normativi e retributivi, nell'ambito della stipulazione del contratto di somministrazione occorrerà comunque seguire

¹⁵¹ Si intende il costo del lavoro sostenuto dall'Apl per retribuire il lavoratore somministrato, e non il costo sostenuto dall'azienda utilizzatrice. Quest'ultimo infatti, come realmente avviene, comprenderà anche un margine per l'attività svolta dall'agenzia.

¹⁵² Testualmente l'art. 21 comma 2 del d.lgs. n. 276/2003 prevedeva: «nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi». La violazione di questa prescrizione, ai sensi dell'art. 18 comma 3 del decreto stesso determinava il configurarsi di una fattispecie contravvenzionale, cui seguiva l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria. ZAPPALÀ L., *La forma nel contratto di somministrazione*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, op cit.

¹⁵³ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d' azienda*, op.cit.

le indicazioni della contrattazione collettiva allo scopo di integrare i contenuti del contratto, perlomeno in riferimento a quelli che riguardano la disciplina della prestazione del lavoratore in somministrazione. Dunque vi è un richiamo esplicito, benché non formale, ma sostanziale al contratto collettivo nazionale di lavoro, che viene confermato anche nella Circolare n. 13 del 9 aprile 2009 la quale ribadisce il rispetto degli obblighi prescritti dal CCNL delle agenzie di somministrazione di lavoro, ai fini dell'ottenimento e mantenimento dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di somministrazione, secondo quanto già disciplinato all'art. 5 comma 2, lett "d" del d.lgs. 276/2003.

Infine, si segnala in tale contesto che a seguito della reintroduzione della causale nel contratto di lavoro a termine, la legge di conversione n. 96/2018 ha precisato che, in caso di ricorso alla somministrazione, le condizioni dell'art. 19 comma 1, ovvero quelle preposte a giustificare l'apposizione del termine ad un contratto di lavoro, si applicano all'utilizzatore. Ne consegue che, nonostante tali condizioni devono essere inserite nel contratto di lavoro, esse devono far riferimento alle esigenze dell'utilizzatore, il quale è pertanto tenuto, pur in mancanza di un obbligo formale, a comunicarle al somministratore.

Passando agli obblighi contrattuali in capo al somministratore, si nota che questi non sono formalmente collocati nello spazio riservato dalla norma al contenuto del contratto, ma sono desumibili, e quindi sussistenti a tutti gli effetti, dal complesso degli articoli che regolano la somministrazione ovvero gli art. 30-40 del d. lgs n. 81/2015, ed in particolare dall'interpretazione della definizione di cui all' art. 30. In effetti tale norma include una disposizione che delinea perfettamente l'oggetto della prestazione tipica del somministratore affermando che l'agenzia, mediante il contratto di somministrazione, si impegna a mettere a disposizione di un utilizzatore, uno o più lavoratori assunti alle proprie dipendenze, a tempo

determinato o indeterminato, per tutta la durata della somministrazione, i quali svolgeranno la loro attività lavorativa sotto la direzione e controllo dell'utilizzatore. In virtù di tale definizione e del complesso delle norme suddette si possono enucleare i connotati tipici delle obbligazioni in capo al somministratore i quali consistono: nell'obbligo di assegnare all'azienda utilizzatrice, uno o più dipendenti, scelti in modo indistinto o individualmente selezionati¹⁵⁴, assunti dalla stessa Apl; nell'obbligo di riservare all'utilizzatore il pieno esercizio del potere direttivo sui lavoratori somministrati¹⁵⁵ ed infine nell'obbligo di garantire l'esecuzione esatta delle prestazioni di lavoro, da cui consegue il riconoscimento in capo al soggetto utilizzatore del diritto ad esigere l'esecuzione perfetta della prestazioni somministrate. Da tale obbligazione deriva anche la possibilità per l'Agenzia di richiamare i lavoratori inadeguati ad eseguire la prestazione oggetto di contratto, e di sostituirli con quelli che abbiano le competenze necessarie, al fine di non rivelarsi inadempiente nei confronti dell'utilizzatore.

Infine, è opportuno esaminare il vincolo di solidarietà di cui all'art. 35, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 tra utilizzatore e somministratore, che le parti assumono nel corrispondere i trattamenti retributivi e previdenziali spettanti ai lavoratori. Tale responsabilità solidale è quantitativamente e temporalmente illimitata, poiché non sono previsti parametri economici su cui commisurare l'entità dell'obbligazione, neanche qualora ad esempio l'utilizzatore abbia già pagato un corrispettivo all'agenzia, né sono previsti termini di tempo entro cui i lavoratori possono agire nei confronti dell'utilizzatore per esigere il proprio credito. La struttura rimane

¹⁵⁴ Ad ogni modo, la funzione dell'istituto commerciale-lavoristico, non permette di dare adito all'individuazione nominale degli stessi, in virtù del termine generale utilizzato dal legislatore in riferimento ai "lavoratori" da somministrare. Ciò è senza dubbio allineato con gli scopi del contratto di somministrazione che risiedono nel collocare nel mercato nuova forza lavoro, in cui sono compresi anche i lavoratori svantaggiati. Questi ultimi finirebbero probabilmente per essere esclusi da tale opportunità qualora si lasciasse all'utilizzatore la libera scelta dei singoli prestatori di lavoro da somministrare.

¹⁵⁵ Secondo l'inciso finale dell'art 30 d.lgs 81/2015, i lavoratori inviati in missione, «svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

quella della fideiussione *ex lege*, ove l'obbligo dell'utilizzatore sorge solo in caso di inadempimento del somministratore, nonostante la norma non sembri ritenere indispensabile la necessaria e preventiva esazione nei riguardi dell'apl, in quanto tale modalità di adempimento trova ragione nello "schema di ripartizione degli obblighi tra somministratore e utilizzatore, in base al quale è il primo a doversi occupare della gestione del rapporto di lavoro¹⁵⁶". La norma fa comunque salvo il diritto di rivalsa nei confronti del somministratore.

4. Appare ora doveroso soffermarsi a delineare la figura del soggetto che abbisogna di prestazioni lavorative, denominata dal d.lgs. n. 276/2003 e riproposta dal d.lgs. 81/201, con il termine di "utilizzatore". A differenza di quanto accade per il soggetto somministratore, ampiamente analizzato nel primo capitolo e per il quale il legislatore ha previsto determinati requisiti e regimi autorizzatori, affidando al procedimento di iscrizione all'albo la fase di validazione degli stessi, non sono previsti limiti determinanti in relazione all'individuazione soggettiva dell'utilizzatore che di conseguenza può essere "un'imprenditore, un'associazione, un'organizzazione o anche un semplice datore di lavoro non imprenditore"¹⁵⁷. Pertanto il contratto di somministrazione può essere attivato anche da piccoli artigiani, coltivatori diretti, professionisti ed in generale da tutti coloro che svolgono un'attività lavorativa nel contesto di una struttura organizzativa, la quale può presentarsi anche secondo diverse modalità rispetto a quella generalmente riconducibile al concetto di impresa e che può assumere quindi anche un carattere non imprenditoriale¹⁵⁸. Ne deriva che possono legittimamente esser parte di un

¹⁵⁶ Circolare n. 7/2005 Ministero del Lavoro, in riferimento al previgente quadro regolato dal d.lgs. n. 276/2003.

¹⁵⁷ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op. cit.

¹⁵⁸ Tale possibilità è confermata anche dalla Circolare n. 7/2005 del Ministero del lavoro ove si evidenzia che nel caso in cui l'utilizzatore non sia imprenditore, come accade nella somministrazione di personale domestico,

contratto di somministrazione i soggetti utilizzatori privati di ogni tipologia di settore e per ogni tipo di attività e mansioni. La questione si pone diversamente in relazione all'utilizzatore pubblico per il quale la legge ha imposto dei limiti all'utilizzo del contratto in oggetto.

4.1. Il legislatore ha posto un limite, in riferimento all'utilizzatore pubblico, alla possibilità di assumere personale tramite contratti di somministrazione. Più precisamente l'art. 31, comma 4, del d. lgs. 81/2015 sancisce che, "fermo quanto disposto dall'art 36 del d.lgs. 30 marzo 2001, n 165¹⁵⁹, la disciplina della somministrazione a tempo indeterminato non trova applicazione nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni".

Volendo riassumere il significato del rinvio all'art. 36 del menzionato decreto occorre innanzitutto specificare che tale norma stabilisce che le Amministrazioni Pubbliche possono legittimamente stipulare contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato "solo per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale" e nel "rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento di cui all'art. 35". Se il concetto di temporaneità¹⁶⁰ appare relativamente facile da indentificare, per quanto riguarda l'eccezionalità si precisa che essa è ascrivibile al carattere di straordinarietà e quindi ad una condizione che non si manifesti come una necessità permanente¹⁶¹. Inoltre, si stabilisce che i contratti di somministrazione delle PP. AA. seguono la disciplina degli artt. 30 e seguenti del d.lgs. n. 81/2015 e quella

trova applicazione il regime agevolativo per i contributi previdenziali ed assicurativi che sono dovuti nella misura stabilita dall'art. 5 del d.p.r. n. 1403/1971.

¹⁵⁹ La norma è rubricata come segue: "Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile" ed è stata modificata dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75. Il rinvio ad essa operato sta a voler significare che le PP.AA. possono ricorrere alla somministrazione a tempo determinato dell'art. 36 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

¹⁶⁰ La temporaneità dell'esigenza deve desumersi dalla documentazione dalla quale risulta la programmazione dell'effettivo fabbisogno e al riscontro delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano la stipula di contratti di somministrazione a tempo determinato. Nota circolare Uppa n. 2/2007.

¹⁶¹ Parere UPPA n. 49/08 indirizzato al Comune di Ancona.

ulteriormente prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro¹⁶²; vale la pena evidenziare in tale contesto che le recenti novità introdotte dal Decreto Dignità¹⁶³ che hanno interessato anche la somministrazione, non si applicano quando una parte contrattuale è la Pubblica Amministrazione, continuando a valere le disposizioni vigenti prima del 14 luglio 2018 e quindi il regime di a-causalità ed il tetto massimo temporale di 36 mesi per i contratti a termine¹⁶⁴.

Altri aspetti che si desumono dal rinvio al d.lgs. n. 165/2001 consistono nel divieto di ricorso alla somministrazione di lavoro per lo svolgimento di funzioni direttive e dirigenziali e, in tema di conseguenze di una somministrazione irregolare, nella mancata applicazione dell'art. 38 d.lgs. 81/2005¹⁶⁵. A chiarire il significato della non applicazione di tale disposizione è intervenuta la Nota circolare Uppa n. 2/2007 da cui si evince che nonostante la violazione di disposizioni imperative in merito all'impiego di lavoratori non possa comportare l'assunzione a tempo indeterminato con la P.A., al lavoratore spetta comunque una "piena tutela risarcitoria". Restano infatti ferme responsabilità e sanzioni e la Pubblica Amministrazione ha l'obbligo di recuperare le somme pagate a titolo di risarcimento nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione fosse imputabile a dolo o colpa grave. La stessa Nota si occupa poi dell'aspetto retributivo, nella parte in cui viene sottolineato che è l'Agenzia per il lavoro a dover corrispondere il trattamento retributivo e non l'amministrazione che utilizza le prestazioni, precisando però che quest'ultima deve avere come parametro di riferimento per valutare le offerte delle diverse agenzie, la quantificazione esatta dei costi.

¹⁶² In tale contesto si intendono quelli sottoscritti dall'ARAN.

¹⁶³ D. lgs. 87/2018 convertito in legge n. 96/2018.

¹⁶⁴ In tutta coerenza con tale "esclusione" dall'applicazione di tale normativa anche l'Accordo di rinnovo 2019-2021 del CCNL per la categoria delle Agenzie per il lavoro del 21 dicembre 2018 che all'art 25 ha stabilito che quanto previsto dall'Accordo non si applica quando l'utilizzatore è una P.A. seguitando ad applicarsi il CCNL 24 febbraio 2014.

¹⁶⁵ Tale articolo prevede infatti per il lavoratore coinvolto in un caso di somministrazione irregolare la facoltà di richiedere mediante ricorso giudiziale, la costituzione di un rapporto di lavoro con il soggetto utilizzatore.

Infatti tali offerte si differenzieranno non per il costo del personale somministrato, che sarà necessariamente identico a prescindere dal somministratore, ma per il diverso costo del servizio che l'Apl includerà nel prezzo complessivo dell'operazione. Ad esempio, può essere previsto come criterio "vincente" per l'aggiudicazione di una somministrazione, l'offerta che presenta il maggior ribasso del margine di agenzia, il che evidenzia in modo chiaro l'esigenza di una base di partenza (il costo del lavoro) che sia ben definita e valevole per tutte le agenzie partecipanti alla gara.

5. Il contratto di somministrazione a tempo indeterminato si configura come un contratto commerciale con il quale un'agenzia, generalista o specialista, si obbliga dietro corrispettivo a fornire continuativamente ad un utilizzatore, sia esso imprenditore oppure no, prestatori di lavoro da destinare allo svolgimento di attività attinenti ad un qualsiasi ambito di operatività. Nella prospettiva aziendale esso rappresenta lo strumento tramite cui si realizza un tipico fenomeno di segmentazione dell'impresa, in cui il ricorso allo schema trilaterale diviene stabile e non più giustificato da esigenze temporanee, ragione per cui è stato storicamente oggetto di diffuso sfavore nel nostro ordinamento¹⁶⁶, e conseguentemente oggetto di interventi normativi che avevano portato anche, in un periodo di tempo circoscritto, alla sua eliminazione¹⁶⁷.

¹⁶⁶ ZILIO GRANDI G, PICUNIO M. L., *Commento artt. 30-40 d.lgs. 81/2015*, in MAZZOTTA O. - DE LUCA TAMNAJO R. *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, CEDAM, 2017.

¹⁶⁷ L'eliminazione dello *staff-leasing* era avvenuta ad opera dell'art. 1 comma 46, l. n. 247/2007, durante il secondo governo Prodi. Con la successiva Circolare ministeriale del 25 marzo 2008 venne confermata l'abrogazione dell'istituto specificando, in mancanza di previsioni di raccordo in ordine al pregresso, che sarebbero rimasti validi i contratti già in essere fino alla loro naturale scadenza e, quindi, potenzialmente a tempo indeterminato. In seguito, il comma del citato art. 46 fu abrogato dall'art 2, comma 143, l. n. 191/2009 con conseguente reviviscenza dello *staff-leasing*.

All'epoca della sua introduzione con la Riforma Biagi del 2003, la somministrazione a tempo indeterminato, dapprima sconosciuta, era ammessa per attività limitate e molto diversificate tra loro (dalla consulenza informatica alla gestione del magazzino)¹⁶⁸, senza la previsione di alcun limite quantitativo al suo utilizzo mentre oggi, secondo quanto disposto dell'art. 31 del d. lgs. n. 81/2015, il ricorso all'istituto risulta legittimo per qualsiasi utilizzatore a prescindere dal tipo di attività esercitata. Tale liberalizzazione ha rappresentato un vero e proprio *revirement* legislativo in tema di esternalizzazione poiché la somministrazione a tempo indeterminato, a partire da quel momento non è stata più sottoposta agli irrigidimenti normativi che fino a tale intervento l'avevano caratterizzata, dovuti alla storica diffidenza che l'ordinamento mostrava verso la stessa. L'avversione proveniva infatti da coloro che già avevano mosso resistenza nei riguardi del superamento del divieto di interposizione nel 1997, per i quali fu inevitabile opporsi sia al nuovo modello riscritto nel 2003 della somministrazione a termine, che da eccezionalità aveva tramutato la propria ragion d'essere in normalità, sia, e in

¹⁶⁸ Nella sua versione primitiva l'art. 20, comma 3 del d. lgs. 276/2003, oggi abrogato, forniva un elenco tassativo delle attività per cui si poteva far ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato: a) 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; b) servizi di pulizia, custodia, portineria; c) servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci; d) la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato; e) attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale; f) attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale; g) la gestione di call-center, nonché per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui fondi strutturali; h) 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; i) in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali e territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative. Si può osservare che alcune di queste attività sono state «costruite sulla falsariga della legislazione degli anni sessanta in materia di appalto». Il riferimento a tali norme avvalorava lo scopo del legislatore della riforma Biagi, ovvero, introdurre nell'ordinamento un meccanismo che fornisse alle aziende una valida alternativa gestionale-organizzativa al ricorso – in certi casi forzato – al contratto di appalto, ed ai lavoratori una soluzione in grado di assicurare maggiori profili di tutela. M. TIRABOSCHI, S. SPATTINI, *Staff leasing: il ripristino della disciplina*, in GLav, 2010, n. 2.

modo ancor più aspro, alla possibilità che tale modello si svolgesse a tempo indeterminato¹⁶⁹. Una forte posizione di contrasto, tale da rallentare lo sviluppo dello staff-leasing sia nella sua applicazione effettiva nei contesti aziendali sia in relazione all'evoluzione del suo impianto normativo, è stata assunta da sempre dalla Cgil per la quale tale strumento, definito “odioso”, “perpetuerebbe a tempo indeterminato il principio di precarietà insito nello strumento della somministrazione, creerebbe una disparità tra i lavoratori “diretti” a tempo indeterminato e quelli in staff leasing rispetto all'accesso agli ammortizzatori sociali e toglierebbe responsabilità sociale all'impresa”¹⁷⁰.

Inizialmente, sulla stessa linea di pensiero si poneva la Cisl, la quale solo dopo un primo periodo di diffidenza, legato alla predeterminazione legale dei casi di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato e al conseguente restringimento dei margini d'intervento della contrattazione collettiva, ha sviluppato in fase di sperimentazione, un senso di approvazione verso lo staff-leasing, confidando nell'idea che la nuova possibilità per le agenzie di somministrare senza l'apposizione di un termine temporale avrebbe potuto rafforzare l'occupazione e le tutele per i prestatori di lavoro. Tale orientamento fu avallato anche dalla Uil, per la quale, a dispetto del disfavore e dei sospetti nutriti dalle forze politico-sindacali nei riguardi dell'istituto, “rafforzare, nel sistema delle agenzie, il lavoro in somministrazione a tempo indeterminato rimane la questione fondamentale”¹⁷¹.

Al fine di ripercorrere l'*iter* legislativo compiuto dallo staff-leasing si ricorda che esso, dopo la sua abolizione, fu reintrodotta, su iniziativa della maggioranza centro-destra, con la l. n.

¹⁶⁹ SOLDERA M., *Dieci anni di staff leasing. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nell'esperienza concreta*, Adapt Labour Studies e-book series n. 38, Adapt University Press, 2015.

¹⁷⁰ TREVES C., *Mercato del lavoro, poche certezze. Le critiche della Cgil al Protocollo*, in RS, agosto 2007.

¹⁷¹ Relazione del primo congresso nazionale CPO UIL.

191/2009, la quale integrò l'istituto di alcune novità rispetto alla versione originaria del 2003¹⁷², per essere poi ritoccato nuovamente dalla l. n. 134/2012 che ne estese le possibilità di ricorso a tutti i settori produttivi in caso di utilizzo da parte del somministratore, di uno o più lavoratori assunti con contratto di apprendistato.

L'ultimo intervento normativo, ad opera del Jobs Act, ha inciso profondamente sull'ampliamento dei margini d'utilizzo del modello, conducendo all'abrogazione dell'art. 20 del d. lgs. 276/2003¹⁷³ e quindi all'eliminazione dei casi di ricorso consentiti e rendendo di fatto possibile avvalersi dello staff-leasing in ogni settore, ma allo stesso tempo ha bilanciato tale maggiore libertà con l'inserimento di un tetto quantitativo, prima inesistente, alla stipula di tale contratto. La disciplina contenuta nell'art. 31, comma 1 del d. lgs. 81/2015 consente oggi a "qualsiasi azienda di qualsivoglia settore, in ogni caso e senza necessità di inserire la motivazione all'interno del contratto"¹⁷⁴ di reperire qualunque profilo, nel rispetto del tetto di contingentamento ivi previsto. La fornitura di manodopera a tempo indeterminato è infatti ora ammessa nel limite massimo del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato¹⁷⁵ in

¹⁷² In particolare, quanto ai casi di utilizzo dello staff leasing, l'art. 2, comma 143 della l. n. 191/2009 abroga il comma 46 dell'art. 1 della legge 247/2007 facendo "rivivere" dalla data di entrata in vigore della stessa legge, le disposizioni in materia di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato di cui al titolo III, capo I, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e apportando le modifiche che consentono: 1) la possibilità di ricorrere a quest'ultimo se il lavoratore è iscritto alla liste di mobilità (comma 5-bis dello stesso art. 20); 2) la possibilità per la contrattazione aziendale di definire ulteriori casi in cui le agenzie possono ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato; 3) il ricorso allo staff leasing in tutti i settori produttivi, pubblici e privati, per l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia (art 20, comma 3, lettera i-bis).

¹⁷³ L'abrogazione degli articoli da 20 a 28 non è stata accompagnata da una disciplina transitoria, per cui in virtù dell'art. 11 delle preleggi (principio di irretroattività delle leggi) i rapporti sorti durante la vigenza della precedente disciplina continuano ad essere sottoposti alla stessa.

¹⁷⁴ LAMBERTI M. e MERCURIO R., *La somministrazione di lavoro: Normativa, Organizzazioni e profili di tutela*, op. cit.

¹⁷⁵ La Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 18/2014 si è occupata di fornire indicazioni utili per il calcolo della base su cui computare i lavoratori occupabili a tempo determinato, valevoli, in via analogica anche per il rispetto del limite legale qui richiamato per lo staff leasing. Per determinare quanti lavoratori a tempo indeterminato assumere come base su cui applicare la percentuale prevista, considerando le finalità della disposizione volta ad assicurare una determinata proporzione tra lavoratori diretti a tempo indeterminato e quelli in somministrazione, occorre escludere i rapporti di lavoro autonomo, accessorio e parasubordinato ed i lavoratori

forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipula del contratto di somministrazione, senza la previsione di alcuna esenzione dal computo di tale vincolo numerico. Qualora il calcolo della percentuale dovesse restituire un valore decimale uguale o maggiore a 0,5, il numero di lavoratori impiegabili tramite staff leasing viene arrotondato all'unità successiva ed in caso di inizio di attività dell'utilizzatore in corso d'anno, il limite di contingentamento va computato sul numero dei lavoratori direttamente da esso assunti a tempo indeterminato ed in forza alla data di stipula del contratto commerciale a tempo indeterminato.

Sempre facendo riferimento alla determinazione del limite legale, va sottolineata la deroga espressamente prevista dal primo periodo dello stesso art. 31 che fa salva la diversa previsione dei contratti collettivi di qualsiasi livello applicati dall'utilizzatore, i quali possono quindi stabilire, sia in *mejus* che in *pejus*¹⁷⁶, soglie percentuali diverse ed anche individuare diversi criteri di scelta rispetto al momento da prendere a parametro per il calcolo dei contratti a tempo indeterminato che potrebbe dunque differire dal 1° gennaio¹⁷⁷. Con riguardo a tale rinvio si ritiene che la contrattazione collettiva possa eliminare ogni restrizione all'uso della somministrazione ma che non possa invece porre limitazioni tali da impedirne totalmente il ricorso.

intermittenti senza obbligo di risposta alla chiamata e computare invece i dirigenti assunti a tempo indeterminato, gli apprendisti ed i lavoratori part-time conteggiati secondo il *pro rata temporis*.

¹⁷⁶ ZILIO GRANDI G, PICUNIO M. L., *Commento artt. 30- 40 d.lgs. 81/2015*, in MAZZOTTA O., DE LUCA TAMNAJO R., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, op cit.

¹⁷⁷ Non è chiaro di quale portata sia il rinvio alla contrattazione collettiva e cioè se essa possa solo stabilire percentuali diverse o anche prevedere ipotesi di esenzione dal limite. Dando importanza alla diversa scelta terminologica compiuta dal legislatore nel primo comma ove si fa menzione alla "diversa previsione" piuttosto che, come invece diversamente specificato nel secondo comma, ai limiti quantitativi differenti stabiliti dalla contrattazione collettiva per i contratti a tempo determinato, si potrebbe concludere per un'estensione della facoltà di prevedere anche diverse ipotesi di esenzione. Volendo dare invece rilievo alla soppressione del riferimento precedentemente contenuto nell'art 20, comma 4 del d.lgs. 276/2003 all'individuazione di limiti quantitativi "in misura non uniforme" e alla potenziale introduzione di ipotesi di nullità ontologicamente diverse da quelle legali, che sarebbero conseguenti alla previsione dei casi di esenzione, parrebbe invece opportuno non estendere a tale livello il rinvio operato.

Occorre inoltre specificare che, in mancanza di una disciplina transitoria, a seguito dell'abrogazione degli artt. 20-28 del d. lgs. 276/2003, onde evitare che vengano assoggettati ad un doppio limite, quantitativo oltre che causale, i contratti sorti in precedenza continuano ad essere regolati dalla previgente disciplina e che non vengono assoggettati alla "nuova" norma di contingentamento.

L'ampliamento delle opportunità di utilizzo dello staff-leasing ha avuto come contrappeso anche l'introduzione di una condizionalità, volta ad assolvere una funzione garantista per i lavoratori somministrati, secondo la quale nell'ambito dei contratti di somministrazione a tempo indeterminato possono essere impiegati solo lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato. Lo scopo è appunto quello di assicurare una forma, anche se minima, di stabilità ai lavoratori in staff leasing i quali possono svolgere la missione nella certezza di un'assunzione con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. A riguardo, si può notare che la sanzione prevista per la violazione di tale obbligo, necessiterebbe di un aggiustamento di tiro, ricadendo la stessa nel rinvio generale dettato allo scopo di individuare i casi di somministrazione irregolare, i quali hanno come conseguenza la costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore¹⁷⁸ e l'applicazione di sanzioni amministrative in caso al medesimo soggetto. In tal caso infatti è l'azienda utilizzatrice a subire le conseguenze dell'inadempimento del somministratore¹⁷⁹, soggetto autore della violazione, al quale sarebbe più corretto imputare la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

¹⁷⁸ PASSALACQUA P., *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT, 380/2018.

¹⁷⁹ BOLLANI A., *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, in DPL, inserto, n. 40/2018.

Comunque, ad oggi, non sembra essere vietato fornire una somministrazione a tempo indeterminato mediante l'invio di lavoratori diversi assunti dall'agenzia con contratto di lavoro a tempo indeterminato, che si succedano l'un l'altro al termine di consecutive missioni a tempo determinato.

Altro aspetto da valutare circa l'applicabilità dello strumento riguarda la compatibilità dello stesso con funzioni che rappresentano il *core business* dell'attività costituente l'oggetto sociale dell'azienda cliente ed a tal proposito la giurisprudenza ha avuto modo di esprimersi con sentenze contrastanti sancendone talvolta la conciliabilità¹⁸⁰ con attività *core*, talvolta invece la possibilità di utilizzo solo per attività accessorie¹⁸¹ rispetto a quella principale dell'utilizzatore. A riguardo, anche nella vigenza della norma contenuta nel d.lgs. 276/2003 non sembrava poter esser lasciato spazio a perplessità quanto al ricorso allo *staff leasing* senza l'indicazione specifica in ordine all'attinenza o meno dei servizi al *core business*, che risultava in ogni caso legittimo purché operato nel contesto della "lista dei servizi" che permettevano di avvalersi della somministrazione a tempo indeterminato.

Altri limiti posti allo *staff leasing* sono quelli riconducibili ai casi di divieto di stipula del contratto di somministrazione in generale, valenti anche per quello a tempo determinato, per i quali si riserva apposita trattazione nei paragrafi che seguono.

Infine, meritano di essere anticipati gli aspetti sanzionatori conseguenti alla violazione dei suddetti divieti e del limite legale-contrattuale di contingentamento, per la quale si ricade nella fattispecie della somministrazione irregolare. Tale vicenda patologica ha come conseguenza la possibilità per il lavoratore di richiedere, anche solo nei confronti dell'utilizzatore, la

¹⁸⁰ Trib. Torino, 3 luglio 2010, n. 1014 e Trib. Torino, 11 marzo 2010, n. 604.

¹⁸¹ Trib. Torino, 26 luglio 2010, n. 2246 e Trib. Torino 20 luglio 2010, n. 2130.

costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo cui si aggiunge l'applicazione, sempre in capo allo stesso soggetto, di una sanzione amministrativa pecuniaria¹⁸².

5.1. Come già si è avuto modo di osservare, la legge si occupa di definire gli obblighi delle parti, che valgono sia nel caso del contratto di somministrazione a termine sia nel caso di *staff-leasing*. Nell'ottica di quest'ultimo ed a causa delle specificità che caratterizzano l'ambito produttivo od il tipo di servizio, il rapporto tra le due parti si articola, oltre a quanto regolato dalle norme, su altri fronti che conducono la relazione ad una gestione sinergica e customizzata¹⁸³.

Ci si riferisce ad esempio all'ipotesi di prevedere dei programmi di formazione in ingresso o c.d. *on the job* a favore degli iscritti presso l'ApI, quale aspetto fondamentale della cooperazione commerciale; può infatti accadere che l'Agenzia predisponga degli appositi corsi di formazione finanziati da Formatemp¹⁸⁴, al fine di preparare e selezionare le risorse che si ritengono più adatte e di soddisfare in maniera più esauriente le esigenze del cliente,

¹⁸² L'importo della sanzione va da 250 € a 1.250 €, come previsto dall'art. 40 del d.lgs. n. 81/2015.

¹⁸³ SOLDERA M., *Dieci anni di staff leasing. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nell'esperienza concreta*, op. cit.

¹⁸⁴ Forma.Temp è il Fondo per la formazione e il sostegno al reddito dei lavoratori in somministrazione di cui all'art 12 del d.lgs. n. 276/2003, costituito sotto forma di libera associazione e senza fini di lucro. Sono soci del Fondo le due Associazioni di rappresentanza delle Agenzie per il Lavoro (Assolavoro e Assosomm), le Organizzazioni Sindacali dei lavoratori somministrati (FelSA-CISL, NIDIL-CGIL, UILTemp) e le tre Confederazioni Sindacali (CGIL, CISL e UIL). Esso promuove e realizza interventi a favore dei lavoratori in somministrazione, o di potenziali candidati, tra cui i principali sono quelli di formazione e riqualificazione professionale, quelli di integrazione del reddito dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato in caso di fine lavori, di promozione di percorsi di qualificazione e riqualificazione professionale e di reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati.

rispettando allo stesso tempo l'impegno richiesto dal fondo finanziatore nel collocare le stesse risorse partecipanti ai suddetti corsi in termini di *placement*¹⁸⁵.

Altri esempi riguardano la consulenza nei piani di carriera, l'assistenza in caso di cessazione del contratto ed anche l'eventuale presenza presso l'azienda del cliente di personale dell'agenzia concentrato su una più efficiente gestione del contratto. Le alternative possono essere diverse e rimesse alla volontà negoziale delle parti purché non in contrasto con i limiti dettati dalla legge.

Nello *staff-leasing*, la libertà negoziale può essere esercitata anche in riferimento alla facoltà di recesso da parte di una o ambedue le parti, in particolare per regolarne presupposti, modalità e conseguenze. In merito, già l'ordinamento ne garantirebbe la possibilità ad entrambe le parti, essendo il contratto un legame di natura commerciale ed a tempo indeterminato, dal quale si può recedere pur in difetto di una specifica disposizione, rispettando un idoneo preavviso e agendo secondo principi di buona fede e correttezza. Tale possibilità deriverebbe infatti dall'applicazione, in via analogica, di disposizioni previste per altri contratti a prestazioni continuative quali ad esempio dell'art. 1569 c.c.¹⁸⁶ riguardo alla somministrazione di cose.

Dato comunque il reciproco interesse delle parti di concordare sul punto delle regole, è ragionevole attendersi, come in effetti spesso avviene, che i contratti di somministrazione a tempo indeterminato contengano delle previsioni a riguardo. Nella pratica, si trovano spesso

¹⁸⁵ Infatti, nel caso di formazione professionale, che rappresenta uno dei tipi di formazione messi a disposizione dall'ente bilaterale Formatemp, rivolta a candidati a missione iscritti presso le Apl, per poter ottenere il 100% del finanziamento richiesto, è fatto obbligo all'Agenzia di realizzare una percentuale minima di *placement*, calcolata sulla media annuale, pari al 35% degli allievi che abbiano conseguito l'attestato di frequenza, fatta eccezione per quelli rientranti nella categoria delle persone con disabilità. Tale obbligo è ottemperato se l'assunzione avviene entro il 180° giorno dalla data di fine corso e se la missione del lavoratore ha una durata non inferiore ad una settimana full time o part time equivalente.

¹⁸⁶ Così l'art. 1569 c.c.: "se la durata della somministrazione non è stabilita, ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione".

clausole dirette a stabilire un periodo minimo entro il quale il recesso è escluso (durata minima garantita) o a definire un periodo dopo il quale il costo dell'esercizio di tale facoltà è più elevato di quello eventualmente stabilito per un momento successivo¹⁸⁷. Ad esempio possono essere inserite clausole che prevedano il pagamento di una penale nel caso di recesso dell'utilizzatore prima del termine della durata minima garantita e/o successivamente a tale periodo clausole che prevedano il pagamento di una penale in caso di mancato rispetto del preavviso¹⁸⁸ del recesso, anch'esso oggetto di contrattazione. La penale può essere determinata nel contratto o determinabile¹⁸⁹, e ha la funzione di risarcire i danni dovuti alla conclusione anticipata del contratto. Si sottolinea che anche in caso di recesso dal contratto commerciale, rimane salva e garantita dall'art. 35, comma 8, d.lgs. 81/2015 la possibilità per l'utilizzatore di assumere direttamente il lavoratore (ex) somministrato¹⁹⁰ e che in tale ultima ipotesi è esclusa l'applicazione della penale.

6. Il contratto di somministrazione a tempo determinato, in base al dettato dell'art. 30 del d.lgs. n. 81/2015 può essere stipulato tra le Agenzie generaliste, iscritte nella prima sezione dell'Albo delle Agenzie, le quali sono autorizzate allo svolgimento di entrambe le forme di

La previsione di tale "prezzo" del recesso ha la funzione aggiuntiva di andare a coprire oltre al mancato guadagno derivante dalla prosecuzione del contratto, il costo posto a carico dell'agenzia in caso di assunzione di lavoratori a tempo indeterminato. Tali lavoratori in effetti, per il periodo in cui si ritrovano a non svolgere alcuna missione, hanno diritto a percepire un'indennità di disponibilità ai sensi dell'art. 32 CCNL delle Agenzie. Tale indennità è a carico dell'Apl dal momento in cui il lavoratore cessa la missione e fino all'inizio di una nuova missione o fino alla data di attivazione della procedura di cui all'art. 25 dello stesso CCNL.

¹⁸⁸ I termini del preavviso sono stabiliti nelle condizioni generali del contratto di somministrazione.

¹⁸⁹ Ad esempio, in base al momento in cui è avvenuto il recesso. Può essere previsto un prezzo pari al corrispettivo mensile sostenuto dall'impresa utilizzatrice, moltiplicato per il numero delle mensilità mancanti rispetto alla data di scadenza della durata minima garantita.

¹⁹⁰ Si riporta qui il citato comma 8: "E' nulla ogni clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine della sua missione, fatta salva l'ipotesi in cui al lavoratore sia corrisposta una adeguata indennità, secondo quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore".

somministrazione, ed un'impresa utilizzatrice, che in tal caso può anche essere un soggetto pubblico, al quale resta precluso invece stipulare contratti di staff-leasing.

Così come per *lo staff-leasing*, anche per il contratto di somministrazione a termine, il d.lgs. n. 81/2015, distinguendosi in parte dalla disciplina preesistente, consente alle aziende utilizzatrici di avvalersi di tale strumento senza la necessità di individuare una specifica causale¹⁹¹ e di predeterminare le attività o i settori cui destinare l'utilizzo dell'istituto. L'unica limitazione oggi fornita dal legislatore è riconducibile alla previsione di un tetto di contingentamento, dapprima di natura contrattuale collettiva, cui oggi si aggiunge in seguito alle modifiche operate dal decreto Dignità, quello di natura legale. Le norme sono da interpretarsi nel senso di un evidente obiettivo del legislatore di ridurre il contenzioso giudiziario del contratto commerciale a tempo determinato che resterà comunque soggetto ad un pieno controllo e giudizio atto a verificare la sussistenza di tutti gli altri elementi essenziali di legalità e legittimità da parte dell'autorità giudiziaria o dell'ispettore del lavoro. Le modifiche apportate nel tempo alla sua regolamentazione sono parallele a quelle effettuate nella disciplina del lavoro a termine (almeno fino all'emanazione del decreto dignità), mentre continuano ad

¹⁹¹ Già la legge n. 191/2009, che ha inserito il comma 5-bis all'art. 20 del d.lgs. 276/2003, aveva introdotto un primo caso di acausalità del contratto di somministrazione, valente sia per quella a tempo determinato che indeterminato, qualora esso fosse stato funzionale ad utilizzare lavoratori assunti dal somministratore dalle liste di mobilità. Deroghe oggettive furono poi previste dal d.l. 138/2011 con cui si lasciò la possibilità ai contratti di prossimità di derogare alla legge ed ai CCNL riguardo ai casi di ricorso alla somministrazione. In seguito il d.lgs. 24/2012 aveva individuato tre casi in cui il contratto di somministrazione a tempo determinato poteva essere liberamente stipulato, cioè qualora esso riguardasse soggetti percettori di disoccupazione non agricola dal almeno sei mesi, soggetti percettori di ammortizzatori sociali da almeno sei mesi e lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati. La successiva legge 92/2012 (legge Fornero) ha invece eliminato il requisito della sussistenza della causale (ovvero ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo) in caso di prima missione svolta in esecuzione di un contratto di somministrazione a tempo determinato di durata non superiore a 12 mesi comprensivi di proroghe). Il regime generalizzato di acausalità (prima di essere totalmente riscritto dal Job's act) si era consolidato con la legge n. 78/2014 che si occupò di eliminare ogni ipotesi di liceità di ricorso all'istituto legate alle esigenze dell'azienda utilizzatrice. S. SACCHI, T. TREU, *I primi 20 anni del lavoro in somministrazione in Italia*, Assosomm, Edizioni BookLab, Roma

esservi differenze nel sistema sanzionatorio¹⁹² ed in ordine ad altri aspetti quale ad esempio la non applicazione dello *stop and go* nel caso di successione di contratti di somministrazione.

Ai sensi dell'art. 31, comma 2 del d.lgs. n. 81/2015, come integralmente sostituito ad opera dell'art. 2, comma 02 del d.l. n. 87/2018, “salva diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore e fermo restando il limite disposto dall'articolo 23¹⁹³, il numero dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a tempo determinato non può eccedere complessivamente il 30 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei predetti contratti”¹⁹⁴. In ogni caso, resta ferma la facoltà per la contrattazione collettiva di individuare percentuali diverse, per tenere conto delle esigenze dei diversi settori produttivi. Si tratta quindi di una percentuale complessiva massima, che si va a sommare al tetto, legalmente inferiore, stabilito per i soli contratti a termine; dunque il limite di contingentamento prescritto per il ricorso alla somministrazione a termine è mobile, poiché ricavabile per sottrazione tra la percentuale massima consentita e quella dei contratti a termine diretti effettivamente in corso nel periodo di riferimento. Quanto al rinvio derogatorio alla fonte collettiva si può ritenere che i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (secondo la definizione degli stessi contenuta nell'articolo 51 del d.lgs. n. 81/2015) mantengono la loro

¹⁹² La violazione del limite numerico di lavoratori che si possono assumere con contratto di lavoro a tempo determinato comporta l'applicazione di una sanzione amministrativa, restando invece esclusa la trasformazione dei relativi contratti in contratti a tempo indeterminato. ZILIO GRANDI G, PICUNIO M. L., *Commento artt. 30- 40 d.lgs. 81/2015*, in MAZZOTTA O. - DE LUCA TAMNAJO R., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, op. cit.

¹⁹³ Tale articolo stabilisce che salvo diversa disposizione dei contratti collettivi non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione.

¹⁹⁴ Se il risultato è uguale o superiore allo 0,5 il limite si determina arrotondando il decimale all'unità superiore. Se l'inizio dell'attività avviene durante l'anno, il limite suddetto va calcolato sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della conclusione del contratto di somministrazione a termine.

validità fino alla naturale scadenza del contratto collettivo, sia con riferimento ai limiti quantitativi eventualmente fissati per il ricorso al contratto a tempo determinato sia a quelli fissati per il ricorso alla somministrazione a termine¹⁹⁵.

Il legislatore ha previsto l'esenzione¹⁹⁶ dal suddetto tetto legale (o contrattuale collettivo, quando applicato) di determinate categorie di soggetti, per i quali la somministrazione resta lecita anche qualora venga superato il limite previsto. Essi sono: i lavoratori assunti sulla base dell'art. 8, comma 2 della l. n. 223/1991; i soggetti disoccupati che usufruiscono di ammortizzatori sociali o di indennità di disoccupazione non agricola da almeno sei mesi e i lavoratori cosiddetti svantaggiati¹⁹⁷ o molto svantaggiati¹⁹⁸, così come identificati dal Regolamento UE n. 651/2014 della Commissione.

Occorre rilevare che tali eccezioni operano in *ogni caso* e quindi anche laddove i contratti collettivi non intervengano nella definizione di percentuali di contingentamento diverse e che

¹⁹⁵ Inoltre, si precisa che “il limite percentuale del 30% trova applicazione per ogni nuova assunzione a termine o in somministrazione avvenuta a partire dal 12 agosto 2018. Pertanto, qualora presso l'utilizzatore sia presente una percentuale di lavoratori, a termine e somministrati a termine con contratti stipulati in data antecedente alla data del 12 agosto 2018, superiore a quello fissato dalla legge, i rapporti in corso potranno continuare fino alla loro iniziale scadenza. In tal caso, pertanto, non sarà possibile effettuare nuove assunzioni né proroghe per i rapporti in corso fino a quando il datore di lavoro o l'utilizzatore non rientri entro i nuovi limiti”. Circolare del Ministero del Lavoro n. 17/2018.

¹⁹⁶ Si noti che il limite percentuale dei contratti a termine e quello, ottenuto per differenza, dei contratti di somministrazione, sono soggetti a diverse cause di esclusione (artt. 23, co. 2 e 31, co 2 d. lgs. n. 81/2015) nonostante appare ovvio che i primi rilevino sia in riferimento al tetto dei soli contratti a termine sia a quello cumulativo.

¹⁹⁷ Si definisce lavoratore svantaggiato: chiunque soddisfi una delle seguenti condizioni: a) non avere un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi; b) avere un'età compresa tra i 15 e i 24 anni; c) non possedere un diploma di scuola media superiore o professionale (livello ISCED 3) o aver completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e non avere ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito; d) aver superato i 50 anni di età; e) essere un adulto che vive solo con una o più persone a carico; f) essere occupato in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25 % la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato; g) appartenere a una minoranza etnica di uno Stato membro e avere la necessità di migliorare la propria formazione linguistica e professionale o la propria esperienza lavorativa per aumentare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile.

¹⁹⁸ Per “molto svantaggiati” si intendono coloro che sono privi da almeno 24 mesi di un impiego regolarmente retribuito, e coloro che sono privi da almeno 12 mesi di un impiego regolarmente retribuito sono e sono inclusi in una delle categorie di lavoratori svantaggiati.

esse hanno la finalità di favorire l’inserimento o il reinserimento nel mondo del lavoro di lavoratori in difficoltà.

Differenziandosi dalla previgente disciplina, per ciò che riguarda i lavoratori esclusi dal computo della percentuale da rispettare, non è più prevista l’esenzione di soggetti impiegati nell’ambito di contratti stipulati per le fasi di avvio di nuove attività, per quelli conclusi da start-up innovative, per la sostituzione di lavoratori assenti e per lo svolgimento di attività stagionali.

Passando alla definizione delle tipologie contrattuali utilizzabili per l’impiego dei somministrati, nella somministrazione a termine, l’assunzione del lavoratore alle dipendenze dell’Apl può essere sia a tempo determinato che a tempo indeterminato. In tale ultima ipotesi, è prevista un’indennità di disponibilità¹⁹⁹ da corrispondere al lavoratore nei periodi in cui esso, al termine di una missione, rimane a disposizione del somministratore, in attesa di essere ricollocato presso un altro utilizzatore. Nella prassi, per ovvie ragioni di convenienza sul versante tanto delle imprese quanto dei somministratori, l’ipotesi che più si realizza è quella dell’assunzione a tempo determinato, la cui disciplina rimane nell’alveo di quella dei contratti di lavoro a termine, con l’eccezione di alcune esclusioni.

¹⁹⁹ Ai sensi dell’art. 32 del CCNL delle Agenzie per il lavoro del 15 ottobre 2019, il lavoratore assunto a tempo indeterminato, che si trova in attesa di assegnazione al termine di una missione, ha diritto a percepire un’indennità di disponibilità di 800 €, erogata direttamente dall’Agenzia, per i periodi in cui egli rimane alle disponibilità di quest’ultima. Tale indennità è divisibile in quote orarie ed è proporzionalmente ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorativa di durata inferiore al mese. Tale erogazione è sospesa dall’attivazione della procedura ex art. 25 dello stesso CCNL, la cui istanza di apertura viene presentata dall’Apl nel caso di “mancanza di occasioni di lavoro”. Essa si attiva decorsi 30 giorni dalla data di presentazione dell’istanza a Formatemp, l’ente bilaterale che provvederà al pagamento in favore del lavoratore privo di missione di un’indennità di 1000 € mensili (riparametrata in caso di orario di lavoro part-time). Tale procedura può essere espletata solo qualora siano decorsi almeno 6 mesi di assunzione del lavoratore a tempo indeterminato ed ha una durata che può oscillare dai 6 agli 8 mesi, in base alle fasce di età dei lavoratori, al termine della quale, permanendo la mancanza di occasioni di lavoro, l’Agenzia può procedere alla risoluzione dei rapporti di lavoro per giustificato motivo oggettivo, comunicando il licenziamento individuale o plurimo.

6.1. Riguardo alla fattispecie della somministrazione a tempo determinato, è da ultimo intervenuta la Riforma del decreto Dignità, che ha inciso soltanto sul “collegamento negoziale che intercorre tra la missione a termine eseguita presso l'utilizzatore e la corrispondente assunzione a termine da parte dell'Agenzia²⁰⁰”, non toccando invece l'ipotesi dell'assunzione del lavoratore a tempo indeterminato.

Nel vigore del d.lgs. n. 276 del 2003 l'utilizzatore doveva addurre una giustificazione alla stipula del contratto di somministrazione a termine ed il collegamento anzidetto, si esplicitava con il recepimento nel contratto di lavoro²⁰¹, delle ragioni indicate nel contratto commerciale dall'utilizzatore²⁰², il quale era responsabile nei confronti del lavoratore dell'operazione avvenuta in difetto della causale. La necessità di indicare la causale rappresentava una formula mutuata da quella già al tempo utilizzata nelle assunzioni dirette a tempo determinato; i due istituti in effetti hanno sempre seguito lo stesso itinerario normativo²⁰³ fino alla completa liberalizzazione dalla giustificazione del termine, avvenuta sia nel contratto di lavoro che in quello commerciale, ad opera del d.l. n. 34 del 2014. Le due tipologie contrattuali hanno poi continuato a “condividere” lo stesso assetto anche nella disciplina dettata dal d.lgs. n. 81/2015, mantenendo però tra di esse una importante differenza che consisteva nella mancata previsione di una durata massima complessiva in caso di successione di missioni presso lo stesso utilizzatore²⁰⁴. Il contratto commerciale non aveva limiti legali di durata, mentre quello di

²⁰⁰ FRANZA G., POZZAGLIA P., *IL DECRETO DIGNITÀ*, *Commento alle norme lavoristiche*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2018.

²⁰¹ Il contratto di lavoro era stipulato seguendo la disciplina del decreto legislativo n. 368/2001 per quanto compatibile e con l'esclusione di alcune disposizioni.

²⁰² P. CHIECO, *Somministrazione, comando e appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO, *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Bari, 2004, pagg. 105 ss.

²⁰³ MAIO V., *La nuova disciplina della somministrazione e l'abrogazione del contratto di inserimento (tra pedagogismo e pragmatismo)*, in PERSLANI M., LIEBAMN S., *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Torino, 2013, pagg. 80 e ss

²⁰⁴ Ad eccezione della disciplina di cumulo di cui all'art. 19 comma 2 del d.lgs. n. 81 del 2015, la quale rileva solo nel caso in cui vi sia stata almeno un'assunzione “diretta” a tempo determinato e non se i contratti sono posti in essere ricorrendo alla sola somministrazione.

lavoro somministrato, escludendosi l'applicazione del tetto temporale dei 36 mesi, poteva avere una durata massima pari a quella prevista dal CCNL delle Agenzie.

L'art. 2 del decreto Dignità²⁰⁵ nella sua versione originaria, ha esteso la nuova disciplina del lavoro a termine anche al rapporto di lavoro a termine instauratosi tra Agenzia e lavoratore, con esclusione dell'applicazione del regime delle proroghe²⁰⁶, delle clausole di contingentamento e dei diritti di precedenza.

Ciò si sostanzia nella reintroduzione della causale per i rapporti di lavoro aventi una durata superiore ai 12 mesi, e per quelli rinnovati dopo il decorso di un precedente contratto di qualsiasi durata. Le causali in oggetto sono *le esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori* e *le esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria*.

Allo stesso tempo, il contratto commerciale di somministrazione a termine è rimasto liberamente stipulabile, senza la previsione di un ritorno alla regola della giustificazione e senza limiti di durata massima legale. Ne deriva dunque che ciò su cui il decreto in oggetto ha inciso profondamente è il collegamento negoziale tra i due contratti, commerciale e di lavoro, in quanto, perdurando nei primi dodici mesi la a-causalità sia per il primo contratto di lavoro a termine che per quello di fornitura, per i rapporti di durata eccedente i 12 mesi e per i rinnovi avvenuti anche prima dei 12 mesi, si viene a configurare una scissione formale e sostanziale tra i motivi posti alla base della previsione di un termine, poiché se quello commerciale resta a-

²⁰⁵ L'originario art. 2 prima della conversione in legge, così recitava: "All'articolo 34, comma 2, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, il primo periodo è sostituito dal seguente: «In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 23 e 24».

²⁰⁶ Esse sono infatti consentite "nei casi e per la durata" previsti dal CCNL delle Agenzie.

causale, lo stesso non può dirsi per quello di lavoro, il cui termine va necessariamente giustificato.

Tale assetto inoltre sollevava un problema in fase di applicazione di una delle due causali, poiché l’Agenzia si vedeva preclusa la possibilità di “giustificare il termine del contratto di lavoro riferendolo ad una esigenza temporanea, a sua volta ricavata dalla necessità di eseguire il contratto commerciale, quando di durata predeterminata”²⁰⁷. In effetti, le esigenze temporanee ed oggettive dovevano essere estranee all’ordinaria attività dell’impresa, condizione impossibile se riferita all’esecuzione del contratto commerciale che è l’oggetto principale dell’attività del somministratore. Dunque alle Apl restava di poter rinnovare o apporre un termine solo a fronte delle altre ragioni richieste per il lavoro a termine, ovvero per quelle sostitutive o legate ad intensificazioni non programmabili dell’attività, specificando oltretutto che esse erano riferibili all’agenzia stessa e non desumibili da quelle dell’azienda utilizzatrice. Per gli stessi motivi, non ci si poteva avvalere della somministrazione a termine per lo svolgimento di attività stagionali dell’utilizzatore. Tutto quanto sopra esposto evidenzia un forte irrigidimento dei margini di utilizzo dell’istituto e la parziale impraticabilità delle giustificazioni richieste.

Tuttavia, la legge di conversione del 9 agosto 2018 n. 96 ha apportato una modifica all’originario testo del decreto, la quale altera l’interpretazione sinora fornita alle nuove norme ad ai riflessi sull’utilizzo dell’istituto. In effetti tale legge, oltre ad aver ripristinato l’esonero dal cosiddetto *stop and go*²⁰⁸ per le assunzioni a tempo determinato delle Apl, introduce una

²⁰⁷ FRANZA G., POZZAGLIA P., *IL DECRETO DIGNITÀ, Commento alle norme lavoristiche*, op.cit.

²⁰⁸ La modifica di cui qui si discute è relativa all’art. 2 del d. lgs. 87/2018. La legge infatti sancisce che al comma 1 dell’articolo suddetto dopo le parole: «di cui agli articoli» sono inserite le seguenti: «21, comma 2,»; con tale modifica si esclude l’applicazione ai contratti di lavoro somministrato a tempo determinato, della regola dello “stop and go”, valente per i contratti di lavoro “diretti” a termine. I suddetti contratti tra lavoratore e somministratore non sono soggetti all’obbligo di un intervallo minimo tra un contratto ed il successivo e pertanto il rinnovo di un

precisazione fondamentale in ordine alle giustificazioni da addurre all'apposizione di un termine al contratto di lavoro in somministrazione, tale da avere dei risvolti significativi anche sul collegamento negoziale esistente con quello commerciale di fornitura di manodopera. Il comma 1-ter²⁰⁹ dell'art. 2 del citato decreto, introdotto dalla legge di conversione, specifica 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), dello stesso decreto Dignità, nel caso di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro, "si applicano esclusivamente all'utilizzatore".

Sebbene la stessa precisazione possa essere foriera di interpretazioni differenti²¹⁰, concentrate soprattutto intorno al significato da attribuire al termine "applicano", quella maggioritaria, avallata anche dalla Circolare ministeriale n. 17 del 2018 sembra garantire una certa continuità con l'assetto normativo pre-conversione. La linea in questo senso seguita, "qualifica le esigenze dell'utilizzatore, integrative della regola di giustificazione, come mero presupposto di fatto rispetto a condizioni di legittimità da riferire comunque al contratto di lavoro somministrato²¹¹". E quindi, in termini pratici, qualora la durata di una missione presso lo stesso utilizzatore, sia superiore a 12 mesi, o se ad una missione (di durata anche inferiore)

contratto effettuato prima del decorso di dieci giorni (nel caso di scadenza di un contratto inferiore a sei mesi, venti nel caso di scadenza di un contratto di durata superiore a sei mesi) dal termine del precedente, non comporta l'assunzione a tempo indeterminato alle dipendenze dell'agenzia.

²⁰⁹ Tale comma non novella né integra il corpo del d.lgs. 81/2015 ma fornisce un chiarimento sui dubbi interpretativi circa il soggetto cui riferire le condizioni "necessarie" alla stipula del contratto a termine.

²¹⁰ Le diverse interpretazioni proposte vertono intorno alla questione attinente il regime di responsabilità per la violazione della regola di giustificazione ed in particolare, al quesito se la stessa sia in capo all'agenzia o all'utilizzatore, e/o se a quest'ultimo sia da riferirsi la mera ricorrenza della condizione. Una prima ricostruzione potrebbe indurre a ritenere che la previsione riguardi il contratto commerciale di somministrazione di cui l'utilizzatore è parte formale. Ciò in realtà non pare plausibile poiché si tratta di condizioni richieste per un contratto di lavoro a tempo determinato quando invece il contratto di somministrazione a tempo determinato può realizzarsi tramite l'invio di lavoratori assunti a termine ma anche mediante lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia.

²¹¹ SCARPELLI F. *Convertito in legge il "Decreto Dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, settembre 2018.

segua un rinnovo presso lo stesso utilizzatore, il contratto di lavoro stipulato con l'agenzia dovrà recare una "causale" riferita alle condizioni dell'utilizzatore stesso. A riprova del fondamento di tale interpretazione concorre anche la collocazione della disposizione in esame nell'alveo della disciplina del lavoro somministrato a termine, riferimento che invece non si trova nella disciplina del contratto commerciale che resta appunto a-causale. In effetti, se così non fosse, verrebbe a mancare anche la disciplina sanzionatoria per la violazione della regola delle causali da parte dall'azienda utilizzatrice, la quale non è inclusa tra i casi di somministrazione irregolare. In tale ottica la prova della giustificazione del termine spetta all'agenzia, cui compete l'esclusiva responsabilità nei confronti del lavoratore, nonostante le ragioni giustificatrici derivino da un articolato scambio di informazioni tra Apl e utilizzatore.

A tal fine, è interesse e compito del somministratore, richiedere all'utilizzatore l'indicazione delle condizioni, prima di concludere il contratto di lavoro. Non resta dunque difficile prevedere che tali condizioni siano inserite nello stesso contatto commerciale di somministrazione, anche pur non rientrando tra i requisiti necessari di quel contratto²¹². In questo contesto, occorre valutare quali siano le conseguenze in sede giudiziale, qualora le condizioni indicate dall'utilizzatore non vengano ritenute genuine dal giudice. Il vizio rileva sul contratto di lavoro e pertanto la sanzione della conversione del rapporto di lavoro è prevista in capo all'agenzia, nonostante ci si trovi di fatto di fronte ad una situazione in cui l'inadempimento di una parte, in questo caso dell'utilizzatore, viene a gravare su di un altro soggetto, parte del contratto di lavoro. Comunque qualora l'utilizzatore indichi delle casuali che non tengano alla prova del giudizio, si può configurare un diritto al risarcimento del danno

²¹² In tale contesto, si può ben immaginare che le agenzie si troveranno a svolgere funzioni di consulenza per individuare la causale che legittima la stipula del contratto di lavoro a tempo determinato concluso per lo svolgimento di una missione a termine.

in capo all'Apl²¹³, in forza di una responsabilità contrattuale che trae origine dal collegamento negoziale²¹⁴ tra contratto commerciale e contratto di lavoro.

7. L'art. 32 del d.lgs. n. 81 del 2015, contiene dei casi di divieto espresso in cui la stipula del contratto di somministrazione, sia a termine che a tempo indeterminato, non è semplicemente nulla, ma è vietata. Si tratta di ipotesi tassativamente specificate, e ricalcate su quelle previste già per il ricorso alle altre tipologie di lavoro flessibile quali il lavoro a termine e il lavoro intermittente. In particolare il divieto vige: per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; nelle unità produttive (quindi non l'intera azienda) in cui si è proceduto, nei 6 mesi precedenti, a licenziamenti collettivi di lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione; nelle unità produttive in cui vi è sospensione o riduzione dell'orario, in regime di cassa integrazione guadagni, che interessa lavoratori adibiti alle stesse mansioni del contratto di somministrazione di lavoro ed infine nei confronti dei datori di lavoro (utilizzatori) che non sono in regola con la valutazione dei rischi, in applicazione delle norme di tutela della salute e sicurezza contenute nel d.lgs. n. 81/2008.

Quanto al primo punto, il divieto rappresenta un'ipotesi classica di limitazione all'interno dei rapporti di lavoro subordinato che trova la propria fonte costituzionale negli artt. 39 e 40 Cost. e ha lo scopo di evitare una eventuale condotta antisindacale del datore di lavoro che

²¹³ Essa subisce infatti il pregiudizio dell'assunzione del dipendente a tempo indeterminato.

²¹⁴ Si tratta di uno schema giuridico utilizzato per spiegare in questo contesto la scissione tra i poteri datoriali. Occorre, precisare che si configura in tal caso una forma di collegamento negoziale imposta dal legislatore, il quale regola espressamente diritti ed obblighi delle parti anche in virtù dello stesso collegamento negoziale, su cui, data la inderogabilità delle norme, le parti non possono agire modificandone gli effetti, che rimangono quelli stabiliti dalla legge. Da ciò consegue che i vizi che colpiscono uno dei due contratti si trasmettono all'altro solo ove espressamente previsto, diversamente da quanto accade nella civilistica, che in caso di collegamento volontario disposto dalle parti, fa derivare dall'interdipendenza tra i contratti collegati il propagarsi dei vizi di un contratto su tutta la catena, fino a giungere a prospettare che i contratti collegati siano in realtà da considerare come alla stregua di un unico contratto. SACCO R., DE NOVA G., *IL CONTRATTO*, op. cit.

voglia far ricorso alla somministrazione di lavoro per supplire all'astinenza dal lavoro dei propri dipendenti, e di evitare quindi la vanificazione dello strumento di lotta sindacale. Chiaramente la norma non mira a tutelare tutti gli scioperi, ma solo quelli leciti e meritevoli di garanzie costituzionali ed inoltre non estende il divieto anche all'utilizzo del contratto di somministrazione per la sostituzione di lavoratori in sciopero qualora il esso sia stato stipulato in precedenza alla circostanza suddetta e per finalità diverse²¹⁵. In tale caso, il lavoratore somministrato può infatti, essere impiegato anche nelle mansioni proprie degli scioperanti.

Quanto al divieto previsto presso le unità produttive nelle quali entro i sei mesi precedenti si sia proceduto a licenziamenti collettivi, o presso le quali sia operante una riduzione dell'orario di lavoro in regime di cassa integrazione guadagni, è stata eliminata la deroga affidata alla contrattazione collettiva nella formulazione precedente con cui si permetteva in tali casi di consentire il ricorso alla somministrazione. A proposito la dottrina si è posta il quesito della possibilità di far ricorso agli accordi *ex art. 8 d.l. n. 138/2011* dedicato alla contrattazione di prossimità, e quindi di poter derogare ai divieti legali. Tale possibilità si ritiene da escludere in applicazione del principio della successione delle leggi nel tempo²¹⁶.

Permangono invece, le eccezioni al divieto vigente nelle unità produttive ove si sia proceduto a licenziamenti collettivi, in caso di sostituzione di lavoratore assente, essendo in questo caso il ricorso alla somministrazione, giustificato da un fine estraneo al licenziamento, e nel caso di somministrazione di durata iniziale inferiore a tre mesi.

²¹⁵ Ciò è stabilito dal Tribunale di Milano con sentenza n. 697 del 9 marzo 2006 che in riferimento al divieti contenuto nella previgente disciplina, rimasto invariato in riferimento a quello operante per la sostituzione di lavoratori in sciopero, sanciva che "Part. 20, comma 5, lettera a) del .d.lgs. 276/2003 deve essere letto nel senso che è vietata la stipulazione di contratti di somministrazione finalizzati alla sostituzione di lavoratori in sciopero e non può essere interpretato nel senso che sia vietata la sostituzione di lavoratori in sciopero con personale somministrato già presente in azienda ed assunto per diverse finalità".

²¹⁶ TIRABOSCHI M., *Prima lettura del d.lgs. 81/2015*, in ADAPT Labour Studies e-Book series, n. 45, 26 giugno 2015

Infine, il divieto operante sui datori di lavoro che non hanno effettuato la valutazione dei rischi, richiede una lettura combinata con l'art. 33 d.lgs. n. 81/2015 ove si dispone che il contratto commerciale di somministrazione deve recare l'espressa indicazione dei rischi per la salute e l'integrità dei lavoratori e delle misure di prevenzione adottate. Quanto appena ribadito significa che l'utilizzatore potrà stipulare un contratto di somministrazione solo se in possesso di un DVR, redatto in modo specifico in riferimento ai lavoratori somministrati. In tale documento, pur in assenza di un obbligo preciso, sembra necessario che vengano tenuti in considerazione tutti i rischi collegati all'impiego di lavoratori in somministrazione, inclusi quelli per così dire "supplementari", come ad esempio quelli legati "alla particolare modalità di inserimento degli stessi all'interno dell'impresa che ne utilizza le prestazioni, alla mancanza assoluta di frequentazione e di abitudine rispetto ai comportamenti di tipo convenzionale adottati nello specifico ambiente di lavoro"²¹⁷. L'agenzia per il lavoro, come chiarito con risposta ad Interpello n. 26 del 17 settembre 2007 del Ministero del Lavoro²¹⁸, deve accertare,

²¹⁷ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op. cit.

²¹⁸ Si riporta di seguito un estratto relativo alla risposta ad Interpello con cui Confinterim (la Confederazione Italiana delle Associazioni delle Imprese Fornitrici di Lavoro Temporaneo) chiede se, la prassi del somministratore, di acquisire in sede di stipulazione del contratto con l'utilizzatore, una dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa utilizzatrice che attesti l'esecuzione della valutazione dei rischi ex art. 4 D.Lgs. n. 626/1994 presso l'azienda utilizzatrice medesima, sia sufficiente ad esonerare da responsabilità l'agenzia per il lavoro, qualora, diversamente da quanto precedentemente dichiarato al somministratore, questo non abbia in realtà effettuato la valutazione dei rischi. In particolare: "sebbene il comportamento principale richiesto dalla norma sia configurabile in capo ad uno solo dei contraenti, cioè all'utilizzatore, il comportamento illecitamente omissivo di quel contraente comporta anche il divieto per l'altro contraente, cioè per il somministratore, di stipulare il contratto di somministrazione di lavoro. Pertanto, il somministratore che sottoscrive il contratto deve usare la normale diligenza richiesta ad un operatore professionale specificamente autorizzato dalla pubblica autorità all'esercizio della propria attività ai sensi dell'art. 4, D. Lgs. n. 276/2003. Al riguardo, si può ritenere che il comportamento diligente richiesto dalla norma ai fini dell'esenzione da colpa possa essere quello della verifica dell'effettivo adempimento da parte dell'altro contraente della valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 D. Lgs. n. 626/1994, quanto meno per presa visione del relativo documento, che ne attesta l'effettiva esecuzione, ovvero, della autocertificazione da parte del legale rappresentante dell'utilizzatore, limitatamente ai casi in cui la stessa legge prevede che la valutazione dei rischi da parte dell'utilizzatore avvenga con tale modalità di autocertificazione (art. 4, comma 11, D. Lgs. n. 626/1994). A sostegno di tale considerazione, il precetto consistente nel divieto di cui all'art. 20, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 276/2003, deve essere letto in combinato disposto con la sanzione prevista dall'art. 18, comma 3, della stessa norma, che punisce entrambi i contraenti e non solo l'utilizzatore, con la sanzione amministrativa da 250 euro a 1.250 euro. Infatti, dalla lettura dell'intero art. 18 appare evidente che ogni qualvolta il legislatore ha inteso limitare la sanzione

prendendone almeno visione, che l'azienda utilizzatrice sia munita di tale documentazione, affinché la somministrazione venga eseguita in condizioni di liceità.

Per ragioni di completezza, si evidenzia che oltre ai casi illustrati, deve essere considerata la disposizione dell'art. 42, co. 7, d.lgs. n. 81/2015 con cui si permette alle agenzie di ricorrere a contratti di apprendistato ma se ne vieta l'utilizzo in contratti di somministrazione a tempo determinato.

Infine si anticipa quanto poi sarà approfondito nel paragrafo relativo alle modifiche legislative intervenute nella fase emergenziale Covid-19 ove si espongono quelle che hanno avuto riflessi significativi ed hanno inciso direttamente sulla fattispecie della somministrazione irregolare, tra cui la norma di interpretazione autentica dell'art-19 bis del d.lgs. 18/2020. Con essa, si assiste alla disapplicazione del divieto di ricorso alla somministrazione nella circostanza in cui l'azienda utilizzatrice abbia attivato un ammortizzatore sociale emergenziale, per tutta la durata dello stesso. L'impresa che ha in essere una procedura di cassa integrazione guadagni con causale Covid-19, può infatti rinnovare o prorogare i contratti commerciali di somministrazione a tempo determinato, senza il rischio di incorrere nell'ipotesi della somministrazione irregolare. La norma mira alla prosecuzione dei rapporti in essere e dunque non prevede la disapplicazione del divieto nel caso di stipulazione di un nuovo (primo) contratto di somministrazione.

ad uno solo dei contraenti lo ha esplicitamente previsto. Lo stesso comma 3 dell'art. 18 contiene infatti sanzioni che colpiscono entrambi i contraenti, come quella in esame e sanzioni che colpiscono esplicitamente un solo contraente. In altre parole, laddove nell'ambito del contratto il comportamento censurabile riguarda uno solo dei contraenti, il legislatore lo ha esplicitamente affermato, laddove negli altri casi la sanzione colpisce entrambi i contraenti, sia il somministratore sia l'utilizzatore. In questo senso, l'esistenza di una sanzione astrattamente applicabile anche al somministratore comporta logicamente l'esigenza di definire il comportamento legittimo che esenti da colpa il somministratore che intenda contrarre secondo la legge, senza rischiare di incorrere in una sanzione per il comportamento omissivo tenuto dall'altro contraente. Questo comportamento si ritiene possa essere quello sopra indicato di verifica dell'adempimento da parte dell'utilizzatore di quanto disposto dall'art. 4 D. Lgs. n. 626/1994.

7.1. Gli effetti del contratto di somministrazione, stipulato in caso di divieto, sono disciplinati agli articoli 38 e 40 dello stesso decreto i quali prevedono l'applicazione di sanzioni civili ed amministrative. In particolare, la previsione del secondo comma dell'art. 38²¹⁹ permette di inquadrare la fattispecie vietata, tra i casi di somministrazione irregolare, la quale verrà nel complesso approfondita nel capitolo che segue relativo alle diverse patologie della somministrazione.

Per ciò che qui interessa, la principale conseguenza di tale comportamento “irregolare” è che i lavoratori somministrati in esecuzione di un contratto di somministrazione vietato, hanno diritto a farsi riconoscere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dirette dell'utilizzatore. Tale scelta del legislatore può giustificarsi con la mancanza degli altri limiti previsti per il ricorso a tale categoria contrattuale (tetti massimi di durata e numero massimo di rinnovi) e “dalla considerazione che il ricorso ad una fattispecie interpositoria al di fuori dei limiti previsti *ex lege* riveste una particolare gravità”²²⁰. Il lavoratore quindi può chiedere in giudizio²²¹, con ricorso *ex art.* 414 c.p.c., notificato anche al solo utilizzatore e quindi senza l'obbligo di litisconsorzio passivo verso il somministratore, chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dello stesso fin dall'inizio della somministrazione. La maggior parte della dottrina ritiene che questa sia un'azione di annullamento del contratto di somministrazione di natura costitutiva e che la competenza

²¹⁹ Tale comma stabilisce che: “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”.

²²⁰ CESTER, *Il neotipo e il prototipo: precarietà e stabilità*, Labor, fascicolo 5/6, 2016

²²¹ Mentre la legittimazione attiva a far valere l'irregolarità della somministrazione appare spetti a tutti, quella relativa alla costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore è riservata dal legislatore al solo lavoratore.

debba essere quella del giudice del lavoro²²², comportando l'azione giudiziaria un'indagine sull'effettivo svolgimento delle prestazioni lavorative a seguito del contratto di "fornitura", a meno che non si tratti di altro contratto commerciale differente dalla somministrazione. Un tale assetto risulta sostanzialmente diverso se lo si confronta con l'art. 1 comma 5 della legge n. 1369/1960 secondo il quale, riconosciuta l'illiceità o l'illegittimità dell'interposizione, scattava immediatamente ed in modo automatico l'applicazione della sanzione civile.

L'instaurarsi del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore deve ritenersi a tempo indeterminato in considerazione anche dell'art. 1 d.lgs. n. 81/2015 secondo cui il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro.

Il lavoratore ha l'onere di impugnare il contratto ai sensi ed entro il termine di decadenza dell'art. 6 l. n. 604/1966, ovvero di 60 giorni, che decorrono dalla data di cessazione dell'attività presso l'utilizzatore, e tale contestazione è inefficace se non è seguita entro 180 giorni dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale. L'originario contratto di lavoro tra lavoratore somministrato ed agenzia resta quindi sostanzialmente valido, seppure operi per legge un "trasferimento" della titolarità dello stesso contratto, nelle forme e nei contenuti originari, in capo all'utilizzatore; la dottrina esclude infatti che patologie genetiche o funzionali del contratto commerciale possano estendersi al contratto di lavoro e viceversa, sottolineandosi così la ribadita autonomia dei due contratti.

Qualora il giudice accolga il ricorso del lavoratore, trova applicazione l'indennità onnicomprensiva già prevista per il contratto a tempo determinato, che è compresa tra un minimo di 2,5 mensilità ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, la quale ristora per intero il pregiudizio arrecato

²²² La controversia ricade nell'alveo dell'art. 409, n. 1, c.p.c.

al lavoratore, comprese le somme dovute a titolo di retribuzione e contribuzione relative al periodo compreso tra la cessazione dell'attività presso l'utilizzatore e la pronuncia costitutiva del giudice²²³.

Per quanto attiene ai contributi e alla retribuzione dovuti, lo stesso art. 38 stabilisce che i pagamenti già effettuati dall'agenzia, valgono a liberare l'utilizzatore fino alla concorrenza delle somme versate e analogamente, per quanto riguarda gli atti compiuti per la costituzione e la gestione del rapporto di lavoro, quali ad esempio l'invio di comunicazioni obbligatorie o la consegna di prospetti paga, che essi si intendono come compiuti o ricevuti dall'utilizzatore in seguito riconosciuto quale reale datore di lavoro.

Si evidenzia infine che la disposizione della sanzione civile non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001.

Oltre a quanto visto sopra, l'utilizzatore è esposto al pagamento di una sanzione pecuniaria amministrativa che oscilla tra i 250 e i 1.250 euro. La sanzione può essere applicata anche in misura ridotta pari a 416,66 euro, ai sensi dell'art. 16 l. 689/1981 che prevede la rideterminazione dell'importo pari ad un terzo del massimo edittale o se più favorevole, pari al doppio del minimo edittale, quando previsto.

Per tale violazione non è applicabile l'istituto della diffida, di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 124/2004, come sostituito dall'art. 33 della legge n. 183/2010, in quanto si ritiene possa risultare operativo in caso di inadempienze che siano materialmente sanabili. La particolare gravità, da cui deriva anche l'impossibilità di sanare l'illecito, dell'attività realizzata al di fuori dei divieti infatti è confermata anche dalla previsione della sanzione civile, prima ancora che di quella amministrativa.

²²³ Art. 39, comma 2 del d.lgs. n. 81 del 2015.

Capitolo III

**LE VICENDE PATOLOGICHE DEL
CONTRATTO DI SOMMINISTRAZIONE
DI LAVORO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La somministrazione irregolare: due diverse fattispecie. I termini di decadenza. La sanzione civile *ex art.* 38, c. 2 del d.lgs. n. 81/2015. - 2.1. La sanzione amministrativa *ex art.* 40 del d.lgs. n. 81/2015. – 2.2. Il regime speciale del risarcimento del danno. - 2.3. Gli interventi normativi nella fase emergenziale Covid-19: i riflessi sulla somministrazione irregolare. - 2.3.1 La norma di interpretazione autentica di cui all'art. 19-bis del d.l. “Cura Italia”. Una deroga ai divieti in costanza di ammortizzatori sociali con causale “emergenza Covid-19”. - 2.3.2. La norma di interpretazione autentica *ex art.* 80-bis del d.l. “Rilancio”. L'esclusione del licenziamento tra gli atti di gestione *ex art.* 38 c. 3 d.lgs. n. 81/2015. - 3. La somministrazione abusiva e l'utilizzazione illecita di manodopera. Le due fattispecie di illecito amministrativo. Le sanzioni. - 4. La somministrazione abusiva e l'utilizzazione illecita con sfruttamento di minori: il mantenimento della rilevanza penale. Le sanzioni. – 5. La reintroduzione del reato di somministrazione fraudolenta: una fattispecie ancora ondivaga. - 5.1. La distinzione con il reato di truffa. La sentenza della Corte di Cassazione penale n. 9758/2020. Le criticità.

1. Appare ora particolarmente significativo, provare a esaminare le norme che disciplinano le conseguenze per l'impresa che si dovesse trovare, anche a seguito di una eventuale ispezione, ad aver adottato forme contrattuali di somministrazione che più o meno intenzionalmente, per esigenze produttive (o, utilizzando un aggettivo più che attuale, “emergenziali”), deviano dal tipo normativo. Si ritiene inoltre che oggi sia particolarmente importante portare attenzione alle intenzioni del legislatore e rilevare poi come questa intenzionalità finisca per infrangersi sugli scogli di una normativa confusa, frammentata e a rischio di una sempre minore omogeneità. La reintroduzione delle causali, al pari del reato di somministrazione fraudolenta, sembrano più di altre essere la bandiera della lotta contro la piaga del precariato, mossa da un'ideologia che presuppone che il contratto a termine e quindi il contratto di somministrazione di lavoro, siano uno strumento usato dalle imprese per abbattere ingiustamente il costo del lavoro piuttosto che uno strumento per rispondere efficacemente e con tempestività alla fluidità degli andamenti economici, per cogliere opportunità di mercato e per sostenere lo sviluppo e l'occupazione.

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015, nel quadro della legge delega c.d. *Jobs Act*, l'ordinamento si è arricchito di una nuova versione del sistema sanzionatorio previsto per i fenomeni interpositori nei rapporti di lavoro, determinando una profonda rivisitazione della materia dopo dieci anni dal d.lgs. 276/2003, ritoccata poi recentemente dal d. l. 87/2018.

Nell'ottica di un iter evolutivo, già il legislatore delegato della Riforma Biagi aveva abrogato parzialmente i reati di intermediazione illecita che si configuravano nella fornitura e negli appalti di mere prestazioni di manodopera, collocando la liceità di tali operazioni nell'ambito di casi tassativi da parte di agenzie autorizzate e conservando l'illiceità penale di intermediazione abusiva realizzata da soggetti non abilitati. A seguire, nel d.lgs. 81/2015, sono scomparsi i riferimenti alle condizioni di liceità, conducendo alla risoluzione di ogni dubbio intorno al fatto che la somministrazione posta in essere oltre certi limiti e condizioni è irregolare, ma non illecita; è venuta meno anche la figura della fattispecie fraudolenta, realizzata con la finalità di eludere norme inderogabili di legge o contratto collettivo, poi reintrodotta con il d.lgs. 87/2018.

Si anticipa fin d'ora, che dopo il lungo tempo necessario alla promulgazione del Decreto Dignità, a seguito del suo annuncio agli organi di stampa e del profondo rimaneggiamento in sede di conversione parlamentare, dove fra le altre cose maturò il reinserimento del reato di somministrazione fraudolenta, compare oggi sul dibattito nazionale la possibilità, in certi casi già divenuta concreta, di sospendere alcune norme del decreto stesso, accompagnata dalla disapplicazione di alcuni divieti posti all'utilizzo del contratto di somministrazione, per

fronteggiare la straordinaria emergenza economica del paese causata dall'epidemia del COVID-19²²⁴.

2. L'art. 38 del d.lgs. 81/2015 rubricato "somministrazione irregolare" contiene al suo interno la disciplina di due diverse vicende di irregolarità in cui il contratto di somministrazione può ricadere, per le quali sono previsti due diversi assetti sanzionatori, specialmente sul piano civilistico.

Il primo caso preso in considerazione dal comma 1 della norma²²⁵, riguarda il difetto di forma scritta del contratto commerciale di somministrazione, al quale l'ordinamento attribuisce una particolare gravità tanto da punire tale vizio con l'istituto della nullità e con l'accertamento (automatico) della sussistenza di un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'utilizzatore. Il nostro ordinamento infatti riconosce la sanzione civilistica della nullità come la più grave forma di invalidità contrattuale, la cui disciplina trova la propria fonte principale nell'articolo 1418 del codice civile, che dispone: *"Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge"*. Tra i requisiti di cui al richiamato art. 1325 c.c., la cui mancanza comporta nullità del contratto, vi è appunto la forma, quando prescritta dalla legge sotto pena di nullità, come accade nella previsione del comma 1 dell'art. 38 del d.lgs. 81/2015. Trattandosi di un'ipotesi

²²⁴ PATUCCHI M., «Coronavirus: cambia il Decreto dignità, sì all'allentamento dei vincoli per i contratti a termine», *la Repubblica*, 16 aprile 2020.

²²⁵ Si riporta testualmente il comma 1: "In mancanza di forma scritta il contratto è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore".

di nullità e tenendo conto anche degli “approdi giurisprudenziali raggiunti nel vigore della l. 1396/1960”²²⁶, l’azione di nullità è esperibile da qualunque interessato (compreso dunque l’Ente previdenziale) ed è, a norma dell’art. 1422 c.c.²²⁷, imprescrittibile. Inoltre, essa non comporta litisconsorzio necessario tra utilizzatore ed agenzia somministratrice, la quale risulta estranea al rapporto “sostanziale” che si intende far emergere. Tale estraneità si rinviene anche nell’esclusione della responsabilità solidale tra utilizzatore e somministratore per i trattamenti retributivi e contributivi ancora dovuti a favore del lavoratore, cui è tenuto il solo soggetto che si avvale concretamente delle prestazioni del lavoratore. La sentenza di nullità e quindi di accertamento dell’esistenza del rapporto di lavoro alle dipendenze dell’utilizzatore ha natura dichiarativa, comportando in effetti che il lavoratore diventi automaticamente dipendente di chi lo ha utilizzato. La conseguenza è che tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro posti in essere dall’agenzia sono considerati come mai esistiti ed improduttivi di effetti, restando però salvi i pagamenti a titolo retributivo ed i versamenti a titolo contributivo già effettuati dal somministratore, i quali liberano l’utilizzatore²²⁸ fino alla concorrenza di tali somme ma, non per quelle eventualmente dovute a titolo di differenze retributive e contributive.

Il legislatore giustappone poi all’ipotesi di nullità della somministrazione per carenza di forma scritta, il caso della vera e propria somministrazione irregolare, ovvero quella posta al di fuori dei limiti e delle condizioni previsti dalle norme cui fa rinvio il secondo comma dell’art. 38 del d.lgs. n. 81/2015. Occorre fin da subito rilevare che, per potersi parlare di irregolarità

²²⁶ ZILIO GRANDI G, PICUNIO M. L., *Commento artt. 30- 40 d.lgs. 81/2015*, in MAZZOTTA O., DE LUCA TAMNAJO R., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, op. cit.

²²⁷ L’art. 1422 c.c. recita così testualmente: “L’azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell’usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione”.

²²⁸ Secondo quanto previsto dall’art. 1180 c.c. relativo all’adempimento del terzo. Si può comunque ipotizzare che in virtù del contratto commerciale nullo, l’agenzia possa agire verso l’utilizzatore per la ripetizione dell’indebito soggettivo (art. 2036 c.c.) ovvero per arricchimento senza causa (art. 2041 c.c.).

della somministrazione, non è sufficiente la mera stipulazione del contratto, bensì occorre che l'operazione avvenga e sia materialmente posta in essere esternamente ai limiti previsti dalla legge e che quindi vi sia stato l'inizio di quell'impiego di cui l'utilizzatore ha effettivamente beneficiato.

In particolare l'istituto assume tale forma patologica qualora sia realizzato senza il rispetto dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli: 31, commi 1 e 2, in ordine ai tetti di contingentamento previsti per la somministrazione a tempo indeterminato e determinato²²⁹; 32, in ordine ai divieti previsti per il ricorso al contratto di somministrazione; 33, comma 1 lettere a), b), c) e d) e quindi rispettivamente in caso di carenza di autorizzazione ministeriale in capo all'agenzia, in caso di sforamento del numero di lavoratori stabiliti nel contratto, in caso di non coincidenza alla realtà dei rischi per la salute e la sicurezza del lavoratore e delle misure di prevenzione specificate in contratto, nel caso in cui la data di inizio e durata prevista della somministrazione non corrispondano a quelle effettive ed infine anche nell'ipotesi in cui manchi l'indicazione di uno degli elementi appena elencati, la cui assenza è considerata un vizio formale di particolare gravità.

In questi casi, *“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”*²³⁰. Ciò si traduce con la possibilità per il lavoratore di chiedere in giudizio, mediante ricorso ai sensi dell'art. 414 c.p.c., notificato anche al solo utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro

²²⁹ Si ricordi quanto già analizzato nel paragrafo relativo alla somministrazione a termine, ove si evidenzia che il superamento dei limiti percentuali previsti dalla legge per il ricorso all'istituto, conduce, a differenza di quanto previsto per il ricorso al contratto di lavoro a termine ove la sanzione prevista è quella amministrativa, alla costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore. La ragione può essere ricondotta alla mancanza di altri limiti previsti per l'utilizzo del contratto commerciale di somministrazione ed alla gravità rivestita da una fattispecie interpositiva realizzata al di fuori dei limiti di legge.

²³⁰ Art. 38, c. 2, d.lgs. 81/2015.

alle dipendenze di quest'ultimo, che abbia inizio sin dalla data in cui la somministrazione ha avuto origine. Ne deriva che anche in tale ipotesi non vi è obbligo di litisconsorzio passivo verso il somministratore e che, in base al tenore della norma, “la decisione giudiziale di accoglimento della domanda del lavoratore sia costitutiva del rapporto di lavoro con l'utilizzatore”²³¹, ed abbia efficacia retroattiva²³². Nonostante potrebbero sorgere dei dubbi riguardo tale efficacia costitutiva, in considerazione di quanto indicato al comma 1 dell'art. 39, ove si fa riferimento alla “pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la costituzione del rapporto di lavoro”, che sembrerebbe far pensare piuttosto ad una sentenza di condanna per l'utilizzatore a stipulare un contratto di lavoro che sarebbe concluso solo se in adempimento²³³ di tale obbligo, si ritiene che l'interpretazione che rispecchia più correttamente le intenzioni del legislatore sia quella che considera la decisione stessa “produttrice” di una nuova situazione giuridica, e che la formulazione di cui all'art. 39 sia piuttosto un *lapsus* del legislatore.

Analizzando i due diversi tipi di somministrazione irregolare di cui all'articolo in esame ed in particolare le conseguenze sul piano delle sanzioni civili previste, si può notare un'ulteriore differenza che, oltre a quella relativa all'efficacia dichiarativa o alternativamente costitutiva della pronuncia del giudice ed alla legittimazione ad agire per accertare i due diversi tipi di irregolarità, risiede nei soggetti nei confronti dei quali potrebbe avere effetto l'accoglimento del ricorso. In caso di mancanza di forma scritta, l'accertamento del rapporto di lavoro è

²³¹ TREMOLADA M., *Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili*, in BROLLO M., CESTER C., MENGHINI L., *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2016, pp. 311-334.

²³² Le sentenze costitutive non hanno normalmente efficacia retroattiva, bensì efficacia *ex nunc*, ossia dalla data del passaggio in giudicato, salvo che la legge disponga eccezionalmente in modo diverso, come accade nella fattispecie della somministrazione irregolare di cui all'art 38, comma 2 del d.lgs. n. 81/2015.

²³³ Seguendo questa prospettiva, in caso di inadempimento, il contratto di lavoro potrebbe non costituirsi ed il lavoratore, per vedere soddisfatta la sua pretesa, dovrebbe attivare il rimedio dell'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c.

esclusivamente quello con il soggetto utilizzatore delle prestazioni, mentre negli altri casi, previsti al secondo comma dell'art 38, sembrerebbe prospettarsi, in mancanza di una specifica esclusione, una scelta per il lavoratore in ordine al soggetto verso il quale agire per il riconoscimento del rapporto di lavoro. Tale differenza potrebbe in realtà essere priva di particolare rilevanza pratica poiché, se è possibile ipotizzare che il ricorrente possa “muoversi” nei confronti del somministratore, è altrettanto possibile e più facilmente pensabile che non sarebbe questa l'opzione preferibile per il lavoratore. Infatti tale scelta sarebbe senz'altro meno tutelante per il lavoratore che potrebbe essere esposto al rischio di periodi messa a disposizione per mancanza di occasioni di lavoro o al percorso di licenziamento (che per un'agenzia per il lavoro è senz'altro più agevole rispetto alla disciplina del licenziamento per l'impresa utilizzatrice). Un interesse nei confronti dell'agenzia per il lavoro potrebbe avere una qualche ragione solo nelle situazioni di sofferenza o di difficoltà economico-finanziaria dell'utilizzatore, tuttavia tale interpretazione si discosta, a mio avviso, dalla volontà e finalità della legge, che, memore del vecchio divieto di interposizione, mira a ricondurre i rapporti di lavoro istituzionalmente inquadrati in rapporti giuridici meramente apparenti o conclusi al di fuori delle condizioni di legittimità, ai soggetti tra i quali il rapporto di lavoro sussiste effettivamente, e quindi a “punire” i soggetti imprenditoriali che utilizzino prestazioni lavorative eludendo norme di legge a discapito dei diritti dei lavoratori.

Relegando dunque tale ipotesi all'angolo di una mera opportunità residuale, vale la pena evidenziare ora la differenza sostanziale tra la normativa in oggetto e la previgente di cui al d.lgs. 276/2003. È sparito in effetti ogni riferimento alle condizioni di liceità di cui all'art. 20 del decreto appena menzionato, chiarendo così ogni dubbio sul fatto che il contratto di somministrazione stipulato in violazione dei requisiti venga ora a ricadere nella sfera della

irregolarità e non più, come accadeva in precedenza, in quella della illiceità. La fornitura di manodopera è infatti ora lecita così come concepita nei limiti designati dal legislatore, il quale non si esime comunque dal condannarne gli eccessi, tramite la previsione di sanzioni che, ed è questo l'aspetto rilevante, sono condizionate dalla domanda esplicita del lavoratore ai fini dell'instaurazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore. Ciò rappresenta un evidente "tratto di discontinuità con il sistema prefigurato di cui all'art. 1 della l. n. 1369/1960 che consentiva un'azione di accertamento per la quale i lavoratori venivano considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore, proponibile da chiunque vi avesse interesse"²³⁴.

Secondo la dottrina maggioritaria la legittimazione attiva a far valere l'irregolarità *tout court*, spetterebbe a tutti, diversamente da quella atta a far riconoscere il rapporto di lavoro, di competenza esclusiva del lavoratore senza la previsione di litisconsorzio necessario con il somministratore. Se così non fosse, soggetti portatori di interessi specifici, quali INPS e INAIL, che volessero agire per i contributi o premi nei confronti dell'utilizzatore effettivo, ed anche lo stesso somministratore, potrebbero vedersi opporre la mancata costituzione del rapporto di lavoro. In realtà sotto tale aspetto, non avendo il d.lgs. 81/2015 nulla innovato, è tuttora vigente il principio di autonomia del rapporto previdenziale rispetto a quello di lavoro che, sostenuto anche dal principio di effettività²³⁵, e di indisponibilità degli obblighi previdenziali, permette all'ente previdenziale di far valere la nullità della somministrazione, non a tutti i possibili effetti, ma certamente a quelli necessari a fondare la sua pretesa contributiva,

²³⁴ ZANNINI G., *Somministrazione irregolare e obbligo contributivo*, in BollettinoAdapt, ADAPT University Press, 7 settembre 2015, n. 30.

²³⁵ Secondo tale principio ermeneutico, la sostanza prevale sulla forma e dunque la disciplina applicabile è quella prevista dall'operazione che si è concretamente realizzata e non quella prevista per il tipo di contratto adottato "formalmente".

la quale non può essere inibita dalla mancata attivazione del lavoratore illegittimamente somministrato²³⁶.

Quanto all'esclusione del litisconsorzio necessario, si ritiene che nel processo di accertamento di interposizione illegittima, il riconoscimento del rapporto di lavoro effettivo non richieda l'integrazione del contraddittorio nei confronti del somministratore poiché *“l'attore può conseguire una sentenza idonea a fornirgli tutta l'utilità fisiologicamente derivante dalla situazione sostanziale dedotta in giudizio, (...) e senza pregiudizio di terzi estranei, ossia una sentenza non inutiliter data”*²³⁷.

Qualora l'azione venga promossa una volta cessata “l'utilizzazione”, l'art. 39 del d.lgs. n. 81/2015, disciplina l'onere di impugnazione di cui all'art. 6 della l. n. 604/1966, che resta in ogni caso escluso per la somministrazione priva della forma scritta. Tale norma, inserita per la prima volta internamente alla disciplina della somministrazione, prevede l'applicazione del termine di decadenza stabilito per l'impugnazione del licenziamento, atteso che in questo caso esso decorrerà dal momento di cessazione dell'attività presso l'utilizzatore. Ne consegue che il lavoratore avrà 60 giorni (termine di decadenza) di tempo dalla definitiva conclusione dell'ultimo invio in missione per l'impugnazione stragiudiziale, cui dovrà far seguire entro 180 giorni il deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato (termine di efficacia)²³⁸.

²³⁶ Il rapporto di lavoro, in caso di inerzia del lavoratore, può mantenere la sua apparenza fittizia, ma l'INPS, di propria iniziativa può far riemergere la concreta situazione ai fini di far valere i propri diritti previdenziali, senza il rischio di ricadere nell'indebito arricchimento, essendo la contribuzione dovuta una volta sola ed in base all'effettività dei rapporti.

²³⁷ Vedi sentenza della Cassazione civile, Sezioni Unite, 22 ottobre 2002, n. 14897.

²³⁸ In tale contesto si evidenzia l'adozione di termini decadenziali differenti tra la somministrazione irregolare di manodopera e la fattispecie del lavoro subordinato a tempo determinato, nel caso in cui si voglia far valere l'apposizione di una clausola viziata, quale quella del termine. Nella seconda fattispecie infatti, il termine (di

Il comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. n. 81/2015 stabilisce che i pagamenti delle retribuzioni, degli oneri previdenziali ed assicurativi effettuati dal somministratore, liberano dal debito anche il soggetto utilizzatore. L'effetto liberatorio opera solamente fino a concorrenza di quanto effettivamente pagato, mentre le eventuali differenze a titolo di crediti di lavoro, assicurazione e premi restano a carico dell'utilizzatore. Inoltre, lo stesso comma prevede che “*tutti gli atti²³⁹ compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione e nella gestione del rapporto*” (per il periodo in cui ha avuto luogo la somministrazione) si intendono compiuti o ricevuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato le prestazioni.

La lettura di tale ultima disposizione giunge a sostegno di quanto già analizzato in merito al quesito intorno alla natura della costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore ed in particolare se essa avvenga a seguito dell'imputazione a quest'ultimo dell'originario contratto con il somministratore o se si configuri un nuovo rapporto *ex lege e ab origine*. La norma avvalorata l'interpretazione sin qui data la quale si fonda sull'idea che

decadenza) a seguito della modifica operata dal d. l. 87/2018 è di 180 giorni, seguito dal termine (di efficacia) di ulteriori 180 giorni. Di recente la Corte di Cassazione con sentenza n. 29753 del 15 novembre 2019, ha rigettato il ricorso di un lavoratore il quale sosteneva che la decadenza di cui all'art. 32, comma 4 della legge n. 183 del 2010 (che regolava i termini nella previgente disciplina della somministrazione) non poteva applicarsi ai contratti di somministrazione stipulati in precedenza alla data di entrata in vigore della legge stessa, e che quindi il termine che doveva operare su tali contratti sarebbe dovuto essere quello di 120 giorni (termine vigente prima del decreto legge n. 87/2018) previsto per i contratti di lavoro a tempo determinato. La Corte ha escluso la fondatezza dell'assimilazione teorica delle due fattispecie ribadendo la sostanziale differenza tra la somministrazione, caratterizzata da un rapporto trilaterale in cui colui che esegue prestazioni lavorative non contrae nessun vincolo giuridico con chi effettivamente ne beneficia e il rapporto di lavoro subordinato, che si instaura direttamente tra chi rende le prestazioni lavorative e chi ne usufruisce. Essendo le due fattispecie messe a confronto diverse, “le stesse non possono essere rese omogenee dalla previsione di un identico termine di decadenza”. In coerenza a quanto esposto si è richiamata anche la direttiva 1999/70/CEE sul lavoro a termine che esclude espressamente dal proprio campo di applicazione il lavoro interinale.

²³⁹ Tra gli atti di gestione si riportano a titolo esemplificativo l'invio di comunicazioni obbligatorie relative all'assunzione, trasformazione o cessazione del rapporto di lavoro, la consegna dei prospetti paga e l'elaborazione del LUL. In merito alla questione se ricomprendere o meno il licenziamento tra gli atti di gestione del rapporto di lavoro si veda il paragrafo relativo all'introduzione della norma di interpretazione autentica di cui all'art. 80-bis del d. l. n. 34/2020 introdotto dalla legge di conversione n. 77/2020.

l'irregolarità del contratto di somministrazione non estenda la sua patologia al contratto di lavoro originario (e viceversa), che quindi rimane in vita pur trasferendo la propria titolarità²⁴⁰.

Quanto al tipo di rapporto di lavoro "instaurando" con l'utilizzatore, in entrambi i casi di somministrazione irregolare, si pone il problema se esso debba essere stipulato a tempo indeterminato o determinato, qualora al rapporto di lavoro tra agenzia e lavoratore sia stato apposto un valido termine. La giurisprudenza sul punto, ha chiarito che avendo la somministrazione carattere speciale, qualora posta illegittimamente in essere, assume valore e trova applicazione la forma comune di lavoro, ossia quella a tempo indeterminato; si precisa inoltre che l'apposizione di un patto di prova al rapporto formatosi in esecuzione della sentenza, è illegittima²⁴¹.

Sebbene dunque il quadro sanzionatorio risulti profondamente cambiato, si ritrova comunque confermato un generale principio di riconduzione di determinati effetti giuridici all'inserimento nell'organizzazione produttiva ove effettivamente le prestazioni sono state eseguite. A ben vedere la sanzione civile non conduce ad alcuna conseguenza diretta per il somministratore per il suo operato nei confronti del lavoratore illegittimamente somministrato (ad eccezione della validità dei pagamenti già effettuati prima della declaratoria di irregolarità), venendosi quindi a rilevare una certa sopravvivenza della logica di imputazione di cui all'antica regola di cui all'art. 1, comma 5 della legge 1396/1960, che considerava il soggetto interposto, un mero datore di lavoro formale.

²⁴⁰ In tal senso la sanzione infatti opererebbe come surrogazione soggettiva legale nel rapporto di lavoro. La surrogazione soggettiva si compone in effetti di tre momenti: il subingresso nel rapporto di lavoro di un soggetto dapprima estraneo ad esso, la permanente identità della posizione giuridica del lavoratore e la non necessità di un nesso derivativo.

²⁴¹ Si veda la sentenza della Corte di Cassazione n. 3469 del 9 febbraio 2017.

2.1. Tuttavia il comportamento negoziale dell'agenzia, assume rilevanza "esterna" nell'irrogazione di sanzioni di carattere pubblicistico. In effetti, a completamento del sistema sanzionatorio previsto dalla legge nelle ipotesi di scostamento di certe condotte negoziali dal paradigma normativo dell'istituto, quali quelle ricomprese nella somministrazione irregolare, intervengono le sanzioni amministrative previste dall'art. 40, comma 1 del d.lgs.81/2015²⁴².

Esse interessano sia l'utilizzatore che il somministratore, seppur in certi casi secondo una determinata specificazione soggettiva; in particolare la sanzione pecuniaria colpisce: somministratore ed utilizzatore, nel caso in cui il contratto sia privo di forma scritta o manchino gli elementi di cui all'art 33, comma 1; esclusivamente l'utilizzatore, per la violazione degli obblighi di cui all'art. 31²⁴³ inerenti il rispetto dei limiti quantitativi alla stipula dei contratti di somministrazione a tempo indeterminato e determinato²⁴⁴ e il dovere di informazione nei confronti dei lavoratori somministrati dei posti vacanti presso la propria organizzazione, e per la violazione dei divieti di cui all'art. 32 ed esclusivamente il somministratore, nel caso in cui, all'atto di stipulazione del contratto di lavoro o al momento dell'invio in missione presso l'utilizzatore, non renda note (per iscritto) al lavoratore le informazioni di cui all'art. 33 comma 1, relative al contratto di somministrazione, nonché la data di inizio e durata prevista della missione.

L'impianto sanzionatorio risulta graduato in base alle irregolarità manifestate dai due soggetti, e aggiungerei, anche strettamente in base al tipo di violazione. Ad esempio, nel caso

²⁴² "La violazione degli obblighi e dei divieti di cui agli articoli 33, comma 1, nonché, per il solo utilizzatore, di cui agli articoli 31 e 32 e, per il solo somministratore, di cui all'articolo 33, comma 3, sono punite con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.250". Art. 40, comma 1 del d.lgs.81/2015.

²⁴³ L'articolo in questione contiene la disciplina relativa ai limiti percentuali previsti per il contratto di somministrazione, ma anche la previsione dell'obbligo per il somministratore, di assumere i lavoratori a tempo indeterminato in caso di missione a tempo indeterminato.

²⁴⁴ In relazione a questo aspetto, la norma non chiarisce se l'irrogazione scatti una sola volta o se invece scatti ogni qualvolta venga superato il tetto previsto. L'interpretazione più corretta sembra essere la seconda.

di stipulazione del contratto di somministrazione al di fuori dei divieti previsti, il soggetto maggiormente colpito sia su un piano civilistico sia amministrativo è l'utilizzatore, al quale come visto può essere promossa un'azione per la ricostruzione del rapporto di lavoro alle proprie dipendenze e sul quale grava il pagamento di eventuali somme a titolo di differenze retributive e contributive non incluse nell'effetto liberatorio previsto per i pagamenti già effettuati dal somministratore e, al quale contestualmente ed esclusivamente in capo ad esso, per la stessa violazione, viene applicata la sanzione amministrativa. Tale assetto risulta coerente con la funzione della sanzione nel dare effettività alla norma giuridica, in considerazione del fatto che i divieti fanno riferimento a condizioni, scelte organizzative e procedure attivate all'interno del perimetro aziendale dell'utilizzatore, il quale certamente, a differenza del somministratore, è ben informato rispetto alla propria gestione interna.

Allo stesso tempo, a mio avviso, alcune irregolarità sembrano pesare in misura maggiore di altre; la sanzione pecuniaria prevista, è stabilita in capo ad entrambi i soggetti per la violazione dell'intero articolo 33 comma 1, a voler significare che la mancanza di uno solo tra tutti gli elementi richiesti nel contratto compreso il requisito della forma scritta, ne comporta l'irrogazione, mentre sul piano civilistico la violazione sempre inerente le irregolarità formali, si riferisce in modo specifico alla conclusione del contratto fuori "esclusivamente" dalle condizioni di cui all'art. 33, comma 1, lettere a), b), c) e d). Ne deriva che solo alcune violazioni di forma e contenuto avranno conseguenze sia sul piano civile e giuslavoristico, oltre che su quello amministrativo, mentre per altre la sanzione sarà solo quella pecuniaria, che opera per ogni tipo di violazione formale. Come a dire che le violazioni di carattere contenutistico e formale comportano in ogni caso l'applicazione della sanzione di cui all'art. 40 ma solo alcune

di esse rappresentano ipotesi di irregolarità della somministrazione di cui all'art. 38, comma 2, e quindi hanno conseguenze anche su un piano diverso.

Una discrasia invece, come già anticipato nell'approfondimento sullo *staff leasing*, si rinviene nella sanzione prevista per il mancato rispetto dell'art. 31, comma 1, ultimo periodo, relativo all'obbligo per il somministratore di assumere con contratto a tempo indeterminato, i lavoratori inviati in missione in forza di contratti di somministrazione a tempo indeterminato. In questo caso infatti la sanzione pecuniaria (ma anche quella civile) ricade sull'utilizzatore, sebbene il soggetto responsabile della violazione sia il somministratore, che resta invece escluso. La questione si pone a mio avviso, anche considerando che l'inosservanza di tale obbligo non dovrebbe ricadere nella fattispecie della somministrazione irregolare (essendo il tipo di *contratto di lavoro* ad essere "inadatto" alla funzionalità dello *staff leasing*) e che l'utilizzatore potrebbe anche non conoscere il tipo di rapporto esistente tra lavoratore e agenzia²⁴⁵. Non si capisce pertanto perché debba essere quest'ultimo il soggetto su cui viene spostato l'effetto sanzionatorio, tanto più che dalla lettura sistematica della disposizione sanzionatoria è evidente che "ogni qualvolta che il legislatore ha inteso limitare la sanzione ad uno solo dei contraenti, lo ha esplicitamente previsto²⁴⁶".

L'art. 40 del d.lgs. 81/2015, al comma 1, si occupa inoltre di quantificare l'entità della sanzione pecuniaria, stabilita in un importo minimo di 250 euro e in un importo massimo di

²⁴⁵ In effetti la legge prevede la comunicazione al lavoratore all'atto di stipula del contratto di lavoro, di determinati elementi del contratto di somministrazione, mentre non vi è nessuna previsione che imponga l'obbligo di inserire tra gli elementi del contratto commerciale di somministrazione, indicazioni relative al tipo di rapporto di lavoro sotteso, essendo questo estraneo alle parti contraenti.

²⁴⁶ Così il Ministero del Lavoro nella risposta ad Interpello n. 26 del 17 settembre 2007.

1.250 euro. Tale importo può essere rideterminato ai sensi dell'art. 16 della legge n. 689/1981²⁴⁷ ad euro 416,66 pari ad un terzo del massimo edittale.

Per quanto riguarda l'operatività dell'istituto della diffida, esso risulta applicabile a seconda dei diversi livelli di gradazione delle irregolarità, e più precisamente a seconda della possibilità di sanare materialmente le inadempienze, ai sensi anche di quanto già regolato dalla disciplina specifica dell'istituto, dettata dall'art. 13 del d.lgs. 124/2004²⁴⁸. In particolare esso sarà applicabile qualora la tutela sostanziale dei lavoratori risulti essere recuperabile, come accade nel caso di violazione dell'obbligo di inserimento nel contratto di somministrazione gli elementi prescritti dall'art. 33, comma 1 del d.lgs. 81/2015 e nel caso di omessa comunicazione da parte del somministratore, al lavoratore, all'atto della stipula o dell'invio in missione, delle indicazioni contenute nel contratto di somministrazione, inclusa la data e durata prevista della missione. Il datore di lavoro che provvede a regolarizzare la propria posizione nel termine di 30 giorni, è ammesso al pagamento di una sanzione molto ridotta, ovvero pari al minimo edittale di 250 euro, da effettuarsi entro 15 giorni dal termine previsto per la diffida a regolarizzare. Il pagamento e l'effettiva ottemperanza estinguono il procedimento sanzionatorio. Non si ritengono invece sanabili, per via della gravità loro attribuita, le violazioni relative alla mancanza di forma scritta, all'attivazione di contratti di somministrazione fuori dai limiti di contingentamento previsti e dalle condizioni imposte dai divieti (illeciti tutti puniti

²⁴⁷ E' ammesso il pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa, o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo, oltre alle spese del procedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione. Art. 16, legge n. 689/1981.

²⁴⁸ Il comma 2 dell'art. 13 del d.lgs. 124/2004 prevede infatti che: "in caso di constatata inosservanza delle norme di legge o del contratto collettivo in materia di lavoro e legislazione sociale e qualora il personale ispettivo rilevi inadempimenti dai quali derivino sanzioni amministrative, questi provvede a diffidare il trasgressore e l'eventuale obbligato in solido, ai sensi dell'articolo 6 della legge 24 novembre 1981, n. 689, alla regolarizzazione delle inosservanze comunque materialmente sanabili, entro il termine di trenta giorni dalla data di notificazione del verbale di cui al comma 4.

anche dalla sanzione civile) e la mancata comunicazione dell'utilizzatore ai lavoratori somministrati dei posti vacanti nell'azienda.

A completezza del quadro sanzionatorio, si riporta la disposizione di cui all'art. 40 comma 2, che seppur non strettamente ricollegabile ad un'irregolarità del contratto di somministrazione, inerisce comunque al rispetto degli obblighi previsti per le parti che pongono in essere un'operazione di fornitura di manodopera. In particolare si fa riferimento alle "condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori dei lavoratori del somministratore rispetto a quelli dell'utilizzatore"²⁴⁹, la cui essenza rappresenta uno dei cardini posti alla base dell'istituto e della tutela del lavoratore. Qualora quanto esposto non sia rispettato la sanzione, colpisce entrambi i soggetti, derivando il giusto trattamento dal corretto scambio di informazioni tra utilizzatore e somministratore ed in particolar modo dall'obbligo per l'utilizzatore di comunicare all'agenzia i trattamenti economico e normativi dei lavoratori suoi dipendenti adibiti alle stesse mansioni di quelli somministrati, secondo quanto dettato dall'art. 33 del d.lgs. 81/2015, comma 2.

Ricade invece solo sul soggetto che si avvale delle prestazioni lavorative, l'inosservanza della disposizione relativa al diritto dei lavoratori somministrati alla fruizione dei servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti "diretti" della stessa unità produttiva e di quella relativa all'obbligo per l'utilizzatore di comunicare alle RSA/RSU, il numero dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la loro durata ed il numero e qualifica dei lavoratori interessati.

²⁴⁹ Art. 35, comma 1, d.lgs. 81/2015.

2.2. La distinzione operata in merito alla configurazione delle due ipotesi di irregolarità, quella dovuta al difetto della forma scritta e quella dovuta alle cause di cui all'art. 38 comma 2, incide anche sul diverso regime del risarcimento del danno.

In effetti, l'art. 39 attribuisce solo alla seconda ipotesi di somministrazione irregolare, il regime speciale, della stessa tipologia di quello previsto in caso di trasformazione a tempo indeterminato del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, secondo il quale, nell'ipotesi di accoglimento della domanda proposta dal lavoratore illegittimamente somministrato, sia dovuta un'indennità omnicomprensiva, che ha natura di penale e "ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore". La misura dell'indennità è compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione utile per il calcolo del tfr, in base ai criteri dettati dall'art. 8 della l. n. 604/1966. Essa deve risarcire il pregiudizio in termini di conseguenze retributive e contributive subite dal lavoratore, anche in riferimento al periodo compreso tra la data di cessazione dell'attività presso l'utilizzatore e la pronuncia con cui il giudice ha ordinato la costituzione del rapporto di lavoro.

Diversamente, nell'altra ipotesi di irregolarità, ove l'accoglimento del giudice della domanda del lavoratore (o di qualunque altro interessato) comporta che egli sia considerato "a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore", trovano tutela le regole ordinarie sul risarcimento del danno²⁵⁰ ed il lavoratore avrà diritto, oltre che all'accertamento del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, anche al riconoscimento delle retribuzioni perse, sulla scia di quanto accade in caso di nullità del licenziamento.

²⁵⁰ Art. 1223 c.c.: "Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta".

2.3. La situazione emergenziale di crisi economico-sociale dovuta all'epidemia di Coronavirus in cui versa attualmente il nostro Paese ha dato avvio, a partire dall'inizio dello stato di emergenza, dichiarato il 31 gennaio 2020 dal Presidente del Consiglio dei ministri, ad un tumultuoso susseguirsi di interventi normativi, volti da un lato a gestire l'improvviso allarme epidemiologico e dall'altro a contenere gli effetti disastrosi sull'economia e sull'occupazione conseguenti alla chiusura forzata delle attività e al blocco degli spostamenti. Si sono così succeduti numerosi interventi legislativi che si sono tradotti nell'adozione di misure forzose di prevenzione sanitaria, finalizzate a limitare la diffusione dei contagi e nella previsione di misure volte al sostegno dell'economia, delle imprese e dei lavoratori. Non procedendo all'indicazione puntuale di tutti i diversi interventi attuati per fronteggiare la drammatica situazione, procedimento che richiederebbe certamente una lunga analisi che esula da questo lavoro, vale la pena sottolineare in una prospettiva economico e lavoristica, che molte delle misure adottate hanno cercato adattare principi e regole di quanto già da tempo disciplinato, alle nuove modalità di concezione del lavoro e alle necessità di sopravvivenza dell'impresa. A titolo meramente esemplificativo si riportano le semplificazioni previste per le procedure di accesso agli ammortizzatori sociali tra cui la non applicazione dei termini del procedimento previsti all'art. 15, comma 2 del d.lgs. 148/2015, la sospensione dei termini di versamento dei contributi previdenziali e assicurativi consentita in determinate ipotesi di calo del fatturato, la possibilità di ottenere un credito d'imposta per le spese di sanificazione legate all'acquisto dei dispositivi di protezione individuale e per le spese di adeguamento degli ambienti di lavoro, l'estensione dei congedi per i lavoratori (da quelli per assistere familiari disabili a quelli parentali), le nuove modalità semplificate di attivazione dello smart-working e tutte le varie modifiche che continuiamo ad attingere quotidianamente dalla cronaca economico-politica. In

questo contesto, era inevitabile che istituti strumentali alle strategie delle imprese, tra cui sicuramente ricade la somministrazione, quale modalità di gestione di “rami” di attività da sempre attuata dal lato delle aziende con l’obiettivo accrescere le proprie potenzialità in termini di flessibilità e specializzazione, fossero state travolte dall’ondata dei decreti legislativi e leggi di conversione che al momento non sembra ancora ritirarsi. Tanto più che non si può neanche immaginare di tralasciare uno strumento che, oltre ad assolvere una funzione cruciale per le imprese, incide sulla vita di coloro che subiscono le conseguenze delle scelte e delle politiche aziendali, e cioè dei lavoratori, dovendosi quindi mantenere nella centralità delle intenzioni del legislatore anche, o meglio soprattutto, la “protezione” di tali soggetti sempre meritevoli di una tutela garantista. Nella somministrazione di lavoro, le modifiche hanno inizialmente inciso sulla normativa degli ammortizzatori sociali, che nel caso di specie fanno riferimento all’ art. 27 del d.lgs. 148/2015²⁵¹, che contiene la disciplina sui Fondi bilaterali di solidarietà alternativi, tra cui rientrano quello dell’artigianato e della somministrazione appunto. Tutto si è mosso nell’ottica della nuova possibilità sia di attivazione di ammortizzatori sociali puramente “emergenziali” (assegno ordinario con causale COVID-19), sia di snellimento delle procedure ordinariamente previste per la richiesta degli stessi. Innanzitutto, ciò è stato possibile grazie allo stanziamento di cospicui fondi statali, trasferiti al fondo bilaterale con Decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali cui hanno dato seguito l’impegno e lo sforzo delle associazioni datoriali e sindacali quali Assolavoro, Felsa Cisl, Nidil Cgil e Uiltemp e

²⁵¹ L’art. 19 del d. l. n. 18/2020 è intervenuto sulla materia degli ammortizzatori sociali prevedendo la possibilità per “i datori di lavoro che nell’anno 2020 sospendono o riducono l’attività lavorativa per eventi riconducibili all’emergenza epidemiologica da COVID-19”, di presentare domanda di concessione del trattamento ordinario di integrazione salariale o di accesso all’assegno ordinario con causale “emergenza COVID-19”, per periodi decorrenti dal 23 febbraio 2020 in origine per la durata di 9 settimane. La durata è stata poi prorogata dai successivi decreti, tra cui l’ultimo il d.l. 104/2020 che ne ha esteso la durata di ulteriori 18 settimane secondo le modalità descritte nel decreto stesso, entro il 31 dicembre 2020.

nondimeno delle Agenzie di somministrazione, nel gestire il funzionamento dei nuovi trattamenti di integrazione salariale, ed infine grazie al tempismo con il quale Forma.Temp (fondo di solidarietà bilaterale alternativo per i lavoratori in somministrazione, FSBS) ha cercato di provvedere al pagamento di tali erogazioni nei confronti delle Agenzie e quindi dei lavoratori somministrati. Il funzionamento dei nuovi “rimedi” è stato sostenuto anche da uno scambio rapido ed in tempo reale di informazioni tra le Agenzie e le imprese utilizzatrici; basti ragionare sul fatto che l’attivazione dell’assegno ordinario con causale “emergenza covid-19” per i dipendenti somministrati è possibile soltanto qualora l’azienda utilizzatrice attivi a sua volta, nello stesso periodo un ammortizzatore sociale quale può essere la CIGO con causale Covid-19, il che permette all’agenzia di richiedere per i propri dipendenti la prestazione del Trattamento integrativo salariale semplificato (assegno ordinario causale emergenza COVID-19 – “Tis semplificato”). Diversamente mancando l’apertura di tale procedimento da parte dell’impresa utilizzatrice, le agenzie si sono mosse per richiedere il Trattamento di integrazione salariale in deroga, con causale Covid-19 per i periodi in cui l’azienda ha sospeso l’attività in mancanza di un ammortizzatore sociale. Anche in questo caso, vi sono stati accordi²⁵² che hanno permesso di semplificare le procedure di consultazione sindacali, considerandole già espletate per l’attivazione di Tis in deroga che coinvolgono meno di dieci lavoratori. I successivi interventi hanno poi riguardato, con importanti conseguenze, la possibilità di prorogare o rinnovare i contratti di somministrazione a termine in aziende ove sono operanti regimi di cassa integrazione guadagni, in deroga ai divieti previsti dall’art. 32 d.lgs. n. 81/2015, l’interpretazione di norme in materia di somministrazione irregolare rilevanti in caso di

²⁵² Tra questi, l’Accordo del 9 maggio 2020 sottoscritto da Assolavoro con i sindacati di categoria Nidil Cgil, Felsa Cisl, UilTemp, in materia di disposizioni urgenti per fronteggiare l’emergenza epidemiologica Covid-19.

accertamento del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore e sotto un piano più strettamente lavoristico, la possibilità di prorogare senza causale i contratti di lavoro a termine per una volta, entro l'anno 2020 e per una durata massima di 12 mesi²⁵³.

Vista l'importanza e la stretta interdipendenza tra le modifiche apportate all'istituto e i riflessi sulla somministrazione irregolare, e quindi sulla disciplina propria del contratto commerciale, verranno ora analizzate in maniera più approfondita le norme di interpretazione autentica inserite in sede di conversione del decreto legge "Cura Italia" e del decreto legge "Rilancio".

2.3.1. L'art. 19-bis, introdotto in sede di conversione in legge del decreto legge "Cura Italia" nella legge n. 27 del 24 aprile 2020, assume una forte rilevanza nell'ambito commerciale-lavoristico, *in primis* perché è finalizzata a disciplinare fattispecie attualmente molto diffuse, dato l'ampio utilizzo degli ammortizzatori sociali in questa difficile congiuntura, ed inoltre perché raccoglie una delle molteplici richieste di interventi normativi da parte dell'Associazione di Categoria delle Agenzie per il Lavoro, volte all'allentamento di alcuni dei vincoli oggi vigenti in ambito lavoristico (tra cui spiccano le norme del decreto Dignità). Non meno importante è il ruolo della disposizione in esame nel confermare ancora una volta la "pari dignità" dei

²⁵³ Nell'ambito delle modifiche normative che hanno inciso in modo specifico sulla somministrazione troviamo: l'art. 19 del d. l. n. 18/2020, c.d. decreto "Cura Italia", poi convertito nella legge n. 27/2020, che disciplina le "Norme speciali in materia di trattamento ordinario di integrazione salariale e assegno ordinario"; l'art. 19-bis rubricato "Norma di interpretazione autentica in materia di accesso agli ammortizzatori sociali e rinnovo dei contratti a termine" introdotto in sede di conversione del decreto di cui al punto precedente; l'art. 80-bis inserito in sede di conversione del d.lgs. n. 34/2020, c.d. "Decreto Rilancio", nella l. 77/2020 che ha introdotto una norma di "interpretazione autentica del comma 3 dell'articolo 28 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, e quindi in materia di somministrazione irregolare; l'art. 93 del d.lgs. n. 34/2020, recante "Disposizioni in materia di proroga o rinnovo di contratti a termine e di proroga di contratti di apprendistato"; il comma 1-bis, introdotto all'art. 93 suesposto, in sede di conversione nella l. n. 77/2020 riguardante le proroghe forzose dei contratti a termine anche in regime di somministrazione; l'art. 8 del d. l. 104/2020, c.d. "Decreto Agosto" recante "Disposizioni in materia di proroga o rinnovo di contratti a termine".

lavoratori somministrati rispetto ai lavoratori diretti dell'azienda utilizzatrice, anche sul fronte della fruizione degli ammortizzatori sociali.

In particolare, la norma prevede che: *“considerata l'emergenza epidemiologica da COVID-19, ai datori di lavoro che accedono agli ammortizzatori sociali di cui agli articoli da 19 a 22 del presente decreto, nei termini ivi indicati, è consentita la possibilità', in deroga alle previsioni di cui agli articoli 20, comma 1, lettera c), 21, comma 2, e 32, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, di procedere, nel medesimo periodo, al rinnovo o alla proroga dei contratti a tempo determinato, anche a scopo di somministrazione”*. La disposizione contiene una importante deroga ai divieti in materia di proroghe e rinnovi del contratto a termine stipulati anche a scopo di somministrazione, in costanza di ammortizzatori sociali connessi all'emergenza Covid-19. Ne deriva che i datori di lavoro che accedono ai trattamenti di integrazione salariale disciplinati agli art. 19-22 dello stesso decreto, nel medesimo periodo in cui aprono un ammortizzatore sociale e per la durata dello stesso, possono procedere al rinnovo ed alla proroga dei contratti a termine inclusi quelli a scopo di somministrazione, in deroga alle disposizioni di cui agli art. 20, comma 1, lett c), art. 21, comma 2²⁵⁴ e art. 32, comma 1, lett c) del d.lgs. n. 81/2015, che disciplina il divieto di stipula del contratto di somministrazione per lo svolgimento delle stesse mansioni cui sono adibiti i lavoratori delle unità produttive ove sono operanti riduzioni dell'orario di lavoro o sospensioni dal lavoro in regime di cassa integrazione guadagni.

Il legislatore, per garantire la continuità occupazionale dei lavoratori diretti e somministrati, a tempo determinato, ed evitare perdita di professionalità per le aziende, ha consentito la

²⁵⁴ Le due disposizioni fanno rispettivamente riferimento ai divieti di stipula di contratti di lavoro a tempo determinato presso le aziende ove è operante una riduzione o sospensione del lavoro in regime di cassa integrazione guadagni, e alla regola dello *stop and go*, cioè al periodo minimo di interruzione che deve esservi tra la scadenza di un contratto di lavoro a tempo determinato e la successiva riassunzione a tempo determinato.

prosecuzione dei relativi rapporti di lavoro (e di somministrazione) che altrimenti, alla scadenza del termine, non sarebbe stato possibile prolungare a causa dell'operatività dei divieti contenuti nelle norme derogate. La *ratio* dei divieti si fonda infatti sul principio generale che se un'azienda ricorre ad un ammortizzatore sociale e quindi utilizza risorse pubbliche, se sopraggiunge la necessità di personale, deve prima reimpiegare i lavoratori sospesi e solo in seguito “ricorrere a strumenti di flessibilità in entrata”²⁵⁵.

La disposizione, essendo una norma di interpretazione autentica, è retroattiva e produce i suoi effetti sin dall'origine, ovvero nel caso in questione, fin da quando l'azienda utilizzatrice ha fatto accesso ad un ammortizzatore con causale Covid-19, e permette quindi di “sanare” condotte dei datori di lavoro che avevano proceduto a rinnovi o proroghe nonostante la presenza di vincoli normativi. Si evidenzia in ogni caso la permanenza dei divieti per la stipula di nuovi contratti a termine (primo contratto) e per la proroga o rinnovi di contratti a termine, anche a scopo di somministrazione, in caso di accesso dell'azienda ad ammortizzatori previsti dalla normativa ordinaria e non legati all'emergenza Coronavirus.

La deroga al divieto operante per la somministrazione merita una riflessione legata alla considerazione che il dettato della norma di cui all'art. 32 d.lgs. n. 81/2015 vieta assolutamente il ricorso al contratto commerciale, a prescindere dal tipo di contratto di lavoro sotteso tra l'agenzia ed il lavoratore. Di conseguenza la deroga contenuta del *corpus* dell'art. 19-bis vale anche nel caso in cui il lavoratore, nell'ambito di una somministrazione a termine, sia stato assunto a tempo indeterminato dal somministratore. Quindi, poiché il divieto ricade sul soggetto utilizzatore e dunque sul contratto commerciale, la deroga suddetta permette il rinnovo del contratto commerciale a tempo determinato (e della relativa missione sottostante),

²⁵⁵ Circolare n 11/2020 di Assolavoro.

anche qualora l'assunzione del lavoratore con l'agenzia sia a tempo indeterminato. In effetti, se il legislatore avesse voluto circoscrivere la deroga esclusivamente ai contratti di lavoro "somministrati" a termine, non si sarebbe preoccupato di richiamare esplicitamente l'art. 32, comma 2, lett c), in quanto sarebbe bastato il riferimento all'art. 20, comma 1, lett c), che vieta il ricorso al contratto a termine in costanza di un ammortizzatore sociale. Si ricordi infatti che, il rapporto di lavoro tra agenzia e lavoratore, in caso di assunzione a termine è soggetto alla stessa disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, ivi inclusa quella del menzionato art. 20, già oggetto di deroga esplicita in base all'art. 19-bis.

In conclusione, è consentito rinnovare e prorogare i contratti commerciali di somministrazione a tempo determinato senza incorrere nella fattispecie di somministrazione irregolare, a prescindere dai contratti di lavoro sottesi, mentre, si precisa che non altrettanto si può dire in caso di *staff leasing*, facendo riferimento la norma al rinnovo o alla proroga dei contratti a tempo determinato anche a scopo di somministrazione ed anche ragionando sul fatto che in tale evenienza verrebbe meno la necessità stessa di una proroga non essendovi un termine apposto al contratto commerciale.

2.3.2. In sede di conversione del d.l. 34/2020 (c.d. "Decreto Rilancio") nella L. n. 77/2020, è stata introdotta un'ulteriore norma di interpretazione autentica che incide direttamente sulla disciplina della somministrazione irregolare. Oggetto dell'interpretazione è la seconda parte del comma 3 dell'art. 38 del d.lgs. 81/2015 ove, come si è visto viene sancito che in caso di somministrazione irregolare (*ex art. 38, c.2*), tutti gli atti compiuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto di lavoro, per tutto il periodo in cui ha avuto luogo la somministrazione, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che effettivamente si

è avvalso della prestazione. In particolare la nuova norma prevede che il secondo periodo del richiamato articolo si interpreta nel senso “che tra gli atti di costituzione e di gestione del rapporto di lavoro non è compreso il licenziamento”.

Dunque nell'ipotesi in cui vi sia la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dirette dell'utilizzatore, tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale liberano, fino a concorrenza di quanto già pagato, il soggetto utilizzatore il quale “subentra attivamente e passivamente in tutti gli atti di gestione compiuti dal somministratore”²⁵⁶.

L'introduzione della norma di cui all'art. 80-bis del d. l. 34/2020 esclude quindi il licenziamento dall'efficacia degli atti negoziali anche modificativi del rapporto di lavoro compiuti dal somministratore con la conseguenza che non può ritenersi imputato in capo al soggetto utilizzatore l'eventuale licenziamento effettuato dal somministratore²⁵⁷. Nel caso in cui esso sia intervenuto, non produrrà effetti nei confronti del lavoratore il cui rapporto di lavoro è costituito con l'utilizzatore, il quale dovrà procedere ad un autonomo atto di risoluzione del rapporto, che sarà formulato in via condizionale rispetto alla contestazione di regolarità del contratto commerciale.

Atteso che sembra già molto difficile comprendere il nesso tra la disposizione in esame e le altre norme del d. l. n. 34/2020, che in materia di licenziamenti si era limitato ad estendere di cinque mesi il periodo di vigenza del divieto di licenziamento legato a motivi economici²⁵⁸ e a consentire ai datori di lavoro di revocare i licenziamenti disposti tra il 23 febbraio e il 17 marzo per giustificato motivo oggettivo, appare ancor più arduo riuscire ad entrare nello spirito

²⁵⁶ Circolare Assolavoro n. 14/2020.

²⁵⁷ Nota Ispettorato Nazionale del Lavoro n. 468 del 21 luglio 2020.

²⁵⁸ Tale divieto è stato introdotto nella fase emergenziale dall'art. 46 del d.l. 18/2020.

dell'interpretazione di una norma che si trovava nel nostro ordinamento già dal 2003 e che la giurisprudenza intendeva in senso completamente opposto. La norma infatti era già contenuta nell'art. 29, comma 2 del d. lgs. n. 276/2003 anche se il testo cambiava leggermente nella parte in cui faceva riferimento solo agli atti compiuti e non a quelli ricevuti dal somministratore, constatazione che comunque non rileva nei confronti del licenziamento, e si applicava anche alle ipotesi di somministrazione irregolare in cui versavano gli appalti e i distacchi illeciti. La Corte di Cassazione, nel caso che li interessava, cioè quello di un lavoratore coinvolto in appalto illecito, (ricadente nella fattispecie della somministrazione irregolare in virtù del richiamo espresso dell'art. 29 d.lgs. 276/2003) che, impugnava il licenziamento disposto dall'appaltatore e chiedeva l'accertamento del rapporto di lavoro alle dipendenze del committente, si era infatti già espressa a riguardo. Essa aveva incluso il licenziamento tra gli atti di gestione compiuti dal somministratore da intendersi come compiuti dall'utilizzatore-appaltatore in caso di ricorso del lavoratore ex. 414 c.p.c., ed aveva concluso che, subentrando il soggetto che utilizza le prestazioni di un lavoratore somministrato irregolarmente, attivamente e passivamente in tutti gli atti di gestione compiuti dall'appaltatore/somministratore, l'impugnativa del licenziamento, anche se intimato dal somministratore, andava proposta dal lavoratore anche nei confronti del committente/utilizzatore "entro sessanta giorni successivi alla sua comunicazione, pena la ordinaria decadenza dell'azione di annullamento"²⁵⁹.

La situazione che si presenta a seguito della lettura della norma di interpretazione autentica appare completamente rovesciata e pervasa da una grande incertezza, anche per il suo potenziale effetto retroattivo. Il dubbio si attornia anche su quale debba essere il soggetto che

²⁵⁹ Corte di Cassazione, sentenza n. 17969 del 2016.

possa intimare legittimamente il licenziamento; il datore di lavoro formale (apparente) potrebbe formalmente intimare il licenziamento del lavoratore irregolarmente somministrato, ma se quest'ultimo in seguito promuovesse un'azione finalizzata alla costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore a far data dall'inizio della somministrazione, come vuole la norma di cui all'art. 38 c. 2, e la domanda venisse accolta dal giudice, il suddetto licenziamento risulterebbe *tamquam non esset*. Viceversa, se fosse stato l'utilizzatore ad intimare il licenziamento, questo non avrebbe effetto qualora il lavoratore "interposto" non azionasse il diritto a chiedere la costituzione del rapporto di lavoro con l'interponente-utilizzatore.

Le perplessità emerse e l'apparente mancanza di legame tra la norma e le finalità dell'atto in generale, inducono ad ipotizzare che la norma sarà prossimamente soggetta al vaglio della Corte Costituzionale e probabilmente dichiarata incostituzionale, essendosi già la Corte pronunciata su diverse situazioni a favore dell'esistenza di una necessaria omogeneità tra la legge di conversione e le finalità del provvedimento legislativo, requisito che non sembra rinvenirsi nel caso di specie²⁶⁰.

3. In una scala di "gravità crescente"²⁶¹ di possibili comportamenti antiggiuridici e violazioni di disposizioni che regolano il corretto e lecito funzionamento della somministrazione di lavoro, dopo la "traversia" patologica della fornitura "irregolare" di manodopera, si pongono le fattispecie illecite costituite dall' "esercizio abusivo" della somministrazione di lavoro e dall' "utilizzo illecito" di lavoratori somministrati abusivamente.

²⁶⁰ La Corte in occasione di una pronuncia riferita ad una norma di interpretazione autentica inserita in una legge di conversione ha dichiarato la violazione dell'art. 77, comma 2 Cost. poiché essa è finalizzata a "stabilizzare" un provvedimento di urgenza e non può spingersi fino alla direzione di conflitto interpretativo, esigenza che può essere soddisfatta o con il normale esercizio del potere legislativo oppure con l'emaneazione di un decreto legge se il Governo ne percepisce l'urgenza.

²⁶¹ RAUSEI P., *Il sistema sanzionatorio delle esternalizzazioni*, Collana Adapt, Working Paper n. 21, 2006.

Anche in questo caso il legislatore, nell'intenzione di mantenere comunque sanzionate civilmente e penalmente, determinate ipotesi di intermediazione abusiva, in coerenza con i criteri direttivi di cui alla legge delega n. 30/2003 finalizzati a fissare i principi che la nuove norme avrebbero dovuto seguire nel sostituire l'abrogata legge 1369 del 1960²⁶², finisce per confermare, da un punto di vista strettamente sanzionatorio, solo in parte il vecchio assetto normativo.

La non perfetta sovrapposibilità degli impianti sanzionatori deriva necessariamente anche dalla non coincidenza strutturale delle due fattispecie; il vecchio divieto di interposizione con una formulazione molto ampia puniva utilizzatore e committente per gli appalti di mere prestazioni di manodopera, in cui i lavoratori svolgevano in concreto le loro prestazioni alle dipendenze dell'appaltante. Oggi invece l'ordinamento consente l'affitto di mere prestazioni di manodopera, ma solo a determinate condizioni e da parte di soggetti ben delineati. Sul piano sanzionatorio il fatto illecito continua ad avere rilevanza quando la somministrazione si pone al di fuori del perimetro di liceità tracciato dal legislatore e allo stesso tempo, i fatti che nel frattempo sono divenuti legittimi rimangono esclusi dal campo di applicazione della legge incriminatrice. Il distanziamento suddetto, più "normativo" che "sostanziale", appare più evidente anche a seguito della depenalizzazione intervenuta in tema di esternalizzazioni con il d.lgs. n. 8/2016, con cui la tutela penale ha lasciato spazio alle sanzioni amministrative.

Resta tuttavia sempre ben visibile, la *ratio* alla base del sistema sanzionatorio laddove si sottolinea che liberalizzazione del sistema di collocamento scaturita dalla Riforma Biagi, non abbia un carattere assoluto ma condizionato; infatti pur consentendo a soggetti privati di esercitare attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro, il legislatore mira a reprimerne

²⁶² Tale legge viene infatti abrogata all'art. 85 del d.lgs. 276/2003.

l'esercizio al di fuori dei limiti di legge. Lasciando la libertà di operare a soggetti economici non in grado di affrontare momenti di difficoltà economiche verrebbe senza dubbio meno la fondamentale tutela del lavoro, uno dei caposaldi della nostra Costituzione²⁶³, provocando pregiudizi che finirebbero inevitabilmente per riversarsi sui lavoratori.

La vicenda in esame trova la sua disciplina all'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003, che si occupa di definire in modo chiaro i due “momenti” che compongono la fattispecie illecita di intermediazione che rimane comunque di tipo unitario e complesso²⁶⁴ seppur integrata prima dalla somministrazione abusiva e poi dall'utilizzazione illecita di manodopera, le quali rappresentano in una prospettiva di contiguità l'una il presupposto dell'altra e quest'ultima la condizione di punibilità della prima. A seguito della depenalizzazione, l'unica fattispecie che assume rilevanza penale è quella che coinvolge lo sfruttamento di minori, caso in cui, presentandosi come ipotesi aggravata dell'illecito *de quo* si viene a configurare una forma autonoma ed unitaria di reato “composto”.

Secondo il dettato di cui ai commi 1, 2 e 6 del d.lgs. 8/2016²⁶⁵, in mancanza di ogni espresso riferimento all'esclusione dell'applicazione delle norme alla fattispecie di somministrazione abusiva di cui al comma 1, primo periodo dell'art. 18 d.lgs. n. 276/2003 non costituisce più un reato per il quale era prevista la pena dell'ammenda di 50 euro per ogni lavoratore occupato per ogni giornata di occupazione, ma integra un'ipotesi di illecito amministrativo per il quale è

²⁶³ Si veda l'art. 1 Cost. e la prima parte del Titolo III (artt. 35-40).

²⁶⁴ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op.cit.

²⁶⁵ Si riportano di seguito i commi citati dell'art. 1 d.lgs. 8/2016: 1. Non costituiscono reato e sono soggette alla sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda; 2. La disposizione del comma 1 si applica anche ai reati in esso previsti che, nelle ipotesi aggravate, sono puniti con la pena detentiva, sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria. In tal caso, le ipotesi aggravate sono da ritenersi fattispecie autonome di reato; (...) 6. Se per le violazioni previste dal comma 1 è prevista una pena pecuniaria proporzionale, anche senza la determinazione dei limiti minimi o massimi, la somma dovuta è pari all'ammontare della multa o dell'ammenda, ma non può, in ogni caso, essere inferiore a euro 5.000 né superiore a euro 50.000.

prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa²⁶⁶. L'illecito in esame è rappresentato dall'*“esercizio non autorizzato delle attività di cui all'art. 4, comma 1, lettere a) e b)”* del d.lgs. 276/2003 e quindi da quell'attività posta in essere dalle agenzie per il lavoro, generaliste e specialiste che non siano in possesso dell'autorizzazione ministeriale o che non siano iscritte all'albo nazionale oppure di quella posta in essere da altro soggetto comunque non autorizzato perché non costituito in forma di agenzia per il lavoro.

La sanzione pecuniaria prevista per il somministratore “abusivo” è oggi pari a 60 euro²⁶⁷ per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione, ma non può in ogni caso essere inferiore a 6.000 euro né superiore a 60.000 euro. Se nei tre anni precedenti il soggetto è stato punito per lo stesso illecito, gli importi sono rideterminati in 70 euro da moltiplicare per il numero dei lavoratori occupati per le giornate di occupazione, ed i tetti di minimo e di massimo rispettivamente in 7.000 e 70.000 euro. Si tratta di una sanzione amministrativa di tipo proporzionale progressivo dove rilevano due elementi determinati: la base sanzionatoria fissa, data dall'importo previsto per legge, alla quale si applica il secondo elemento, ovvero un coefficiente moltiplicatore che varia a seconda della situazione concreta posta sotto accertamento, ove rilevano il numero dei lavoratori coinvolti e le giornate di lavoro interessate.

²⁶⁶ Il criterio per distinguere un reato da un illecito amministrativo è costituito dal nome della pena principale. Se la legge prevede la multa o l'ammenda, siamo di fronte ad un reato mentre le sanzioni pecuniarie non definite come ammenda o multa, assumono la natura di sanzione amministrativa. Gli interventi di depenalizzazione trasferiscono nella categoria degli illeciti amministrativi, illeciti considerati *ab origine* come reati, fungendo da importanti strumenti deflativi del sistema penale. Tali interventi si poggiano su principi di proporzionalità e sussidiarietà cui devono sottostare le leggi di incriminazione affinché il ricorso alla pena sia legittimo. Il legislatore che, come è avvenuto nella materia in oggetto, depenalizza in ossequio al principio di sussidiarietà, non lo fa perché non ritiene sufficientemente gravi taluni illeciti ma perché ritiene che vi siano strumenti extrapenalistici preventivi che abbiano un'efficacia almeno pari a quella penale originariamente prevista.

²⁶⁷ Ammontare così ridefinito dalle previsioni di cui all'art. 1, comma 445, *lett d)*, n.1 della legge n. 145/2018 che a partire dal 1° gennaio 2019 ha aumentato del 20% gli importi dovuti per la violazione di determinate disposizioni in materia di lavoro, tra cui quelli all'articolo 18 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e del 40% quelli dovuti a seguito di recidiva, *“al fine di rafforzare l'attività di contrasto del fenomeno del lavoro sommerso e irregolare”*.

Viene ammesso, ai sensi dell'art. 16 della l. n. 689/1989 il pagamento della sanzione ridotta²⁶⁸, entro il termine di 60 giorni dalla contestazione immediata, che sarà pari ad un terzo dell'importo del minimale previsto qualora il calcolo basato sui parametri reali abbia dato un risultato inferiore, o pari ad un terzo del calcolo effettivo, qualora esso abbia dato un risultato superiore al minimale²⁶⁹.

Nonostante l'esercizio non autorizzato dell'attività di somministrazione rappresenti un illecito specifico del somministratore distinto dalla "successiva" utilizzazione, quest'ultima si pone come naturale conseguenza della prima, tanto che per come è costruito lo schema sanzionatorio, l'effettiva utilizzazione diventa condizione di punibilità dell'illecito amministrativo commesso dal "somministratore", assunte come parametro di calcolo della pena pecuniaria le giornate effettive di lavoro. Ne deriva che seppur il legislatore miri a voler reprimere anche il fatto che si pone in un momento antecedente all'effettivo impiego dei lavoratori, e cioè quello della negoziazione tra un utilizzatore ed un soggetto non autorizzato, che rappresenta già di per sé una fattispecie illecita compiutamente realizzata per la presenza degli elementi oggettivi²⁷⁰ e soggettivi tipici²⁷¹, i due comportamenti rilevanti si riconducono in una prospettiva unitaria di ricomposizione tra due violazioni che, seppur differenziate, risultano legate da una sostanziale reciprocità.

Sotto l'aspetto del comportamento del somministratore non autorizzato, si rileva senz'altro la condotta colposa dell'agente, che nella stipula di un contratto di somministrazione (in forma scritta o non scritta) non ha usato la normale diligenza, perizia e prudenza che l'ordinamento

²⁶⁸ Non è invece applicabile l'istituto della diffida a regolarizzare di cui all'art. 13 d.lgs. n. 124/2004.

²⁶⁹ Circolare n. 6/2016 Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

²⁷⁰ L'elemento oggettivo dell'illecito è da rinvenirsi nell'attivazione di un contratto commerciale di somministrazione.

²⁷¹ Il grado di partecipazione psicologica richiesto è quello della colpa.

richiede ad ambo le parti di un contratto. Non è prevista una necessaria partecipazione psicologica soggettiva di tipo doloso sebbene sia molto difficile ritenere che il somministratore non conosca il proprio stato giuridico e la propria situazione relativa all'*iter* previsto per l'ottenimento dell'autorizzazione.

Ad ogni modo si ribadisce che la fattispecie di somministrazione abusiva, seguendo anche il dato letterale della norma, viene ad essere integrata dall'effettivo impiego dei prestatori di lavoro da parte dell'utilizzatore, il quale si rende corresponsabile della fattispecie unitaria dell'interposizione illecita di manodopera. Non è quindi sufficiente la stipula di un contratto di somministrazione, quale atto a rilevanza esterna, a concretizzare l'esercizio abusivo dell'attività in oggetto.

Ed infatti il legislatore al comma 2 dell'art. 18 si occupa di definire i contorni della condotta posta in essere dall'utilizzatore, quale distinta fattispecie illecita che non a caso viene trattata su un differente comma dello stesso articolo. La norma vuole dar rilievo anche al comportamento tenuto da coloro che ricorrono alla somministrazione di mere prestazioni di manodopera da parte di un soggetto non abilitato e che come tale non è garante delle tutele patrimoniali e morali che la legge gli impone nei confronti dei lavoratori. La fattispecie qualificata appunto come "utilizzo illecito" si realizza fin da quando l'utilizzatore inizia ad impiegare i lavoratori all'esterno delle condizioni legali e continua a perpetuarsi durante tutto il lasso di tempo in cui egli se ne avvale, andando a costituire per quanto riguarda gli effetti, un illecito permanente, ove la violazione sussiste lungo tutta la durata dello sfruttamento. In ogni caso, anche dal lato dell'utilizzatore, a conferma di una volontà di tutela per i lavoratori già nella fase di *avant-contrat*, la norma vuole "incriminare" il comportamento dell'utilizzatore che non si è preoccupato della verifica pubblicistica della presenza dei requisiti indispensabili

economico-finanziari e giuridici previsti all'art. 5 del d.lgs. 276/2003. Di conseguenza quest'ultimo si trova a dover rispondere se non altro della negligenza, dell'imperizia e dell'imprudenza legate all'omessa valutazione degli elementi del contratto, la cui forma scritta imposta dal legislatore dovrebbe essere finalizzata anche al preventivo controllo degli stessi; per tale motivo, si rinviene anche in capo all'utilizzatore una partecipazione psicologica quanto meno sotto il profilo della condotta colposa.

Come si è visto, la tutela non si esaurisce nel momento precedente l'esecuzione del contratto ed anzi trova forma poi nella previsione di una sanzione quantificata in relazione ai giorni di sfruttamento di lavoratori impiegati in forza di un contratto di somministrazione stipulato con un soggetto non autorizzato. Essa è direttamente collegata all'elemento oggettivo della fattispecie, costituito dall'effettivo utilizzo dei lavoratori abusivamente somministrati, e viene irrogata all'utilizzatore in maniera identica a quella prevista in capo al somministratore, sia per quanto riguarda l'importo fisso della base sanzionatoria, il calcolo e l'eventuale applicazione di massimi e minimi edittali, sia per quanto riguarda la recidiva e gli istituti di estinzione agevolata.

In riferimento ad entrambe le ipotesi sanzionate, vale il dettato dell'art. 6 del d.lgs. n. 8/2016 ove è stabilito che il relativo procedimento debba svolgersi in base alle disposizioni delle sezioni I e II del Capo I della l. n. 689/1981 in quanto applicabili, tra cui ad esempio l'art. 14 relativo alla procedura di notificazione dell'illecito, ove è prevista la contestazione immediata al trasgressore e alla persona solidalmente obbligata al pagamento dell'importo a seguito della violazione o la notifica degli estremi della stessa entro il termine di 90 giorni, e l'art. 16 relativo alla misura agevolata del pagamento estintivo, pari ad un terzo del massimo edittale o al doppio del minimo se meno onerosa.

In ultimo, e non per importanza torna ad esplicitare la sua funzione di apparato regolativo delle fattispecie di interposizione conclusasi al di fuori delle previsioni legali, la sanzione civilistica del riconoscimento della sussistenza dell'effettivo rapporto di lavoro alle dipendenze dirette del datore di lavoro che si è materialmente avvalso delle prestazioni. Anche in questo caso il lavoratore può chiedere mediante ricorso al Tribunale competente (Giudice del lavoro), secondo le modalità di cui all'art. 6 della l. n. 604/1966, la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore che abbia effetto sin dall'origine della somministrazione, in virtù della considerazione che il contratto commerciale realizzatosi in contrasto a norme imperative debba ritenersi nullo.

4. Il comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. 8/2016 prevede espressamente che la depenalizzazione riguarda quei delitti e contravvenzioni che nelle ipotesi aggravate sono punite con la pena detentiva, applicata in modo esclusivo, alternativo o congiunto alla pena pecuniaria a che in queste circostanze, la fattispecie aggravata rimane fuori dell'alveo della depenalizzazione, andando ad integrare un'autonoma fattispecie di reato. Dalla lettura combinata con l'art. 18, c. 2 ultimo periodo del d.lgs. 276/2003 deriva pertanto che la somministrazione abusiva che avviene con sfruttamento di minori costituisce la forma aggravata della fattispecie patologica analizzata, essendo infatti sanzionata sia con l'arresto che con l'irrogazione di un'ammenda, e che come tale continua a presentarsi quale illecito che mantiene la sua rilevanza penale.

Al fine di delineare le caratteristiche di tale illecito, si può brevemente riassumere che esso rappresenta un reato di tipo contravvenzionale, di azione e a struttura unitaria; esso infatti si distingue dai delitti, per i quali la pena pecuniaria prevista è la multa e per i quali la pena detentiva consta nella reclusione o nell'ergastolo, si concretizza solo a seguito di una condotta

attiva da parte dell'agente²⁷² e rappresenta un unico illecito penale a fronte di una molteplicità di lavoratori interessati dalla somministrazione abusiva, il cui conteggio resta in ogni caso utile ai fini della progressività della sanzione.

La pena pecuniaria dell'ammenda, è pari all'importo di 360 euro²⁷³ per ogni lavoratore e per ciascuna giornata, che si applica in maniera congiunta a quella dell'arresto fino ai 18 mesi, e qualora vi siano fatti di reato sanzionati per la medesima violazione entro i tre anni successivi, essa è maggiorata fino ai 420 euro, ferma restando la pena detentiva di pari durata. Si precisa che anche in tale ipotesi la pena pecuniaria prevista è di tipo proporzionale impropria o progressiva poiché la quantificazione della stessa deriva dalla moltiplicazione di una base monetaria per un coefficiente, cui segue la moltiplicazione di tale prodotto per un altro coefficiente, entrambi dati dalla circostanza concreta che si sta accertando.

La disciplina è contenuta nel secondo periodo del primo comma del d.lgs. 276/2003 ed essa interviene a prescindere dalla dimostrazione di un qualsiasi pregiudizio subito dai lavoratori minorenni, essendo sufficiente a tal fine la somministrazione di questi ultimi al di fuori delle condizioni legali, quale comportamento attivo ed antiggiuridico "a determinare la reazione punitiva dell'ordinamento"²⁷⁴.

Seguendo la stessa logica, poiché al termine "sfruttamento" utilizzato nell'articolo citato non viene attribuita una definizione giuridica tale da specificarne la portata, occorre affermare che esso si concretizza per il fatto in sé di aver un'agenzia priva dei requisiti autorizzatori,

²⁷² Non è sufficiente un comportamento omissivo di questi in quanto deve sussistere l'invio in missione di lavoratori minorenni abusivamente somministrati.

²⁷³ Anche per tale sanzione, l'importo è stato così ridefinito a seguito della maggiorazione del 20% introdotta con l'art. 1, comma 445, lett d, n. 1 della legge n. 145/2018.

²⁷⁴ La contravvenzione *de qua* viene qualificata "di pericolo", poiché per la realizzazione effettiva del fatto di reato non è necessario provare il danno arrecato al soggetto offeso. RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, op.cit.

avviato in missione presso un'azienda utilizzatrice, dei minori. Per quanto riguarda il significato del termine "minori" sembra potersi rinvenire una definizione solo considerando il disposto dell'art. 3 legge 17 ottobre 1967, n. 977, che individua quale soglia minima di età per l'ammissione al lavoro dei bambini, il compimento dei 15 anni o la conclusione del periodo di istruzione obbligatoria. Peraltro si ritiene che anche l'adibizione di adolescenti di età compresa tra i 15 e i 18 anni che abbiano terminato il periodo scolastico obbligatorio, nelle mansioni e nei processi espressamente vietati dall'art. 6 della medesima legge, sia idonea ad integrare il reato di sfruttamento minorile²⁷⁵.

In merito all'interrogativo che si pone riguardo alla rilevanza penale della fattispecie in ordine alle previsioni sanzionatorie contenute nell'art. 26 della l. 977/1967²⁷⁶, occorre concludere che esso vada risolto dando attuazione alla disciplina ex art. 81, c. 1 c.p. stabilita per le situazioni di concorso formale di reati, trattandosi di due distinti casi di reato, di natura contravvenzionale che si ricompongono in un'unica azione.

Infine, oltre alle sanzioni viste sopra, l'inciso finale dell'art. 18, c. 1 del d.lgs. 276/2003 prevede come pena accessoria in caso di condanna dell'agente, la confisca dell'automezzo, al quale si attribuisce una funzione strumentale alla realizzazione del programmato e non casuale compimento del reato; nel caso di specie tale reazione punitiva è prevista in via obbligatoria a differenza di quanto stabilito in via generale ove l'applicazione della confisca è meramente facoltativa, ritrovandosi in tale previsione tutta l'intenzionalità del legislatore nel sanzionare penalmente mediante tale istituto di sottrazione coattiva, qualsiasi attività relativa al regolare

²⁷⁵ Si veda sentenza n. 10484 della Cassazione Penale, Sezione III ove viene affermato che lo sfruttamento di minori si ha ogni qualvolta vi sia "avviamento al lavoro di soggetti minori di 15 anni o che non abbiano concluso il periodo di istruzione obbligatoria o ancora minori compresi tra i 15 e i 18 anni per adibirli ai lavori espressamente vietati dalla legge 17 ottobre 1967, n. 977, articolo 6".

²⁷⁶ Precisamente la sanzione ivi prevista è, a seconda della norma specifica vietata, dell'arresto fino a sei mesi esclusiva o con applicazione congiunta dell'ammenda fino a 5.164 euro.

funzionamento del mercato del lavoro che venga svolta tramite condotte assimilabili al “caporalato” ove il fenomeno si compone nell’individuazione, nel raggruppamento e nel trasporto dei lavoratori.

Riguardo agli istituti di estinzione agevolata, si precisa che per le ipotesi di reato in questione non è applicabile né il potere di prescrizione obbligatoria da parte dell’organo ispettivo, che è previsto esclusivamente per le violazioni punite con la pena alternativa dell’ammenda o dell’arresto, ovvero con la sola pena dell’ammenda (art. 15 del d.lgs. 124/2004), né l’istituto dell’oblazione (art. 162 c.p.), cui sono ammesse solo le violazioni punite con la pena esclusiva dell’ammenda.

Si evidenzia che anche nella sua forma più aggravata che comprende lo sfruttamento dei minori, la somministrazione abusiva rappresenta un reato proprio del somministratore, che si pone quale fattispecie distinta da quella che nella realtà è la sua corrispondente naturale, ovvero “l’utilizzazione illecita con sfruttamento di minori”. Quest’ultima viene a costituire l’unica ipotesi di reato anche in capo al soggetto utilizzatore e viene delineata, anch’essa nella sua distinta connotazione, nel secondo periodo del comma 2 dell’art. 18 del d.lgs. 276/2003.

La struttura del reato segue in modo parallelo quella della somministrazione di rilevanza penale; esso si configura quale fattispecie contravvenzionale e si presenta come un reato di azione, a struttura unitaria, e di pericolo. La nozione di “sfruttamento di minori” rimane quella ricavabile dalla legge n. 977/1967 che individua i minori negli adolescenti che non abbiano compiuto i 15 anni di età o che non abbiano terminato il percorso di istruzione obbligatoria, o anche quelli di età compresa tra 15 e i 18 anni che siano stati adibiti ai lavori espressamente vietati dall’art. 6 della stessa legge.

Quanto alla definizione della sanzione, valgono le medesime regole viste per l'applicazione dell'ammenda nell'ipotesi della somministrazione abusiva con sfruttamento di minori, e della pena congiunta dell'arresto, trattandosi dunque, limitatamente a quella pecuniaria, di una pena a proporzionalità progressiva. La previsione di una medesima sanzione tuttavia non appare sufficiente e idonea a rendere omogenee le due fattispecie, poiché sul piano strettamente formale della norma, le due posizioni soggettive dell'utilizzatore e del somministratore rimangono delineate da contorni ben definiti, nonostante finiscano per comporre in ultima istanza una sorta di reato plurisoggettivo proprio²⁷⁷ a carattere unitario.

5. Riprendendo l'ideale scala di gravità crescente, il grado massimo di illiceità che la condotta anti-giuridica²⁷⁸ delle parti può venire a rivestire nell'ambito di una fornitura di manodopera è rappresentato dalla somministrazione fraudolenta, riproposta nel nostro Ordinamento dalla legge n. 96/2018 di conversione del decreto Dignità, a tre anni dalla sua eliminazione nell'alveo del d.lgs. 81/2015. La fattispecie viene ora collocata nel nuovo art. 38-bis del d.lgs. n. 81/2015 riproponendo quasi alla lettera la stessa formula che prima era contenuta nell'art. 28 del d.lgs. 276/2003 e disponendo che *“ferme restando le sanzioni di cui all'art. 18, quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge e di contratto collettivo applicate al lavoratore, somministratore ed utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione”*. La norma si presenta come l'ultimo presidio penalistico in una materia depenalizzata,

²⁷⁷ Con tale locuzione si intende considerare quei reati che sarebbero per se stessi diversi, poiché originati da una pluralità di condotte e da una pluralità di persone, quali elementi costitutivi o circostanze aggravanti di un unico reato e per i quali la norma incriminatrice assoggetta a pena tutti i soggetti intervenuti. MARINUCCI G, DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, op. cit.

²⁷⁸ L'antigiuridicità è un concetto con cui si esprime la relazione di contraddizione tra il fatto tipico e l'ordinamento giuridico.

evidenziando una certa controtendenza rispetto agli ultimi interventi legislativi che avevano interessato il regime sanzionatorio nella somministrazione e più in generale nel fenomeno delle esternalizzazioni, confermando da un certo punto di vista anche l'importanza, almeno simbolica, dell'istituto, più volte oggetto di *querelle* normativa.

Dalla lettura della norma, appare evidente che la condotta illecita posta in essere con finalità elusive integra una distinta fattispecie di reato, di natura contravvenzionale che mantiene quindi rilevanza penale, a fronte delle sanzioni amministrative previste nella somministrazione e nella somministrazione illecita nelle loro forme meno aggravate, in cui non vi è sfruttamento di minori.

Con l'obiettivo di definire la struttura della fattispecie fraudolenta si può affermare che essa configura una contravvenzione unitaria, in cui i due agenti ponendo in essere una condotta attiva si rendono autori dell'unica fattispecie di reato. Essa rappresenta in senso stretto un reato plurisoggettivo necessario proprio ove sussiste il compimento di una pluralità di condotte da parte da parte di un concorso di persone, per ciascuna delle quali la norma incriminatrice prevede l'assoggettamento alla pena. Inoltre si presenta come reato di pericolo in quanto la configurazione dell'illecito penale prescinde da qualsiasi valutazione di un danno effettivo al lavoratore²⁷⁹, essendo sufficiente che il contratto di somministrazione "sia potenzialmente idoneo a ledere i diritti di quest'ultimo²⁸⁰". Da un punto di vista materiale si tratta di un reato di tipo permanente in quanto, precisando che si perfeziona in un momento successivo all'accordo e cioè al primo giorno di somministrazione²⁸¹, si protrae per tutta la durata della

²⁷⁹ RAUSEI P., *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, IPSOA, Milano 2016.

²⁸⁰ MEZZA E., *Somministrazione fraudolenta: una contravvenzione ondivaga a tutela del lavoratore*, in «Sistema Penale», Editore ASSOCIAZIONE "PROGETTO GIUSTIZIA PENALE", Milano, 28 giugno 2020.

²⁸¹ L'interpretazione relativa al momento in cui il reato si perfeziona è sorretta anche dal tipo di sanzione prevista con cui infatti si intuisce che la durata della condotta anti-giuridica è un elemento rilevante tale da

somministrazione e si consuma con la cessazione della condotta illecita ovvero quando termina l'ultima prestazione dell'ultimo lavoratore inviato in missione²⁸².

Quanto agli autori del reato, un'interpretazione letterale della disposizione permette di segnare un profilo soggettivo del somministratore relativamente ampio, mancando infatti una specificazione in merito al possesso o meno dell'autorizzazione in capo all'agenzia ai fini della realizzazione dell'illecito. Ne deriva che esso può individuarsi sia in un soggetto privo dell'autorizzazione ministeriale, sia in un soggetto iscritto all'Albo e totalmente regolare sotto questo aspetto. L'importanza di una tale interpretazione emerge soffermandosi sulle capacità estensive delle intenzioni elusive che integrano il reato in esame, dalle quali la previsione sanzionatoria vuole preservare il lavoratore con una tutela inderogabile estesa a tutti gli aspetti che riguardano la figura del prestatore di lavoro somministrato e quindi da quello normativo a quello retributivo, previdenziale e assicurativo, che potrebbero subire pregiudizi anche in una somministrazione fornita da un soggetto autorizzato.

Ad ogni modo, l'identica formulazione della norma sanzionatoria rispetto a quella che era inserita nella Riforma Biagi, risolveva i numerosi dubbi che si erano già palesati in passato tra la dottrina, dovuti soprattutto alla “sfuggente identificazione della fattispecie²⁸³”. La disposizione infatti presenta un *vulnus* di tipicità poiché non si sofferma adeguatamente sull'elemento materiale della fattispecie, creando anche problemi di interferenza con reati diversi come ad esempio quello di truffa, e rendendo di fatto l'ambito applicativo di difficile delimitazione in termini aprioristici. Tale individuazione appare complessa anche in

determinare l'entità della stessa, calcolata in base al numero di lavoratori e dei giorni di somministrazione fraudolenta.

²⁸² Da tale momento decorre il termine prescrizione.

²⁸³ BOLLANI A., VARESI P. A., *CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO E SOMMINISTRAZIONE. Decreto legge 12 luglio 2018, n. 87*, IPSOA, 2019, ISBN 978-88-217-7100-2

considerazione della clausola di salvezza contenuta nell'inciso iniziale dell'art. 38-bis d.lgs. n. 81/2015. A riguardo, in via teorica la dottrina sembra orientata nel ritenere la fattispecie patologica in esame come un'ipotesi di reato autonoma e distinta da quella che si configura come somministrazione abusiva di cui all'art. 18 dello stesso decreto. Quest'ultima consiste in un'infrazione diretta del dispositivo legale mentre l'intento fraudolento realizza piuttosto un aggiramento del comando normativo tanto da poter essere ravvisato anche in una somministrazione formalmente valida.

Secondo la dottrina, l'eventuale concorso apparente tra le norme delle discipline in questione andrebbe risolto, in ossequio al principio di specialità, basandosi sul fatto che, pur potendo contenere gli elementi della somministrazione abusiva, la fattispecie fraudolenta debba necessariamente avere quale connotato qualificante l'esistenza del dolo specifico. Una volta accertata la partecipazione dolosa del comportamento tenuto, occorre inquadrare la vicenda nell'ambito della somministrazione fraudolenta. Se così non fosse si finirebbe per includere tutte le fattispecie realizzate in violazione di determinati obblighi normativi dettati dal d.lgs. 276/2003 e dal d.lgs. 81/2015 nella disciplina della somministrazione fraudolenta, poiché elusive di norme inderogabili di legge, il che sembrerebbe essere una conclusione piuttosto semplicistica che svuota di contenuto il dettato dell'art. 38-bis. Analogamente, per le stesse ragioni non può dirsi che l'irregolarità della somministrazione debba necessariamente essere accompagnata dal fine elusivo, in quanto "se essa è giustificata, non può essere fraudolenta"²⁸⁴.

Dunque pur esistendo una zona di sovrapposibilità con la fattispecie di cui all'art. 18, c.1, d.lgs. 276/2003, legata alla possibilità di riscontrare in un'somministrazione abusiva anche

²⁸⁴ VALLEBONA A., *La Riforma dei lavori*, CEDAM, Padova, 2004, pag. 108

l'elemento del dolo specifico, che indurrebbe a far apparire la somministrazione fraudolenta quasi come un'aggravante di quella, la fattispecie di cui all'art. 38-bis mantiene (o dovrebbe mantenere) una sua identità specifica dal momento che può realizzarsi anche in ipotesi diverse, come nel caso di una somministrazione in sé e per sé, completamente lecita perché posta in essere da un soggetto autorizzato²⁸⁵, ma eseguita in realtà con lo scopo di eludere delle norme imperative di natura legale o contrattuale. E infatti ben può parlarsi di somministrazione fraudolenta, realizzata da fattispecie formalmente corrette nei seguenti casi esemplificativi: quando un utilizzatore si rivolge ad un'Apl autorizzata a svolgere attività di somministrazione, per utilizzare i lavoratori somministrati a tempo determinato immediatamente dopo la scadenza del precedente contratto di lavoro "diretto", senza rispettare i periodi di interruzione obbligatoria tra un contratto a termine ed il successivo rinnovo; quando un utilizzatore si rivolge ad un'Apl autorizzata per impiegare senza soluzione di continuità, i lavoratori in precedenza assunti direttamente dall'azienda con contratto a termine di 12 mesi, senza rispettare l'obbligo di indicare la causale richiesta per il rinnovo o la proroga, o per impiegare lavoratori che erano assunti con contratto a termine di 24 mesi, eludendo l'obbligo di assunzione a tempo indeterminato²⁸⁶; quando un utilizzatore impiega, senza soluzione di continuità, un lavoratore in missione a termine, dopo che questi era stato assunto direttamente dall'azienda e poi licenziato, eludendo in tal modo le norme di fonte contrattuale collettiva in

²⁸⁵ Ciò è stato confermato dalla Circolare INL n. 3 dell'11 febbraio 2019.

²⁸⁶ In realtà anche in tali casi, la Circolare n. 17/2018 del Ministero del Lavoro prevede l'obbligo di individuare la causale. L'obbligo discende dall'accezione che la stessa Circolare attribuisce secondo un criterio sostanziale al termine "rinnovo"; esso infatti sussiste nel caso in cui al termine di un contratto a tempo determinato di durata inferiore ai 12 mesi, segua una missione presso lo stesso utilizzatore o viceversa e anche nel caso in cui il lavoratore sia stato impiegato nell'azienda utilizzatrice, in virtù di una missione a tempo determinato con una determinata agenzia, cui ha fatto seguito una nuova missione a tempo determinato con una diversa agenzia, presso lo stesso utilizzatore. Il rispetto del limite dei 24 mesi, deve essere valutato considerando sia il rapporto che il lavoratore ha avuto con il somministratore, sia il rapporto che egli ha avuto con il singolo utilizzatore, avendo riguardo a tal fine al contratto e/o alla missione che abbiano comportato lo svolgimento di una mansione di pari livello e della stessa categoria legale.

materia di anzianità²⁸⁷; quando un utilizzatore si avvale dello stesso lavoratore in virtù di somministrazioni da parte di agenzie diverse sfruttando i periodi di massima durata previsti per ciascun rapporto in somministrazione; quando un lavoratore svantaggiato, viene licenziato dal datore di lavoro il quale lo reimpiega in seguito tramite somministrazione, con una retribuzione inferiore ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 13, c.1, lett b) del d.lgs. 276/2003; quando un utilizzatore si avvale di più somministrazioni a tempo indeterminato, che si compongono di fatto di missioni a termine, nell'ipotesi in cui il CCNL dell'azienda stessa preveda dei limiti quantitativi al ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato ed infine quando un lavoratore, inviato presso lo stesso utilizzatore, nello svolgimento di somministrazioni a termine, viene artificiosamente inquadrato su livelli differenti e adibito a mansioni diverse, allo scopo di superare il limite di durata massima dei contratti di lavoro.

Le circostanze in cui la somministrazione fraudolenta sembra avere un peso maggiore sono proprio quelle in cui il soggetto attivo è un somministratore perfettamente regolare; non a caso l'istituto è stato reintrodotta in corrispondenza della contestuale previsione dei limiti relativi alla durata e alla causale giustificatrice nei contratti di lavoro a tempo determinato. In un tale contesto la fattispecie di cui all'art. 38-bis d.lgs. 81/2015 sembra porsi come un baluardo nei confronti dei possibili aggiramenti delle nuove normative, ed appare quindi volta a sanzionare quelle condotte poste in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge e di contratto collettivo, tra cui rientrano sicuramente anche le nuove restrizioni apportate dal Decreto Dignità. Posto comunque che sarebbe riduttivo ricondurre la fattispecie in esame esclusivamente alle violazioni delle norme appena discusse, potendosi ben rilevare la condotta

²⁸⁷ La Circolare INL n. 3/2019 evidenzia come il caso del licenziamento di un lavoratore da parte di un datore di lavoro e del successivo reimpiego presso lo stesso, in veste di utilizzatore, tramite somministrazione, rappresenti uno dei casi più frequenti rilevati nell'esperienza ispettiva.

antigiuridica anche negli appalti illeciti o nella fattispecie di distacco illecito o di distacco transnazionale illecito, non può di certo non sottolinearsi che essa assume un ruolo centrale proprio nei casi in cui non emergano le altre patologie della somministrazione.

Risulta evidente che quando la somministrazione fraudolenta sia posta in essere per il tramite di un'agenzia "regolare", la prova relativa alla specifica finalità debba essere sicuramente molto più rigorosa. Si ribadisce infatti, che per la sussistenza del reato *de quo*, abbandonandosi il principio dell'indifferenza tra dolo e colpa, si esige l'accertamento di una partecipazione psicologica dolosa da parte dei due responsabili, somministratore e utilizzatore²⁸⁸. Più precisamente il grado di rimproverabilità della condotta è quello del dolo specifico, in cui oltre all'intenzionalità del reato, rileva la specifica finalità dello stesso perseguita tramite un'intesa tra i due soggetti. Il dolo specifico presuppone quindi, oltre alla consapevolezza e volontà del compimento del fatto, l'intento di realizzare un determinato scopo che vada a costituire l'elemento soggettivo della fattispecie legale, il quale va ricercato oltre il fatto materiale realizzato. In ragione di tale requisito, secondo parte della dottrina si configura una contravvenzione "eccezionalmente dolosa²⁸⁹".

Al fine di valutare la portata dell'elemento psicologico ed anche per includere nella fattispecie sanzionata la somministrazione conforme da un punto di vista formale, ci si può richiamare al negozio in frode alla legge; infatti aderendo alla teoria oggettiva del negozio in frode alla legge, occorre concludere che per aver raggiunto il fine che la legge proibisce,

²⁸⁸ Secondo taluni della dottrina, la finalità non dovrebbe essere per forza di cose condivisa tra i due soggetti; piuttosto sarebbe plausibile che soltanto uno dei due autori intenda perseguire il fine elusivo e che l'altro ne abbia quantomeno la consapevolezza. La questione è però dibattuta dal momento che, trattandosi di reato plurisoggettivo proprio, dovrebbero entrambi perseguire lo scopo illecito, il che giustificerebbe anche l'applicazione della pena in capo ad entrambi i soggetti, non potendosi, in caso contrario punire allo stesso modo chi non avesse agito con dolo specifico. Ma tale ultima eventualità sarebbe in contrasto con la nozione di reato plurisoggettivo proprio.

²⁸⁹ RAUSEI P., *SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d' azienda*, op. cit., pag. 394.

mediante l'uso di una forma contrattuale lecita e tipica, l'esistenza del dolo specifico può essere provata anche tramite oggettivi elementi indiziari²⁹⁰.

Riguardo al profilo sanzionatorio, la pena dell'ammenda non si sostituisce a quella applicata nella fattispecie abusiva ma piuttosto si somma ad essa, amplificandone l'effetto sanzionatorio finalizzato ad evidenziare la gravità del particolare intento criminoso; vengono infatti confermate le sanzioni di cui all'art. 18 d.lgs. n. 276/2003 cui si aggiunge quella pecuniaria dell'ammenda pari a 20 euro per ciascun lavoratore interessato e per ciascuna giornata di utilizzazione dello stesso. Si tratta anche in questa ipotesi di una pena proporzionale impropria o a proporzionalità progressiva in cui rilevano la base sanzionatoria imposta dal legislatore ed un coefficiente che si modifica a seconda della circostanza che si sta accertando.

In merito alle modalità di estinzione agevolata, risultano applicabili l'istituto dell'oblazione²⁹¹ (art. 162 c.p.), con cui si consente al contravventore di pagare un terzo della pena stabilita per il reato commesso, oltre alle spese di procedimento, e la prescrizione obbligatoria (art. 15 d.lgs. 124/2004), il cui adempimento consente al contravventore di pagare la sanzione in sede amministrativa per un importo pari al quarto dell'ammenda stabilita per il reato.

Seguendo le indicazioni fornite dalla Circolare INL n. 3/2019, il regime sanzionatorio risulterebbe differenziato in base alla coesistenza o meno della fattispecie fraudolenta con quella dell'illecito realizzato dallo svolgimento dell'attività abusiva (ipotesi a cui può equipararsi l'appalto illecito). Nell'ipotesi in cui si configurino entrambi gli illeciti, il personale ispettivo

²⁹⁰ Da un punto di vista strettamente pratico, al personale ispettivo non è richiesto di indagare l'elemento psicologico in tutti i suoi diversi profili ma piuttosto di raccogliere tutti gli elementi probatori della situazione di fatto accertata, i quali saranno poi utili nel processo penale ad indagare sul grado di partecipazione psicologica.

²⁹¹ Tale istituto consente al contravventore di estinguere il reato mediante il pagamento, prima dell'apertura del dibattimento o prima del decreto di condanna, di una somma corrispondente ad un terzo del massimo della pena stabilita dalla legge.

contesterà la violazione amministrativa²⁹² di cui all'art. 18 d.lgs. 276/2003, e adoterà per la violazione di cui all'art. 38-bis d.lgs. 81/2015 il potere di prescrizione obbligatoria di cui all'art. 15 del d.lgs. 124/2004, intimando la cessazione della condotta antidoverosa e ordinando all'utilizzatore fraudolento la regolarizzazione dei lavoratori impiegati, assumendoli a tutti gli effetti alle proprie dipendenze.

Alla base di tale provvedimento degli ispettori del lavoro, vi è la valutazione giuridica del contratto commerciale di somministrazione, che nell'ipotesi in questione, essendo stato concluso in frode alla legge, risulta nullo per illiceità della causa²⁹³, ai sensi dell'art. 1344 del codice civile²⁹⁴.

Le giornate di lavoro considerate per il calcolo della sanzione amministrativa rilevano dunque anche per l'applicazione della sanzione penale dell'ammenda di cui all'art. 38-bis, sempre che non divergano in considerazione del momento dal quale la sanzione ex art. 38-bis sia divenuta operativa. Sul punto infatti, si ritiene che nel caso di una somministrazione fraudolenta iniziata prima del 12 luglio 2018, data di entrata in vigore del decreto Dignità, e conclusasi in un momento successivo, il reato *de quo* si realizzi a decorrere dal 12 luglio e che assumano rilievo solo le giornate successive a tale data per la commisurazione della pena.

Nel caso in cui la violazione sia “solo” quella realizzata dall'intento fraudolento in una somministrazione perfettamente regolare, trova applicazione in maniera esclusiva la sanzione penale di cui all'art. 38-bis, consistente nella pena dell'ammenda pari a 20 euro per ogni

²⁹² Si ricordi che per tale sanzione non è ammessa la procedura di diffida (art. 13 del d.lgs. 124/2004) mentre trova applicazione l'istituto della sanzione ridotta ex art. 16 l. 689/1981.

²⁹³ Ai sensi dell'art. 1343 c.c., “si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa”.

²⁹⁴ L'art. 1418 c.c. dispone infatti che: “il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge”.

lavoratore occupato e per ciascuna giornata di utilizzo degli stessi, con conseguente applicazione anche degli istituti di estinzione agevolata sopra discussi.

In ogni caso, resta ferma la sanzione civilistica della ricostruzione del rapporto di lavoro alle dipendenze dirette dell'utilizzatore, conseguente al riconoscimento della nullità del contratto di somministrazione stipulato in frode alla legge. A riguardo, la circolare 5/2011 del Ministero del Lavoro, pur riferendosi alla previgente disciplina, conferma l'applicazione della sanzione civile della nullità dovuta alla conclusione di un negozio in frode alla legge, stabilendo che, in analogia a quanto accade nell'ipotesi di nullità per mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione, i lavoratori sono considerati alle dipendenze dell'utilizzatore e colmando così, il vuoto normativo lasciato dal legislatore riguardo la previsione di una sanzione civilistica nella somministrazione fraudolenta.

5.1. Al senso di indeterminatezza, a cui il legislatore sembra aver abbandonato la risoluzione delle controversie riguardanti il fenomeno della somministrazione fraudolenta, resa complicata soprattutto dalla constatazione di un indefinito campo di applicazione della disciplina sanzionatoria, la giurisprudenza, nel dirimere le diverse problematiche concrete, cerca di porre rimedio individuando di volta in volta, i criteri in base ai quali operare la distinzione tra la fattispecie patologica della fraudolenza e le diverse ipotesi di illiceità che possono riguardare il fenomeno interpositorio.

Le problematiche ed i dubbi applicativi che riguardano la fattispecie fraudolenta, ineriscono sia alla difficoltà che si potrebbe incontrare nel distinguere ad esempio una somministrazione abusiva dall'ipotesi "aggravata" della somministrazione fraudolenta, ove ad assumere rilievo è la constatazione di un dolo specifico, non sempre di facile dimostrazione, sia alla possibilità di

incorrere in conflitti normativi legati alla interferenza della stessa, con altri reati, come ed esempio quello di truffa.

Le possibili sovrapposizioni tra le diverse fattispecie illecite potrebbero condurre ad effetti perversi che di fatto si risolverebbero in un abbassamento delle tutele per i lavoratori, a causa della finale applicazione di sanzioni relativamente meno gravose. Il reato di somministrazione fraudolenta, contraddistinto da una certa particolarità in ordine alla materia trattata, potrebbe infatti essere considerata una norma speciale, tale che di fronte a determinate violazioni serie, si assisterebbe all'applicazione di una fattispecie contravvenzionale e di conseguenza ad una sanzione di moderata entità, a tutto discapito delle esigenze di prevenzione generale. Quanto sottolineato inoltre si porrebbe in netto contrasto con le finalità che il legislatore della l. n. 96/2018 intendeva perseguire con la reintroduzione dell'istituto della somministrazione fraudolenta, volta ad un innalzamento delle tutele penali.

La problematica si è posta nell'ambito di un distacco transnazionale fittizio, su cui ha deciso la Corte di Cassazione penale, sezione seconda, con sentenza n. 9758/2020. La questione riguardava una società bulgara che somministrava lavoratori in Italia e che il Tribunale del Riesame di Forlì aveva reputato inesistente. In sostanza, i lavoratori svolgevano abitualmente le loro prestazioni lavorative nello stato italiano e per tale ragione il distacco di manodopera, venendo a mancare il necessario requisito del rapporto di lavoro in uno stato membro diverso dall'Italia, in virtù del quale i lavoratori avrebbero dovuto essere stati distaccati, veniva dichiarato fittizio²⁹⁵. Oltre a questo, poiché quanto rilevato si riversava sugli oneri fiscali e

²⁹⁵ Ai sensi dell'art. 2 del d. lgs. n. 136/2016 si definisce distaccato il "lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro che, per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in Italia". Il distacco transnazionale è infatti uno strumento giuridico con cui un'azienda esistente nel territorio di uno stato membro effettua prestazioni lavorative presso un altro stato dell'Unione Europea tramite l'invio di proprio dipendenti. Fondamento logico del distacco è l'esistenza di un

contributivi dell'azienda somministratrice, che avrebbe dovuto come di norma versare le somme a tale titolo in Italia, il Tribunale rilevava il reato di truffa aggravata ai sensi dell'art. 640, comma 2, n.1 del codice penale. Il reato infatti, si configura ogni qualvolta vi sia un ingiusto profitto, a danno dello stato o di un ente pubblico, come nel caso di specie. Il Tribunale pertanto disponeva, accogliendo con ordinanza, il ricorso del P.M., il sequestro delle somme illecitamente risparmiate in virtù del minor esborso contributivo.

Avverso tale ordinanza, il ricorrente eccepiva la violazione dell'art. 640 c.p. fondando il ricorso sul fatto che in realtà non vi era stato nessun danno cagionato, in quanto i lavoratori che avessero voluto esigere crediti contributivi, si sarebbero rivolti all'ente previdenziale straniero e che in mancanza di tale requisito ascrivibile al reato di truffa, il distacco fittizio di manodopera avesse in realtà rappresentato il reato di cui all'art. 38-bis d.lgs. 81/2015. In tale evenienza, inoltre il reato si sarebbe configurato solo per le condotte successive al 12 luglio 2018, data di entrata in vigore del d. lgs. n. 87/2018 re-introdotto della somministrazione fraudolenta, e quindi la sanzione penale sarebbe stata commisurata alle sole giornate di lavoro successive a tale data, lasciando quelle precedenti assoggettate alla sanzione amministrativa.

La Corte ha ritenuto infondato il ricorso; innanzitutto l'illecito guadagno consisteva proprio nel minore esborso contributivo, che l'impresa somministratrice aveva sostenuto simulando l'esistenza di una ditta bulgara, la quale si rifà ad un sistema previdenziale diverso da quello italiano ed è caratterizzato da aliquote contributive più basse ed inoltre, essendo stato accertato il carattere fittizio della società, i soggetti cui spettavano i crediti assistenziali e contributivi erano Inail e Inps, ai quali dunque è stato arrecato un evidente danno patrimoniale. La Corte

rapporto di lavoro in uno stato membro differente da quello in cui viene prestato il servizio. In mancanza di tale presupposto si configura un distacco fittizio di manodopera.

ha ravvisato infatti nella simulazione di una realtà imprenditoriale straniera, l'insieme degli aggiramenti e degli artifici di cui all'art. 640 c.p. volti proprio all'elusione degli obblighi previdenziali nazionali e al conseguimento dell'illecito profitto.

Contestualmente la seconda sezione si è occupata di definire i contorni della fattispecie della somministrazione fraudolenta, che la distinguono dal reato di truffa. Ribadendo quanto già osservato dal Tribunale di Forlì, ha chiarito che l'art. 38-bis ha lo scopo di tutelare il lavoratore, garantendo il rispetto delle norme inderogabili di legge "o" di contratto collettivo applicate al lavoratore. Ne deriva che la protezione che la norma intende riservare, è riferita al lavoratore nella sua individualità e non al sistema contributivo. A conferma di tale orientamento giungerebbero a sostegno sia il tenore letterale della norma da cui si evincerebbe che le norme inderogabili e quelle di contratto collettivo sono solo quelle applicate al lavoratore²⁹⁶, sia l'interpretazione fornita dal Ministero del Lavoro con la Circolare 3/2019 ove si afferma che per aversi la violazione in esame "non è sufficiente accertare che la violazione degli obblighi abbia prodotto effetti sotto il profilo della applicazione elusiva del regime previdenziale straniero" ma occorre accertare "la violazione degli obblighi e delle condizioni di lavoro ed occupazione di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 136/2016". In sostanza, l'ipotesi del distacco fittizio configurerebbe una fattispecie di somministrazione fraudolenta solo se fosse finalizzata all'elusione degli obblighi di cui all'art. 4 d.lgs. n. 136/2016 sulle condizioni di lavoro. Diversamente, in mancanza di tale finalità e rinvenendosi esclusivamente quella elusiva della contribuzione, si configurerebbe l'ambito di applicazione del reato di truffa.

²⁹⁶ L'uso della congiunzione disgiuntiva "o" nello specificare che le norme eluse sono quelle inderogabili di legge "o" di contratto collettivo applicate al lavoratore, ha indotto la Corte a ritenere che sia le norme inderogabili di legge, sia le norme di contratto collettivo, sono solo quelle applicate al lavoratore.

Pertanto la Corte di Cassazione, distinguendo in modo deciso l'ambito delle due fattispecie di reato, ha pronunciato la seguente massima: *“l'art. 38 bis del D.Lgs. 81 del 2015 ha come obiettivo esclusivamente quello di tutelare il lavoratore, lasciando fuori dal suo ambito di applicazione quei comportamenti finalizzati alla elusione della contribuzione, che restano soggetti alla disciplina dell'art. 640 comma 2 n.1 cod. pen”*.

Tuttavia, nonostante la decisione giudiziale, rimangono irrisolti gli originari dubbi intorno al campo di applicazione della fattispecie propria della somministrazione fraudolenta, alla quale anche la Corte non sembra aver fornito una chiara sistemazione. Dal punto di vista della struttura valgono le considerazioni sin qui fatte riguardo al carattere unitario della contravvenzione, tale da configurare il reato come plurisoggettivo necessario proprio, riguardo al grado dell'offesa che è tale da configurare un reato di pericolo per il quale il legislatore ha previsto una tutela anticipata rispetto al momento effettivo della realizzazione di un danno e riguardo al modo di consumarsi della condotta, in base al quale il reato assume il connotato di reato permanente.

Quello che resta di difficile individuazione è l'ambito di applicazione; la Corte ha distinto nettamente il reato di truffa da quello di somministrazione fraudolenta senza però porre rimedio al *vulnus* di determinatezza lasciato dal legislatore. Inoltre, non sembra così condivisibile e sostenibile il fatto che l'aver eluso le norme sulla contribuzione non sia di per sé un fatto idoneo a ledere il lavoratore nella sua individualità, dal momento che, se è pur vero che gli obblighi previdenziali rispondono ad interessi pubblici, quello della contribuzione è un rapporto trilaterale tra datore di lavoro, enti di previdenza e lavoratore, che ha come fine ultimo l'erogazione di prestazioni a favore di quest'ultimo. Ne consegue che ogni atto in frode del sistema contributivo, finisce per ledere la sfera individuale del prestatore di lavoro.

Per quanto osservato si potrebbe ritenere che allo stesso fatto sarebbe dunque applicabile anche la disposizione di cui all'art. 38-bis, potendo quindi sussistere un conflitto normativo tra reato di truffa e somministrazione fraudolenta, che potrebbe risolversi producendo effetti non coerenti. Per risolvere tale conflitto, dopo aver verificato se tra le due fattispecie esista un rapporto di genere e specie²⁹⁷, si finirebbe per considerare la somministrazione fraudolenta, che presenta una materia oggettiva più ristretta e specifica, quale legge speciale e pertanto per applicare la relativa disciplina all'ipotesi in questione.

L'effetto perverso che ne scaturirebbe sarebbe l'applicazione di una sanzione relativamente blanda rispetto al disvalore associato alla condotta reale²⁹⁸, il che si porrebbe anche in contrasto con la *ratio* alla base del decreto Dignità, basata su un ampliamento della tutela penale per il lavoratore.

Probabilmente tale effetto è dovuto al modo disorganico con cui sono stati attuati gli interventi normativi. Come visto, molti dei reati in materia di lavoro sono stati trasferiti tra gli illeciti amministrativi e sottoposti alla sanzione pecuniaria amministrativa, nell'ottica di una valorizzazione della funzione rieducativa della pena²⁹⁹ e di una deflazione del sistema penale italiano, che hanno portato ad una depenalizzazione che può dirsi essere avvenuta in modo piuttosto organico. Sotto questo punto di vista, con la legge n. 96/2018 si è assistito ad un ritorno al passato che ha riportato con sé anche le criticità connesse alla fattispecie della somministrazione fraudolenta, rischiando di renderla poco efficace. I motivi per i quali la questione potrebbe non essere “centrata” sono due: le osservazioni interpretative dopo la

²⁹⁷ SERRA G., *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2017.

²⁹⁸ Come visto, il reato di somministrazione fraudolenta (contravvenzione) è punito con la sola ammenda, cui possono essere applicati gli istituti di estinzione agevolata dell'oblazione e della prescrizione obbligatoria. Diversamente il reato di truffa (delitto) è punito con la reclusione da 1 a 5 anni e con multa da 309 € a 1549 €.

²⁹⁹ Art. 27 Cost.

reintroduzione dell'istituto hanno riguardato soprattutto casi accademici, di somministrazione non abusiva, e realizzata con l'intento di aggirare le nuove norme sul contratto a termine, e il vero problema, conseguente anche a quanto appena osservato e legato alla repressione di fattispecie interpositive, specie in riferimento a quello dalle forme atipiche più evolute, è rimasto di fatto poco scalfito.

La reintroduzione dell'istituto avrebbe dovuto portare con sé, non una mera ripresentazione della previgente disciplina, ma una rivisitazione ed una tipizzazione della fattispecie stessa, finalizzata a individuarne l'ambito di applicazione, e a specificare quelle che dovrebbero essere le disposizioni violate che comportano il configurarsi del reato. In tal modo si potrebbe superare il rischio di interferenze normative, a favore sia dell'applicazione di un'adeguata pena, commisurata al disvalore dell'illecito, sia di una maggiore certezza del diritto che permetta agli operatori economici di essere posti in condizione di valutare le conseguenze giuridiche della propria condotta.

Conclusioni

La presente indagine ha consentito di seguire il percorso normativo-evolutivo di cui è stato, e probabilmente resterà, protagonista l'istituto della somministrazione di lavoro, concepito quale strumento fondamentale di flessibilità per gli operatori economici che intendono destinare le proprie risorse in investimenti mirati sul proprio *core business* e calibrare quelle destinate all'assunzione del personale in base agli effettivi bisogni altalenanti del mercato, ponendo in atto delle strategie di scomposizione dei processi produttivi.

In tale ottica è stata focalizzata l'attenzione proprio sul contratto commerciale di somministrazione, con l'intento di evidenziarne in particolar modo la sua capacità di coniugare le esigenze dal lato degli imprenditori, *rectius* di coloro che necessitano di reclutare personale, con quelle dei lavoratori, i quali pur restando formalmente estranei a tale negozio, si inseriscono in un alveo di flessibilità economica e necessitano quindi di vedere confermate le proprie tutele, essendo soggetti in *primis* a subire le conseguenze dirette di tali processi di segmentazione. Si è cercato dunque di dar rilievo a tale soluzione negoziale, distinguendone anche i contorni dal contratto di lavoro ad essa sotteso, che resta autonomo rispetto a quello che si instaura tra agenzia ed utilizzatore, nonostante i rapporti giuridici che sorgono tra i due siano finalizzati oltre che al rispetto dei reciproci obblighi, alla protezione ultima del lavoratore.

Il susseguirsi di interventi normativi sulla materia ha certamente permesso di constatare il perenne stato di "agitazione" in cui si è mosso il contratto di somministrazione e l'istituto in termini più generali, mettendo in luce i diversi modi di accogliere e concepire tale strumento dal legislatore e dalle parti sociali, il cui atteggiamento inevitabilmente incide su tempi e modalità di sviluppo dello stesso. Si è notato come l'ordinamento abbia, a seconda anche delle varie congiunture economiche non sempre rosee, in determinati casi avvalorato ed abbracciato l'utilità dell'istituto, dapprima riconoscendolo quale categoria tipologica e prevedendone una

specifica disciplina, superando anche i vecchi limiti dettati dalla legge n. 1396/1960 e poi eliminando i vari ostacoli che venivano frapposti al suo utilizzo, e come abbia invece, in altri casi, agito in controtendenza, predisponendo o riproponendo dei limiti sia di carattere quantitativo, temporale o in ordine al contenimento di determinate condotte elusive specificatamente sanzionate.

La ricerca ha preso le mosse partendo dall'analisi dei soggetti imprenditoriali autorizzati allo svolgimento dell'attività di somministrazione. Essa ha consentito di rilevare una serie di oneri imposti dalla legge sin dalla fase *avant-contrat*, tramite una tecnica di controllo strutturale della fattispecie attuata mediante la previsione di taluni requisiti finanziari ed organizzativi che limitano l'accesso al mercato della fornitura solo a soggetti ritenuti affidabili e qualificati.

A seguire, il tentativo di definire l'inquadramento giuridico della fattispecie, finalizzato a determinarne gli elementi strutturali caratteristici, ha permesso di constatare la sua particolare unicità tipologica e l'impossibilità di ricondurlo a dei modelli già disciplinati dalla legge, quali la somministrazione di cose e l'appalto, nonostante la rilevazione di determinate affinità. Si è arrivati pertanto a dover qualificare la stessa quale fattispecie complessa realizzata tramite l'incrocio di quattro volontà che si manifestano in due contratti differenti quello commerciale appunto, e quello di lavoro.

La descrizione delle due varianti della somministrazione a termine e a tempo indeterminato è stata finalizzata a delineare l'assetto legale che circoscrive le due diverse modalità applicative dello strumento, cui il legislatore ha prestato peculiare attenzione mediante la previsione di limiti di contingentamento, legali (per quella a termine) ed anche contrattuali (per quella a tempo indeterminato), al fine soprattutto di chiarire i contorni di liceità entro i quali la somministrazione può realizzarsi.

In merito allo *staff leasing*, a lungo contrastato dalle forze sindacali a causa della persistenza di un pregiudizio ideologico che non ha permesso di considerare in modo adeguato le opportunità gestionali di tale modello organizzativo sin dall'inizio della sua adozione, si nota oggi, almeno da un punto di vista normativo, il venire meno di tali impedimenti. Le ostilità si erano dapprima spinte fino a portare all'eliminazione dell'istituto nel 2007; in seguito la loro attenuazione aveva condotto all'ammissibilità dello *staff leasing* ma solo per ipotesi tassative che venivano direttamente previste dalla legge.

Oggi a seguito dell'intervento del Jobs Act, l'unica condizionalità che il legislatore ha posto a temperamento della sua "liberalizzazione" è stata quella di consentirne l'utilizzo solo in corrispondenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, a conferma di una ricerca sempre continua di garanzia per il lavoratore somministrato.

La somministrazione a tempo determinato invece, è stata recentemente intercettata dal decreto Dignità, il quale ha disposto un limite di contingentamento cumulativo, posto all'utilizzo contestuale di contratti a termine diretti e in somministrazione, che va a sostituire integralmente quello che prima poteva essere liberamente rimesso alla contrattazione collettiva dell'utilizzatore. L'ordinamento ha, in tal senso, mostrato ancora una volta il proprio disfavore nei confronti di tale tipologia contrattuale e confermato il carattere eccezionale della fornitura di manodopera, che pertanto può porsi in essere entro determinati margini di utilizzabilità. Va tuttavia rilevato come tale intervento normativo non abbia inciso sul carattere acasuale dello stesso contratto di somministrazione (anche a tempo indeterminato), né abbia previsto dei limiti temporali alla sua stipula, a differenza di quanto accaduto per il contratto di lavoro subordinato a termine, a dimostrazione della ribadita distinzione ontologica ed autonomia concettuale dei due contratti.

La fase di svolgimento del rapporto di lavoro costituisce inevitabilmente la fonte primaria delle responsabilità in capo al somministratore e all'utilizzatore. In tale ambito si è osservato come le eventuali condotte che si pongono al di fuori dello schema legale possano dare origine a diverse deviazioni patologiche del contratto di somministrazione. È il caso della somministrazione irregolare, ovvero di quella posta esternamente ai limiti dettati da norme specifiche o della somministrazione nulla, realizzatasi in difetto di forma scritta del contratto commerciale, ipotesi ultima che il legislatore ha sanzionato con maggiore determinazione, prevedendo l'accertamento e quindi il riconoscimento automatico del rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, con efficacia *ex tunc*. In caso di violazione delle anzidette condizioni specifiche, l'apparato sanzionatorio necessita invece di un impulso da parte del lavoratore, il quale potrà fare ricorso al giudice del lavoro ai sensi dell'art. 414 c.p.c. al fine di ottenere la costituzione del rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore. Meritano in tale contesto di essere menzionate le ultime novità legislative, intervenute nella fase emergenziale Covid-19, che hanno in diverso modo toccato la fattispecie di somministrazione irregolare. La prima ha consentito di derogare ai divieti previsti per il ricorso alla somministrazione in costanza di ammortizzatori sociali emergenziali, permettendo quindi il rinnovo del contratto commerciale (e di lavoro) senza dover ricadere nella somministrazione irregolare, presentandosi quindi quale norma di forte rilevanza dato il massiccio uso di tali ammortizzatori in questa delicata congiuntura sociale ed economica. Inoltre ha riconfermato la pari dignità dei lavoratori somministrati, per i quali è stato previsto lo stesso trattamento rispetto a quelli diretti, i cui rapporti di lavoro sono stati resi prorogabili sempre dalla norma in questione.

Di tutt'altra entità è stata l'altra norma che ha escluso, nel caso di accoglimento del giudice del ricorso del lavoratore ai sensi dell'art. 38 c. 2 d.lgs. 81/2015, il licenziamento dagli atti di gestione del somministratore che si intendono come compiuti dall'utilizzatore, proponendo un'interpretazione completamente opposta a quella che sinora era stata fornita dalla giurisprudenza. Una disposizione questa che ha destato non poche perplessità per l'incoerenza con il resto delle norme incluse nel provvedimento e per gli effetti che potrebbero derivarne, tali da far sospettare una futura dichiarazione di incostituzionalità.

L'apparato sanzionatorio si completa nelle numerose sanzioni di carattere amministrativo e penale previste in caso di somministrazione abusiva e di utilizzazione illecita, ovvero le due fattispecie che rappresentano illeciti propri del somministratore e dell'utilizzatore, tra di essi speculari e normalmente contestuali, si da poter considerare le due norme configuranti un illecito plurisoggettivo proprio. La prima punisce l'agenzia che stipula un contratto di somministrazione senza il possesso della necessaria autorizzazione ministeriale, o soggetti che forniscono manodopera senza essere costituiti in forma di agenzie per il lavoro, la seconda invece punisce il soggetto che si avvale delle prestazioni lavorative fornite in funzione di un contratto stipulato con un soggetto non autorizzato. La fattispecie oggi a seguito dell'intervenuta opera di depenalizzazione rappresenta un illecito amministrativo poiché la rilevanza penale persiste solo nell'ipotesi aggravata che include lo sfruttamento di minori. In tale circostanza l'illecito rappresenta un vero e proprio reato, che il legislatore reprime con l'applicazione di una sanzione penale.

In ultimo, occorre dare considerazione del reintegro ad opera de decreto Dignità della fattispecie della somministrazione fraudolenta all'art. 38-bis d.lgs. n. 81/2015, vale a dire di quella realizzata allo scopo di eludere norme inderogabili di legge o contratto collettivo

applicate al lavoratore, alla quale si legano molte questioni inerenti alla difficile determinazione della sfera di applicabilità della norma. La problematica versa infatti i suoi effetti più rilevanti nella possibilità di incontrare interferenze con altri tipi di reato e nella insufficiente capacità discrezionale connessa all'esigenza di dover distinguere la fattispecie da altre ipotesi illegittime di somministrazione, come ad esempio dalla somministrazione abusiva. Seppur il tenore letterale della norma, condurrebbe in tale ultima ipotesi a fondare la scelta dell'applicabilità dell'art. 38-bis, basandola sul rinvenimento del dolo specifico, occorre rilevare la evidente difficoltà di dimostrazione dello stesso, anche e soprattutto nelle ipotesi di somministrazioni inquadrare in schemi contrattuali formalmente corretti. Tuttavia, nel caso in cui venga riconosciuta l'esistenza di tale patologia, la funzione sanzionatoria si esplica tramite la comminazione di una sanzione penale alla quale si aggiunge in ultimo la sanzione regolativa civilistica della costituzione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore con efficacia *ex tunc*.

Le tecniche di tutela sin qui viste e il funzionamento dell'apparato sanzionatorio considerato nel suo complesso, consentono di mettere in luce l'esigenza primaria di protezione del lavoratore che viene inserito nella realtà produttiva di un imprenditore diverso dal datore di lavoro. Il generale meccanismo della riconduzione del rapporto di lavoro in capo al soggetto che effettivamente si avvale delle prestazioni si rivela fondamentale nel rilevare il disvalore connesso alle ipotesi di somministrazione che si allontanano dal paradigma normativo. Esse permettono di configurare il bene giuridico protetto dall'insieme delle norme, il quale va individuato nella tutela delle condizioni economiche-lavorative e giuridiche dei lavoratori. Tali previsioni si mostrano ancora quali indicatori di un permanente carattere di eccezionalità della disciplina, tutta sviluppata nella

predisposizione di limiti applicati alle modalità di acquisizione della manodopera, di gran lunga più condizionate rispetto a quelle che contraddistinguono l'assunzione tramite la forma comune di rapporto di lavoro subordinato e la cui violazione comporta l'attivazione delle sanzioni discusse.

L'analisi ha nel contempo evidenziato la tendenziale capacità di adattamento dell'istituto al variare delle diverse fasi socio-economiche in cui esso si esplica; in tale contesto risultano meritevoli di particolare apprezzamento le recenti novità intervenute nella fase emergenziale del Covid-19, ove il legislatore, ha adeguato talune normative preesistenti ai bisogni di continuità occupazionale e di sopravvivenza dell'impresa esplicando in tale ambito l'importante funzione ancillare del diritto rispetto a tali situazioni. Inoltre si è evidenziata la definizione di un generale sistema garante della liceità delle operazioni di segmentazione delle imprese e ad esso strettamente funzionale. Esso rappresenta un'indubbia opportunità per tutti i soggetti coinvolti: per le aziende che possono slacciarsi dalle incombenze legate alla gestione dei rapporti di lavoro sin dalla fase della ricerca e selezione, per i lavoratori che possono incontrare maggiori offerte di lavoro di cui altrimenti non avrebbero avuto conoscenza ed in ultimo per le agenzie, che hanno visto nel corso del tempo allargare il proprio campo operativo.

Rimane sempre e comunque da sottolineare l'importante ruolo del legislatore nel contemperare i vari interessi in gioco ed il suo innegabile potere di incidere sulla convenienza o meno del ricorso all'istituto. Egli, nello svolgimento di questo continuo lavoro non può tuttavia esimersi dall'accompagnare la progressiva modernizzazione dei processi industriali, quando volti al più generale sostegno dell'economia, contribuendo all'implementazione di quel processo di innovazione che conduce necessariamente al

costante adeguamento di modelli legali a disposizione degli operatori economici, che vedono alla base del loro corretto funzionamento, la primaria esigenza di tutela della parte debole coinvolta.

BIBLIOGRAFIA

ANDRINI A. C., «Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica», *Contratto e Impresa*, 17 (1) 2001.

ARCARI A.M., *L'outsourcing: una possibile modalità dell'organizzazione e dei servizi*, in *Economia e Management*, n. 4, 1996.

BANO F., *Art 21, Forma del contratto di somministrazione*, in GRAGNOLI E., PERULLI A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004.

BASENGHI F., *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in Galantino L., *La riforma del mercato del lavoro. Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (artt. 1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004.

BOIN A. SAVODELLI S., MERLINO G., «Outsourcing: uno strumento operativo o una moda?» *Sistemi e Impresa*, n. 1, 1998.

BOISSEAU A., *Outsourcing Companies facing scrutiny on financial incentives*, *Houston Chronicle*, 1990.

BOLLANI A., *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, in *DPL*, n. 40, 2018.

BOLLANI A., *La somministrazione di lavoro liberalizzata (artt. 30-40, d.lgs. n. 81/2015)*, in MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P.A., *I contratti di lavoro*, G. Giappichelli, Torino, 2016.

BOLLANI A., VARESI P. A., *Contratto a tempo determinato e somministrazione. Decreto legge 12 luglio 2018, n. 87*. IPSOA, 2019, ISBN 978-88-217-7100-2.

CARINCI F., ZILIO GRANDI G., *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto I*, ADAPT University Press, 2014.

CARINCI M.T., *La somministrazione di lavoro*, in CARINCI F., *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, v. II, Ipsoa, Milano, 2004.

CESTER C., *Il neotipo e il prototipo: precarietà e stabilità*, *Labor*, n. 5/6, 2016

CHIECO P., *Somministrazione, comando e appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO P., *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004.

CHIECO P., *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti, i rimedi*. in *Riv. it. dir. lav.*, 2005.

- CIOCCA G. *Le Agenzie di intermediazione*, in OLIVELLI P., TIRABOSCHI M., *Il diritto nel mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Adapt Fondazione "Marco Biagi", Giuffrè Editore, 2005.
- CIOFFI M., *Prime osservazioni. La riforma del mercato del lavoro*, Buffetti editore, 2003.
- CONSIGLIO S., MOSCHERA L., *Le Agenzie per il lavoro. Organizzazione, regolazione, competitività*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2005.
- DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019.
- FERRARI R., FRIGELLI U., TRONCONI C., *HR Outsourcing. L'esternalizzazione dei processi di gestione delle Risorse Umane tra rischi e benefici*, Guerini e associati, Milano, 2012.
- FERRARO G., «Formalismo giuridico e diritto del lavoro», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.4, 1989.
- FILI V., RICCARDI A., *La somministrazione di lavoro*, in GHERA E., GAROFALO D., *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Job's Act 2*, Cacucci, Bari, 2015.
- FRANZA G., POZZAGLIA P., *Il Decreto Dignità, Commento alle norme lavoristiche*, G. Giappichelli editore, Torino, 2008
- FUMAGALLI L., DI CIOCCIO P., *L'outsourcing e i nuovi scenari della terziarizzazione: La centralità delle persone nelle aziende di servizi*, FrancoAngeli, Milano, 2002.
- FURLAN F., *La somministrazione di lavoro all'indomani del Job's Act*, in ZILIO GRANDI G., BIASI M., *Commentario breve alla riforma "Job's Act"*, Cedam, Padova, 2016.
- GAZZONI F., «Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi», *Riv. Dir. Civ.*, I, 1978.
- GORZ. A., *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992.
- GUAGLIANONE L., *La somministrazione di lavoro*, in MAGNANI M., VARESI P.A., *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005, pagg. 299 ss.
- ICHINO P., *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004.
- ICHINO P., *La somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in PEDRAZZOLI M., *Nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004.
- IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Cedam, Padova, 1997.
- ISOTTA F., «*La progettazione organizzativa*» Cedam, Padova, 2010.

- LAMBERTI M. e MERCURIO R., *La somministrazione di lavoro: Normativa, Organizzazioni e profili di tutela*, G. Giappichelli editore, Torino, 2014.
- MAGNANI M., PANDOLFO A., VARESI P., *I contratti di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 155 ss.
- MARESCA A., *Il contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, in SANTORO PASSARELLI G., *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997.
- MARESCA A., *Somministrazione di lavoro e appalti di servizi. Tra conflitto e competizione*, Franco Angeli, Milano, 2009.
- MARINELLI M., *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli editore, Torino, 2002.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Giuffè editore, Milano, 2015.
- MAZZOTTA O., *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2020.
- MAZZOTTA O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979.
- MEZZA E., «Somministrazione fraudolenta: una contravvenzione ondivaga a tutela del lavoratore», *Sistema Penale*, Editore Associazione "progetto giustizia penale", Milano, 28 giugno 2020.
- ORATI V., *Il ciclo monofase. Saggio sugli esiti aporetici della dinamica di J.A. Schumpeter*, Liguori, Napoli, 1988.
- PASSALACQUA P., *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".II, 380/2018.
- PATUCCHI M., «Coronavirus: cambia il Decreto dignità, sì all'allentamento dei vincoli per i contratti a termine», *la Repubblica*, 16 aprile 2020.
- RAUSEI P., *Il sistema sanzionatorio delle esternalizzazioni*, Adapt, Working Paper n. 21, 2006.
- RAUSEI P., *Illeciti e sanzioni - Diritto sanzionatorio del lavoro*, IPSOA Manuali, 2019. RAUSEI P., *Illeciti e sanzioni. Il diritto sanzionatorio del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2016.
- RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro. Appalto, Distacco, codatorialità e trasferimento d'azienda*, Ipsoa Guide Operative, Wolters Kluwer, Milano, 2019.
- RAUSEI P., *Somministrazione di lavoro: Circ. Min. Lav. 3/2004, D.M. 5 maggio 2004*, Ipsoa, Milano, 2004.

- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, Utet, Torino, 2016.
- SANTORO-PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli Editore, Torino 2015.
- SCARPELLI F. *Convertito in legge il "Decreto Dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, 3 settembre 2018.
- SCARPELLI F., *Art. 27. Somministrazione irregolare*, in GRAGNOLI E., PERULLI A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentari al decreto legislativo 10 settembre 2003*, n. 276, Cedam, Padova, 2004.
- SERRA G., *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 novembre 2017.
- SOLDERA M., *Dieci anni di staff leasing. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato nell'esperienza concreta*, Adapt Labour Studies e-book series n. 38, Adapt University Press, 2015
- SPEZIALE V., *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, 2005
- TIRABOSCHI M., *La disciplina del mercato del lavoro: La riforma Biagi del mercato del lavoro – Prime interpretazioni e proposte di lettura del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Il diritto transitorio e tempi della riforma*, Adapt – Fondazione «Marco Biagi», n. 2, Giuffrè, Milano, 2004.
- TIRABOSCHI M., *Prima lettura del d.lgs. 81/2015*, in Adapt Labour Studies e-Book series, n. 45, 26 giugno 2015.
- TIRABOSCHI M., SPATTINI S., *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in OLIVELLI P., TIRABOSCHI M., *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Fondazione «Marco Biagi», n. 5, Giuffrè, Milano, 2004.
- TIRABOSCHI M., SPATTINI S., *Le agenzie per il lavoro: tipologie, requisiti giuridico-finanziari e procedure di autorizzazione*, in TIRABOSCHI M., OLIVELLI P., *Il diritto del mercato del lavoro dopo la riforma Biagi*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.
- TIRABOSCHI M., SPATTINI S., «Staff leasing: il ripristino della disciplina», *GLav*, n. 2, 2010.
- TREMOLADA M., *Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili*, in BROLLO M., CESTER C., MENGHINI L., *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2016.
- TREVES C., *Mercato del lavoro, poche certezze. Le critiche della Cgil al Protocollo*, in RS, agosto 2007.
- VALLEBONA A., *La Riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004.

ZAPPALÀ L., *La forma nel contratto di somministrazione*, in DE LUCA TAMAJO R., SANTORO PASSARELLI G., *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Nuove leggi civ. comm., 2005.

ZILIO GRANDI G, PICUNIO M. L., *Commento artt. 30- 40 d.lgs. 81/2015*, in MAZZOTTA O. - DE LUCA TAMNAJO R., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2017.

ZILIO GRANDI G., *Lezioni di diritto del lavoro nella gestione d'impresa*, Cedam, Padova 2019.

ZUCKERMAN M.A., *The Offshoring of American Government*, in Cornell Law Review, novembre 2008.

SITOGRAFIA

www.anpal.gov.it

www.assolavoro.eu

www.bollettinoadapt.it

www.camera.it

www.inps.it

www.ipsoa.it

www.lavoro.gov.it