

## Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità\*

Pasquale Passalacqua

### PARTE PRIMA.

1. L'indagine: la valutazione del nuovo assetto del contratto di lavoro a termine dopo il *decreto dignità* del 2018. L'*intentio* del legislatore. 325
2. Le novità: la riduzione del termine di durata massima. 326
3. Le condizioni di utilizzo. 329
4. I rinnovi. 332
5. Le proroghe. 333
6. I nuovi limiti percentuali congiunti. 339
7. Il regime transitorio. 341
8. Il ruolo della contrattazione collettiva. Il possibile intervento della contrattazione "di prossimità". 343
9. Le permanenti tensioni nella macroarea delle ipotesi escluse. 345
10. Quali sono gli equilibri oggi raggiunti? Il rapporto con il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. 347

### PARTE SECONDA.

11. L'indagine: la valutazione del nuovo assetto della somministrazione di lavoro dopo il *decreto dignità* del 2018. 348
12. La liberalizzazione del contratto commerciale di somministrazione realizzata dal Jobs Act e non incisa dal *decreto dignità*. 349
13. Le novità apportate dal decreto dignità: le regole sul contratto di lavoro a termine applicabili al rapporto di lavoro a termine tra agenzia di somministrazione e lavoratore. La durata del contratto. 351
- 13.1. L'applicazione delle condizioni di utilizzo del contratto a termine "esclusivamente all'utilizzatore". 353
- 13.2. Le proroghe. 356
- 13.3. I rinnovi. 358

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 380/2018

14. Il limite di impiego a termine del lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice.	360
15. I nuovi limiti quantitativi congiunti con i contratti a termine.	362
16. La reintroduzione della somministrazione fraudolenta, i nuovi termini di impugnazione e l'esclusione della fornitura di lavoro portuale temporaneo.	364
17. L'impatto delle novità in relazione alla perdurante funzione anche occupazionale dell'istituto.	366

## PARTE PRIMA.

**1. L'indagine: la valutazione del nuovo assetto del contratto di lavoro a termine dopo il decreto dignità del 2018. L'intentio del legislatore.**

Per una prima valutazione complessiva dell'intervento del legislatore del 2018 appare utile chiedersi quale siano state le finalità esplicitamente o implicitamente volute o sottese dal legislatore poste alla base del decreto dignità, almeno limitatamente alle modifiche apportate al contratto di lavoro a tempo determinato. Il tentativo è quello di intravedere e far emergere una direzione, pur nella permanente consapevolezza che gli interventi legislativi sui singoli istituti vanno sempre apprezzati in contesti più ampi, non sempre facilmente delimitabili.

Il contratto di lavoro a tempo determinato è un contratto tormentato, tanto che il suo *iter* recente somiglia a una *via crucis*. Mentre invero, pur se interessata da modifiche successive, la legge 230 del 1962 ha avuto vigenza per quasi quarant'anni, dal 2001 - data del d.lgs. n. 368 con cui fu data anche attuazione alla direttiva comunitaria 99/70 - l'istituto non trova pace e gli equilibri sui quali viene costruito sono stati sgretolati più volte e più volte ricostruiti, ma più che mai "a tempo determinato", connotati da più o meno decisi mutamenti di rotta.

Probabilmente l'impervio percorso costruito è sintomo del sovraccarico funzionale di cui è vittima l'istituto. Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato si trova infatti nel mezzo nell'ideale campo di gioco (per non dire di battaglia) del mercato del lavoro. Da un alto si posiziona la stella polare (sempre meno splendente e sempre meno polare) dell'archetipo del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ancora baluardo delle tutele lavoristiche, rispetto al quale viene considerato un *minus*, un figlio minore, e, anzi, quale prima figura di lavoro precario. Al contempo, dall'altro lato è esso stesso da considerare un argine al lavoro precario più "duro" diremmo, quello costruito sulle forme di lavoro via via meno subordinate e più (almeno formalmente) autonome, che trova il suo estremo nel lavoro non formalizzato "in nero". Se si trova nel mezzo si trova, suo malgrado, dunque al centro delle tensioni che si scatenano nella direzione della ricerca di difficili e stabili punti di equilibrio. Peraltro, si tratta di una forma di lavoro subordinato e, anche per questo, risulta tecnicamente meno difficile intervenire e far assurgere le misure adottate a simbolo dell'ennesima riforma del mercato del lavoro, mentre, come noto, ben più arduo si rivela l'intervento sulle forme di lavoro non subordinato, ancora lontane da un assetto stabile e condiviso, nonché l'azione sui sistemi di collocamento ovvero di incontro tra domanda e offerta di lavoro<sup>995</sup>. Più facile, insomma, rivolgersi al contratto a termine, a volte peraltro indotti dalle pressioni del diritto eurounitario, in verità utilizzato anche come alibi.

In un tale contesto, il contratto del Governo giallo-verde del 18 maggio 2018 sul lavoro si esprime così "Particolare attenzione sarà rivolta al contrasto della precarietà, causata anche dal "jobs act", per costruire rapporti di lavoro più stabili e consentire alle famiglie una programmazione più serena del loro futuro"<sup>996</sup>. Il Capo I del Decreto dignità intitolato "*Misure per il contrasto al preca-*

<sup>995</sup> Cfr., per una recente riflessione in tale direzione, calata sull'attuale stagione di Governo, L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 377/2018, 8 ss.

<sup>996</sup> Pag. 29.

riato” racchiude gli interventi non solo in materia di contratto di lavoro a termine e di somministrazione, ma anche in tema di esonero contributivo per l’assunzione di giovani, di indennità di licenziamento, di lavoro occasionale, nonché di norme atte a rafforzare gli organici nei centri per l’impiego. Il capo si chiude con la previsione di una relazione annuale alle Camere del Ministro del lavoro e delle politiche sociali sugli effetti occupazionali e finanziari derivanti dall’applicazione delle disposizioni dettate nel suddetto Capo I<sup>997</sup>.

Attraverso il decreto dignità – ricco, a detta di tanti, di “abusi semantici”, a partire dal riferimento alla dignità<sup>998</sup> - gli interventi sul contratto a tempo determinato appaiono, dunque, volti a promuovere l’occupazione stabile, sul presupposto che una più stringente regolamentazione dell’istituto possa indurre il datore di lavoro a trasformare quel determinato rapporto a termine in un contratto a tempo indeterminato. Tuttavia, la parallela e, secondo molti, più realistica conseguenza risulta essere quella di un’accentuata implementazione del *turn over* tra i lavoratori. Alla fine del contratto a termine ora di ventiquattro mesi, o, più facilmente alla fine del periodo libero da causale di dodici mesi, quel lavoratore a termine verrà sostituito da un altro lavoratore a termine, con il quale il datore inizierà di nuovo a “spendere” il contratto a termine “libero” dei dodici mesi<sup>999</sup>. Si tratta di una finalità di certo non esplicitata, ma al contempo anche implicitamente preventivata, nella prospettiva che anche un accentuato *turn over* possa essere funzionale a un mercato del lavoro più efficiente. Su questo punto saranno solo assestati dati statistici successivi a rendere possibile un giudizio più saldo.

## 2. Le novità: la riduzione del termine di durata massima.

Ai fini di una valutazione complessiva degli equilibri raggiunti sul piano della disciplina applicabile, occorre passare all’analisi delle novità apportate dal decreto dignità del 2018.

La riduzione della durata massima complessiva da 36 a 24 mesi rappresenta ovviamente una regola più stringente rispetto all’assetto delineato dal Jobs Act, ma non per questo pare da considerare eccentrica con riguardo al panorama dei Paesi membri dell’Unione europea, se si pensa ad. es, che in Francia il limite di durata massima è fissato in 18 mesi e il contratto è astretto da precise causali; in Germania il limite di durata massima è pari a 24 mesi, salvo vi siano motivi oggettivi e il numero dei rinnovi è limitato; in Spagna il limite di durata può giungere solo in alcuni casi a tre o quattro anni, ma comunque astretto a condizioni legittimanti<sup>1000</sup>.

Si tratta di un limite che, già in base alla formula adottata dal legislatore nel 2015, opera anche per il singolo primo contratto<sup>1001</sup>, consentendo di superare perplessità palesate dalla dottrina in base alla più incerta normativa previgente sul punto<sup>1002</sup>.

<sup>997</sup> Art. 3-ter, d.l. n. 87 del 2018, articolo introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

<sup>998</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il “decreto dignità”: al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustizievile.com*, 3.9.18, 3 ss.

<sup>999</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il “decreto dignità”, cit.*, 7.

<sup>1000</sup> V. *Il lavoro temporaneo tra contratti a termine e somministrazione. Prima analisi in vista del c.d. decreto dignità*, a cura di V. Ferro, M. Menegotto, F. Seghezzi, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 72, 13 ss.

<sup>1001</sup> Cfr., in termini, in riferimento al precedente limite dei 36 mesi V. SPEZIALE, voce *Lavoro a termine*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, Milano, 2016, 499.

<sup>1002</sup> Il dubbio nasceva dal fatto che nell’ambito della previgente disposizione sulla proroga del contratto dettata dall’art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001, era previsto che «con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non

Invece, il solo limite di durata complessiva dei 24 mesi opera con riferimento a contratti a termine successivi “conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale”<sup>1003</sup>. Pertanto, nel caso in cui le mansioni attribuite siano ascrivibili a un diverso livello contrattuale, la durata di quei contratti a termine non si somma a quei fini. Se il collegamento espresso allo “svolgimento” delle mansioni induce a far riferimento non al profilo del formale inquadramento, ma alle mansioni svolte effettivamente dal lavoratore, potrebbe in caso di contenzioso emergere l’interesse del datore di lavoro ad “autodenunciarsi”, provando cioè l’adibizione del lavoratore a termine a mansioni diverse, magari di livello superiore, ma entro i sei mesi, al fine di impedire la sommatoria di contratti di lavoro a termine successivi e, sfuggire così, in caso di sfioramento, alla conseguenza della conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Altresì immodificata resta l’inclusione nel periodo ora di ventiquattro mesi, anche dei periodi di missione, sempre aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale, svolti tra i medesimi soggetti, nell’ambito di somministrazioni di lavoro a tempo determinato<sup>1004</sup>.

Ora, in virtù delle novità apportate dal decreto dignità del 2018, anche in caso di successione di contratti il termine complessivo passa da trentasei a ventiquattro mesi<sup>1005</sup>, mentre alla contrattazione collettiva resta, come in precedenza, delegato il potere di disporre limiti diversi. Delega che è concessa, tuttavia, solo in relazione alla durata complessiva di distinti contratti a termine stipulati con il medesimo lavoratore e, dunque, solo in tema di successione dei contratti e non per quanto riguarda la durata del singolo contratto, che comunque è destinato a incontrare il limite dei 24 mesi.

In ogni caso, l’ampia formula confermata dal legislatore del 2015 (“Fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi”)<sup>1006</sup> induce a ribadire che la contrattazione collettiva «selezionata» possa intervenire sui limiti di durata sia abbreviando il termine ora dei 24 mesi che, al contrario, autorizzando un termine più lungo di questo previsto direttamente dalla legge per la durata massima dei contratti di lavoro a termine (in successione o meno), ovvero prevedere la fissazione di un numero massimo di rinnovi o, anche, il lasso temporale tra un contratto a termine e il successivo superato il quale il conteggio ora dei 24 riprenda a decorrere da capo<sup>1007</sup>. La contrattazione collettiva ha già fornito diffusa prova di interventi del genere, introducendo limiti diversi in caso

---

potrà essere superiore ai tre anni», lasciando così aperta la possibilità che in caso di contratto unico tale limite potesse essere superato.

<sup>1003</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall’art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1004</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1005</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall’art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1006</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1007</sup> Cfr., *ex plurimis*, in riferimento al quadro regolativo del 2015, che prevedeva un termine di 36 mesi, C. ALESSI, *Il lavoro a tempo determinato dopo il d.lgs. 81 del 2015*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla Riforma “Jobs Act”*, Cedam, Padova, 2015, 27; ma già, in relazione a quello precedente, M. BROLLO, *La nuova flessibilità semplificata del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, 3, 584 e, inoltre, si consenta, A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Torino, 2014, 92; tale lettura era seguita anche dalla Circolare n. 18 del Ministero del lavoro del 30 luglio 2014.

di utilizzo soltanto di contratti a tempo determinato ovvero anche in relazione all'utilizzo di lavoratori in somministrazione<sup>1008</sup>, che si attestano di solito sui 44 mesi<sup>1009</sup>, sebbene si arrivi anche fino ai 60 mesi<sup>1010</sup>. In alcuni casi si è giunti sino a prevedere l'eliminazione di ogni limite di durata complessiva dei contratti a termine stipulati tra le medesime parti, sia nel quadro del contratto a termine «causale»<sup>1011</sup>, sia, successivamente, dopo il suo superamento nel 2014<sup>1012</sup>, oggi esso stesso superato dalla nuova introduzione delle causali<sup>1013</sup>.

Occorre a questo punto chiedersi se le determinazioni della contrattazione collettiva assunte in un quadro normativo che consentiva una durata massima complessiva dei contratti a termine in 36 mesi possano sopravvivere ora che la legge, attraverso il decreto dignità del 2018, ha portato tale durata massima a 24 mesi. A ben vedere, a nostro avviso, il problema avrebbe potuto porsi in maniera fondata – e comunque solo per i contratti a termine stipulati dopo l'entrata in vigore della nuova normativa<sup>1014</sup> - nel caso in cui il legislatore avesse assunto una linea di intervento opposta, tendente cioè a innalzare il limite, portando, ad es., la durata massima a 48 mesi, al posto dei 36 precedenti. Allora, in una tale ipotesi clausole contrattuali, come quelle in precedenza menzionate, che avessero fissato il limite a 44 mesi, avrebbero mutato natura, da clausole di maggior apertura per l'utilizzo dei contratti a termine in quel determinato settore rispetto al limite legale dei 36 mesi, in clausole più restrittive rispetto al nuovo limite dei 48 mesi, svolgendo così una funzione opposta a quella che volevano realizzare. Invece, in relazione alla modifica del 2018, che ha portato a 24 mesi la durata massima del contratto a termine, problemi del genere non si pongono, in quanto, sempre per restare al nostro esempio, la clausola collettiva che ha disposto l'innalzamento del limite a 44 mesi continua ad assumere la medesima valenza che aveva in precedenza, ossia quella di previsione di maggior apertura per l'utilizzo dei contratti a termine in quel determinato settore rispetto al limite legale prima dei 36 mesi e ora dei 24 mesi. Ovviamente resta nella disponibilità delle parti la possibilità di addivenire a qualunque modifica dei precedenti accordi, innalzando, riducendo o anche eliminando il limite concordato in sede di contrattazione collettiva.

<sup>1008</sup> Cfr. I. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolamentazione dei rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, 57, il quale fa riferimento, ad es., all'art. 3, CCNL imprese farmaceutiche, 4 marzo 2013, per cui «la successione dei contratti a tempo determinato, effettuati per motivazioni non collegate a esigenze stagionali o a commesse specifiche, in capo allo stesso lavoratore, non superi la durata complessiva di 48 mesi in un arco di 5 anni, ovvero di 54 mesi in un arco temporale di 69 mesi nel caso di successione di contratti a termine e contratti di somministrazione».

<sup>1009</sup> V. per la previsione di un periodo di 44 mesi anche nel caso di somministrazione di lavoro, il CCNL industria metalmeccanica 15 ottobre 2008; il CCNL metalmeccanici cooperative 26 gennaio 2010, il CCNL energia e petrolio Confindustria 23 marzo 2010; il CCNL Aziende industriali orafe e argentarie 23 settembre 2010; il CCNL Industria gomma, cavi elettrici e materie plastiche 18 marzo 2010, il CCNL ceramica e piastrelle Confindustria 22 ottobre 2010 e il CCNL vetro Confindustria 9 dicembre 2010; cfr., per tali riferimenti, M. LOZITO, *Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, part-time e apprendistato professionalizzante*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT, 186/2013, 15.

<sup>1010</sup> V. CCNL aziende grafiche e delle aziende editoriali anche multimediali 16 ottobre 2014, che eleva il limite dei 36 mesi di ulteriori 24 mesi in caso di assunzione con contratto a termine di lavoratori occupati nei precedenti 12 mesi con contratti di lavoro autonomo o di somministrazione (art. 27).

<sup>1011</sup> Cfr. M. LOZITO, *Tendenze della contrattazione nazionale*, cit., il quale fa riferimento al CCNL Giornalisti Fieg, Fnsi 22 aprile 2009 (che esclude l'operatività del predetto limite per determinate ipotesi causali di ricorso al contratto a termine) e al CCNL Autostrade e trafori Federreti e Fise Acap 4 agosto 2011 (che esclude il predetto limite per determinate figure professionali).

<sup>1012</sup> V. l'Accordo per l'attuazione delle disposizioni in materia di contratto a tempo determinato e di apprendistato del turismo del 16 giugno 2014.

<sup>1013</sup> V. nuovo art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1014</sup> Art. 1, comma 2, d.l. n. 87 del 2018.

Va comunque rimarcato che l'effettivo impatto di simili previsioni collettive sembra ora ridursi, in quanto in ogni caso ci troviamo di fronte a ipotesi di rinnovo del contratto a termine, che quindi incontra in ogni caso il limite sostanziale delle stringenti condizioni di utilizzo<sup>1015</sup>, non superabile "normalmente" dalla contrattazione collettiva<sup>1016</sup>. Se questo ulteriore limite finisce col restringere lo spazio di reale fruibilità delle "aperture" previste in sede collettiva, al contempo finisce con l'aiutare sul piano della compatibilità euro-unitaria della normativa nazionale, giacché il rinnovo comunque "motivato", a prescindere dalla sua durata, integra una delle condizioni declinate dalla nota clausola 5 dell'Accordo quadro recepito nella direttiva 1999/70/CE, che gli Stati sono chiamati a prevedere per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato<sup>1017</sup>.

Infine, non ha subito modifiche la disposizione che prevede la possibile stipula tra gli stessi soggetti di un ulteriore contratto della durata massima di dodici mesi presso la direzione territoriale del lavoro competente per territorio (oggi Ispettorato territoriale)<sup>1018</sup>, che ora si deve intendere attivabile una volta superato il limite vigente dei 24 mesi. Si deve ritenere che in ogni caso questo ulteriore contratto, qualificabile come rinnovo, sia comunque astretto al rispetto delle condizioni di utilizzo. Inoltre, se stipulato per un termine inferiore ai dodici mesi (ad es. per otto mesi) non pare possa essere prorogato fino a dodici mesi, giacché la scelta operata in sede amministrativa non può essere poi mutata, pena la violazione della prevista procedura, con conseguente conversione in contratto a tempo indeterminato dalla data della stipulazione<sup>1019</sup>. In ogni caso, come ribadito anche dalla Circolare ministeriale, che riprende sul punto una precedente Circolare del 2008, la stipula nella sede prevista vale soltanto a verificare la completezza e la correttezza formale del contenuto del contratto, nonché la genuinità del consenso del lavoratore alla sua sottoscrizione, ma non determina "effetti certificativi in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi richiesti dalla legge"<sup>1020</sup>.

### 3. Le condizioni di utilizzo.

Il maggiore indice del deciso cambiamento di rotta impresso dal decreto dignità alla normativa sul contratto di lavoro a termine è rappresentato dall'imposizione di nuove condizioni per i contratti a termine di durata complessiva superiore a dodici mesi<sup>1021</sup>, nonché in ogni caso di rinnovo<sup>1022</sup>. Va subito rimarcato che alcuni dei migliori autori parlino di causali quasi "impossibili"<sup>1023</sup>, o, comunque, in pratica difficilmente utilizzabili<sup>1024</sup>, tanto da rinunciare a impegnarsi in una loro

<sup>1015</sup> Cfr. in termini anche A. MARESCA, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto dignità*, in *LavoroDirittiEuropa*, 2, 2018, 3.

<sup>1016</sup> Sul punto v. *infra*, § 8.

<sup>1017</sup> La ricordata clausola 5, § 2, lett. a) individua a tali fini la misura consistente nelle "ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti".

<sup>1018</sup> Art. 19, comma 3, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1019</sup> Art. 19, comma 3, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1020</sup> Così Circ. Min. lav. 31 ottobre 2018, n. 17.

<sup>1021</sup> Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1022</sup> Art. 21, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1023</sup> Così V. SPEZIALE, *La riforma dei contratti a termine*, Intervento ai Seminari di Bertinoro "Dal contratto di Governo agli interventi legislativi", Bologna, 28-29 novembre 2018.

<sup>1024</sup> A. MARESCA, *I rinvii*, cit., 3.

decodificazione.

Pur non sottraendoci all'arduo tentativo di interpretarle, osserviamo che le condizioni imposte si rivelano molto più stringenti di quelle in passato imposte nel quadro del d.lgs. n. 368 del 2001, che faceva riferimento, lo si ricorda, a "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro"<sup>1025</sup>. Al contempo, a ben vedere, si tratta di condizioni più restrittive anche rispetto ai dettami della legge n. 230 del 1962, posta ad archetipo della normativa rigida lavoristica. Basti pensare che in quel contesto le ipotesi tassativamente indicate non solo erano molteplici (e via via aumentate), ma che non vi era alcun limite di durata predeterminata per legge del contratto di lavoro a termine – se non per i dirigenti, ma in quel caso senza causale – mentre, invece, la normativa attuale la fissa in 24 mesi.

Il doppio limite, temporale e causale, già adottato dal d.lgs. n. 368 del 2001, a partire dalla sua versione novella del 2007 (per l'ipotesi della successione dei contratti)<sup>1026</sup> e fino alle modifiche del 2014<sup>1027</sup>, resta comunque artificioso, giacché somma due criteri, la durata e le ragioni, di per sé ontologicamente non cumulabili. Cioè, pare evidente, se una determinata ragione che giustifichi il ricorso al contratto a termine sussiste, allora potrebbe sussistere anche a prescindere dal superamento del limite dei 24 mesi.

In particolare, in relazione alle "esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori"<sup>1028</sup> sembra che il *punctum dolens* si incentri sulla estraneità dell'esigenza da soddisfare attraverso il contratto di lavoro a termine all'ordinaria attività dell'impresa. Deve dunque trattarsi di una attività comunque stra-ordinaria, tanto che una rigida interpretazione di un tale requisito rende davvero difficile passare attraverso questa ipotesi. Si può pensare alla realizzazione sperimentale di un nuovo prodotto, legata a un progetto determinato nel tempo. Oppure, come proposto, stirando la norma, a eventi solo strumentali all'attività di impresa, come la campagna marketing per il lancio di un nuovo prodotto<sup>1029</sup>.

Nella formula del 2018 è poi contenuta un'altra distinta ipotesi, in quanto qui il sempre ambiguo "ovvero" giuridico assume il significato dell'oppure, cioè di un'ipotesi alternativa, quella oggettivamente e più facilmente delineabile delle esigenze di sostituzione di altri lavoratori, si deve ritenere, aventi diritto alla conservazione del posto, come in caso di malattia o congedi di vario tipo. Questa trova riscontro un suo antecedente in analoga previsione dettata sempre dalla l. n. 230 del 1962<sup>1030</sup>, la quale, tuttavia, richiedeva espressamente l'indicazione nel contratto a termine del nome del sostituito e della causa della sostituzione.

Il dubbio si pone in quanto, a seguire il dettato della legge, la specificazione delle esigenze viene imposta soltanto in caso di rinnovo e proroga del contratto di lavoro a termine<sup>1031</sup>, ma non per il

<sup>1025</sup> Art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001.

<sup>1026</sup> Art. 5, comma 4-*bis*, inserito dall'art. 1, comma 40, lett. b), l. 24 dicembre 2007, n. 247.

<sup>1027</sup> Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1), d.l. 20 marzo 2014, n. 34, con il quale furono (allora) eliminate le causali, permanendo il limite di durata massima (allora) di 36 mesi.

<sup>1028</sup> Art. 19, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1029</sup> Cfr. A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, in *DPL*, inserto, n. 40/2018.

<sup>1030</sup> Art. 1, punto 2, lett. b), l. n. 230 del 1960.

<sup>1031</sup> Art. 19, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

primo contratto, tanto che il nominativo del sostituito sarebbe necessario solo nei primi casi<sup>1032</sup>. Una lettura *costruens*, a mio avviso, pare consentire di edulcorare la rilevata discrasia, declinando l'imposta "specificazione delle esigenze" – richiesta per tutte le condizioni previste – nel significato di individuazione ed esplicitazione nel caso concreto delle stesse. Ne deriva, da un lato la necessità di attendere alla prescrizione di legge, per tutte le "condizioni" anche in relazione al primo contratto; dall'altro, con particolare riguardo all'ipotesi qui vagliata, espressa la ragione sostitutiva, il nome del sostituito, comunque opportuno, potrebbe anche non essere richiesto ai fini della validità della condizione. Pare sul punto, poi, potersi riproporre la lettura sposata dalla giurisprudenza formatasi sul richiamato art. 1, d.lgs. n. 368 del 2001, volta a legittimare anche sostituzioni "per scorrimento"<sup>1033</sup>.

La terza condizione che fa poi riferimento alle "esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria"<sup>1034</sup>, pare aprire qualche spazio di manovra, proprio in quanto ascrivibile all'ordinaria attività dell'impresa. Qui dubbi interpretativi paiono emergere in relazione al carattere, necessariamente compresente, degli incrementi di attività, che devono (come appare scontato) essere temporanei, ma, altresì, significativi e non programmabili. Di certo occorre riferirli alla realtà della singola impresa, ma il margine di apprezzamento del giudice pare assai largo. Si può pensare a una commessa non prevista, da evadersi in poco tempo. In ogni caso, pare non possa trattarsi di eventi ciclici, che assumerebbero, invece, il carattere della programmabilità. Così sarebbero escluse le cd. "punte stagionali", come noto oggetto di specifica previsione in passato<sup>1035</sup>, ma comunque da distinguere dalle attività stagionali, in quanto riguardano imprese che esercitano una normale attività che si svolge per tutto l'anno<sup>1036</sup>.

La terza ipotesi pare possa trovare un precedente in una dei casi delineati nel quadro della l. n. 230 del 1962, che consentiva l'apposizione del termine "quando l'assunzione abbia luogo per la esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale"<sup>1037</sup>. In questa prospettiva si può riproporre e utilizzare il portato di parte della giurisprudenza formatasi su quella pur lontana disposizione, che ha parlato di "opere e servizi che, pur potendo consistere in un'attività qualitativamente identica a quella ordinariamente esercitata dall'impresa, ne determinino un incremento particolarmente rilevante, in relazione ad eventi isolati od eccezionali, sì da non poter essere affrontati con la normale struttura organizzativa e produttiva dell'impresa, per quanto efficiente ed adeguatamente programmata"<sup>1038</sup>.

<sup>1032</sup> Cfr. A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

<sup>1033</sup> Così, da ultimo, Cass. 31.08.2017, n. 20647, per cui "il lavoratore assunto a termine per ragioni sostitutive di lavoratore assente non deve essere necessariamente destinato alle medesime mansioni o allo stesso posto del lavoratore assente, atteso che la sostituzione ipotizzata dalla norma va intesa nel senso più confacente alle esigenze dell'impresa; pertanto, non può essere disconosciuta all'imprenditore - nell'esercizio del potere di autorganizzazione - la facoltà di disporre (in conseguenza dell'assenza di un dipendente) l'utilizzazione del personale, incluso il lavoratore a termine, mediante i più opportuni spostamenti interni, con conseguente realizzazione di un insieme di sostituzioni successive per scorrimento a catena, sempre che vi sia una correlazione tra assenza ed assunzione a termine, nel senso che la seconda deve essere realmente determinata dalla necessità creatasi nell'azienda per effetto della prima".

<sup>1034</sup> Art. 19, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1035</sup> Cfr. in termini A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

<sup>1036</sup> Cass. 8 marzo 2000, n. 2647.

<sup>1037</sup> Art. 1, punto 2, lett. c), l. n. 230 del 1960.

<sup>1038</sup> Cass. 3 luglio 2009, n. 15683; Cass. 7 giugno 2003, n. 9163; Cass. 6 maggio 1998, n. 4582; Cass. 9 novembre 1995, n. 11671.

Si può inoltre osservare che un ruolo importante per la tenuta delle condizioni richieste – ovviamente nei limiti in cui quelle indicate nel contratto corrispondano a quelle realizzate nel corso del rapporto a termine - può essere svolto dalle Commissioni di certificazione, che hanno oramai acquisito un ruolo stabile e virtuoso nell'ordinamento, tanto che si registra un tasso di tenuta dei contratti certificati come noto molto elevato.

Risulta, come si può notare, comunque difficile enucleare inattaccabili criteri per identificare condizioni tanto stringenti. Osserviamo, in definitiva, che da un lato la normativa lavoristica non pare offrire chiari appigli per differenziare l'attività ordinaria da quella straordinaria, o anche per definire la non programmabilità di quella ordinaria e, dall'altro, come forse questo non possa trovare sicuri approdi dall'apporto dei giuristi del lavoro. Mi sembrano in definitiva concetti da affidare anche alla cognizione di cultori del diritto commerciale, ma anche delle scienze aziendalistiche, con i quali un confronto su tali tematiche pare quantomai necessario e da ricercare, anche, come notato, in qualità di componenti delle Commissioni di certificazione, nell'opera di accertamento della sussistenza delle descritte condizioni.

In caso di accertata assenza di causali, ovvero probabilmente, nei fatti, di mancata tenuta di quelle indicate dal datore di lavoro, le conseguenze previste, a leggere il testo delle norme, appaiono differenziate. Infatti, da un lato la legge oggi sancisce che “In caso di stipulazione di un contratto di durata superiore a dodici mesi in assenza delle condizioni di cui al comma 1, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di superamento del termine di dodici mesi”<sup>1039</sup>. Dall'altro, invece, in tema di proroghe e rinnovi si stabilisce che “In caso di violazione di quanto disposto dal primo e dal secondo periodo, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato”<sup>1040</sup>, senza ulteriori specificazioni. A ben vedere, è proprio la disposizione più particolareggiata a risultare non centrata, in quanto il vizio della mancanza di causale è da considerare genetico, tanto da produrre un'invalidità originaria del termine, sicché in entrambi i casi la trasformazione (*rectius* conversione) deve operare necessariamente *ex tunc*<sup>1041</sup>. La differenza si può apprezzare anche sul piano pratico, in quanto se si accedesse in questi casi alla conversione *ex nunc*, allora, ad es., il lavoratore non potrebbe agire prima dei dodici mesi, e al contempo, un contratto a termine di 15 mesi nato senza causale, potrebbe essere interrotto prima dei dodici mesi, senza compromettere la sua validità<sup>1042</sup>.

#### 4. I rinnovi.

A seguito delle novità del 2018, le necessarie condizioni di utilizzo del contratto a termine superiore ai 12 mesi<sup>1043</sup>, vengono espressamente richieste anche in caso di rinnovo del contratto a termine<sup>1044</sup> e vanno “specificate” nell'atto scritto con il quale si stipula il successivo contratto di

<sup>1039</sup> Art. 19, comma 1-bis, lett. b), d.lgs. n. 81 del 2015, comma inserito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1-bis), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1040</sup> Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015, comma premesso dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1041</sup> Cfr. anche A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

<sup>1042</sup> Cfr., in direzione analoga, F. SCARPELLI, *Convertito in legge il “decreto dignità”*, cit., 12.

<sup>1043</sup> Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1044</sup> Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015, premesso dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

lavoro a termine<sup>1045</sup>.

La norma appare in tal caso stentorea nel consentire il rinnovo “solo” a fronte delle previste condizioni. Ciò vuol dire che mentre nell’ipotesi di stipula del primo contratto di lavoro a termine con il lavoratore, le condizioni che consentono il suo legittimo utilizzo vanno esplicitate solo nel caso in cui questo contratto sia di durata superiore a dodici mesi, e così è previsto anche in caso di proroga; invece, in caso di rinnovo del contratto a termine, queste devono essere esplicitate in ogni caso. Cioè, per essere più chiari, se, ad es., il primo contratto di lavoro a termine dovesse essere stato stipulato per quattro mesi, e, quindi, senza necessità della presenza delle condizioni, un eventuale rinnovo, ad es., per soli altri tre mesi può essere legittimo solo al ricorrere delle previste condizioni, anche se dalla somma dei due contratti (4+3 = 7) risulti un periodo totale di durata inferiore ai 12 mesi. Si tratta di un limite molto stringente, che pare implicitamente trovare la sua plausibilità nel fatto che ogni nuovo contratto a termine tra le stesse parti, successivo al primo, debba comunque soddisfare sue proprie ragioni, da esplicitare.

Come abbiamo già notato, il solo limite di durata complessiva dei 24 mesi opera soltanto con riferimento a contratti a termine successivi “conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale”<sup>1046</sup>, mentre per le “condizioni” tale delimitazione non viene disposta dalla legge. Si apre, pertanto, una questione di non poco momento, giacché si potrebbe ritenere che in caso di mansioni di diverso livello il successivo contratto non rilevi ai soli fini del limite di durata massima, ma sarebbe da considerare pur sempre quale rinnovo del precedente, con la conseguenza che in ogni caso andrebbe astretto al regime delle “condizioni”. Residua, tuttavia, a nostro avviso, anche la possibilità di una lettura, se non esplicitata, non impedita dalla lettera della legge, che condurrebbe, invece, a ritenere che se un contratto di lavoro a termine viene stipulato con il medesimo lavoratore, ma per mansioni di diverso livello rispetto al o ai precedenti contratti a termine, resti per tale motivo distinto da questi, tanto non poter in alcun modo essere considerato congiuntamente ai fini dell’applicazione delle prescrizioni dettate dalla normativa qui vagliata. Ne deriva che tale distinto contratto non andrebbe qualificato come rinnovo del precedente, tanto da risultare astretto alle condizioni di legge solo laddove abbia esso stesso una durata superiore a 12 mesi, anche a seguito di proroghe, oppure nel caso in cui venga poi rinnovato per le medesime mansioni.

Il rinnovo viene poi ulteriormente penalizzato mediante un aggravio del contributo addizionale, aumentato in questo caso dello 0,5%<sup>1047</sup>.

## 5. Le proroghe.

Anche in ordine al regime delle proroghe emerge con evidenza il cambiamento di rotta del legislatore del 2018, delineato attraverso non tanto la riduzione del numero massimo delle proroghe

<sup>1045</sup> Art. 19, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015, così sostituito dall’art. 1, comma 1, lett. a), n. 3), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 96 del 2018. In ordine alla “specificazione delle esigenze” v. quanto osservato *supra*, § 3.

<sup>1046</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall’art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1047</sup> Art. 2, comma 28, l. n. 92 del 2012, come novellato dall’art. 3, d.l. n. 87 del 2018, nel testo modificato dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

possibili da cinque a quattro<sup>1048</sup>, ma mediante la reintroduzione della necessità, oltre il limite dei dodici mesi durata del contratto, di giustificare il ricorso alla proroga del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, che risulta legittima solo al ricorrere di determinate condizioni esplicitate dalla legge<sup>1049</sup>.

La formula sul numero massimo, portato da cinque a quattro, per il resto rimane identica, con la perdurante precisazione che le proroghe sono quattro nell'arco di ventiquattro mesi "a prescindere dal numero dei contratti"<sup>1050</sup>. Le quattro possibili proroghe, quindi, risultano spendibili in relazione all'insieme dei contratti a termini stipulati con il medesimo lavoratore<sup>1051</sup>.

Come abbiamo già notato, la possibilità di ricorrere alla proroga dell'originario contratto di lavoro a tempo determinato, a seguito delle novità introdotte dal decreto dignità del luglio 2018, incontra oggi non solo limiti numerici, ma anche limiti legati alla necessaria sussistenza delle stesse condizioni di utilizzo, prescritte in caso di stipula del primo contratto di lavoro a termine<sup>1052</sup>, nonché in caso di rinnovo dello stesso<sup>1053</sup>.

Qui, in relazione alla proroga si pongono diversi interrogativi: a) è possibile ricorrere alla proroga in relazione al mero protrarsi delle esigenze che hanno condotto alla stipula del contratto di lavoro a termine? b) Le ragioni che inducono a prorogare il contratto a termine in questi casi debbono essere necessariamente le stesse rispetto a quelle che hanno indotto alla stipula del contratto a termine in origine oppure no? c) L'attività svolta dal lavoratore deve essere necessariamente la medesima o no?

Sembra anche in questi casi richiamare il noto adagio per cui quel che la legge non vieta consente. Una lettura del genere può trovare indiretto riscontro nell'evoluzione recente della normativa sulla proroga. Nel lontano passato, nel quadro della normativa allora dettata dalla l. n. 230 del 1962 la proroga doveva essere richiesta necessariamente "da esigenze contingibili ed imprevedibili"<sup>1054</sup>. Successivamente, nell'ambito della normativa allora dettata dal d.lgs. n. 368 del 2001, prima del 2014, del quadro dell'allora contratto a termine "causale", la (unica) proroga era consentita a condizione che fosse richiesta da "ragioni oggettive"<sup>1055</sup>, che comunque almeno formal-

<sup>1048</sup> Art. 21, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1049</sup> Art. 21, comma 01, secondo, d.lgs. n. 81 del 2015, comma premesso dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1050</sup> Art. 21, comma 1, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1051</sup> Per fare un esempio, se il primo contratto a termine stipulato per un anno venga prorogato di due mesi per due volte, residuerà in generale la possibilità di due altre proroghe da «spendere» nei successivi possibili altri contratti a termine stipulati con il medesimo soggetto nell'arco dei ventiquattro mesi di loro complessiva durata massima, o del diverso limite complessivo fissato dalla contrattazione collettiva (sul punto v. *supra*, § 2).

<sup>1052</sup> Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1053</sup> Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015, comma premesso dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1054</sup> Art. 2, l. n. 230/1962, cfr., ad es., Cass., 16 aprile 2008, n. 9993. Per la ricostruzione del dibattito anche dottrinale sul punto cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in *I contratti di lavoro*, a cura di A. Vallebona, vol. 12 del *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2009, t. I, 1104 ss.

<sup>1055</sup> Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001.

mente restavano distinte da quelle “di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”<sup>1056</sup> che giustificavano la stipula del contratto a termine. Inoltre la medesima disposizione sulla proroga imponeva che questa si riferisse alla “stessa attività” per la quale il contratto fosse stato stipulato a tempo determinato. Dopo il superamento (allora) del sistema della causale, con il d.l. n. 34 del 2014, residuò il riferimento alla “stessa attività”<sup>1057</sup>, successivamente anch'esso eliminato, in quanto non riproposto nel 2015, nel quadro della nuova regolamentazione del contratto a termine dettata dagli artt. 19-29, d.lgs. n. 81/2015.

Ora, tutte le formule ricordate avevano in comune di delineare in diversi modi, comunque un percorso peculiare per la proroga, distinto da quello del contratto di lavoro a termine a cui afferriva. Invece, oggi, a nostro avviso in una direzione da apprezzare, i requisiti di accesso alla proroga risultano essere gli stessi di quelli previsti per la stipula del contratto a termine, sicché pare dovuto trarne le relative conseguenze. La proroga, quindi, dovrà di certo essere sorretta da una sua propria giustificazione nel caso si oltrepassi il confine dei 12 mesi, ma questa dovrà integrare una delle condizioni previste dalla legge per risultare legittima, senza ulteriori ipotetiche condizioni peculiari, da ritenere, pertanto, eccentriche. Potrà pertanto, emergere una nuova e diversa esigenza, come potrà, invece, protrarsi l'esigenza precedente, a patto che queste rispondano alle necessarie condizioni fissate dall'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81/2015.

Occorre evidenziare che la circolare ministeriale sposi invece una lettura diversa, volta a ritenere, senza fornire motivazioni, che “la proroga presuppone che restino invariate le ragioni che avevano giustificato inizialmente l'assunzione a termine, fatta eccezione per la necessità di prorogarne la durata entro il termine di scadenza. Pertanto, non è possibile prorogare un contratto a tempo determinato modificandone la motivazione, in quanto ciò darebbe luogo ad un nuovo contratto a termine ricadente nella disciplina del rinnovo, anche se ciò avviene senza soluzione di continuità con il precedente rapporto”<sup>1058</sup>. Si tratta, come si è notato, di un'interpretazione *contra legem*, che pertanto pare da respingere.

Quale ulteriore corollario, in mancanza di espliciti divieti e proprio in quanto la proroga è dotata (dove richiesto) di una propria autonoma “giustificazione”, durante la proroga al lavoratore devono poter essere assegnate anche mansioni diverse rispetto a quelle svolte in precedenza dal lavoratore nell'ambito del medesimo contratto, evidentemente entro il limite generale dello *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c., sempre che queste risultino coerenti con le motivazioni adottate (laddove necessarie) per l'adozione della proroga. Sebbene non risulti vietato, maggiori difficoltà paiono emergere, invece, nel disporre un mutamento di mansioni sia all'interno dell'originaria durata del contratto a termine, ma, altresì, durante il periodo di proroga, in quanto questo potrebbe mettere a rischio la tenuta delle condizioni esplicitate all'atto della stipula del contratto o della proroga.

Inoltre, come si è già notato, non solo per il primo contratto a termine di durata non superiore ai dodici mesi<sup>1059</sup>, ma anche per la proroga nei primi dodici mesi non è necessaria la presenza delle suddette condizioni di utilizzo, che, invece, è imposta oltre questo limite e fino al limite massimo di durata ora fissato in 24 mesi dalla legge.

<sup>1056</sup> Art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001.

<sup>1057</sup> Art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368 del 2001, nel testo modificato dall'art. 1, comma 1, lett. b), d.l. 20 marzo 2014, n. 34, ora abrogato.

<sup>1058</sup> Così Circ. Min. lav. 31 ottobre 2018, n. 17, punto 1.1.

<sup>1059</sup> Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

In ogni caso, la formula utilizzata dal legislatore in questo caso non appare per nulla limpida, tanto da ingenerare un ulteriore problema interpretativo. Invero, la norma parla in modo sibillino di contratto a termine “prorogato liberamente nei primi dodici mesi”, tanto da consentire apparentemente una duplice lettura.

In una prima direzione, la formulazione della norma, riferibile al momento in cui la proroga viene disposta tra le parti e non al diverso momento della fine della sua durata, renderebbe possibile sostenere che la proroga per risultare libera da condizioni debba solo essere disposta entro i primi dodici mesi, tanto da potersi legittimamente prefigurare una durata complessiva del contratto “liberamente” prorogato anche fino a 24 mesi. Ad. es., se il primo contratto ha una durata iniziale di dieci mesi, entro questo termine (inferiore al limite di 12) potrebbe essere disposta una proroga “libera” di ulteriori 12 mesi, tanto da portare la durata complessiva del contratto nell’esempio qui proposto, a 22 mesi.

Tuttavia, una lettura più attenta al generale contesto in cui le norme si muovono rende preferibile ritenere che in ogni caso attraverso la o le proroghe “libere” la durata del contratto di lavoro a termine non possa oltrepassare i dodici mesi. Ciò corrisponde innanzi tutto alla *ratio* complessiva della riforma che vuole contratti a termine “liberi” entro dodici mesi e poi giustificati dal ricorrere di determinate condizioni da 12 a 24 mesi. Non si comprenderebbe perché il regime della proroga dovrebbe pertanto risultare eccentrico rispetto a tali scelte, giacché, se si sposasse la prima soluzione, invece, potremmo avere un contratto a termine originariamente stipulato per 18 mesi, per questo necessariamente sorretto dalle condizioni di legge, mentre, invece, un contratto originariamente stipulato per 12 mesi ed entro quel termine prorogato a 18 mesi, resterebbe “libero”. Questa lettura trova, peraltro, un dirimente avallo nelle già vagliate disposizioni in tema di forma del contratto di lavoro a termine, in cui viene espressamente disposto che in caso di proroga nell’atto scritto l’indicazione delle esigenze (ossia le “condizioni”) in base alle quali è stipulato il contratto a termine “è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi”<sup>1060</sup>, formula che appare, invece, incompatibile con la prima lettura sopra considerata. Ciò impone di ritenere che alla dizione “nei primi dodici mesi” vada attribuito il significato di “entro una durata massima complessiva di dodici mesi”.

La nuova impostazione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato delineata dalle novità introdotte dal decreto dignità del 2018 produce, inoltre, nuove interferenze tra la disciplina della proroga e quella della successione, ovvero dei rinnovi dei suddetti contratti di lavoro, che occorre esaminare.

Si pone, invero, il problema delle regole da applicare alle proroghe relative ai suddetti contratti a termine successivi al primo, in quanto la legge ora prescrive che la stipula di un successivo contratto a termine di qualunque durata sia legittima solo “a fronte delle condizioni di cui all’articolo 19, comma 1”<sup>1061</sup>, ma occorre chiedersi se tali condizioni debbano essere esplicitate anche con riguardo alle proroghe di detti contratti “successivi”.

Nel caso in cui attraverso il successivo contratto venga superato il termine dei dodici mesi non vi

<sup>1060</sup> Art. 19, comma 4, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così sostituito dall’art. 1, comma 1, lett. a), n. 3), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1061</sup> Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015.

è dubbio che anche l'eventuale proroga debba essere suffragata dalle condizioni, in virtù dell'espressa previsione di legge<sup>1062</sup>.

Di più ardua decodificazione appare invece l'ipotesi in cui attraverso un successivo contratto a termine si rimanga comunque sotto il limite dei dodici mesi, anche nel caso di proroga di quest'ultimo. Si pensi, ad es., al caso in cui a un primo contratto a termine di tre mesi segua un successivo contratto a termine di durata di ulteriori tre mesi (totale sei mesi), che poi venga prorogato per altri quattro mesi, derivandone una durata complessiva di dieci mesi. Occorre chiedersi se la suddetta proroga deve risultare "giustificata", ossia sorretta dalle più volte richiamate condizioni, oppure resti libera. Anche per la soluzione di tale questione occorre far riferimento alle già citate disposizioni dettate in tema di forma del contratto a termine. Se, invero, per la proroga l'indicazione delle esigenze (ossia le "condizioni") in base alle quali è stipulato il contratto a termine "è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi"<sup>1063</sup>, ciò dovrebbe implicare che se il contratto a termine successivo prorogato non raggiunga tale soglia di durata temporale allora la suddetta proroga dovrebbe restare "libera". Certo è che aderendo a questa lettura negli esempi descritti si viene a delineare una situazione ai limiti del paradosso, giacché avremmo un primo contratto a termine "libero" (tre mesi nell'esempio), poi un successivo contratto a termine che, quale rinnovo del precedente risulta astretto alle condizioni di legge (di durata pari a ulteriori tre mesi) e, poi, la proroga di quest'ultimo (di quattro mesi) di nuovo "libera" come il primo contratto.

In direzione contraria potrebbe rilevare, seppur debolmente, la circostanza che la legge si riferisca al "contratto" che può essere prorogato liberamente "nei primi dodici mesi"<sup>1064</sup>, che potrebbe valere al fine di sostenere che la proroga "libera" sia consentita soltanto in relazione al primo contratto a termine stipulato tra le parti, sicché in caso di proroga disposta per un contratto a termine successivo, il regime sarebbe quello "causale". Di maggiore pregnanza appare, per suffragare questa diversa lettura, una semplice considerazione di ordine più generale. Insomma, se la proroga segue la sorte del contratto cui accede, come avviene *per tabulas* per il limite di durata dei 24 mesi, nonché, come abbiamo notato per la possibilità della "acausalità" entro i 12 mesi, allora anche in tema di rinnovi, se il successivo contratto a termine risulta astretto alla necessità della causale, in relazione a qualsivoglia sua durata o durata complessiva dei contratti a termine, allora anche la proroga che a questo accede dovrebbe seguire la medesima strada della "causalità".

Chiarite come operino le condizioni prescritte dalla legge con riguardo alla proroga del contratto di lavoro a termine, occorre rivolgere l'attenzione al tema della forma che la proroga stessa deve assumere. Il legislatore del 2018 pare contribuire a offrire soluzione a tale risalente questione - che sinora non trovava pacifiche soluzioni, in assenza di esplicite prescrizioni - giacché, attraverso l'interpretazione della formula ellittica utilizzata pare potersi giungere a desumere la necessità della forma scritta anche della proroga.

Ora, invero, a seguito delle novità introdotte dal decreto dignità del luglio 2018, è stato aggiunto

<sup>1062</sup> Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1063</sup> Art. 19, comma 4, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015, comma così sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 3), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1064</sup> Art. 21, comma 01, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

un intero nuovo periodo alla disposizione sulla forma del contratto a tempo determinato. Mentre, invero, il primo periodo è rimasto invariato e continua a prescrivere che “Con l’eccezione dei rapporti di lavoro di durata non superiore a dodici giorni, l’apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta da atto scritto, una copia del quale deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall’inizio della prestazione”, il successivo nuovo periodo dispone che “L’atto scritto contiene, in caso di rinnovo, la specificazione delle esigenze di cui al comma 1 in base alle quali è stipulato; in caso di proroga dello stesso rapporto tale indicazione è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi”<sup>1065</sup>. La formula non è chiarissima, ma pare che l’atto scritto sia presupposto e, quindi, ritenuto necessario, anche per l’ipotesi della proroga, sicuramente nel caso in cui sia necessario ivi specificare le esigenze (ossia le “condizioni” di cui all’art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81/2015) che rendono possibile disporre la proroga del contratto allorché il termine complessivo del contratto superi i 12 mesi. In mancanza delle suddette esigenze, o anche in mancanza della loro specificazione in un atto scritto, la proroga è da considerare illegittima, per diretta violazione dell’art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81/2015, con la conseguenza ivi prevista della trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

Occorre, tuttavia, chiedersi se la forma scritta risulti imposta anche per le proroghe predisposte per contratti a termine di durata non eccedente i dodici mesi, proroga compresa, per i quali, cioè, non risulta necessaria la specificazione delle esigenze di cui sopra, tanto da risultare liberamente apponibili al contratto a termine entro la suddetta durata. Qui il dettato della legge aiuta meno, tanto che dalla medesima disposizione la necessità della forma scritta in questo caso può emergere quale elemento implicitamente presupposto, visto che non risulta esplicitamente imposto. Sul punto può soccorrere quanto già ritenuto da parte della giurisprudenza e della dottrina in relazione al quadro previgente, carente dei suesposti riferimenti. In questa prospettiva, si è giunti a qualificare la proroga quale negozio bilaterale di secondo grado, incidente su un elemento essenziale del contratto, rappresentato dal termine, tanto da dover rivestire necessariamente la forma scritta<sup>1066</sup>. Si tratta di una lettura che appare coerente con l’orientamento secondo il quale gli atti modificativi, interruttivi o novativi di un precedente contratto devono rivestire la stessa forma con la quale è stato prestato il consenso in fase di primo accordo<sup>1067</sup>.

In ogni caso, la forma scritta anche della proroga risponde a esigenze di certezza del diritto e, pertanto, risulta in ogni caso consigliata<sup>1068</sup>, giacché viene, peraltro, ad acquistare carattere dirimente nel distinguere l’ipotesi della proroga da quella, contigua, della prosecuzione di fatto. Altrimenti, può restare difficile raggiungere la certezza che ci si trovi in un’ipotesi anziché nell’altra, del cui onere resta gravato il datore di lavoro in via di eccezione (art. 2697, secondo comma, c.c.) rispetto alla domanda del lavoratore volta a ottenere l’accertamento di un rapporto a tempo indeterminato.

Infine, in ordine alle conseguenze della violazione delle regole sulla proroga, in coerenza con la

<sup>1065</sup> Art. 19, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1066</sup> Cfr. Trib. Bolzano, 20 aprile 2006, in <http://bd44.leggiditalia.it>; Trib. Milano, 27 settembre 2002, in *RCDL*, 2002, 99.

<sup>1067</sup> Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007, 919.

<sup>1068</sup> Cfr., in analoga direzione, già M. MARINELLI, *Obblighi formali, proroga e conseguenze della violazione dei limiti formali*, in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, 75; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, cit., 1106.

riduzione del numero massimo di proroghe possibili da cinque a quattro viene ora precisato che “Qualora il numero delle proroghe sia superiore, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga”<sup>1069</sup>. Si tratta di una conseguenza non esplicitata dalla normativa ante 2015, ma comunque desumibile già allora in via interpretativa.

Il legislatore prevede, altresì, ipotesi di esclusione parziale dal regime della proroga, nonché ipotesi di esclusione totale. La prima ipotesi concerne i contratti per attività stagionali, i quali possono essere rinnovati o prorogati anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1<sup>1070</sup>. Le attività stagionali sono ora quelle “individuate con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali nonché nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi. Fino all'adozione del decreto di cui al secondo periodo continuano a trovare applicazione le disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525”<sup>1071</sup>. Il previsto decreto al momento non è stato ancora emanato, sicché occorre ancora far riferimento a quel lontano decreto del 1963<sup>1072</sup>, oltre alle determinazioni della contrattazione collettiva<sup>1073</sup>. A queste ipotesi rimangono invece applicabili i limiti massimi di durata complessiva dei contratti di lavoro a termine, comprensivi di proroghe e rinnovi, nonché il limite numerico delle quattro proroghe complessive.

Rappresenta, inoltre, una novità l'espressa *non* applicazione del regime delle proroghe per le imprese *start-up* innovative<sup>1074</sup>, per il periodo di quattro anni dalla costituzione della società, ovvero per il più limitato periodo previsto per le società già costituite<sup>1075</sup>. Vuol dire che in questi casi il contratto di lavoro a termine può essere prorogato senza limiti quanto al numero delle proroghe stesse, ma rispettando, al contempo, il limite generale ora dei 24 mesi complessivi che si impone anche alle imprese *start-up*.

## 6. I nuovi limiti percentuali congiunti.

Pur dopo la reintroduzione delle causali per la stipula del contratto di lavoro a tempo determinato, permangono limiti quantitativi di fonte legale al numero massimo di contratti a termine da parte dello stesso datore di lavoro. Si tratta del limite legale del 20% dei lavoratori assunti dal datore di lavoro a tempo indeterminato: il suddetto limite vale salvo diversa disposizione dei contratti collettivi<sup>1076</sup>.

A questo limite il decreto dignità del 2018 affianca un ulteriore limite quantitativo complessivo

<sup>1069</sup> Art. 21, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1070</sup> Art. 21, comma 1, quarto periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1071</sup> Art. 21, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, richiamato dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1072</sup> Per l'elenco delle attività v. l'allegato al d.P.R. n. 1525 del 1963.

<sup>1073</sup> Si tratta sempre dei contratti collettivi stipulati dai soggetti selezionati ai sensi del già richiamato art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1074</sup> Sono quelle regolate dall'art. 25, commi 2 e 3, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221. In precedenza, ai sensi dell'art. 28, comma 6, d.l. n. 179/2012 (abrogato insieme ai precedenti commi 2, 3, 4 e 5 dall'art. 55, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 81 del 2015) le *start up* erano tenute all'applicazione delle regole sulla proroga del contratto a termine.

<sup>1075</sup> Art. 21, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015. Ai sensi dell'art. 25, comma 3, d.l. n. 179/2012 “In tal caso, la disciplina di cui alla presente sezione trova applicazione per un periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, se la *start-up* innovativa è stata costituita entro i due anni precedenti, di tre anni, se è stata costituita entro i tre anni precedenti, e di due anni, se è stata costituita entro i quattro anni precedenti”.

<sup>1076</sup> Art. 23, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

del 30%, come sommatoria di contratti a termine e contratti di somministrazione a tempo determinato. Questo ultimo limite congiunto viene, pertanto, espressamente a convivere con quello previsto del 20% per il solo contratto di lavoro a tempo determinato<sup>1077</sup>, nonché con quello eventualmente disposto, in virtù della normativa previgente, in sede collettiva per la sola somministrazione a termine. Insomma, un limite non esclude l'altro, sicché le parti dovranno rispettare tutti i limiti imposti dalla legge o fissati dalla contrattazione collettiva.

Il nuovo limite congiunto fa sì che a partire dal 12 agosto 2018 (data di entrata in vigore del d.l. n. 87 del 2018) non solo i nuovi contratti a termine, ma anche le proroghe o i rinnovi di quelli già in essere dovranno essere computati ai fini del raggiungimento o del superamento di tale soglia. Inoltre, proprio in quanto la nuova normativa si applica ai rapporti di lavoro stipulati successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 87 del 2018<sup>1078</sup>, non si potranno considerare *contra legem* i contratti a termine allora già in essere, stipulati oltre la nuova soglia del 30%, che potranno legittimamente giungere a naturale scadenza. Resta inteso, al contempo, che le imprese non potranno stipulare nuovi contratti a termine sino al rientro sotto la nuova soglia massima.

Va altresì rimarcato che le ipotesi esenti da limiti quantitativi, invece, restano non sovrapponibili per il contratto a tempo determinato, per il quale sono previste ipotesi a più ampio spettro<sup>1079</sup>, e la somministrazione a termine, per cui vengono individuati ipotesi più specifiche<sup>1080</sup>. Ne deriva che seppur il limite sia congiunto le due ipotesi restano astrette a regimi di eccezione distinti.

Anche il nuovo limite congiunto assume carattere sussidiario, nel senso di trovare applicazione soltanto "salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore"<sup>1081</sup>, intesi come quelli di qualsiasi livello stipulati da sindacati "qualificati"<sup>1082</sup>. Si pone, dunque, la questione della sorte delle clausole collettive preesistenti, che in relazione alla maggioranza delle categorie avevano fissato già o un limite congiunto per contratti a termine e somministrazione a termine o un

<sup>1077</sup> Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, così sostituito dall'art. 2, comma 02, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96, che prescrive il nuovo limite "fermo restando il limite disposto dall'art. 23".

<sup>1078</sup> Art. 1, comma 2, d.l. n. 87 del 2018.

<sup>1079</sup> Art. 23, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, per cui risultano esenti da limiti quantitativi sia di fonte legale che contrattuale "i contratti a tempo determinato conclusi: a) nella fase di avvio di nuove attività, per i periodi definiti dai contratti collettivi, anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e comparti merceologici; b) da imprese start-up innovative di cui all'articolo 25, commi 2 e 3, del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012, per il periodo di quattro anni dalla costituzione della società ovvero per il più limitato periodo previsto dal comma 3 del suddetto articolo 25 per le società già costituite; c) per lo svolgimento delle attività stagionali di cui all'articolo 21, comma 2; d) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi o per la produzione di specifiche opere audiovisive; e) per sostituzione di lavoratori assenti; f) con lavoratori di età superiore a 50 anni". Inoltre, ai sensi del successivo comma 2 del medesimo art. 23 risultano esclusi dal limite quantitativo anche i "contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra università private, incluse le filiazioni di università straniere, istituti pubblici di ricerca ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere attività di insegnamento, di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa, tra istituti della cultura di appartenenza statale ovvero enti, pubblici e privati derivanti da trasformazione di precedenti enti pubblici, vigilati dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, ad esclusione delle fondazioni di produzione musicale di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367, e lavoratori impiegati per soddisfare esigenze temporanee legate alla realizzazione di mostre, eventi e manifestazioni di interesse culturale".

<sup>1080</sup> Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, a mente del quale è esente da limiti quantitativi "la somministrazione a tempo determinato di lavoratori di cui all'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, di soggetti disoccupati che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali e di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dei numeri 4) e 99) dell'articolo 2 del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, come individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali".

<sup>1081</sup> Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1082</sup> Art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

limite distinto per le due ipotesi. Per quanto più da vicino interessa il contratto di lavoro a tempo determinato, nel caso in cui vi fosse già un limite congiunto per somministrazione a termine e contratto a termine, allora non pare esservi ostacolo a considerare tale limite congiunto coerente con la regola di fonte legale che autorizza una diversa regolazione dello stesso in sede collettiva. Meno scontata appare, invece, la soluzione relativa al caso in cui i limiti percentuali siano stati fissati in modo distinto per la somministrazione di lavoro a tempo determinato e per il contratto a tempo determinato, nel caso in cui la loro somma si ponga al di sopra del limite legale congiunto del 30%, tanto da risultare in contrasto con questo, derogando così *in peius* a una regola posta a difesa del lavoro stabile. Tuttavia, in questo caso il limite congiunto in realtà sussiste, in quanto si può facilmente dedurre sommando le due percentuali, sicché pare possibile ritenere anche in questo caso che le suddette clausole collettive possano sopravvivere, nel senso di poter essere anche oggi essere ritenute conformi alle regole di fonte legale, e quindi, ancora valide ed efficaci. Resta ovviamente della disponibilità delle parti del contratto collettivo la possibilità di un nuovo accordo teso a modificarle.

In caso di violazione delle suddette percentuali congiunte si pone infine la questione relativa alle conseguenze che ne derivano. Invero, mentre per lo sfioramento del limite percentuale per il contratto a termine è prevista solo una sanzione di tipo economico<sup>1083</sup>, invece, per la medesima violazione in caso di somministrazione era prevista la più pesante sanzione del riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore, oltre sanzioni di tipo economico<sup>1084</sup>. A seguire il dettato delle norme, ovvero la modifica della disposizione sui limiti quantitativi, ora congiunti, ma non della disposizione che a questa rinvia, si deve dedurre che per la sola ipotesi della somministrazione a termine la sanzione della conversione sia ora applicabile all'ipotesi della violazione dei limiti congiunti.

## 7. Il regime transitorio.

Le stringenti novità del decreto dignità hanno immediatamente fatto sorgere diffusi timori, con particolare riferimento alla gestione del periodo transitorio. Come vedremo, in realtà pare che la concreta portata della questione possa risultare delimitata.

Intanto, tale regime interessa soltanto le disposizioni dettate dall'art. 1, comma 1 del decreto dignità, ovvero i limiti di durata massima dei contratti a termine, ivi comprese le condizioni ove richieste, il regime delle proroghe e dei rinnovi, nonché il nuovo termine per l'impugnazione dei contratti a termine. Invece, le altre regole, dettate in distinte parti del decreto non sono sottoposte a regime transitorio, sicché sono entrate in vigore immediatamente, come, ad es., quelle in tema di maggiorazione contributiva in caso di rinnovo del contratto<sup>1085</sup>, di esclusione dei contratti a termine instaurati per la fornitura di lavoro portuale<sup>1086</sup>, di limiti quantitativi congiunti<sup>1087</sup>, di

<sup>1083</sup> Art. 23, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1084</sup> Art. 38, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che nel definire le ipotesi di somministrazione irregolare fa espresso riferimento al disposto anche all'art. 31, comma 2, in tema di limiti percentuali.

<sup>1085</sup> La maggiorazione contributiva dello 0,5% trova applicazione a partire dal 14 luglio 2018 per tutti i rinnovi (art. 2, comma 28, l. n. 92 del 2012, come novellato dall'art. 3, d.l. n. 87 del 2018, nel testo modificato dalla l. di conversione n. 96 del 2018).

<sup>1086</sup> Art. 2, comma 01, d.l. n. 87 del 2018, introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018 e, pertanto, in vigore dal 12 agosto 2018.

<sup>1087</sup> Art. 2, comma 02, d.l. n. 87 del 2018, introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018 e, pertanto, in vigore dal 12 agosto 2018.

somministrazione fraudolenta<sup>1088</sup>.

Il d.l. n. 87 del 2018 a tal riguardo prevedeva che le ricordate regole dettate dall'art. 1, comma 1, in materia di contratto di lavoro a termine trovassero applicazione "ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché ai rinnovi e alle proroghe in corso alla medesima data"<sup>1089</sup>. Il clamore suscitato dalla norma, da cui derivava l'immediata messa in campo delle nuove regole anche per contratti di lavoro a termine già in essere, in relazione alle relative proroghe e anche ai loro rinnovi, ha indotto il legislatore nella successiva legge di conversione a un parziale dietro-front, realizzato attraverso il posticipo dell'entrata in vigore delle nuove norme soltanto con riferimento alle proroghe e ai rinnovi, al 31 ottobre 2018<sup>1090</sup>.

A fronte delle ultime disposizioni si possono, pertanto, individuare quattro diversi periodi. Invero, non sembrano sorgere problemi in relazione al primo periodo, quello relativo ai contratti a termine stipulati o prorogati prima del 12 luglio 2018, che continuano a seguire le regole previgenti. Andranno, quindi, a naturale scadenza sia i contratti che le loro proroghe, ancora astretti ai meno stringenti limiti precedenti, ovvero assenza di giustificazione, durata massima di 36 mesi e numero massimo delle proroghe pari a cinque.

Allo stesso tempo, quanto al quarto periodo, i contratti a termine stipulati a partire dal 1° novembre 2018 sono sottoposti alle nuove regole anche per quanto attiene alle proroghe e ai rinnovi.

I profili problematici attengono ai due periodi "intermedi", oramai trascorsi, individuabili tra il 14 luglio 2018, data di entrata in vigore del d.l. n. 87 del 2018 e il 12 agosto 2018, data di entrata in vigore della legge di conversione n. 96 del 2018, che ha disposto le menzionate modifiche, nonché dal 12 agosto 2018 fino al 31 ottobre 2018, data ultima di vigenza delle vecchie regole per proroghe e rinnovi.

A ben vedere, in relazione a questi non pare emergano problemi per i "primi" contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra le parti (non cioè qualificabili come rinnovi), cui si sono dovute applicare le nuove regole introdotte dal decreto dignità a partire dal 14 luglio 2018, senza differenziazioni di sorta.

Qui i dubbi attengono al regime delle proroghe e dei rinnovi, data la ricordata modifica che li riguarda ad opera della legge di conversione n. 96 del 2018. Intanto, a partire dal 12 agosto e fino al 31 ottobre (terzo periodo) è stato possibile apporre proroghe al contratto, come procedere a un suo rinnovo, seguendo le vecchie regole. Ad. es., un contratto a termine già durato 22 mesi comprese 4 proroghe già spese, avrebbe potuto essere ancora prorogato una volta, oppure rinnovato entro il limite complessivo dei 36 mesi e senza necessità di esplicitare le causali. Nell'esempio descritto si fa, pertanto, riferimento al momento della stipula della proroga o del

<sup>1088</sup> Art. 2, comma 1-bis, d.l. n. 87 del 2018, introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018 e, pertanto, in vigore dal 12 agosto 2018.

<sup>1089</sup> Art. 1, comma 2, d.l. n. 87 del 2018.

<sup>1090</sup> Il citato art. 1, comma 2, d.l. n. 87 del 12.07.2018, dopo le modifiche apportate dalla l. di conversione n. 96 del 9.08.2018 (in vigore dal 12.08.2018) così dispone "Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché ai rinnovi e alle proroghe contrattuali successivi al 31 ottobre 2018".

rinnovo, con durata che potrà, ovviamente, travalicare la data del 31 ottobre 2018. La disposizione peraltro, in assenza di esplicite distinzioni, pare potersi applicare a ogni proroga o rinnovo di contratti di lavoro a termine, quindi anche in relazione a quelli stipulati per la prima volta tra le parti successivamente al 12 luglio 2018<sup>1091</sup>.

Il reale *punctum dolens* allora attiene, in definitiva, soltanto al regime da applicare nel lasso temporale che va dal 14 luglio all'11 agosto 2018 (secondo periodo). La questione si pone in quanto non pare chiaro – nel silenzio della legge – quali siano gli effetti prodotti dalle modifiche apportate sul punto dalla legge di conversione sulle regole prima dettate dal decreto legge.

Se si sposa la lettura tesa a sostenere la perdurante efficacia intertemporale delle norme dettate *ab origine* dal decreto legge, allora dal 14 luglio all'11 agosto gli eventuali contratti a termine prorogati o i rinnovi di precedenti contratti avrebbero dovuto rispettare *in toto* le nuove regole dettate dal decreto dignità; mentre, invece, soltanto a partire dal 12 agosto si sarebbe aperto un periodo transitorio di non applicazione di quelle regole per le proroghe e i rinnovi, durato fino al 31 ottobre<sup>1092</sup>. Secondo una diversa lettura, invece, si potrebbe ritenere che la modifica introdotta dalla legge di conversione, di posticipo dell'entrata in vigore delle nuove regole per le proroghe e i rinnovi al 31 ottobre, possa aver spiegato effetti caducatori *ex tunc* sulla disposizione originaria del decreto legge, con la conseguenza di attivare fin dal 14 luglio il periodo transitorio per proroghe e rinnovi fino al 31 ottobre<sup>1093</sup>.

## 8. Il ruolo della contrattazione collettiva. Il possibile intervento della contrattazione “di prossimità”.

Appare utile a questo punto svolgere qualche riflessione sul ruolo della contrattazione collettiva nel quadro della regolamentazione del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato.

Possiamo proporre una lettura a quattro livelli: su un primo livello ci riferiamo al ruolo svolto dalla contrattazione collettiva *secundum legem*, ovvero in attuazione di espressi rinvii legali, di cui la normativa è tuttora ricca e di cui, in relazione ai molti punti toccati dalla riforma del 2018, abbiamo avuto modo di occuparci in precedenza.

Su un secondo livello possiamo riferirci agli spazi che la contrattazione collettiva può occupare diremmo *praeter legem*, ovvero, in mancanza di un espresso rinvio legale, senza al contempo giungere all'intervento *contra legem*. Qui un'area molto interessante sembra poter essere quella di specificazione delle condizioni previste dalla legge, nella direzione di una loro esemplificazione, funzionale a consentirne l'applicazione in concreto nei diversi settori produttivi<sup>1094</sup>. Le suddette

<sup>1091</sup> *Contra* F. SCARPELLI, *Convertito in legge il “decreto dignità”*, cit., 14, sul presupposto che la norma non parli di “entrata in vigore” dei diversi pezzi di disciplina, ma di loro applicazione ad atti negoziali.

<sup>1092</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il “decreto dignità”*, cit., 13 ss., il quale ritiene che la legge di conversione abbia sul punto apportato un emendamento modificativo al decreto legge, come tale munito di soli effetti *ex nunc*, secondo quanto osservato da Cass. 10 maggio 2016, n. 9386; nella medesima direzione, in una condivisibile linea prudenziale, A. MARESCA, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità*, in *ADL*, 2018, 1012 ss.

<sup>1093</sup> Cfr. A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit., argomentando dall'art. 77, comma 3, Cost., per cui il decreto non convertito (e, quindi, anche una sua parte) perde efficacia *ex tunc*, nonché sulla mancanza, in questo caso, di apposita disciplina legale concernente i rapporti giuridici sorti sulla base del decreto legge, in relazione alla parte non convertita. In ogni caso, per l'autore la legge di conversione avrebbe prodotto un emendamento di tipo sostitutivo, tanto che sulla base della medesima giurisprudenza citata *ex adverso*, l'effetto caducatorio si sarebbe comunque prodotto *ex tunc*.

<sup>1094</sup> Cfr. in tale direzione anche la Circ. Min. lav. 31 ottobre 2018, n. 17, nonché A. MARESCA, *I rinvii*, cit., 6.

ipotesi dovranno in ogni caso superare il vaglio giudiziale volto a verificarne la possibile sussunzione nella fattispecie legale. Più in là in base alla legislazione vigente non pare consentito spingersi, cioè non risulta possibile introdurre altre condizioni diverse da quelle imposte dalla legge.

Su tale terzo livello occorre chiedersi se residui uno spazio per un intervento derogatorio da parte della cd. contrattazione collettiva di prossimità ex art. 8, d.l. n. 138 del 2011 (convertito in l. n. 148 del 2011). Si tratta come noto di uno strumento che, anche a causa dell'ostracismo palesato dalle centrali sindacali attraverso il noto *addendum* del 21 settembre 2011 all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011<sup>1095</sup>, appariva finito in un "singolare cono d'ombra"<sup>1096</sup>, tanto da aver prodotto "materiali contrattuali esili e rarefatti"<sup>1097</sup>. Tuttavia, di fronte alle diffuse rigidità dell'attuale assetto della normativa sul contratto a termine sembra che uno spazio di intervento vi sia, in quanto le "specifiche intese" realizzate dai contratti aziendali o territoriali, possono espressamente riguardare anche i contratti a termine<sup>1098</sup>. Peraltro, vi è sostanziale coincidenza tra i soggetti sindacali abilitati ora a stipulare i contratti collettivi oggetto di rinvio, secondo il nuovo modello generale fissato dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015 e quelli selezionati dal citato art. 8, d.l. n. 138 del 2011<sup>1099</sup>. Pertanto, in questa prospettiva la contrattazione di prossimità potrebbe intervenire ora a dettare ulteriori condizioni di legittimo ricorso al contratto di lavoro a termine, ma anche intervenire ad es. sulle proroghe o, come già evidenziato, sul limite di durata massima del primo contratto, in quanto ipotesi non contemplata nel rinvio che la legge opera alla contrattazione collettiva, limitato alla diversa regolazione della successione dei contratti<sup>1100</sup>.

Occorre, comunque, considerare che la contrattazione di prossimità sia costruita in una prospettiva finalistica, giacché le intese devono essere volte alla realizzazione di specifici obiettivi. In questo ambito emerge quello della "maggiore occupazione"<sup>1101</sup>, che potrebbe essere realizzato, come notato, attraverso lo scambio tra allentamento dei vincoli su proroghe e rinnovi e la previsione di percorsi di stabilizzazione dei lavoratori assunti a tempo determinato<sup>1102</sup>. Peraltro, un perdurante limite è quello del rispetto dei "vincoli derivanti dalle normative comunitarie"<sup>1103</sup>, cui, come noto, la normativa nazionale sul contratto a termine è astretta, tanto da far dubitare della legittimità di interventi della contrattazione collettiva di prossimità che, ad es., aboliscano ogni limite ai rinnovi del contratto a termine, come noto terreno sul quale si misura la capacità della normativa interna a prevenire gli abusi sull'utilizzo di tale forma contrattuale<sup>1104</sup>.

Si tratta, dunque, di una possibilità concreta, ma al contempo non di semplice realizzazione. Il

<sup>1095</sup> Cfr. M. RICCI, *L'accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *ADL*, 2012, 43 ss.

<sup>1096</sup> R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2018, X Ed., 92.

<sup>1097</sup> A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Padova, 2013, 89.

<sup>1098</sup> Art. 8, comma 2, lett. c), d.l. n. 138 del 2011.

<sup>1099</sup> Cfr., si consenta, P. PASSALACQUA, *L'equiordinazione tra i livelli della contrattazione quale modello di rinvio legale all'autonomia collettiva ex art. 51 del d.lgs. 81 del 2015*, in *DLM*, 2016, 293 ss.

<sup>1100</sup> Cfr. A. TURSI, "Codice dei contratti" e autonomia collettiva, in Magnani, Pandolfo, Varesi (a cura di), *Il codice dei contratti di lavoro. Commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, 332.

<sup>1101</sup> Art. 8, comma 1, d.l. n. 138 del 2011.

<sup>1102</sup> Cfr. A. MARESCA, *I rinvii*, cit., 7.

<sup>1103</sup> Art. 8, comma 2-bis, d.l. n. 138 del 2011, introdotto dalla l. di conversione n. 148 del 2011.

<sup>1104</sup> Clausola 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito nella direttiva 1999/70/CE.

discorso ci conduce, quindi, al quarto livello sul quale possiamo porre i possibili prossimi sviluppi su tale fronte della normativa. Circola infatti la notizia che il Governo starebbe riflettendo su una possibile modifica della normativa qui vagliata al fine di consentire alla contrattazione collettiva l'introduzione di ulteriori ipotesi, *rectius* "condizioni" di legittimazione della stipula di contratti a tempo determinato di durata (proroghe comprese) di oltre 12 mesi o in caso di rinnovo. Si tratta di un modello già sperimentato in passato con notevole successo. *In primis* possiamo ricordare l'art. 23, l. n. 56 del 1987, che in relazione al quadro delineato allora ancora dalla l. n. 230 del 1962 dispose la possibilità per la contrattazione collettiva di delineare nuove ipotesi di legittima apposizione del termine al contratto di lavoro<sup>1105</sup>. Più di recente, attraverso il cd. decreto Letta del 2013, in cui, sulla base del sistema introdotto dalle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012 al d.lgs. n. 368 del 2001, simile a quello attuale, ma costruito al contrario, contratto causale ed eccezione per quello non superiore a dodici mesi, era consentito alla contrattazione collettiva l'individuazione di ulteriori ipotesi di esenzione dalle "causali"<sup>1106</sup>.

### 9. Le permanenti tensioni nella macroarea delle ipotesi escluse.

Va a questo punto svolta qualche considerazione, limitata anche in questo caso soltanto alle novità apportate dal decreto dignità, in ordine a quello che può essere considerato una macroarea all'interno della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato, ovvero il settore delle ipotesi più o meno escluse, che resta terreno percorso da permanenti tensioni.

La prima novità in questo ambito apportata dal decreto dignità del 2018 è rappresentata dall'espressa esclusione dei contratti di lavoro a termine instaurati per la fornitura di lavoro puntuale temporaneo di cui all'articolo 17 della legge 28 gennaio 1994, n. 84<sup>1107</sup>. Si tratta di un settore peculiare, da tempo retto da norme specifiche. La puntualizzazione appare necessaria in ogni caso alla luce della nuova normativa del 2018, che estende, invece, gran parte delle regole sul contratto a termine al contratto a termine stipulato nell'ambito di una somministrazione di lavoro<sup>1108</sup>.

In ogni caso, l'ipotesi di maggior impatto, anche numerico, resta quella del settore dei rapporti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, che espressamente non viene toccata dal decreto dignità del 2018<sup>1109</sup> e per la quale, pertanto, trovano tuttora applicazione le regole antecedenti, in *primis* la durata massima di 36 mesi. Qui, la questione principale generale attiene alle conseguenze che discendono dalla dichiarazione giudiziale di illegittimità del contratto a termine, oggetto come noto, di un forte dibattito anche in sede giurisprudenziale, con soluzioni "creative" ivi emerse, che pare non abbiamo sopito gli animi, come dimostra il recente nuovo intervento della Corte di Giustizia<sup>1110</sup>.

<sup>1105</sup> Prospetta una simile soluzione anche F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 11.

<sup>1106</sup> Art. 1, comma 1, lett. b), comma così sostituito dall'art. 7, comma 1, lett. a), d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 99.

<sup>1107</sup> Art. 29, comma 2, lett. b), lettera così modificata dall'art. 2, comma 01, D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1108</sup> Art. 34, comma 2, così modificato dall'art. 2, comma 1, D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1109</sup> Art. 1, comma 3, d.l. n. 87 del 2018.

<sup>1110</sup> Corte Giustizia UE, 7 marzo 2018, causa C-494/16, *Santoro*, in corso di pubblicazione in *DRI*, n. 4, 2018, con mia nota.

Nel medesimo ambito dell'impiego pubblico terreni di forte sismicità sono ancora quelli della Scuola (per le supplenze), dell'Università e quello della Sanità, ipotesi tuttora escluse dall'ambito di applicazione della normativa sul contratto a termine<sup>1111</sup>, che in questo modo rimangono in forte tensione con i dettami eurounitari<sup>1112</sup>.

In questo ambito, il decreto dignità decide altresì di intervenire sulla disciplina del contratto a termine nel settore della Scuola. Si tratta di un settore come noto da tempo retto da regole particolari e attraversato da permanenti tensioni, che, tuttavia, nell'economia del presente contributo non possono essere ripercorse. Si deve, al contempo, rimarcare che il settore non risulta escluso, come già notato, dall'applicazione delle regole dettate dal d.lgs. n. 81 del 2015 per i contratti a termine nel settore privato<sup>1113</sup>, ma altresì dalle regole dettate per i contratti a termine nell'impiego pubblico privatizzato, tranne che con riguardo a quella che impedisce la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni, in caso di violazione (anche) delle regole in materia di contratto di lavoro a termine<sup>1114</sup>.

Nel limitarci soltanto alle modifiche apportate dal decreto dignità, da un lato si interviene con *"misure finalizzate alla continuità didattica"*<sup>1115</sup>, volte, in estrema sintesi, a gestire il problema posto dai diplomati magistrali prima del 2001-2002, prima attraverso la proroga di tutti i contratti a termine fino al 30 giugno 2019, trasformando quelli a tempo indeterminato considerati decaduti a seguito di decisioni giurisdizionali (a causa della rilevata carenza del titolo professionale idoneo)<sup>1116</sup> in contratti a termine fino al 30 giugno 2019, e, successivamente, all'immissione in ruolo per il 50% dei posti vacanti attingendo alle graduatorie e per il restante 50% tramite concorso.

Inoltre, si dispone l'abrogazione del comma 131 dell'art. 1, l. 13 luglio 2015, n. 107<sup>1117</sup>, a norma del quale "A decorrere dal 1° settembre 2016, i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati, con il personale docente, educativo, amministrativo, tecnico e ausiliario presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, per la copertura di posti vacanti e disponibili, non possono superare la durata complessiva di trentasei mesi, anche non continuativi". Si trattava di una norma molto contestata inserita all'interno della cd. riforma della Buona scuola, volta a introdurre il limite di

<sup>1111</sup> Art. 29, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1112</sup> La stessa Corte di Giustizia UE (25 ottobre 2018, causa C-331/17, *Sciotta*) ancor più di recente si è espressa sulle Fondazioni lirico sinfoniche, dichiarando non conforme sul punto la normativa italiana a quella euro unitaria dettata dalla direttiva 99/70, cioè non giustificata l'esclusione di tali rapporti di lavoro dall'applicazione delle regole dettate in generale sul contratto di lavoro a termine.

<sup>1113</sup> Art. 29, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 81 del 2015. Questa esclusione – riproposta dal d.lgs. n. 81 del 2015 ma risalente al 2011 (art. 10, comma 4-bis, d.lgs. n. 368 del 2001, inserito dall'art. 9, comma 18, d.l. n. 70 del 2011, convertito in l. n. 106 del 2011) - si rese necessario al fine di porre argine al notevole contenzioso sviluppatosi nel settore della Scuola, proprio con riferimento alla reiterazione dei contratti di lavoro a termine oltre i limiti consentiti dalla legge e alla conseguente richiesta di conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato, anche se espressamente esclusa da legislatore. V. E. ALES, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni, un'analisi genealogica, in I rapporti di lavoro a termine*, a cura di R. Del Punta e R. Romei, Milano, 2013, 455 ss., anche per ulteriori riferimenti.

<sup>1114</sup> Art. 36, comma 5-*quiquies*, primo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001, aggiunto dall'art. 9, comma 1, lett. g), d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, per cui "Il presente articolo, fatto salvo il comma 5, non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica".

<sup>1115</sup> Art. 4 d.l. n. 87 del 2018, come modificato dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

<sup>1116</sup> Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 20 dicembre 2017, n. 11.

<sup>1117</sup> Art. 4 bis, d.l. n. 87 del 2018, rubricato *Modifica in materia di contratti a termine nel settore dell'insegnamento scolastico*, articolo introdotto dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

durata compatibile con l'ordinamento eurounitario, come richiesto dalla nota sentenza *Mascolo*<sup>1118</sup>, ottenendo anche l'avallo della Corte Costituzionale<sup>1119</sup>, ma al contempo producendo il divieto di attribuire supplenze al personale docente ed ATA con già 36 mesi di servizio". L'eliminazione del limite viene incontro, dunque, a pressanti esigenze del settore, anche se al contempo sembra riproporre tensioni sul piano della compatibilità euro-unitaria.

Il settore resta tuttavia in subbuglio, come dimostra la pendenza della causa C-494/17, *Rossato*, dinanzi alla Corte di Giustizia UE, in cui si chiede se, a fronte di abusiva reiterazione di contratti a termine in tale settore, le misure approntate dal legislatore italiano, che prevedono la stabilizzazione degli insegnanti a termine per il futuro, senza effetto retroattivo e senza risarcimento del danno, siano conformi a quanto imposto dalla direttiva 1999/70 quali misure proporzionate, sufficientemente energiche e dissuasive. Di recente, sono state presentate le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Szpunar<sup>1120</sup>. Ivi si osserva, in sintesi, che il conseguente divieto di qualsiasi risarcimento del danno per il passato, derivante dall'interpretazione restrittiva della normativa da parte dei giudici nazionali<sup>1121</sup>, determina la carenza di adeguatezza, ovvero del carattere effettivo e dissuasivo delle misure apprestate dal legislatore nazionale e, pertanto, si pone in contrasto con le regole dettate dalla direttiva comunitaria 1999/70, come sul punto già interpretata dalla sentenza *Mascolo*. In attesa della pronuncia della Corte le nebbie permangono.

#### 10. Quali sono gli equilibri oggi raggiunti? Il rapporto con il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Giunge infine il momento per tentare di valutare quali siano i punti di equilibrio (sempre precari) su cui oggi poggia il contratto di lavoro a tempo determinato dopo il decreto dignità. Se sul piano del mercato del lavoro, ossia nella direzione di incidenza sui tassi di occupazione stabile è ancora presto, come notato, per giudizi anch'essi stabili, invece qualcosa si può osservare in ordine alla funzione che il modello viene a svolgere.

Come osservato in apertura del presente contributo, il contratto a tempo determinato è investito da tempo da stress da sovraccarico funzionale, in quanto assunto a filtro improprio del lavoro precario. Se una considerazione del genere non è nuova, lo stress pare aumentare oggi, in quanto si aggiunge una apprezzabile divaricazione funzionale e causale dello strumento contrattuale. Invero, da quanto emerge dalla mutata disciplina ci troviamo di fronte a due definite tipologie di contratto di lavoro a termine: uno "libero" fino a dodici mesi e l'altro invece, astretto a causali molto stringenti, per durata da dodici a ventiquattro mesi, nonché in ogni caso di rinnovo.

E allora il primo viene ad assumere chiaramente la funzione di prova, più o meno lunga delle capacità professionali del lavoratore, oppure, al contempo, quella di strumento per coprire non dichiarate esigenze di lavoro occasionali. Se la prova dovesse essere superata e vi fossero reali

<sup>1118</sup> Corte Giust. 26 novembre 2014, *Mascolo* ed altri, C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13, in *LG*, 2015, 135, con nota di R. NUNIN, "Tanto tuonò che piovve": la sentenza "Mascolo" sull'abuso del lavoro a termine nel pubblico impiego.

<sup>1119</sup> Corte Cost. 20 luglio 2016, n. 187, in *LG*, 2016, 882 ss., con nota di R. NUNIN, *Precariato scolastico: la Consulta dice basta agli abusi (ma non scioglie tutti i nodi)*.

<sup>1120</sup> In data 6 dicembre 2018.

<sup>1121</sup> Si tratta delle sentenze della Corte Cost. e della Cassazione citate in precedenza; cfr., inoltre, nella medesima direzione, Cass., 7 novembre 2016, nn. 22552, 22553, 22554, 22555, 22556 e 22557; cfr. in tema F. M. PUTATURO DONATI, *Precariato pubblico, effettività della tutela e nuova questione di legittimità costituzionale*, in *ADL*, 2017, 72 ss.

necessità aziendali è a questo punto che probabilmente potrebbe aprirsi l'occasione di un'assunzione a tempo indeterminato di quel lavoratore. Una possibilità del genere peraltro è più facile che si inveri per lavoratori dotati di un certo grado di professionalità, mentre resta più difficile per altri che ne risultino privi<sup>1122</sup>.

La seconda versione, invece, quella necessariamente "causale" risulta utilizzabile in casi del tutto eccezionali per esigenze non preventivabili dell'impresa, che, se reali, difficilmente preludono a una successiva trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato, a meno che al loro esaurimento emerga contemporaneamente l'esigenza di una posizione a tempo indeterminato.

Peraltro, sebbene le due "sottotipologie" non vengano delineate in modo distinto, al fine di giustificare il contratto a termine "causale" in caso di proroga oltre i dodici mesi complessivi, nonché di rinnovo del contratto va evidentemente reciso ogni legame con il precedente contratto acausale, pena l'ulteriore difficile tenuta della sua proroga o del secondo contratto. Si vuol dire, come abbiamo già notato, che se l'esigenza eccezionale e imprevedibile nel primo contratto a termine (sotto i dodici mesi) manca, ciò se non vale a inficiare la sua validità, mette in dubbio la tenuta delle condizioni che si dovessero esplicitare in caso di sua proroga oltre i dodici mesi complessivi o di suo rinnovo, laddove le attività rese dal lavoratore rimangano le stesse. Il rischio, come si può notare, aumenta nei fatti, tanto da relegare ulteriormente ai margini l'utilizzo del contratto a termine nella versione "causale".

Si rifletta poi sul fatto che l'ottenimento in sede giudiziale della conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, con effetto non formalmente ma sostanzialmente analogo alla reintegrazione nel posto di lavoro, crea *iussu iudicis* nel contesto aziendale una posizione a tempo indeterminato di cui l'impresa probabilmente non ha necessità. Si tratta, per dirla tutta, della costituzione di una posizione lavorativa da subito in esubero, rispetto all'organizzazione del datore di lavoro. Se nei fatti non si procede di solito al licenziamento del dipendente con contratto di lavoro convertito a tempo indeterminato è per il fondato timore, da parte del datore di lavoro, di una condanna per licenziamento illegittimo in quanto non tanto privo di gmo, ma ritorsivo, in quanto intimato nei confronti di un lavoratore che ha appena vinto la causa per termine illegittimo. In realtà, così si confondono i piani, giacché resta apprezzabile l'esubero oggettivo di quella determinata posizione a tempo indeterminato che probabilmente il datore di lavoro non avrebbe voluto.

Su un piano più generale si può aggiungere che sono le imprese a non essere più da tempo a tempo indeterminato, giacché la oramai velocissima e inarrestabile evoluzione tecnologica (sarremo alla quarta rivoluzione industriale), rende rapidamente fuori mercato molteplici attività a vantaggio di altre. Insomma, il valore da difendere non pare essere più quello dell'unico contratto a tempo indeterminato, che si rivela prospettiva passatista nel contesto dell'attuale economia globale, ma della continuità dell'occupazione, che il legislatore ha il compito se non di garantire di promuovere e sostenere, attraverso strumenti ovviamente multi direzionali. L'accanimento sul contratto di lavoro a tempo determinato in questo contesto diviene sempre meno plausibile e sostenibile sul piano generale.

## PARTE SECONDA.

<sup>1122</sup> Cfr. anche A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

### 11. L'indagine: la valutazione del nuovo assetto della somministrazione di lavoro dopo il *decreto dignità* del 2018.

La conclamata forte dinamicità strutturale e funzionale dell'istituto della somministrazione di lavoro trova riscontro anche negli equilibri solo transeunti raggiunti, portato di continui interventi del legislatore. Se, invero, ulteriori assestamenti si erano registrati in occasione del riordino delle tipologie contrattuali realizzato dal *Jobs Act* con il d.lgs. n. 81 del 2015, questi ora vengono tuttora rimessi in discussione dalle novità introdotte dal decreto dignità del 2018<sup>1123</sup>.

Abbiamo già vagliato in testa al presente contributo gli intenti generali sottesi al decreto dignità<sup>1124</sup>. Occorre chiedersi inoltre se e in che misura queste considerazioni possano essere trasposte sul versante del lavoro in somministrazione. Ciò presuppone una valutazione dell'attuale assetto dell'istituto come delineato dagli ultimi interventi del legislatore.

### 12. La liberalizzazione del contratto commerciale di somministrazione realizzata dal *Jobs Act* e non incisa dal *decreto dignità*.

Nel riferirci solo alle tappe più recenti di evoluzione dell'istituto, occorre rimarcare che attraverso l'eliminazione nel 2015 con il *Jobs Act* delle causali tipiche di utilizzo per la somministrazione a tempo indeterminato, sulla scia di quanto già disposto dal d.l. n. 34 del 2014 per quella a tempo determinato<sup>1125</sup>, si era giunti, se non alla completa liberalizzazione dell'istituto, di certo all'eliminazione dei vincoli più stringenti al suo utilizzo<sup>1126</sup>.

Quella novità trovava un parziale temperamento nella coeva previsione, anch'essa tuttora vigente, che ha imposto per la somministrazione a tempo indeterminato esclusivamente l'utilizzo dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione<sup>1127</sup>, così recependo nella legge una previsione già dettata dalla contrattazione collettiva<sup>1128</sup>. L'intento è quello di incentivare l'assunzione a tempo indeterminato di lavoratori da parte dell'agenzia di somministrazione, giacché non è più possibile utilizzare diversi lavoratori assunti a tempo determinato dall'agenzia per "riempire" un contratto di somministrazione stipulato a tempo indeterminato con un'impresa utilizzatrice.

Sul punto possiamo aggiungere che il legislatore del 2018 non ha colto l'occasione per un aggiustamento di mira che appariva necessario, in ordine alla sanzione per la violazione di un tale obbligo. Invero, in virtù della collocazione della regola in una disposizione che si occupa per il resto dei limiti quantitativi alla somministrazione a tempo indeterminato<sup>1129</sup>, la sua violazione ricade

<sup>1123</sup> D.l. n. 87 del 12 luglio 2018, convertito in l. n. 96 del 9 agosto 2018.

<sup>1124</sup> V. *supra*, parte I, § 1.

<sup>1125</sup> Cfr. C. ZOLI, *La somministrazione di lavoro dal pacchetto Treu al decreto Poletti: un lungo percorso sulla via della liberalizzazione*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014, a cura di F. Carinci, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 40, 242 ss.; F. PANTANO, *Il nuovo art. 20 del d.lgs. n. 276/2003 e l'adattamento della direttiva sul lavoro tramite agenzia*, in *RGL*, 2014, I, 763 ss.

<sup>1126</sup> Cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro liberalizzata*, in *Il codice dei contratti*, a cura di A. Pandolfo, M. Magnani, P.A. Varesi, Torino, 2016, 155 ss.; F. FURLAN, *La somministrazione di lavoro all'indomani del Jobs Act*, in *Commentario breve alla Riforma "Jobs Act"*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Padova, 599 ss.

<sup>1127</sup> Art. 31, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1128</sup> Art. 48, Ccnl 27 febbraio 2014 per le agenzie di somministrazione; cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 174.

<sup>1129</sup> Art. 31, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

nel rinvio “omnicomprensivo” dettato al fine di individuare le ipotesi ascrivibili alla somministrazione irregolare, con la prescritta conseguenza, anche per tale peculiare ipotesi, della costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell’utente<sup>1130</sup>, nonché di sanzioni amministrative in capo allo stesso soggetto<sup>1131</sup>. In questo caso l’inadempimento è di certo ascrivibile all’agenzia di somministrazione e, peraltro, l’utente normalmente non potrebbe averne alcuna contezza, ma ne viene tuttavia a soffrire le conseguenze attraverso l’imputazione del rapporto di lavoro<sup>1132</sup>. La soluzione coerente con un tale assetto sarebbe stata, e pare continui a essere, quella della conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato in capo all’agenzia di somministrazione, quale autrice della violazione della norma.

In ogni caso, al netto delle “convenienze” economiche, ieri come oggi non risulta essere vietato “riempire” una somministrazione a tempo indeterminato attraverso diversi lavoratori assunti a tempo indeterminato dall’agenzia di somministrazione, i quali, ad es., al termine di una missione a tempo determinato, vengano sostituiti da altri, tornando nella disponibilità dell’agenzia, libera a quel punto di utilizzarli in un’altra missione pur, nel frattempo, essendo tenuta a riconoscere l’indennità di disponibilità<sup>1133</sup>, ciò che dovrebbe indurla a reperire repentinamente agli stessi la missione. Inoltre, se il divieto è disposto solo per la somministrazione a tempo indeterminato (nei termini chiariti), pare possibile che anche una somministrazione a tempo determinato, ad es. di un anno, possa essere “riempita” attraverso diversi lavoratori, i quali, sempre ad es., si succedano di mese in mese.

L’intervento del 2015, attraverso l’esplicito riferimento al presupposto della “assunzione a tempo determinato” del lavoratore da parte del somministratore<sup>1134</sup> in luogo dell’ambiguo precedente riferimento alla “somministrazione a tempo determinato”<sup>1135</sup> è valso anche a chiarire che il richiamo alla normativa sul lavoro a termine vale per la regolamentazione del rapporto di lavoro a termine tra l’agenzia e il lavoratore, non interferendo, dunque, con quella del contratto di somministrazione a termine tra agenzia e impresa utilizzatrice<sup>1136</sup>.

Pertanto – non appare inutile ribadirlo - a differenza del contratto di lavoro a tempo determinato stipulato tra somministratore e lavoratore, astretto dalla durata massima ora di 24 mesi (pur superabile in determinate ipotesi)<sup>1137</sup>, continua a non sussistere alcun limite di questo tipo per la somministrazione a tempo determinato, ovvero con riferimento al contratto di somministrazione tra agenzia e impresa utilizzatrice.

Questo può rappresentare il primo punto di approdo precedente, volto a costituire quello di nuova partenza per analizzare le innovazioni apportate dal decreto dignità, che si sviluppano sull’implicitamente ribadito presupposto della distinzione ontologica e dell’autonomia concet-

<sup>1130</sup> Art. 38, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1131</sup> Art. 40, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1132</sup> Cfr. sul punto già A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 164-165.

<sup>1133</sup> Cfr. anche V. FILI, *Prime note sulla somministrazione di lavoro (artt. 30-40)*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. Carinci, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series n. 48, 197 ss.

<sup>1134</sup> Art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1135</sup> Art. 22, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1136</sup> Cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 174; V. FILI, *Prime note*, cit., 217 ss.; F. FURLAN, *La somministrazione di lavoro all’indomani del Jobs Act*, in *Commentario breve alla Riforma “Jobs Act”*, a cura di G. Zilio Grandi - M. Biasi, Padova, 2016, 619 ss.

<sup>1137</sup> Art. 19, commi 2 e 3, d.lgs. n. 81 del 2015.

tuale del contratto (cd. commerciale) di somministrazione tra impresa utilizzatrice e agenzia rispetto al contratto di lavoro tra quest'ultima e il lavoratore. Come vedremo, le novità si traducono in nuovi vincoli che astringono quest'ultimo contratto, quello di lavoro e, invece, toccano il contratto commerciale di somministrazione solo con riguardo ai limiti percentuali di utilizzo dello strumento, nonché alla reintrodotta ipotesi della somministrazione fraudolenta.

### 13. Le novità apportate dal decreto dignità: le regole sul contratto di lavoro a termine applicabili al rapporto di lavoro a termine tra agenzia di somministrazione e lavoratore. La durata del contratto.

Il tentativo, dunque, di offrire risposta all'interrogativo iniziale non può che passare attraverso l'analisi dell'assetto attuale dell'istituto, delineatosi a seguito dell'ultimo intervento del legislatore.

Il decreto dignità modifica innanzitutto le regole sul contratto di lavoro a termine applicabili al rapporto di lavoro a termine tra agenzia di somministrazione e lavoratore. Immediatamente apprezzabile si rileva l'eliminazione dell'ambigua e fuorviante clausola di compatibilità con le disposizioni dettate dal medesimo d.lgs. n. 81 del 2015 sul contratto a tempo determinato<sup>1138</sup>. Inoltre, viene ristretta l'area delle disposizioni dettate sempre in tema di contratto a tempo determinato escluse per tale ipotesi: si tratta ora solo di quelle in tema di intervalli tra un contratto e l'altro, in tema di limiti percentuali, nonché quelle sui diritti di precedenza<sup>1139</sup>. Peraltro, in virtù del medesimo rinvio, risultano fuori dall'applicazione delle regole in materia di contratto a termine le medesime ipotesi escluse con riguardo al contratto di lavoro a tempo determinato<sup>1140</sup>.

Risultano, dunque, oggi applicabili le regole in tema di limiti temporali, sia riferiti al singolo contratto che complessivi, prima escluse. Si tratta dei limiti complessivi di durata del suddetto contratto, che non può superare i 24 mesi<sup>1141</sup>, salva la possibilità di diverse disposizioni dettate dai contratti collettivi in caso di successione dei contratti<sup>1142</sup>, nonché della stipula di un ulteriore contratto a tempo determinato tra gli stessi soggetti della durata massima di dodici mesi<sup>1143</sup>.

Occorre chiedersi se per il computo di tale periodo massimo siano da conteggiare anche i contratti a termine stipulati dall'agenzia di somministrazione prima dell'entrata in vigore della nuova normativa. A seguire il dettato della legge, la novella dell'art. 34, d.lgs. n. 81 del 2015, trova applicazione a partire dal 14 luglio 2018, giorno successivo all'entrata in vigore del d.l. n. 87 del 2018<sup>1144</sup>. Da tale data, dunque, trovano applicazione al contratto di lavoro a termine stipulato tra

<sup>1138</sup> Nella sua previgente originaria formulazione, l'art. 34, comma 2, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015 era così formulato: "In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III per quanto compatibile, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 19, commi 1, 2 e 3, 21, 23 e 24".

<sup>1139</sup> Art. 34, comma 2, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015, così modificato dall'art. 2, comma 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96, per cui "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 21, comma 2, 23 e 24".

<sup>1140</sup> Si tratta delle ipotesi delineate dall'art. 29, d.lgs. n. 81 del 2015, la cui analisi esula dall'economia del presente contributo.

<sup>1141</sup> Art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015, come sostituito dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 1), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1142</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a), n. 2), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96.

<sup>1143</sup> Art. 19, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1144</sup> Art. 15, d.l. n. 87 del 2018.

somministratore e lavoratore le citate regole sulla durata massima. Se ne deve dedurre che ai fini del suo calcolo non vadano conteggiati i contratti di lavoro a termine stipulati dalle stesse parti in data antecedente e già cessati. Inoltre, i contratti in corso alla stessa data con durata superiore ai 24 mesi andranno a naturale scadenza, ma non potranno essere prorogati, se con la proroga vadano a superare quel limite. Per il resto il regime transitorio segue quello dettato in tema di contratto di lavoro a termine *tout court*<sup>1145</sup>.

Le nuove regole vengono comunque a incidere anche sulla disciplina dettata sul punto dalla contrattazione collettiva, in questo caso dal Ccnl delle Agenzie di somministrazione. Invero, quello del 2014 tuttora vigente dispone un limite massimo di durata di 36 mesi riferito al singolo contratto di lavoro<sup>1146</sup>; peraltro nel quadro previgente risultava possibile alla fine di quel primo contratto a termine stipulare un nuovo contratto di lavoro a termine, ricominciando il periodo a decorrere da capo, giacché non trovavano applicazione le regole in materia di successione dei contratti di lavoro a termine<sup>1147</sup>. Ora, invece, il limite massimo va riportato a quello legale imposto dall'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015 di 24 mesi, giacché si deve ritenere che la contrattazione collettiva, in mancanza di espresso rinvio legale derogatorio, non risulti abilitata a intervenire sulla durata del primo contratto. Al contempo, la durata del primo contratto va ora necessariamente sommata con quella degli eventuali contratti a termine successivi, giacché viene ora imposta anche l'applicazione dell'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che a questa ipotesi fa riferimento. In virtù di quest'ultima disposizione, la disciplina della successione dei contratti è aperta comunque alle diverse determinazioni della contrattazione collettiva<sup>1148</sup>.

In caso di violazione del limite massimo di durata del contratto di lavoro a termine, la sanzione consiste nella "trasformazione" (*rectius* conversione) in contratto di lavoro a tempo indeterminato dalla data del superamento del limite, in capo al datore di lavoro, in questo caso l'agenzia di somministrazione.

Debbono così ritenersi superate le previsioni dettate dalla contrattazione collettiva, che prevedono soltanto un sistema costruito, anche in caso di violazione dell'allora limite solo contrattuale dei 36 mesi, sull'assunzione volontaria e incentivata a tempo indeterminato in capo all'agenzia di somministrazione<sup>1149</sup>. L'incentivo viene ivi previsto anche in caso di "trasformazione" del contratto da tempo determinato in tempo indeterminato, ma l'ipotesi sembra ora riferibile soltanto al caso della trasformazione vera e propria, ossia quella volontariamente disposta dall'agenzia di somministrazione e non riferibile più all'ipotesi di trasformazione coatta *iussu iudicis* (*rectius* trasformazione), di per sé evidentemente non incentivabile, giacché ora imposta dalla legge.

Occorre, comunque, considerare che il limite legale dei 24 mesi sia imposto ora per i contratti di lavoro a termine stipulati anche dall'agenzia di somministrazione con il medesimo lavoratore, ma, come per il contratto a termine *tout court*, soltanto per quelli "conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale"<sup>1150</sup>. Tale declinazione del limite viene in concreto a

<sup>1145</sup> V. *supra*, parte I, § 7.

<sup>1146</sup> Art. 47, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

<sup>1147</sup> Art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1148</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1149</sup> Art. 48, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

<sup>1150</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

spiegare effetti più vasti nell'ambito della somministrazione di lavoro. Invero, mentre in caso di contratto a termine *tout court* il raffronto va operato sulle mansioni rese nei confronti del medesimo soggetto datore di lavoro, nel caso della somministrazione le missioni vengono fisiologicamente effettuate presso imprese diverse, le quali possono adottare diversi sistemi di classificazione del personale, che si traducono in livelli difficilmente assimilabili tra loro<sup>1151</sup>. Se, dunque, in caso di formale adibizione del lavoratore in missione presso un utilizzatore a mansioni di diverso livello rispetto a quelle svolte in una precedente missione il periodo precedente si potrebbe non sommare al successivo al fine di integrare il limite temporale, non si può escludere che vi sia spazio per il giudice per una comparazione effettiva sia del contenuto professionale richiesto da livelli formalmente non comparabili, in quanto relativi a diversi contratti collettivi, sia per verificare in concreto se le mansioni effettivamente svolte corrispondano ai livelli dichiarati. Occorre prestare attenzione all'eventualità che in caso di volontaria dissimulazione del livello effettivo ai fini del non superamento del limite, possa risultare integrata un'ipotesi di somministrazione fraudolenta, che è stata reintrodotta dal decreto dignità<sup>1152</sup>.

Il limite dei 24 mesi non opera altresì per le attività stagionali, come avviene per il contratto a termine *tout court*, ovviamente nel nostro caso riferite all'attività svolta dall'impresa utilizzatrice. Si tratta delle attività stagionali individuate tuttora dal D.P.R. n. 1525 del 1065, nonché dai contratti collettivi<sup>1153</sup>.

### 13.1. L'applicazione delle condizioni di utilizzo del contratto a termine "esclusivamente all'utilizzatore".

In ordine, invece, all'applicabilità al suddetto contratto di lavoro a tempo determinato tra agenzia di somministrazione e lavoratore delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1, per contratti di durata superiore a 12 mesi (sempre entro il limite complessivo dei 24 mesi) la questione risulta più complessa, in quanto entra in gioco una peculiare disposizione introdotta dal decreto dignità di quantomeno complicata decodificazione. Invero, in riferimento alle condizioni di utilizzo del contratto a termine ora imposte dal novellato art. 19, commi 1, d.lgs. n. 81/2015 la legge prescrive che "nel caso di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro si applicano esclusivamente all'utilizzatore"<sup>1154</sup>.

Intanto, va stigmatizzato che la citata disposizione, resti collocata fuori dal d.lgs. n. 81 del 2015, giacché non novella o integra alcuna sua norma, ciò che contribuisce, quantomeno sotto il profilo formale, a minare l'originale valenza dello stesso decreto legislativo quale testo autosufficiente in materia di tipologie contrattuali. In ogni caso, si tratta di certo di una delle disposizioni del decreto dignità più complesse e invero enigmatiche, in quanto la sua oscura formulazione rende possibili diverse interpretazioni.

Esemplificando le due posizioni possibili, da un lato si potrebbe ritenere che la previsione riguardi

<sup>1151</sup> V. art. 28, comma 2, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014, per il quale "Ai fini dell'attribuzione del livello di inquadramento contrattuale per ogni singolo rapporto di lavoro si deve fare riferimento, in coerenza con la suesposta classificazione in gruppi, ai diversi livelli/categorie di inquadramento previste per le specifiche mansioni di cui al CCNL delle imprese utilizzatrici".

<sup>1152</sup> Art. 38-bis, d.lgs. n. 81 del 2015, v. *infra*, § 6.

<sup>1153</sup> Art. 19, comma 2, che rinvia all'art. 21, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1154</sup> Art. 2, comma 1-ter, d.l. n. 87 del 2018, aggiunto dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

il contratto commerciale di somministrazione, in cui l'utilizzatore è formalmente parte contrattuale, reintroducendosi in tal modo un sistema di giustificazione del suddetto contratto, superato nel 2014 e 2015, come già notato, per il contratto di somministrazione a tempo determinato e a tempo indeterminato, con conseguente integrazione di un'ipotesi di somministrazione irregolare, in caso di violazione della norma.

Tuttavia, le ipotesi di somministrazione irregolare, come abbiamo già notato, sono espressamente individuate dalla legge<sup>1155</sup>. Ulteriori ipotesi non espressamente disposte non paiono individuabili in via interpretativa, in quanto quelle delineate dalla legge non possono che essere considerate tassative, data la peculiare sanzione della "trasformazione" in contratto di lavoro a tempo indeterminato in capo a un diverso soggetto, che in precedenza non rivestiva la veste di datore di lavoro.

In una tale prospettiva, sul piano lessicale appare coerente la prevista applicazione delle condizioni "esclusivamente all'utilizzatore" e quindi, non in capo all'agenzia di somministrazione. Lo stesso riferimento unilaterale, invece, risulterebbe privo di significato se si dovesse ritenere che le suddette condizioni debbano trovare applicazione in relazione al contratto commerciale di somministrazione stipulato tra agenzia e utilizzatore. Inoltre, si tratta di condizioni previste per un contratto di lavoro a tempo determinato, mentre il contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato può essere realizzato sia attraverso utilizzo di lavoratori assunti a termine, ma altresì attraverso lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione.

La lettura da preferire appare dunque quella per cui le suddette "condizioni" vadano a incidere sul contratto di lavoro a termine stipulato dall'agenzia di somministrazione con il lavoratore, anche se devono essere espresse in questo caso dall'utilizzatore. Si tratta di ragioni che inducono l'utilizzatore a richiedere un lavoratore in somministrazione, ma incidono sulla legittimità del contratto di lavoro a termine stipulato a tal fine dall'agenzia di somministrazione<sup>1156</sup>.

In ordine alle condizioni in tal modo imposte si può richiamare quanto osservato e osservabile in merito al contratto a tempo determinato *tout court*, in relazione al loro grado di genericità e difficile determinatezza<sup>1157</sup>.

Quanto all'ambito di incidenza della norma, di certo per contratti di lavoro a tempo determinato stipulati dall'agenzia con un lavoratore da inviare in missione di durata inferiore a 12 mesi le condizioni non sono necessarie, salvo il caso in cui vi sia un rinnovo del contratto, così come imposto per i contratti a termine *tout court*<sup>1158</sup>.

Le condizioni inoltre non sono necessarie, qualunque sia la durata del contratto a termine stipulato dall'agenzia, allorché la missione del lavoratore attenga ad attività stagionali, come avviene

<sup>1155</sup> Art. 38, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1156</sup> Cfr. in termini, anche in base a ulteriori motivazioni, A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.; F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 16 ss.

<sup>1157</sup> V. *supra*, parte I, § 3.

<sup>1158</sup> Art. 19, commi 1 e 4, d.lgs. n. 81 del 2015. La peculiare questione relativa ai rinnovi dei contratti a termine, stipulati per inviare in missione i lavoratori presso imprese utilizzatrici diverse sarà affrontato più avanti, in sede di analisi di quell'istituto, v. *infra*, § 3.3.

per il contratto a termine *tout court*, ovviamente nel nostro caso riferite all'attività svolta dall'impresa utilizzatrice. Si tratta delle attività stagionali individuate tuttora dal D.P.R. n. 1525 del 1065, nonché dai contratti collettivi<sup>1159</sup>.

Qualora necessarie, nei termini sopra delineati, le condizioni di utilizzo vanno apposte, dunque, al contratto di lavoro a termine stipulato tra agenzia e lavoratore. Sarà comunque compito della stessa agenzia di somministrazione richiedere prima della stipula del contratto di lavoro all'utilizzatore la specificazione delle condizioni. Si tratta di una evidente complicazione, dato che lo strumento della somministrazione gioca il proprio ruolo nel mercato del lavoro proprio sulla rapidità di risposta alle esigenze di forza lavoro da parte delle imprese. Si vuol dire che normalmente alla stipula di un contratto di somministrazione segue in tempi brevissimi l'invio del lavoratore in missione, assunto normalmente *ad hoc* con contratto di lavoro a tempo determinato dall'agenzia. Non è difficile, pertanto, prevedere che le condizioni laddove necessarie siano inserite nello stesso contratto commerciale di somministrazione, anche se non richieste quale necessario requisito di quel contratto, oppure in un atto separato, ma sempre a quello contestuale.

Allo stesso tempo, le agenzie di somministrazione si troveranno a svolgere di fatto funzione di consulenti per le imprese utilizzatrici al fine di individuare le specifiche condizioni che legittimino la stipula del contratto di lavoro a tempo determinato stipulato per il lavoratore inviato in missione. Si potrebbe giungere anche a predisporre moduli da parte delle agenzie di somministrazione in cui vengano esemplificate ipotesi concrete che soddisfino una delle condizioni previste dalla legge, da proporre all'impresa utilizzatrice al fine della loro individuazione. Una scelta del genere risulterebbe funzionale alle esigenze di celerità e fluidità dello strumento della somministrazione di lavoro, anche se in tal modo si può incorrere nel rischio che in sede giudiziale si possano ritenere le suddette condizioni non genuine, in quanto "preconfezionate" dalle agenzie.

A questo punto, se le condizioni indicate dall'impresa utilizzatrice non tengono alla prova del giudizio, occorre chiedersi quale conseguenza ne debba derivare. Il vizio attiene al contratto di lavoro tra somministratore e lavoratore, sicché la prescritta sanzione della conversione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato<sup>1160</sup> non potrà che realizzarsi in capo all'agenzia di somministrazione, quale datore di lavoro. Se la scelta del legislatore di far gravare su tale soggetto le conseguenze della rilevata carenza delle condizioni imposte dalla legge desta diffuse perplessità, tanto da essere definita irrazionale<sup>1161</sup>, si tratta pur sempre di un elemento di validità del contratto di lavoro a termine stipulato dal somministratore.

Siamo di fronte a un obbligo gravante su una parte del contratto commerciale di somministrazione (l'utilizzatore), il cui inadempimento viene tuttavia a gravare su una parte del contratto di lavoro (l'agenzia di somministrazione), quale conseguenza del collegamento negoziale tra i due citati contratti, schema giuridico come noto da tempo prescelto per spiegare in questo caso la scissione tra i poteri datoriali<sup>1162</sup>. Occorre, al contempo, essere avvertiti che si tratti di una forma di collegamento negoziale imposta dal legislatore, che regola espressamente i diritti e gli obblighi

<sup>1159</sup> Art. 21, comma 01, che rinvia al comma 2 del medesimo art. 21, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1160</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1161</sup> Così A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.

<sup>1162</sup> Cfr. R. DEL PUNTA, *La "fornitura del lavoro temporaneo" nella l. n. 196/1997*, in *RIDL*, 1998, I, 209 ss.; A. PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *RGL*, 1999, I, 246 ss.; R. ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *DLRI*, 2006, 417 ss.; P. TULLINI, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, in *ADL*, 2003, 93.

gravanti sulle parti, anche in virtù dello stesso collegamento negoziale, sul quale, data la inderogabilità della normativa, le parti non hanno possibilità di agire modificandone gli effetti, che restano quelli fissati dalla legge. Ciò implica, in particolare, che i vizi che colpiscono uno dei due contratti si trasmettono all'altro solo ove espressamente previsto, mentre, invece, la civilistica tende, in caso di collegamento volontario disposto dalle parti, a 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 apprezzare come alla stregua di un unico contratto<sup>1163</sup>.

Comunque, in caso di comunicazione da parte dell'utilizzatore di causali che poi non reggono alla prova del giudizio, pare potersi configurare un diritto al risarcimento del danno in capo all'agenzia di somministrazione, la quale subirebbe il pregiudizio di assumere il dipendente a tempo indeterminato. Si tratta di una responsabilità di tipo contrattuale, che trova fonte appunto nel collegamento negoziale tra contratto di somministrazione (tra agenzia e impresa utilizzatrice) e contratto di lavoro (tra agenzia e lavoratore).

### 13.2. Le proroghe.

Quanto poi alla disciplina della proroga del contratto di lavoro a termine, occorre notare che in precedenza risultava esclusa l'applicazione dell'intero art. 21, d.lgs. n. 81 del 2015. Ora, invece, viene esclusa l'applicazione del solo secondo comma del suddetto art. 21, sul regime degli intervalli tra un contratto a termine e il successivo<sup>1164</sup>, sicché il nuovo comma 01, nonché il modificato comma 1 del suddetto articolo risultano, almeno formalmente applicabili.

La questione si pone in quanto tale ultime disposizioni vanno coordinate con la peculiare regola dettata già nel 2015 e non modificata nel 2018 in tema di somministrazione di lavoro, per cui "Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore"<sup>1165</sup>, che, in precedenza, nel 2015, era la sola a disciplinare la proroga del contratto a termine nel quadro della somministrazione di lavoro. Ora, invece, il dettato della legge pone il problema della formale compresenza delle due regolamentazioni del medesimo istituto, quella generale in tema di proroga del contratto a tempo determinato e quella particolare, dettata nel quadro della somministrazione di lavoro. Peraltro, occorre considerare che nella versione originaria dall'art. 2, comma 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, che ha novellato l'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, l'art. 21 del medesimo decreto fosse richiamato, e, quindi, risultava ancora interamente escluso, mentre attraverso la legge di conversione si specifica che ad essere escluso è il solo comma 2 del medesimo articolo, ovvero la disposizione relativa al regime degli intervalli. Ciò induce a ritenere che non si tratti di una svista del legislatore, ma, invece, se ne dovrebbe desumere un'espressa volontà di applicare le regole dettate dagli altri commi del medesimo art. 21.

Occorre attribuire un significato al mutamento della normativa, ma al contempo tener in conto le peculiarità espresse dalla perdurante disposizione citata, che, tuttavia, viene ora calata in un contesto mutato, tanto da assumere una diversa portata. Se l'intento era quello di applicare per

<sup>1163</sup> Cfr., per tutti, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV Ed., Torino, 2016, 78 ss. e ivi ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

<sup>1164</sup> Art. 34, comma 2, primo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1165</sup> Art. 34, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

intero anche in tema di proroghe le regole prescritte per il contratto a tempo determinato *tout court*, la norma “particolare” andava coerentemente abrogata; se, invece, si volevano comunque salvaguardare le peculiarità di utilizzo dell’istituto nel quadro della somministrazione, allora andava espressamente esclusa l’applicazione delle regole generali dettate dai commi 01 e 1 dell’art. 21 in tema di proroga del contratto di lavoro a termine. In questa ultima preferibile prospettiva, da un lato il riferimento a quelle disposizioni può trovare una sua ragione nel fatto che esse si riferiscano, oltre che alla regola, da ritenere inderogabile anche dalla contrattazione collettiva, relativa alla trasformazione in contratto a tempo indeterminato in caso mancanza delle “condizioni”, oppure di superamento del numero delle proroghe previsto<sup>1166</sup>, anche ai rinnovi e alle attività stagionali<sup>1167</sup>, nonché all’esclusione per le start up<sup>1168</sup>, ma dall’altro occorre un rinvio “chirurgico” soltanto a quelle disposizioni, mentre l’attuale rinvio generico anche a tutte le disposizioni in tema di proroghe ingenera confusione.

Nel tentativo di rendere plausibile l’incerta compatibilità, pare comunque potersi attribuire prevalenza, in quanto tale, alla norma “speciale”, non superabile dalla norma generale posteriore (*lex specialis derogat legi generali; lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*) in ordine alle motivazioni da addurre alle eventuali proroghe del contratto, sicché il riferimento ai “casi” previsti dal contratto collettivo consentirebbe di non rispettare le condizioni richiamate dall’art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015, nel senso di sostituirsi a queste al fine di legittimare la proroga che determini una durata complessiva del contratto a termine superiore a 12 mesi. Per questa ipotesi, la previsione collettiva verrebbe ad assumere una funzione propriamente derogatoria del precetto legale, con conseguente possibile determinazione di condizioni meno restrittive di utilizzo e, quindi, andando oltre quelle imposte dalla legge.

In ogni caso la difficile convivenza tra le citate regole generali e speciali trova riscontro nell’analisi delle disposizioni dettate dal richiamato contratto collettivo applicato dal somministratore. In un contesto allora di proroga “libera” ci si limita a prevedere, come già notato in relazione alla durata del contratto a termine, che “il singolo contratto, comprensivo delle eventuali proroghe, non può avere una durata superiore a 36 mesi”<sup>1169</sup>, ribadendo dunque sul punto l’allora assetto legale, ovvero limite di 36 mesi e proroga libera da condizioni.

L’unico caso espressamente previsto è quello per cui “nei casi di somministrazione per la sostituzione di lavoratori assenti, il periodo iniziale della missione può essere prorogato fino alla permanenza delle ragioni che hanno causato le assenze”<sup>1170</sup>. Un’ipotesi del genere risultava conforme al precedente quadro normativo, ma ora pone problemi di compatibilità con l’attuale. Trattandosi di un’ipotesi relativa alla sostituzione di un lavoratore, quanto alla motivazione pare poter rientrare in una delle condizioni prescritte per il contratto a tempo determinato *tout court* di durata superiore a 12 mesi, che appunto si riferisce a “esigenze di sostituzione di altri lavoratori”<sup>1171</sup>, mentre risulta ultronea per contratti di durata inferiore, ma comunque non *contra legem*. Invece, crea problemi in relazione alla durata, in quanto prevista proprio nella prospettiva di consentire

<sup>1166</sup> Art. 21, comma 01, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1167</sup> Art. 21, commi 01 e 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1168</sup> Art. 21, comma 3, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1169</sup> Art. 47, comma 1, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

<sup>1170</sup> Art. 47, comma 3, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

<sup>1171</sup> Art. 19, comma 1, lett. a), applicabile anche al contratto a termine stipulato nell’ambito di una somministrazione di lavoro, in virtù del rinvio operato anche a questa disposizione dall’art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

il superamento dell'allora limite temporale dei 36 mesi, oggi ridotto a 24. Al fine di considerare la previsione ancora valida ed efficace, si deve ritenere che alla contrattazione collettiva rimanga affidata dalla norma speciale (che fa espresso riferimento alla durata della proroga) la possibilità di derogare tramite la proroga a tale limite.

Qualche dubbio, in verità si deve esprimere con riguardo al numero massimo delle proroghe possibili, in quanto il riferimento posto dalla norma speciale alla durata deve essere in realtà stirato in via interpretativa per includere anche il numero delle proroghe, come comunque pare possibile, valorizzando la *ratio* complessiva della perdurante norma speciale<sup>1172</sup>. Ne deriva la permanente validità della regola fissata dal contratto collettivo del 2014 in sei proroghe massime<sup>1173</sup>.

Infine, la previsione, infine, di un diritto all'informativa sulla durata della proroga<sup>1174</sup> non contrasta con alcuna norma di fonte legale, tanto da poter restare valida ed efficace.

### 13.3. I rinnovi.

Come già anticipato, anche sui rinnovi la disciplina viene a mutare rispetto all'assetto delineato nel 2015, in quanto ora, in virtù del rinvio operato alla disciplina imposta per il contratto a tempo determinato *tout court*, in ogni caso di rinnovo anche del contratto a termine stipulato nell'ambito di una somministrazione di lavoro dovranno essere esplicitate dall'impresa utilizzatrice (secondo quanto in precedenza osservato) le condizioni di cui all'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

Occorre a questo punto chiarire l'esatta portata della norma in relazione allo schema della somministrazione di lavoro. Di certo, per contratti di lavoro a tempo determinato stipulati dall'agenzia con un lavoratore da inviare in missione di durata inferiore a 12 mesi, le condizioni non sono necessarie, salvo il caso in cui vi sia un rinnovo del contratto, così come imposto per i contratti a termine *tout court*<sup>1175</sup>.

Resta inoltre possibile spingersi più in là, valorizzando la formula della legge che, come ricordato, impone l'applicazione delle suddette condizioni "esclusivamente all'utilizzatore"<sup>1176</sup>. Su un tale presupposto, si può, a mio avviso, giungere a ritenere che le condizioni debbano essere esplicitate soltanto nel caso in cui il contratto di lavoro a termine stipulato dall'agenzia con il lavoratore superi la durata dei 12 mesi, a causa di una proroga dello stesso, oppure venga rinnovato, solo se ciò avvenga per svolgere missioni in somministrazione per la medesima impresa utilizzatrice<sup>1177</sup>. Insomma, ai fini della necessità delle condizioni di utilizzo del contratto a termine, il contatore dei dodici mesi si azzerà nel passaggio del lavoratore in missione da un utilizzatore all'altro.

Sul piano pratico una tale soluzione pare impattare in modo particolare sul caso dei rinnovi del

<sup>1172</sup> Cfr. in tale direzione, invero senza dubbi, A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit.; A. MARESCA, *I rinvii*, cit., 4.

<sup>1173</sup> Art. 47, comma 1, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014.

<sup>1174</sup> Art. 47, comma 4, Ccnl agenzie di somministrazione del lavoro del 27 febbraio 2014, per cui "L'informazione al lavoratore/trice della durata temporale della proroga va fornita, salvo motivi d'urgenza, con un anticipo di 5 giorni rispetto alla scadenza inizialmente prevista o successivamente prorogata, e comunque mai inferiore a 2 giorni".

<sup>1175</sup> Art. 19, commi 1 e 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1176</sup> Art. 2, comma 1-ter, d.l. n. 87 del 2018, aggiunto dalla l. di conversione n. 96 del 2018.

<sup>1177</sup> In tale prospettiva si pone anche A. BOLLANI, *Contratto a termine e somministrazione*, cit., nonché la Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018, punto 2.2.; *contra* F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 18, in considerazione del fatto che le causali restano condizioni del contratto di lavoro stipulato dall'agenzia.

contratto a termine con il medesimo lavoratore. Cioè, ad es., se il contratto a termine viene stipulato per 6 mesi che coincidono con la durata della missione in somministrazione presso l'utilizzatore A, le condizioni non sono necessarie, per quanto rilevato in precedenza. Inoltre, nella lettura seguita, le stesse possono a nostro avviso rimanere non necessarie se, nell'esempio proposto con lo stesso lavoratore venga stipulato un ulteriore contratto a termine di 4 mesi, per inviare il lavoratore in missione presso l'utilizzatore B. Si resta, infatti, (6 + 4) sotto il tetto dei 12 mesi complessivi e l'ipotesi, ai soli fini della necessità delle condizioni, non può essere assimilabile a quella imposta in tema di rinnovi per il contratto a termine *tout court*, proprio in quanto non si realizza nei confronti del medesimo utilizzatore, cui la norma specifica si rivolge nel determinare l'ambito di applicazione peculiare delle condizioni di cui all'art. 19, comma 1. Si rifletta che, in caso contrario, nel nostro esempio l'utilizzatore B si troverebbe a dover indicare le condizioni di utilizzo per una missione di soli 4 mesi nei suoi confronti, sul presupposto dell'esistenza di un precedente contratto di lavoro stipulato dal lavoratore con la stessa agenzia (quello nel nostro esempio di 6 mesi) di cui, nel silenzio della legge sul punto, non è onerato di conoscere l'esistenza.

La questione a questo punto si sviluppa anche sul piano della interferenza tra contratti a termine stipulati da diversi datori di lavoro, ossia nel caso in cui un lavoratore sia già stato in missione presso un'impresa utilizzatrice e, poi, venga assunto a tempo determinato dalla medesima impresa. Al contempo, si può pensare al caso contrario, in cui il lavoratore sia stato già assunto in precedenza a termine direttamente dall'impresa presso la quale poi venga a svolgere la missione in somministrazione. Occorre chiedersi se il secondo contratto a termine dovrà essere astretto alle condizioni imposte comunque per tutti i casi di rinnovo, oppure no.

In mancanza di esplicite disposizioni, si può ritenere che non sorgano interferenze, giacché i due contratti di lavoro restano distinti, in quanto stipulati tra soggetti diversi, tanto da non potersi procedere a un loro cumulo ai fini della individuazione di un'ipotesi astretta alle condizioni di utilizzo dettate laddove un contratto a tempo determinato, stipulato tra gli stessi soggetti, superi la durata complessiva di dodici mesi. Invece, la circolare ministeriale assimila esplicitamente tali ipotesi a quella del rinnovo del contratto a termine<sup>1178</sup>, imponendo pertanto in ogni caso la causalità. La soluzione appare eccessivamente rigida e non trova alcun riscontro nelle norme esaminate, che non toccano l'ipotesi del cumulo tra contratti a termine stipulati da soggetti (datori di lavoro) diversi. Al contempo, non si può supporre che si tratti di un'ipotesi di somministrazione fraudolenta, giacché ne devono ricorrere gli appositi elementi, in particolare con riferimento all'indagine sulla volontà del soggetto agente<sup>1179</sup>.

Occorre, altresì, considerare che l'espressa perdurante (e opportuna) non applicazione ai contratti a termine stipulati nell'ambito della somministrazione di lavoro del regime degli intervalli necessari tra un contratto e l'altro, rendano oggi difficoltoso differenziare in questo ambito l'ipotesi del rinnovo o successione dei contratti da quello della proroga del medesimo contratto, giacché risulta possibile rinnovare un contratto a termine in questi casi anche il giorno successivo a quello della scadenza del primo. Si tratterà allora di una questione meramente nominalistico-formale, non però priva di conseguenze. Si vuol dire che mentre in caso di proroga la necessità di esplicitare le condizioni di utilizzo scatta soltanto nel caso in cui attraverso la stessa proroga il contratto a termine superi i 12 mesi complessivi di durata, invece per il rinnovo un tale onere è

<sup>1178</sup> Punto 2.2. Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018.

<sup>1179</sup> V, *infra*, § 6.

imposto in ogni caso. Il sistema incentiva di fatto il ricorso alla proroga rispetto al rinnovo, quantomeno laddove l'esigenza di un prolungamento del rapporto di lavoro emerga prima della scadenza originaria del primo contratto.

#### 14. Il limite di impiego a termine del lavoratore da parte dell'impresa utilizzatrice.

Occorre a questo punto isolare la rilevante questione relativa al limite massimo di utilizzo complessivo a tempo determinato di un medesimo lavoratore da parte di un'impresa utilizzatrice, sulla quale la nuova normativa del 2018 non interviene in modo limpido.

Intanto, non appare superfluo ribadire che continui a non esservi alcun limite alla durata del contratto "commerciale" di somministrazione stipulato tra somministratore e impresa utilizzatrice<sup>1180</sup>. Ciò implica che se il lavoratore viene assunto con un contratto a termine dall'agenzia di somministrazione, dato, invece, il limite dei 24 mesi alla durata complessiva del suddetto contratto, la sua missione presso l'utilizzatore non potrà in ogni caso durare più di questo termine, sicché se il contratto di somministrazione fosse stato stipulato per un tempo più lungo, ad es. 30 mesi, il residuo periodo dovrà essere coperto dalle prestazioni di un altro lavoratore. Ovviamente, nel caso in cui il lavoratore dovesse essere stato assunto a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione non si porrebbero problemi del genere.

Inoltre, occorre altresì soffermarsi sulle interferenze che si possono realizzare per il medesimo lavoratore tra eventuali contratti a termine stipulati direttamente (prima o dopo) con l'impresa, quale formale datore di lavoro, cioè al di fuori dello schema della somministrazione, e le missioni sempre a termine dallo stesso svolte per la medesima impresa, questa volta qualificabile come utilizzatrice, per effetto di una somministrazione di lavoro.

La norma di riferimento è rimasta identica, giacché continua a prevedere 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"<sup>1181</sup>.

Tuttavia, in precedenza questa disposizione valeva certamente soltanto per il calcolo del limite massimo del contratto di lavoro a termine *tout court*, in quanto la stessa, come già notato, non trovava applicazione per la diversa ipotesi del contratto a termine stipulato dal lavoratore con l'agenzia nell'ambito di una somministrazione di lavoro, sicché si poteva ritenere che il superamento del tetto incidesse soltanto sul contratto a termine diretto stipulato dall'impresa. Ne derivava che al superamento del tetto mentre non era consentito stipulare un ulteriore contratto a termine (o prorogare l'ultimo), l'impresa utilizzatrice restava libera di continuare ad avvalersi del lavoratore mediante missione in somministrazione<sup>1182</sup>.

Oggi, invece, la norma citata troverebbe applicazione anche per il contratto di lavoro a termine stipulato nell'ambito di una somministrazione di lavoro<sup>1183</sup>, tanto da poter indurre a ritenere che

<sup>1180</sup> Artt. 30 ss., d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1181</sup> Art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1182</sup> Cfr., in precedenza, già V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, Working paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT, 153/2012, 23; P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *DRI*, 2012, 963; in questi termini anche la circolare n. 18/2012 del Ministero del lavoro.

<sup>1183</sup> Art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

il suddetto tetto si riferisca anche a questa, impedendo, al suo superamento, anche il ricorso alla somministrazione a tempo determinato, in cui sia impegnato il medesimo lavoratore. Inoltre, in virtù del medesimo rinvio la stessa disposizione potrebbe altresì trovare applicazione anche nei confronti dell'agenzia di somministrazione quale datore di lavoro, con la conseguenza che anche per questo soggetto il calcolo del limite di durata massima di 24 mesi dovrebbe comprendere anche i contratti di lavoro a termine stipulati dal lavoratore direttamente con l'impresa che, prima o dopo, lo utilizzi quale lavoratore in missione da parte dell'agenzia.

Tuttavia, a ben vedere questa lettura, fatta propria oggi con considerazioni per nulla limpide dalla circolare ministeriale sul decreto dignità<sup>1184</sup>, è da scartare, in quanto non trova sufficiente basi testuali e inoltre si basa sul consueto e sempre diffuso equivoco, favorito dallo stesso legislatore, che conduce a confondere il contratto commerciale di somministrazione che lega agenzia e impresa utilizzatrice con il contratto di lavoro a tempo determinato stipulato tra agenzia e lavoratore.

Intanto, la norma di riferimento, invero, vale, ieri come oggi, al limitato e precipuo fine di limitare l'utilizzo dei contratti a termine e per questo prende in considerazione anche i periodi di missione in somministrazione "svolti tra i medesimi soggetti"<sup>1185</sup> e più in là non consente di andare. La stessa formula della norma consente immediatamente di escludere l'agenzia dal proprio raggio di applicazione, giacché "i medesimi soggetti" ai quali si riferisce possono evidentemente essere soltanto il lavoratore e l'impresa datore di lavoro, nonché prima o dopo anche utilizzatrice nell'ambito di un contratto di somministrazione a termine.

La Circ. n. 17/2018 ritiene, invero, che "per effetto della riforma l'articolo 19, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015 è adesso applicabile anche alla somministrazione di lavoro a tempo determinato". Tuttavia, la suddetta norma è applicabile al contratto di lavoro stipulato dall'agenzia di somministrazione e non al contratto commerciale di somministrazione<sup>1186</sup>.

Peraltro, occorre considerare che la norma si riferisca a periodi di missione svolti nell'ambito di somministrazione a termine, i quali possono essere effettuati dal lavoratore non solo in virtù di un contratto di lavoro a tempo determinato con l'agenzia, ma anche attraverso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la stessa stipulato. Sulla base di tali considerazioni, la suddetta previsione continuerebbe dunque, come in passato, a non spiegare effetti sul contratto di lavoro a termine stipulato tra agenzia di somministrazione e lavoratore<sup>1187</sup>.

Ne deriva che, ieri come oggi, una volta esaurito il limite temporale attraverso la prevista somatoria con le missioni in somministrazione, l'impresa non può più stipulare ulteriori contratti a termine con il medesimo lavoratore, ma, al contrario di quanto sostenuto dalla circolare ministeriale, rimane libera di avvalersi del medesimo lavoratore attraverso la somministrazione di lavoro a tempo determinato, che resta non astretta, di per sé, a limiti temporali. Il limite dei 24 mesi, lo si deve ribadire, opera per l'agenzia, quale datore di lavoro laddove abbia assunto i lavoratori da

<sup>1184</sup> Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018, punto 2.1.

<sup>1185</sup> L'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, è volto a definire "la durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore"; inoltre i periodi di missioni sono contemplati sempre "ai fini del calcolo di tale periodo".

<sup>1186</sup> Art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, volto appunto a individuare la disciplina dei rapporti di lavoro stipulato dall'agenzia.

<sup>1187</sup> In questa prospettiva l'attuale richiamo dell'art. 19, comma 2 da parte dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015 opererebbe solo con riguardo all'imposizione del limite dei 24 mesi dettato dal primo periodo della norma, ma non con riferimento al dettato del secondo periodo sul limite cumulativo, che prende in considerazione, invece, il contratto commerciale di somministrazione a termine.

inviare in missione con contratto a tempo determinato, ma non può invece operare nei confronti dell'utilizzatore.

La violazione del termine cumulativo complessivo dei 24 mesi può comportare, come in caso di superamento del limite per il solo contratto a termine diretto, in ogni caso la conversione in contratto di lavoro a tempo indeterminato nei confronti dell'impresa che ha assunto a termine il suddetto lavoratore.

### 15. I nuovi limiti quantitativi congiunti con i contratti a termine.

Nel 2015, a fronte dell'eliminazione delle causali tassative di utilizzo, per la somministrazione a tempo indeterminato è stato fissato un limite generale del 20%, derogabile da parte della stessa contrattazione collettiva<sup>1188</sup>, che tutt'oggi resta un limite autonomo, mentre per quella a tempo determinato era stata attribuita direttamente alla stessa contrattazione collettiva l'eventuale introduzione dei suddetti limiti<sup>1189</sup>.

Le nuove regole incidono su questi ultimi limiti relativi alla somministrazione a tempo determinato, in quanto il suddetto riferimento al singolo caso della somministrazione a tempo determinato viene sostituito dall'introduzione di un limite quantitativo complessivo del 30% di lavoratori utilizzabili dallo stesso soggetto come sommatoria di contratti a termine e contratti di somministrazione a tempo determinato. Questo ultimo limite congiunto viene pertanto a convivere sia con quello previsto del 20% per il solo contratto di lavoro a tempo determinato<sup>1190</sup>, nonché con quello eventualmente disposto, in virtù della normativa previgente in sede collettiva per la sola somministrazione a termine. Insomma, un limite non esclude l'altro, ma le parti dovranno rispettare tutti i limiti imposti dalla legge o fissati dalla contrattazione collettiva.

La norma non appare per nulla limpida, giacché si riferisce al "numero dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a tempo determinato", tanto da far sorgere dubbi sull'individuazione della seconda ipotesi. Secondo alcuni la disposizione andrebbe a individuare in realtà i lavoratori assunti per essere impiegati presso l'utilizzatore in base a un contratto di lavoro a tempo determinato, in quanto il contratto di somministrazione, come noto, è il contratto commerciale che lega utilizzatore e agenzia e non questa e il lavoratore. Tuttavia, si può ritenere che l'attuale formula della legge trovi applicazione in riferimento al numero complessivo dei contratti in somministrazione a tempo determinato, sia se venga inviato in missione un lavoratore assunto a tempo determinato dall'agenzia di somministrazione, sia se questi sia stato assunto dall'agenzia a tempo indeterminato<sup>1191</sup>. Peraltro, per individuare i casi esenti tuttora dal limite quantitativo si fa ancora oggi espresso riferimento *tout court* alla "somministrazione a tempo determinato"<sup>1192</sup>.

Laddove alla data dell'entrata in vigore del decreto legge n. 87 del 2018 che ha fissato il nuovo limite congiunto vi fossero contratti di somministrazione a termine in corso che comportino il

<sup>1188</sup> Art. 31, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1189</sup> Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1190</sup> Art. 23, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1191</sup> Cfr. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il "decreto dignità"*, cit., 20; così anche Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018.

<sup>1192</sup> Art. 31, comma 2, terzo periodo, d.lgs. n. 81 del 2015.

superamento del nuovo limite legale congiunto, non ne deriverebbe alcuna violazione, in quanto il limite si impone in relazione ai nuovi contratti stipulati a partire da tale data. Per la medesima ragione quei contratti comunque non potranno essere prorogati o rinnovati<sup>1193</sup>.

La percentuale si calcola allo stesso modo di quello previsto per il contratto a tempo determinato, ossia in relazione al numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei predetti contratti, con arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore a 0,5. Nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro<sup>1194</sup>. Va, peraltro, rimarcato che le ipotesi esenti da limiti quantitativi, invece, restano non sovrapponibili per il contratto a tempo determinato, per il quale sono previste ipotesi a più ampio spettro<sup>1195</sup>, e la somministrazione a termine, per cui vengono individuati ipotesi più specifiche<sup>1196</sup>. Ne deriva che seppur il limite sia congiunto, le due ipotesi restano astrette a regimi di eccezione distinti.

Anche il nuovo limite congiunto – come quello perdurante del 20% in relazione ai soli contratti a termine<sup>1197</sup> – assume carattere sussidiario, nel senso di trovare applicazione soltanto “*salvo diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore*”<sup>1198</sup>, intesi come quelli di qualsiasi livello stipulati da sindacati “qualificati”<sup>1199</sup>.

Si pone dunque la questione della sorte delle clausole collettive preesistenti, che in relazione alla maggioranza delle categorie avevano fissato già o un limite congiunto per contratti a termine e somministrazione a termine o un limite distinto per le due ipotesi.

Solo la lettura proposta in parziale continuità con il passato consente di valorizzare tuttora le disposizioni della contrattazione collettiva che si riferiscono, in applicazione della previgente normativa a limiti al contratto commerciale di somministrazione a termine.

Occorre distinguere le ipotesi che si possono configurare. Invero, se la contrattazione collettiva non avesse disposto limiti percentuali in ordine alla somministrazione a tempo determinato, allora si applicherebbe il limite percentuale di fonte legale del 30%. Se, invece, si fosse già un limite congiunto per somministrazione a termine e contratto a termine, allora non pare esservi ostacolo a considerare tale limite congiunto coerente con la regola di fonte legale che autorizza una diversa regolazione dello stesso in sede collettiva.

Meno scontata appare, invece, la soluzione relativa al caso in cui i limiti percentuali siano stati fissati in modo distinto per la somministrazione di lavoro e per il contratto a tempo determinato, nel caso in cui la loro somma si ponga al di sopra del limite legale congiunto del 30%, tanto da risultare in contrasto con questo derogando così *in peius* a una regola posta a difesa del lavoro

<sup>1193</sup> Così anche Circ. Min. lav. n. 17 del 31 ottobre 2018.

<sup>1194</sup> Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che ripropone la medesima formula dettata dall'art. 23, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1195</sup> Art. 23, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1196</sup> Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, a mente del quale è esente da limiti quantitativi “la somministrazione a tempo determinato di lavoratori di cui all'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, di soggetti disoccupati che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali e di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dei numeri 4) e 99) dell'articolo 2 del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, come individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali”.

<sup>1197</sup> Art. 23, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1198</sup> Art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1199</sup> Art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015.

stabile. Tuttavia, in questo caso il limite congiunto in realtà sussiste, in quanto si può facilmente dedurre sommando le due percentuali, sicché pare possibile ritenere anche in questo caso che le suddette clausole collettive possano sopravvivere, nel senso di poter essere anche oggi essere ritenute conformi alle regole di fonte legale, e quindi, ancora valide ed efficaci.

Ci si può inoltre chiedere se in base alla nuova formula sul punto fissata nel 2018, resti nella disponibilità della contrattazione collettiva la predisposizione di un limite quantitativo relativo alla sola somministrazione a tempo determinato, giacché la legge fa ora riferimento esclusivamente a un limite congiunto. Pare in ogni caso opportuno che le nuove disposizioni dettate dalla contrattazione collettiva d'ora in avanti si riferiscano al limite congiunto, in conformità alla previsione della legge.

In caso di violazione delle suddette percentuali congiunte si pone, infine, la questione relativa alle conseguenze che ne derivano. Invero, mentre per lo sfioramento del limite percentuale per il contratto a termine è prevista solo una sanzione di tipo economico<sup>1200</sup>, invece, per la medesima violazione in caso di somministrazione era prevista la più pesante sanzione del riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore, oltre sanzioni di tipo economico<sup>1201</sup>. A seguire il dettato delle norme, ovvero la modifica della disposizione sui limiti quantitativi, ora congiunti, ma non della disposizione che a questa rinvia, si deve dedurre che per la sola ipotesi della somministrazione a termine la sanzione della conversione sia ora applicabile all'ipotesi della violazione dei limiti congiunti.

#### **16. La reintroduzione della somministrazione fraudolenta, i nuovi termini di impugnazione e l'esclusione della fornitura di lavoro portuale temporaneo.**

Il decreto dignità reintroduce inoltre la fattispecie del reato di somministrazione fraudolenta, che era stata eliminata nella riscrittura dell'istituto nel 2015, nell'alveo del d.lgs. n. 81/2015.

Il nuovo art. 38-*bis*, d.lgs. n. 81/2015 ripropone quasi alla lettera la medesima formula detta in precedenza dall'art. 28, d.lgs. n. 276/2003<sup>1202</sup>. Sembrano, pertanto, riproporsi i diffusi dubbi già palesati in passato dalla dottrina in relazione alla previgente disposizione, fondati in prevalenza sulla sfuggente identificazione della fattispecie, basata sulla prova dell'elemento intenzionale della condotta.

Si può ritenere che si tratti di un'ipotesi ascrivibile al reato, di natura contravvenzionale, plurisoggettivo proprio, in quanto le due (sole) parti del contratto di somministrazione (cioè l'agenzia, o comunque il soggetto interposto, e l'impresa utilizzatrice) sono ritenute responsabili di una condotta posta in essere intenzionalmente al precipuo fine di eludere l'applicazione delle norme sud-

<sup>1200</sup> Art. 23, comma 4, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1201</sup> Art. 38, comma 2, d.lgs. n. 81 del 2015, che nel definire le ipotesi di somministrazione irregolare fa espresso riferimento al disposto anche all'art. 31, comma 2, in tema di limiti percentuali.

<sup>1202</sup> La nuova disposizione è stata inserita dall'art. 2, comma 1-bis, d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018, n. 96. e così dispone "Ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore, il somministratore e l'utilizzatore sono puniti con la pena dell'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione".

dette. Ne deriva la necessità del riscontro del dolo specifico, tanto da integrare un'ipotesi peculiare di contravvenzione dolosa. Inoltre, pare si tratti di un reato di pericolo, giacché l'ipotesi di legge potrà dirsi integrata attraverso la sola prova della finalità elusiva della somministrazione, senza necessità dell'accertamento di un concreto danno in capo al lavoratore<sup>1203</sup>.

A seguire anche in questo caso la lettera della legge si tratterebbe di un'ipotesi autonoma rispetto alla somministrazione irregolare, che rimane identificata in modo peculiare nel quadro della regolazione della somministrazione di lavoro. Ciò vuol dire che non si tratti necessariamente di una "aggravante" della somministrazione irregolare, potendo in ipotesi sussistere anche in mancanza dell'accertamento della irregolarità della somministrazione.

Non risulta facile esemplificare casi di somministrazione fraudolenta. L'ambito di maggior impatto della norma sembra essere quello della somministrazione illecita, abusiva e non regolare, posta cioè in essere da soggetti non autorizzati. Inoltre, con maggiori cautele, sembra proponibile come esempio il caso dell'utilizzo in somministrazione a termine dello stesso lavoratore assunto a tempo determinato nei periodi di necessario intervallo tra un contratto a termine e il successivo, in violazione della regola sugli intervalli. Oppure, come già palesato in precedenza<sup>1204</sup>, si può pensare a una artificiosa attribuzione di mansioni corrispondenti a livelli contrattuali diversi, al precipuo fine di superare la regola della durata massima dei contratti di lavoro. Invece, molti dubbi possono emergere rispetto all'ulteriore proposta esemplificazione come ipotesi di somministrazione fraudolenta dell'utilizzo tramite somministrazione di lavoro di lavoratori già assunti direttamente a termine dall'impresa, al supposto fine di evitare di essere tenuti all'obbligo di esplicitare le note condizioni di utilizzo di quel contratto, oppure per eludere il termine di durata massima di 24 mesi<sup>1205</sup>. Questi ultimi esempi, a nostro avviso, rappresentano ipotesi consentite dalla legge<sup>1206</sup>, per le quali, dunque, l'eventuale intento fraudolento va attentamente riscontrato.

Quel che è certo è che in virtù di una tale assetto regolativo le imprese utilizzatrici avranno fondato timore nell'assumere a termine oppure, al contrario, nel consentire missioni in somministrazione per lavoratori in passato rispettivamente già inviati in missione o alle dipendenze della stessa impresa.

Occorre, inoltre, evidenziare che a seguito delle modifiche introdotte dal decreto dignità i termini di impugnazione in caso di somministrazione irregolare o, invece, in caso di contratto di lavoro a termine illegittimo tra agenzia e lavoratore non solo restano diversi, ma la distanza si dilata.

Invero, per il primo caso resta fissato il termine di sessanta giorni per l'impugnazione stragiudiziale, che decorrono "dalla data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore", cui entro i successivi centottanta giorni deve seguire l'azione giudiziaria<sup>1207</sup>. Invece, il decreto dignità ha altresì provveduto a innalzare i termini per l'impugnazione del contratto a termine, portandoli da 120 a 180 giorni dalla cessazione del singolo contratto<sup>1208</sup>. Come in precedenza, a tale impugnazione, anche stragiudiziale e in forma scritta, deve seguire poi entro 180

<sup>1203</sup> Cfr., in termini, P. RAUSEI, *Il reato di somministrazione fraudolenta*, in Bollettino ADAPT del 3 settembre 2018, n. 29.

<sup>1204</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>1205</sup> Così, invece, P. RAUSEI, *Il reato di somministrazione fraudolenta*, cit.

<sup>1206</sup> V. *supra*, § 3.1.

<sup>1207</sup> Art. 39, comma 1, d.lgs. n. 81 del 2015.

<sup>1208</sup> Art. 28, comma 1, così modificato dall'art. 1, comma 1, lett. c), d.l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96.

giorni la proposizione dell'azione giudiziaria.

### 17. L'impatto delle novità in relazione alla perdurante funzione anche occupazionale dell'istituto.

Una volta vagliate le novità apportate dal decreto dignità alla somministrazione di lavoro, possiamo tentare di coglierne le sue attuali prospettive.

Si tratta di uno strumento oramai pienamente digerito nel quadro del nostro diritto del lavoro, anche nelle sue potenzialità, sempre ribadite, ma non ancora espresse in maniera compiuta, di strumento di politica attiva del lavoro<sup>1209</sup>. Per questi motivi, molti avevano apprezzato l'equilibrio realizzato con il Jobs Act, ritenuto frutto di una rilevante svolta culturale<sup>1210</sup>.

A questo punto occorre chiedersi se e in quale misura le considerazioni svolte in relazione agli approdi raggiunti prima dell'intervento del 2018<sup>1211</sup> possano essere oggi riproposte.

Come abbiamo potuto notare, le novità del Decreto dignità non paiono stravolgere quella linea di tendenziale liberalizzazione del contratto commerciale di somministrazione, qui toccato solo in alcuni punti, quali i limiti percentuali, peraltro già diffusamente predisposti dalla contrattazione collettiva, la reintroduzione della somministrazione fraudolenta, nonché un allungamento dei termini di impugnazione. Si tratta di interventi che non toccano la scelta compiuta nel 2015 di non sottoporre il contratto commerciale di somministrazione a necessarie condizioni di utilizzo, che trovava e trova una propria coerenza fondata sulle peculiarità di un tale strumento.

Occorre, invero, ribadire la fiducia che anche sul piano eurounitario dalla direttiva 2008/104/CE viene espressa sulla somministrazione quale strumento volto a favorire l'ingresso nel mercato del lavoro<sup>1212</sup>.

Utile in questa prospettiva è il raffronto con il contiguo istituto del contratto di lavoro a tempo determinato. Così, quel ruolo "occupazionale" non può essere svolto dal semplice contratto di lavoro a tempo determinato, come tale "gestito" dal singolo datore di lavoro, il quale, fisiologicamente, non si interessa di nuove occasioni di impiego per quel lavoratore al termine del contratto. Invece, l'agenzia ha nella propria *mission* imprenditoriale il reperire al lavoratore, al termine della

<sup>1209</sup> Al contempo, nel quadro delle premesse, va ribadito che il grande e permanente interesse dei giuristi sull'istituto non può valere a sopravvalutarne l'impatto nel mercato del lavoro italiano, in cui, al momento si registra una quota di lavoratori in somministrazione inferiore all'1% (V. i dati diffusi di recente da R. QUARANTA, S. SACCHI, C. VILLOSIO, *L'evoluzione dei contratti di lavoro somministrato nel mercato del lavoro italiano in prospettiva comparata*, in RAPPORTO ASSOSOM, *I primi 20 anni del lavoro in somministrazione in Italia*, a cura di S. Sacchi e T. Treu, Roma, 2017, 8 ss., dove vengono elaborati i relativi dati Eurostat, per cui la quota di lavoratori in somministrazione è in media in Europa pari al 1,7% degli occupati: in particolare, risulta pari al 4% in Olanda, al 3% in Francia, al 2,7% in Spagna, al 2,1% in Germania e Belgio, allo 0,8% in Italia e allo 0,5% in Grecia e Regno Unito. Si rinvia allo stesso Rapporto per ulteriori dati sul fenomeno). Il dato può valere a sdrammatizzare in concreto i profili problematici trattati anche in questa sede, ma, comunque, prospettive incrementalistiche di diffusione del modello paiono intravedibili.

<sup>1210</sup> Cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 159; L. CALCATERRA, *A venti anni dal pacchetto Treu: la somministrazione di lavoro tra spinte innovative e resistenze ideologiche*, in MGL, 2017, 115 ss.; nonché F. FURLAN, *La somministrazione*, cit., 599 ss., con toni, quest'ultima, a nostro avviso, forse anche troppo entusiastici.

<sup>1211</sup> Faccio riferimento al mio *Riflessioni su assetto, dinamiche e prospettive della somministrazione di lavoro*, pubblicato in DML, n. 3, 2017, 457 ss., di cui questo contributo rappresenta il necessario aggiornamento.

<sup>1212</sup> Nell'undicesimo considerando della direttiva 2008/104/CE si osserva che il lavoro tramite agenzia "risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese, ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro, alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato". Cfr. F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, n. 72/2009, spec. 24 ss.

missione, nuove occasioni di impiego, anche nella eventualità, questa volta implicita o, anche, al limite non voluta, di aprirgli nuove occasioni per un'assunzione a tempo indeterminato da parte di un'impresa utilizzatrice<sup>1213</sup>.

In questa prospettiva, da più parti viene sottolineato come l'obiettivo della prevenzione degli abusi giochi in modo diverso nella somministrazione di lavoro rispetto al contratto di lavoro a tempo determinato. Invero, si evidenzia che un tale obiettivo nella direttiva del 2008 appaia riferito più che ai requisiti di accesso all'istituto, a quello del trattamento economico e normativo del lavoratore somministrato. Infatti, l'art. 5 si riferisce alla parità di trattamento con i dipendenti comparabili dell'utilizzatore, mentre l'art. 4 attiene alla limitazione dei divieti, nella prospettiva dell'allargamento delle condizioni di utilizzo dell'istituto. Peraltro, la citata direttiva non lega la nozione di abuso con quella della successione dei contratti, né indica misure antiabusive che gli Stati sono chiamati ad adottare in merito, come, invece, prescritto dalla direttiva 1999/70/CE sul contratto di lavoro a tempo determinato<sup>1214</sup>.

Al contempo, come abbiamo potuto osservare, un intervento "forte" ha invece riguardato il contratto a termine stipulato dall'agenzia di somministrazione con il lavoratore, al fine di inviarlo in missione presso l'impresa utilizzatrice. Ciò, come abbiamo notato, è avvenuto attraverso l'imposizione dei limiti temporali di 24 mesi di durata complessiva del suddetto contratto a termine, nonché attraverso l'imposta attrazione del sistema delle condizioni di utilizzo per contratti a termine superiori a 12 mesi, rispetto (come pare si possa ritenere) alla o alle missioni del medesimo lavoratore in missione presso la stessa impresa utilizzatrice.

Questa ultima disposizione, in precedenza vagliata, rappresenta una mina vagante, data la sua incerta decifrabilità. Al contempo, ciò non pare trovare riscontro in un'apprezzabile funzione da questa svolta. Si vuol dire che, qualunque lettura si voglia prospettare, che un tale l'irrigidimento non pare soddisfare le medesime istanze poste a base della (re)introduzione del sistema causale nell'alveo del contratto di lavoro a tempo determinato, lì posto in funzione di circoscriverne il suo utilizzo in casi determinati, nella prospettiva di incremento dell'occupazione stabile. Se anche in quell'ambito non si può escludere che l'effetto si traduca in un accentuato turn over tra lavoratori tutti a tempo determinato, nel contesto della somministrazione di lavoro questo effetto è ancor più scontato, in quanto l'alternativa che si pone all'utilizzatore non può essere di certo ritenuta quella di assumere quel determinato lavoratore che gli verrebbe inviato in missione, neanche normalmente conosciuto al momento della stipula del contratto commerciale di somministrazione, ma, per soddisfare la medesima esigenza, quella di richiedere un altro lavoratore in somministrazione, oppure assumerne un altro direttamente a tempo determinato, senza dunque alcun effetto positivo sull'incremento dell'occupazione stabile.

Peraltro, il successo dell'istituto poggia su una sua fruizione semplice e immediata da parte delle imprese utilizzatrice. In questo modo, invece, sull'utilizzatore vengono a gravare oneri sostanziali e formali, assimilabili proprio a quegli oneri di gestione del rapporto di lavoro di cui l'impresa, a fronte del pagamento del canone relativo, avrebbe voluto appunto liberarsi, demandandoli a un

<sup>1213</sup> Cfr. anche F. FURLAN, *La somministrazione*, cit., 603 ss.

<sup>1214</sup> Cfr. A. BOLLANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 163 ss.; P. LAMBERTUCCI, *La direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in *Il diritto del lavoro nell'unione europea*, a cura di R. Foglia e R. Cosio, Milano, 2011, 409; M. AIMO, *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *DLRI*, 2015, 646 ss.; M. D. FERRARA, *La direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *DRI*, 2014, 111 ss.; F. FURLAN, *La somministrazione*, cit., 604 ss.

soggetto terzo, l'agenzia di somministrazione. Una siffatta scelta del legislatore comporterà probabilmente una diffusa restrizione dei contratti di lavoro al termine dei 12 mesi, non astretto alle condizioni di utilizzo, in maniera ancora più accentuata rispetto al versante del contratto a tempo determinato, data la durata statisticamente breve dei contratti di somministrazione di lavoro.

Occorre peraltro ricordare che la Corte di Giustizia ha già a chiare lettere escluso che la direttiva 1999/70/CE sul contratto di lavoro a tempo determinato trovasse applicazione non solo al rapporto contrattuale tra somministratore e lavoratore, come già chiarito nel Preambolo della direttiva 1999/70 CE, ma anche alla relazione giuridica tra questi e l'utilizzatore<sup>1215</sup>.

Da quanto esposto, l'eccentrica disposizione non avrà vita facile, tanto che se ne può prospettare, anzi auspicare, l'abrogazione.

Dobbiamo, altresì, segnalare che su questo punto si registra di recente un rinvio pregiudiziale da parte del Tribunale di Brescia<sup>1216</sup>, proprio con riguardo a una possibile violazione da parte del legislatore italiano della clausola 5, par. 5 della direttiva, in quanto la normativa nazionale italiana (quella allora dettata dal d.lgs. n. 276 del 2003, come modificata dal d.l. n. 34 del 2014) non prevederebbe limiti alle missioni in somministrazione, evidenziando un profilo problematico già emerso tra gli interpreti<sup>1217</sup>.

Occorre anche in questo caso, proprio alla luce delle novità introdotte dal decreto dignità, operare le dovute distinzioni. Oggi, la durata delle missioni in somministrazione richiedibili da un'impresa utilizzatrice non risulta sottoposta a vincoli, mentre in relazione al suo numero, la regola da rispettare è quella relativa ai complessivi limiti percentuali di utilizzo<sup>1218</sup>. A limiti di durata, come abbiamo notato, sono invece oggi astretti i contratti a tempo determinato stipulati dalle agenzie di somministrazione con i lavoratori poi inviati in missione presso le imprese utilizzatrici. Ne deriva, quindi, ma solo in caso di lavoratori assunti a tempo determinato dall'agenzia di somministrazione, un limite conseguente indiretto alle missioni che un singolo lavoratore può svolgere presso imprese utilizzatrici, data la durata massima di 24 mesi del contratto di lavoro. Inoltre, come già notato, sempre in questi casi, se la missione svolta dal medesimo lavoratore presso la medesima impresa utilizzatrice superi i dodici mesi, occorrerà la presenza e la esplicitazione delle condizioni di utilizzo imposte per ogni contratto di lavoro a termine di durata superiore ai dodici mesi.

Peraltro, in funzione antielusiva è posta, come già notato, di nuovo l'ipotesi della somministrazione fraudolenta. Da quanto osservato sembra che anche alla luce delle modifiche introdotte dal decreto dignità l'assetto nazionale dell'istituto possa ritenersi conforme ai dettami eurounitari imposti in particolare dalla direttiva 2008/104/CE.

<sup>1215</sup> C. Giust. CE, 11 aprile 2013, causa C-290/12, *Della Rocca*, in *RGL*, 2013, II, 416.

<sup>1216</sup> Trib. Brescia, 16 ottobre 2018.

<sup>1217</sup> Cfr. V. FILLI, *Prime note*, cit., 203: l'autrice osserva che "il § 5 dell'art. 5 della direttiva, in maniera non proprio chiara, statuisce che "gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva. Essi informano la Commissione di qualsiasi misura in tal senso". Si potrebbe allora concludere che l'elusione della temporaneità si ha proprio con le missioni successive senza limiti". F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia*, cit., 24, invece, ritiene che il riferimento alle missioni successive vada inteso come un residuo delle precedenti versioni della direttiva, non adattato alle successive modifiche dalla stessa subite.

<sup>1218</sup> Art. 31, commi 1 e 2, d.lgs. n. 81 del 2015.

In definitiva, al momento si può ribadire che la somministrazione di lavoro resti uno strumento ricco di potenzialità, che in ogni caso contribuisce a favorire la continuità dell'occupazione, soprattutto della forza lavoro scarsamente qualificata e a bassa professionalità. Al contempo, resta la consapevolezza che per il diverso e più complesso risultato della stabilizzazione occupazionale occorrono anche altri strumenti<sup>1219</sup>.

Al momento, allora, allargando la visuale sul complessivo sistema che ruota intorno al contratto qui vagliato, le potenzialità in una tale direzione sembrano poggiare, come già notato, inoltre, su una perdurante duplice scommessa: *a)* da un lato sul sistema della formazione gestito da Forma.Temp. e *b)* dall'altro sul carattere "polifunzionale" delle agenzie autorizzate alla somministrazione di lavoro, definite *tout court* dalla legge come agenzie per il lavoro<sup>1220</sup>. In una ancora nebulosa prospettiva *de iure condendo*, tali soggetti peraltro, nelle palesate intenzioni del Governo, dovrebbero essere coinvolti nel sistema di gestione del reddito di cittadinanza, al fine di offrire, attraverso una rete da costruire con i centri per l'impiego, occasioni di lavoro ai soggetti percettori<sup>1221</sup>.

---

<sup>1219</sup> Così M. TIRABOSCHI, G. ROSOLEN, *La somministrazione di lavoro*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, a cura di M. Tiraboschi, Milano, 2016, 176; Cfr. anche G. ZILIO GRANDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in *Il mercato del lavoro*, vol. VI, a cura di M. Brollo, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2012, 1402.

<sup>1220</sup> Sul punto si rinvia a quanto già osservato in *Riflessioni su assetto*, cit., spec. 466 ss.

<sup>1221</sup> V. *Reddito di cittadinanza, coinvolte le agenzie del lavoro*, in [www.Corriere.it](http://www.Corriere.it) del 17 ottobre 2018.