La somministrazione di lavoro a tempo determinato ai tempi del Jobs Act

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
Per iscriverti al **Bollettino ADAPT** *clicca qui*
Per entrare nella ***Scuola di ADAPT*** *e nel progetto* **Fabbrica dei talenti**
scrivi a: selezione@adapt.it

La somministrazione di lavoro a tempo determinato rientra tra gli strumenti volti a soddisfare l'esigenza di flessibilità nell'impiego della manodopera, sempre più incalzante nei mercati globalizzati di produzione di beni e di erogazione di servizi *on demand*. Pertanto, il recente aumento del numero di lavoratori somministrati a termine in Italia è indicativo di un utilizzo dell'istituto che, lungi dall'essere sporadico o necessariamente connesso ad esigenze di carattere temporaneo, costituisce parte integrante dei modelli organizzativi delle risorse umane diffusi nelle aziende, strumentali a precise strategie di *business*, suggerendo l'opportunità di chiarirne i presupposti e le condizioni di liceità alla luce del quadro normativo attuale.

L'*iter* di riforma targato come *"Jobs Act"* ha, infatti, inciso profondamente sulla fisionomia della somministrazione a termine che – non a caso – ha conosciuto un maggiore impulso nell'ultimo triennio, dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 34/2014, conv. in l. n. 78/2014 (cd. decreto Poletti). A questo proposito – escludendo i cali periodici nelle assunzioni in alcuni mesi dell'anno e i picchi legati alla stagionalità – i dati resi disponibili da Ebitemp (Ente Bilaterale Nazionale per il Lavoro Temporaneo) registrano un aumento significativo del numero di lavoratori somministrati a tempo determinato nell'arco del 2015, con 267.839 assunti nel mese di marzo 2014 contro i 338.987 nel mese di settembre 2015. Tale *trend* risulta costante negli anni successivi, con 373.286 lavoratori assunti nel mese di ottobre 2015 e 410.000 a maggio 2017.

Una delle novità più rilevanti innestate dal decreto Poletti, e successivamente confermata con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015, è rappresentata **dall'abrogazione dell'obbligo di dedurre nel contratto la ragione giustificativa del termine, in parallelo con la medesima scelta operata dal legislatore per il contratto a tempo determinato.** Mentre, tuttavia, in quest'ultimo caso, l'opzione di politica legislativa risponde ad un'istanza di liberalizzazione *tout court*, che, nell'impianto del *Jobs Act*, intende ispirare la regolamentazione dei rapporti di lavoro cd.

"atipici", rispetto, invece, alla somministrazione di manodopera, assume una connotazione ulteriore.

Infatti, l'art. 20, comma 4 d.lgs. n. 276/2003 imponeva di precisare *"le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore"*, suscitando l'idea che l'agenzia per il lavoro potesse stipulare il contratto di lavoro per una motivazione differente da quella dell'azienda utilizzatrice. In realtà, come si evince anche dalle casistiche giurisprudenziali in punto (si vede, tra le altre, Cass. Civ. n. 15076, del 21 luglio 2016), **i motivi alla base dei contratti di somministrazione a tempo determinato finivano con l'appiattirsi sulle esigenze produttive, in senso lato, delle aziende utilizzatrici, smorzando l'autonomia funzionale dell'istituto, e recando con sé, inoltre, le medesime incertezze interpretative e applicative rispetto alla generica formulazione legislativa della causale (**si veda Cass. n. 17540, del 1 agosto 2014).

L'avvenuta eliminazione dei limiti qualitativi nell'ambito della somministrazione a termine ha sortito, dunque, l'effetto di valorizzare la natura datoriale dell'agenzia per il lavoro, sul presupposto (implicito) che la ragione sottesa alla stipula di un contratto di lavoro in somministrazione a termine consiste (sempre) nella ricollocazione del lavoratore sul mercato in funzione di una richiesta di approvvigionamento di manodopera. **Alle peculiarità dell'istituto risulta, del resto, connessa, ai sensi dell'art. 34, comma 2 d.lgs. n. 276/2003, l'esclusione di alcune disposizioni dettate per il contratto a termine**, quali, segnatamente, quelle in materia di limiti di durata, nonché di proroghe e rinnovi.

Residua, pertanto, quale unico limite alla somministrazione a termine la cd. "clausola di contingentamento", che vieta l'assunzione temporanea di un numero di lavoratori in somministrazione oltre la percentuale fissata dai contratti collettivi applicati dall'utilizzatore in rapporto al personale diretto. **Il superamento del limite quantitativo, insieme ad alcuni vizi di forma e alla violazione dei divieti di ricorso alla somministrazione, ricade nella fattispecie della somministrazione irregolare *ex* art. 38 d.lgs. n. 81/2015**, con la possibilità, per il lavoratore, di richiedere in giudizio, anche nei confronti del solo utilizzatore, la costituzione del rapporto in capo a quest'ultimo.

Risuona, per altro verso, ancora oggi l'eco di una *querelle* interpretativa, diffusasi tra gli operatori, sull'esistenza di limiti di durata alla possibilità di ricorrere alla somministrazione a termine. La questione scaturiva dalla ricostruzione dell'istituto elaborata dal Ministero del Lavoro all'indomani dell'entrata in vigore della l. n. 92/2012, da ritenersi valevole ancora oggi alla luce della normativa vigente, che, in materia, replica le stesse disposizioni anteriori al *Jobs Act*, come modificate, appunto, dalla Legge Fornero.

L'art. 19, comma 2 d.lgs. n. 81/2015, nel fissare a 36 mesi la durata massima del contratto a tempo determinato, precisa che *"ai fini del computo di tale periodo si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti, nell'ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato"*. **Tale disposizione era stata introdotta dalla l. n. 92/2012 nel corpo del d.lgs. n. 368/2001, allora vigente, in materia di rapporto a tempo determinato**, con l'inclusione, nel computo dei 36 mesi, anche dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti. **Per altro verso, rimaneva inalterato il tenore dell'art. 22 d.lgs. n. 276/2003, che escludeva, tra le altre, l'operatività del limite di durata per il rapporto a tempo determinato in somministrazione, trasferito nell'attuale art. 34, comma 2 d.lgs. n. 81/2015.**

Il Ministero del Lavoro, con la circolare n. 32/2012 e in risposta ad Interpello n. 32/2012, in sede di chiarimento delle modifiche apportate dalla legge Fornero, aveva ammesso la possibilità, per le aziende, **di continuare ad impiegare in somministrazione, a tempo determinato, lo stesso lavoratore precedentemente assunto a termine con contratto di lavoro diretto.** Come precisato dal Ministero, tale linea interpretativa scaturiva dall'individuazione, nel limite dei 36 mesi, di un tetto massimo per la stipula di contratti a termine, non per il ricorso alla somministrazione di lavoro, non soggetta, invero, ad alcun limite di durata *ex lege*.

Sul punto, peraltro, non è rinvenibile un orientamento univoco consolidato in giurisprudenza. Si segnala la posizione della Corte d'appello di Bologna che, con sentenza del 20 gennaio 2016, ha sancito la legittimità di plurimi contratti di somministrazione reiterati nel tempo in virtù della peculiarità dell'istituto, non soggetto, come dianzi precisato, ad

alcun limite in materia di proroghe e rinnovi. Pur non rientrando nell'oggetto della causa, è stato ugualmente argomentato, in tale sede, il tema dei vincoli di durata della somministrazione, nell'ottica di sottolinearne la differenza rispetto al regime del contratto a termine, avvalorando, in buona sostanza, l'interpretazione ministeriale.

Tali conclusioni, in realtà, sono discutibili, ad avviso di chi scrive, sia per ragioni di ordine sistematico sia per le conseguenze applicative distorsive che ne deriverebbero. In virtù di un'interpretazione sostanziale della disciplina in esame, infatti, se un'azienda potesse impiegare illimitatamente uno stesso lavoratore ricorrendo alla somministrazione a termine, ne risulterebbe inficiata, con tutta evidenza, la natura del rapporto, venendone meno l'effettiva distinzione con lo *staff leasing*, e, più in generale, con il contratto a tempo indeterminato.

Pertanto, la riforma Fornero, così come, del resto, l'attuale art. 19, comma 2 d.lgs. n. 81/2015, si dirige in un'ottica antielusiva, **impedendo, attraverso un utilizzo della somministrazione fondato sull'applicazione strumentale dell'art. 22 d.lgs. n. 276/2003 prima, e dell'art. 34, comma 2 d.lgs. n. 81/2015 oggi, l'impiego di manodopera precarizzata *sine die*, con l'esclusione, peraltro, delle garanzie previste per il rapporto a tempo indeterminato in caso di cessazione unilaterale del contratto.** A tale proposito, la necessità di coordinare l'art. 19, comma 2 e l'art. 34, comma 2 d.lgs. n. 81/2015 rappresenta una questione solo apparente, non ravvisandosi alcun contrasto tra le due disposizioni. Infatti, la seconda, nell'escludere l'operatività di un limite di durata per la somministrazione a tempo determinato, intende riferirsi al solo contratto di lavoro stipulato tra il lavoratore e l'agenzia per il lavoro, in ragione della peculiare funzione datoriale assolta da quest'ultima, connessa alla (ri)collocazione dei lavoratori sul mercato.

Diversamente, l'art. 19, comma 2 d.lgs. n. 81/2015, senza alcun pregiudizio del peculiare regime della somministrazione, vieta all'azienda (utilizzatrice) di impiegare lo stesso lavoratore a termine oltre un periodo di 36 mesi, a prescindere dalla circostanza che abbia instaurato con quest'ultimo un rapporto di lavoro diretto o meno. Per converso, le linee interpretative ministeriali aprirebbero il varco a trattamenti differenziati di fattispecie analoghe, in contrasto con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza, ammettendo l'applicazione del vincolo solo in alcune ipotesi di impiego temporaneo della manodopera (rapporto di lavoro, nei primi 36 mesi, diretto o "misto", in cui si avvicendano anche contratti in somministrazione), ed

escludendolo in altre (rapporto solo in somministrazione ovvero ricorso alla somministrazione oltre i 36 mesi).

In alcuni casi, la contrattazione collettiva deroga al limite *ex lege* dei 36 mesi, come, a titolo esemplificativo, il Ccnl metalmeccanici e il Ccnl gomma-plastica. In entrambe le ipotesi citate, il tetto è aumentato a 44 mesi, da calcolarsi tenendo conto della *"somma delle due tipologie"*, vale a dire sia dei rapporti di lavoro a termine diretti sia dei periodi in somministrazione. Il combinato disposto di tali disposizioni contrattuali con quelle legislative, in virtù di un'interpretazione sostanziale della normativa vigente, conduce ad **escludere, in ogni caso, la possibilità per le aziende utilizzatrici, presso le quali trovano applicazione i contratti collettivi, di impiegare lo stesso lavoratore oltre il termine previsto, sia con contratto diretto sia in somministrazione**.

L'eventuale superamento di tale limite, da parte dell'utilizzatore, non è contemplato tra le fattispecie di somministrazione irregolare tipizzate dall'art. 38 d.lgs. n. 81/2015, né ne pare plausibile un'assimilazione attraverso l'applicazione estensiva della disposizione. Infatti, in tale ipotesi, l'agenzia per il lavoro non potrebbe essere chiamata in causa, non incontrando alcun limite nell'assunzione di manodopera a tempo determinato. È, tuttavia, evidente, che, in caso di superamento, da parte dell'azienda utilizzatrice, del termine di 36 mesi, o di quello diverso previsto dal Ccnl, attraverso il ricorso reiterato alla somministrazione, **risulterebbe elusa la normativa sui limiti di durata, a prescindere dalla configurazione del rapporto lavorativo intercorrente tra l'agenzia e l'utilizzatore.**

Infatti, è possibile che il lavoratore somministrato sia assunto dall'agenzia per il lavoro a tempo determinato, per lo svolgimento della prestazione presso una determinata azienda utilizzatrice, ovvero a tempo indeterminato, per essere successivamente inviato in missione, a termine, presso uno stesso utilizzatore o più utilizzatori**.** Ai fini della disciplina sui limiti di durata, e quindi del computo del termine, tuttavia, ad avviso di chi scrive, **non rileva la tipologia contrattuale prescelta per l'assunzione, da parte dell'agenzia, del lavoratore, né, tantomeno, il contenuto del contratto commerciale stipulato tra agenzia ed utilizzatore per la somministrazione di manodopera, quanto, piuttosto, che uno stesso lavoratore, diretto o in somministrazione, sia stato impiegato presso la stessa azienda per un periodo**

superiore a 36 mesi, o al diverso limite stabilito dalla contrattazione collettiva. In tal caso, sussisterebbero gli estremi per richiedere in giudizio la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato *ex tunc* in capo all'utilizzatore, ai sensi dell'art. 19, comma 2 d.lgs. n. 81/2015, deducendo la nullità del contratto o dei contratti in somministrazione posti in essere in violazione di tale disposizione di legge.

Arianna D'Ascenzo

Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro

ADAPT, Università degli Studi di Bergamo

@a_dascenzo

Scarica il **PDF**