



La somministrazione di lavoro

SOMMARIO

1.1 Il contratto di somministrazione di lavoro. - 1.2 La durata del contratto di somministrazione. - 1.3 La forma del contratto di somministrazione - 1.4 La patologia del contratto di somministrazione. - 1.5 Il contratto di lavoro somministrato. - 1.6 La durata del contratto di lavoro somministrato. - 1.7 La forma del contratto di lavoro somministrato. - 1.8 Diritti e obblighi del lavoratore somministrato. - 1.9 Gli obblighi contributivi e assicurativi. - 1.10 I diritti previdenziali del lavoratore somministrato. - Riferimenti normativi.

1.1 Il contratto di somministrazione di lavoro

Il D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 definisce la somministrazione di lavoro come **fornitura professionale di manodopera** (art. 2, co. 1, lett. a) D.Lgs. 276/2003).

In tale tipo di contratto un soggetto terzo (*somministratore*) si interpone tra il datore di lavoro (*utilizzatore finale*) ed il prestatore di lavoro subordinato (*lavoratore somministrato*).

In giurisprudenza si è osservato che la nuova disciplina ha espressamente riconosciuto nella somministrazione di lavoro una **dissociazione tra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo**, con una consequenziale disarticolazione e regolamentazione dei due obblighi correlati alla prestazione lavorativa (Cass. **S.U.** 26-10-2006 n. 22910).

Si tratta di un istituto relativamente nuovo nel sistema giuridico nazionale. Fino alla legge di riforma, infatti, l'**interposizione nei rapporti di lavoro** era vietata e addirittura considerata una violazione penalmente rilevante (art. 2127 c.c. e L. 1369/1960). Nell'ottica di una generale delegificazione e liberalizzazione dei rapporti di lavoro il legislatore della novella ha invece optato per una *parziale accettazione* di simili interposizioni.

La nozione di «somministrazione di lavoro» nella disciplina introdotta dal D.Lgs. 276/2003

Giurisprudenza

— La generale regola giuslavoristica secondo la quale in relazione a identiche prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro non è stata inficiata dal D.Lgs. 267/2003, che si configura anche nell'attuale assetto normativo come un'eccezione, **non suscettibile né di applicazione analogica né di interpretazione estensiva**, sicché allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti del legislatore per la suddetta disarticolazione si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro. — Cass. **S.U.** 26-10-2006 n. 22910.

La somministrazione come rapporto trilaterale Nella somministrazione, il normale rapporto di lavoro unitario tra lavoratore e datore di lavoro si scinde per dare vita ad un rapporto di lavoro trilaterale che si instaura tra il lavoratore somministrato e due diversi soggetti: il somministratore e l'utilizzatore finale delle prestazioni lavorative.

La scissione fra titolare e utilizzatore, prevista dalla somministrazione, costituisce uno schema che si discosta da quello tipicamente adottato per il contratto di lavoro, nel quale vi è identità del soggetto che ha la **gestione tecnico-produttiva** e quella **normativa** (*Trib. Milano, 24-1-2007*). Di *scissione* tra gestione tecnica-produttiva e gestione normativa parla anche la dottrina (ICHINO, LANOTTE e PELLICANI, CORAZZA, VITALETTI). Altre opzioni teoretiche, tuttavia, negano che nel nostro ordinamento si possa operare una scissione nel senso predetto (ROCELLA, BONARDI, AIELLO che cita *Cass. 19-3-2007, n. 6434* e *Cass. S.U. 26-10-2006, n. 22910*. SUPPLEJ parla di una mera *factio iuris* poiché il rapporto di lavoro sarebbe sempre quello effettivo con l'utilizzatore finale).

Il somministratore: forma e requisiti Il **somministratore** è costituito in forma di agenzia nella veste di *società di capitali* ovvero di *cooperativa* o *consorzio di cooperative*. Deve avere sede legale o una *dipendenza* in Italia ovvero almeno in uno dei Paesi dell'Unione europea. Necessita di *specifici requisiti patrimoniali*, al fine di garantire i lavoratori somministrati dall'eventuale inadempimento retributivo o contributivo, e di requisiti soggettivi di professionalità ed onorabilità in capo agli organi direttivi. Il somministratore deve essere iscritto nell'**Albo delle agenzie per il lavoro** (art. 4, D.Lgs. 276/2003) istituito presso il Ministero del Lavoro (D.M. 23-12-2003) e liberamente consultabile sul sito internet dello stesso dicastero. L'Albo si articola in cinque sezioni a seconda del tipo di attività oggetto di autorizzazione:

- 1) la prima sezione accoglie tutte le agenzie che erogano somministrazione di lavoro di tipo *generalista*, e dunque che sono abilitate a svolgere tutte le attività riportate all'art. 20 del D.Lgs. 276/2003;
- 2) la seconda sezione ospita le agenzie di somministrazione *specialistica*, che sono autorizzate a svolgere solo ed esclusivamente una delle attività predette;
- 3) la terza sezione contiene l'elencazione delle agenzie addette all'intermediazione tra domanda ed offerta nel mercato del lavoro;
- 4) la quarta sezione include le agenzie rivolte alla ricerca e alla selezione del personale;

5) l'ultima sezione ricomprende le agenzie finalizzate al supporto alla ricollocazione professionale.

L'iscrizione all'Albo è concessa su **autorizzazione** rilasciata all'esito dell'esame delle caratteristiche professionali, economiche e patrimoniali del soggetto giuridico pretendente, per come elencate espressamente dalla legge di riforma (art. 5, D.Lgs. 276/2003; D.M. 5-5-2004). Talvolta il legislatore ha direttamente riconosciuto *ope legis* l'autorizzazione per determinate categorie di soggetti giuridici (es. università) ovvero ha loro consentito più blandi requisiti patrimoniali e finanziari (es. enti pubblici, associazioni sindacali, enti bilaterali ai sensi dell'art. 6, D.Lgs. 276/2003).

L'iscrizione all'albo delle agenzie per il lavoro

L'autorizzazione è concessa, in fase di prima iscrizione, a tempo determinato biennale. Indi, decorsi due anni, su richiesta dell'agenzia autorizzata provvisoriamente, il Ministero del lavoro rilascia l'autorizzazione a tempo indeterminato, entro i novanta giorni successivi, dopo aver verificato il corretto andamento dell'attività svolta. Dell'atto autorizzatorio l'agenzia di somministrazione *deve fare menzione in ogni comunicazione rivolta ai terzi* (circ. Min. Lav. 7/2005).

L'iscrizione all'Albo è un **requisito fondamentale** in difetto del quale l'eventuale somministrazione di prestazioni di lavoro assume carattere di illecito sia civile che penale (art. 27, D.Lgs. 276/2003).

L'utilizzatore finale può avere **natura imprenditoriale o meno** e può anche essere una **pubblica amministrazione** che, però, non può che stipulare contratti di

L'utilizzatore finale e il lavoratore somministrato

somministrazione a tempo determinato (art. 86 co. 9, D.Lgs. 276/2003). L'utilizzatore finale gode della prestazione lavorativa effettuata da un **prestatore di lavoro somministrato** la cui posizione giuridica è caratterizzata da alcune peculiarità che allontanano tale figura da quella del normale prestatore di lavoro subordinato.

Il rapporto giuridico che si instaura con la somministrazione è riconducibile al fenomeno del collegamento negoziale tra due diversi regolamenti contrattuali:

- **contratto di lavoro** dipendente tra il lavoratore somministrato e il somministratore;
- **contratto di somministrazione** (o di *fornitura di lavoro*) tra il somministratore e l'utilizzatore finale della prestazione lavorativa resa dal lavoratore, che rimane estraneo al regolamento contrattuale pur essendone oggetto.

I due contratti, seppur formalmente autonomi, sono invero collegati. Le **mansioni lavorative** alle quali il prestatore somministrato può essere adibito dall'utilizzatore finale, ad esempio, sono quelle già preventivamente indicate nel rapporto contrattuale tra il lavoratore e il somministratore.

1.2 La durata del contratto di somministrazione

Il ripristino della somministrazione a tempo indeterminato ex L. 191/2009

Il contratto di somministrazione può essere concluso a termine o a tempo indeterminato (art. 20, co. 3, D.Lgs. 276/2003).

Con il collegato alla finanziaria 2008 (art. 1, co. 46, L. 247/2007) il contratto di somministrazione a tempo indeterminato era stato **abolito** con la conseguente possibilità di stipulare *soltanto somministrazioni a tempo determinato*.

L'abolizione, comunque, non produceva effetto se non per l'avvenire, dovendosi dunque considerare salve le somministrazioni a tempo indeterminato già stipulate alla data di entrata in vigore della L. 247/2007 (1°-1-2008).

Nel sistema attuale, tuttavia, la somministrazione a tempo indeterminato è operante in quanto il legislatore, con la **L. 23-12-2009, n. 191, finanziaria 2010**, ha **reintrodotto** tale fattispecie (art. 2, co. 143, L. 191/2009). La facoltà di adoperare la **somministrazione a tempo indeterminato** è limitata dalla legge e ciò al fine di circoscrivere l'uso dell'istituto alle ipotesi in cui l'interposizione sia effettivamente giustificata dalle contingenze, evitando dunque utilizzi strumentali che alterino il normale sviluppo delle relazioni tra i datori ed i prestatori di lavoro subordinato.

Pertanto la somministrazione a tempo indeterminato **è ammessa solo nei seguenti casi tassativi** (art. 20, co. 3, del D.Lgs. 276/2003):

- servizi di *consulenza e assistenza nel settore informatico*;
- servizi di *pulizia, custodia, portineria*;
- servizi di *trasporto di persone e movimentazione di macchinari e merci*;
- gestione di *biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini e servizi di economato*;
- attività di *consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale*;
- attività di *marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale*;
- gestione di *call-center*;
- *costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari*;
- per particolari attività produttive che richiedano fasi successive di lavorazione (*edilizia o cantieristica navale*);
- per l'impiego di *manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa*;
- in tutti gli altri casi previsti dai *contratti collettivi di lavoro nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative dei lavoratori (oltre al livello nazionale e territoriale, per effetto della L. 191/2009, è ora abilitata anche la contrattazione di livello aziendale)*.

A tali ipotesi la **L. 191/2009** ha aggiunto quella relativa all'esecuzione di **servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia**, che possono essere attuati in regime di somministrazione a tempo indeterminato in tutti i settori produttivi, pubblici e privati (art. 20, co. 3, lett. i-bis, D.Lgs. 276/2003, introdotta dall'art. 2, co. 143, L. 191/2009).

La **L. 191/2009** ha, inoltre, stabilito che le limitazioni settoriali individuate dal D.Lgs. 276/2003 (art. 20, co. 3) *non si applichino* quando il contratto di somministrazione preveda l'utilizzo di **lavoratori in mobilità** (art. 20, co. 5bis, D.Lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 2, co. 142, L. 191/2009): in caso di impiego di tali lavoratori, pertanto, la somministrazione può essere effettuata in pratica senza alcun vincolo connesso alla tipologia di attività svolta dall'utilizzatore. In particolare, viene richiamato l'art. 8, co. 2, L. 223/1991 che fa riferimento all'assunzione di lavoratori in mobilità con contratto di lavoro a termine di durata non superiore a dodici mesi.

In tale ipotesi, in forza dell'espressa previsione operata dalla modifica della L. 191/2009, si applicheranno le agevolazioni previste dal medesimo art. 8, co. 2, L. 223/1991 ovvero una *riduzione della quota di contribuzione a carico del datore di lavoro* (pari a quella prevista per gli apprendisti) per tutta la durata del contratto, prorogabile per ulteriori dodici mesi nel caso in cui, nel corso del suo svolgimento, il predetto contratto venga trasformato a tempo indeterminato.

La somministrazione a tempo determinato è ammessa a fronte di **ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo** riferibili all'*ordinaria attività dell'utilizzatore* (art. 20, co. 4, D.Lgs. 276/2003).

La somministrazione a tempo determinato: ambito applicativo e ragioni legittimanti

Ciò significa, quindi, che il ricorso alla somministrazione è possibile anche qualora i criteri che la legittimano si riconducano a **esigenze ordinarie** anche sotto l'aspetto dell'**oggetto delle prestazioni**, ancorché connesse al «ciclo produttivo tipico» dell'impresa utilizzatrice. Viene meno il limite dell'estraneità delle mansioni temporanee rispetto ai normali assetti produttivi aziendali (*ex lege* 196/1997), potendo il lavoratore somministrato essere impiegato, viceversa, anche in attività ordinarie dell'impresa (DE CRESCIENZO e altri).

La norma consente dunque un'ampia usufruibilità di tale forma contrattuale, demandando alla **fonte collettiva** l'eventuale previsione di limiti specifici. Non sono più previsti i limiti delle *esigenze di carattere temporaneo o eccezionale* che caratterizzavano il contratto di fornitura di lavoro temporaneo di cui alla L. 196/1997, essendo sufficiente la sussistenza di una **ragione di carattere oggettivo**, cioè una *ragione effettiva e comprovabile, anche se riferibile all'ordinaria attività dell'utilizzatore* (circ. Min. Lav. 7/2005).

Tale attributo, in altre parole, consentirebbe l'utilizzo della fattispecie in esame anche per **attività caratterizzate da una certa stabilità**, senza dare alcun peso, quindi, alla temporaneità dell'attività lavorativa come previsto in tema di lavoro interinale *ex lege* 196/1997 (così RAUSEI, nello stesso senso si espresse, nelle immediatezze del decreto, anche VALLEBONA).

Parte I: I contratti di lavoro esternalizzato

I presupposti applicativi dell'istituto nell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale

In dottrina, tuttavia, si preferisce una **lettura restrittiva** della norma, intesa come *species* del vecchio lavoro temporaneo. In particolare, si ritiene che la formulazione dell'art. 20, co. 4, D.Lgs. 276/2003 sia del tutto carente poiché si limita ad un'

affermazione generica e astratta che contrasta con il tenore letterale della legge delega ed è certamente incostituzionale (così AIELLO, ma in tal senso si esprimono anche ICHINO, BONARDI, DEL PUNTA, VITELLO, CHIUSOLO e SPEZIALE). I motivi di ricorso alla somministrazione a tempo determinato dovranno assumere le stesse caratteristiche che la legge, la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato in materia di causali giustificative di un contratto di lavoro a termine. La **causale del contratto di somministrazione** (analogamente a quella di un contratto a termine) dovrà essere specifica, concreta e diretta a soddisfare un'esigenza temporanea dell'utilizzatore (FAVA, COLOMBO).

Anche la giurisprudenza ha optato per una simile lettura della norma, ritenendo che la *natura eccezionale dell'istituto* giustifichi un'**interpretazione restrittiva** della disposizione. La somministrazione a tempo determinato richiama espressamente la regolazione in essere per i contratti a termine, di talché nel particolare occorre che le ragioni della somministrazione a tempo determinato:

1) presentino i **requisiti della specificità e della determinatezza**.

Sulla necessità di un'indicazione specifica vi è contrasto in giurisprudenza. C'è chi ritiene che la nuova formulazione dell'art. 21, co. 4, consenta una **lettura restrittiva delle ipotesi di nullità**, tra le quali non vi sarebbe dunque nemmeno l'indicazione specifica delle motivazioni oggettive che sorreggono la somministrazione (*Trib. Milano, 24-1-2007*). C'è anche chi ritiene, al converso, che «per consentire un controllo effettivo il datore di lavoro dovrà indicare in contratto le ragioni sottostanti l'apposizione del termine; ma non potrà fare semplice riferimento alle generiche declaratorie contenute nella norma di legge. L'imprenditore dovrà invece specificare quale tra le innumerevoli cause giustifichi l'apposizione del termine» (*Trib. Milano, 10-4-2007, n. 1235*). In dottrina prevale quest'**interpretazione estensiva** anche argomentando sull'obbligo di specifica indicazione delle motivazioni oggettive in tema di contratti a termine (AIELLO);

2) trovino fondamento in una **condizione oggettiva e temporanea**.

Le causali devono essere collegabili ad una **situazione temporanea o transitoria** che giustifichi l'utilizzazione a tempo determinato. Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la regola e **la fissazione di un termine deve trovare la sua ragione nel fatto stesso che ha reso necessaria l'assunzione**; deve essere cioè una condizione oggettiva e temporanea (*Trib. Milano 10-4-2007, n. 1235*). In dottrina BONARDI che fa riferimento alla necessaria connessione con l'attività «ordinaria» dell'utilizzatore e DEL PUNTA che fa riferimento all'estensione transitoria dei contratti di fornitura di lavoro, consentita solo in ragione di esigenze temporanee. Contrario VALLEBONA per il quale non si evincono nel testo del decreto esigenze di temporaneità).

Le limitazioni quantitative

Eventuali limiti quantitativi possono essere posti dalla **contrattazione collettiva**, che può delimitare (con le cd. **clausole di contingentamento**) il ricorso alla somministrazione di lavoro

Capitolo 1: La somministrazione di lavoro

ad una determinata aliquota del personale normalmente assunto e in forza presso l'utilizzatore. Per l'espresso rinvio operato dalla legge alla regolazione in essere per il contratto a termine, non rientrano nei limiti quantitativi una serie di ipotesi *tassativamente indicate* dalla stessa norma (circ. Min. Lav. 7/2005) che regola le proroghe nel contratto a tempo determinato (art. 10, co. 7 e 8, del D.Lgs. 368/2001).

In particolare sono **esenti da limitazioni quantitative** i contratti a tempo determinato stipulati:

- nella fase di avvio di nuove attività per i periodi definiti dai CCNL;
- per ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità;
- per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno;
- per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi;
- a conclusione di tirocini o stage, o stipulati con lavoratori di età superiore ai 55 anni per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti o predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario od occasionale;
- con riferimento a situazioni di difficoltà occupazionale per specifiche aree geografiche.

Anche per la somministrazione a tempo determinato vale la previsione della **L. 191/2009** relativa ai **lavoratori in mobilità** (art. 20, co. 5bis, D.Lgs. 276/2003, introdotto dall'art. 2, co. 142, L. 191/2009): in caso di impiego di tali lavoratori, la somministrazione può essere effettuata in pratica senza le limitazioni ordinariamente previste dal D.Lgs. 276/2003.

Il contratto di somministrazione può essere prorogato ove sussistano e perdurino i requisiti legittimanti. La determinazione del **termine** di durata del contratto di somministrazione è tuttavia un **elemento essenziale** che non può essere eluso da proroghe ingiustificate dalle contingenze.

Termine e prorogabilità del contratto

1.3 La forma del contratto di somministrazione

Il contratto di somministrazione deve rivestire la **forma scritta** a pena di nullità e deve contenere i seguenti **elementi**, che devono essere comunicati, sempre per iscritto, anche al lavoratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero successivamente all'atto dell'invio presso l'utilizzatore:

I requisiti di forma e di sostanza della somministrazione

- gli *estremi dell'autorizzazione* rilasciata al somministratore (art. 21, co. 1, lett a), D.Lgs. 276/2003), anche considerando che le agenzie di somministrazione debbono indicare, in tutte le comunicazioni verso i terzi, gli estremi del provvedimento di autorizzazione (quali: iscrizione all'albo in-

Parte I: I contratti di lavoro esternalizzato

- formatico e relativa sezione, generalista o specialista, numero del protocollo ministeriale e la data di rilascio) al fine di consentire la corretta e completa identificazione del soggetto stesso (circ. Min. Lav. 7/2005);
- il *numero dei lavoratori* da somministrare;
 - i casi e le ragioni di *carattere tecnico, produttivo, organizzativo* o *sostitutivo* ove si tratti di somministrazione a tempo determinato;

Giurisprudenza

- Nell'ambito del contratto di lavoro somministrato, la **causale giustificatrice** va ben specificata ed indicata. È altresì necessario che l'utilizzatore fornisca la **prova della sussistenza dell'individuata causale**, e in mancanza della quale la somministrazione è irregolare. Ad evitare la declaratoria di irregolarità della fornitura di lavoro non rileva l'eventuale esistenza di una differente ragione giustificatrice, seppure essa sia in astratto legittima. – Trib. Milano, 5-5-2009, n. 1902.
- L'indicazione contenuta nel contratto mediante un mero rinvio alla **clausola contrattuale** deve ritenersi insufficiente rispetto alla soddisfazione del vincolo di contenuto. – Trib. Bologna, 8-2-2008, n. 79.
- È essenziale che il datore dia conto per iscritto delle ragioni del termine. Per consentire un controllo effettivo **il datore di lavoro dovrà indicare in contratto le ragioni sottostanti l'apposizione del termine**; ma non potrà fare semplice riferimento alle generiche declaratorie contenute nella norma di legge. L'imprenditore dovrà invece specificare quale tra le innumerevoli cause giustifichi l'apposizione del termine. Ciò consentirà alla controparte – e al giudice in caso di conflitto – di verificare se la causa indicata fosse concretamente esistente e soprattutto se giustificasse una determinata durata del contratto piuttosto che una durata diversa. – Trib. Milano 10-4-2007, n. 1235.
- **È nullo il contratto di somministrazione privo dell'indicazione scritta delle ragioni che lo giustificano e che devono essere debitamente provate a cura dell'utilizzatore**, a pena del riconoscimento dell'esistenza *ab origine* di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra il lavoratore e l'utilizzatore, della condanna al pagamento delle retribuzioni spettanti al dipendente a far data dalla *mora accipiendi* del datore di lavoro e della conseguente possibilità di richiedere la reintegra ex art. 18 SL in caso di illegittima risoluzione del rapporto di lavoro. – Trib. Milano, 14-2-2007, id., 13-3-2007.

- l'indicazione della presenza di *eventuali rischi* per l'integrità e la salute del lavoratore e delle *misure di prevenzione* adottate;
- la *data di inizio* e la *durata prevista* del contratto di somministrazione;
- le *mansioni* alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento;
- il *luogo*, l'*orario* e il *trattamento economico e normativo* delle prestazioni lavorative;
- assunzione da parte del somministratore dell'obbligazione di pagamento diretto della retribuzione al lavoratore, nonché del versamento dei *contributi previdenziali*;
- assunzione dell'obbligo da parte dell'utilizzatore di rimborsare all'agenzia di somministrazione gli *oneri retributivi e previdenziali* da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro;
- assunzione dell'obbligo, da parte dell'utilizzatore, di comunicare al somministratore i *trattamenti retributivi applicabili* ai lavoratori comparabili;
- assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di *inadempimento del somministratore*, dell'obbligo di pagamento diretto al lavoratore del tratta-

mento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

Un obbligo di comunicazione insiste anche nei confronti delle rappresentanze sindacali, **aziendali** ovvero **territoriali** (art. 24, co. 4, D.Lgs. 276/2003). Devono essere comunicati:

Gli obblighi di comunicazione alle rappresentanze aziendali

- il numero dei lavoratori interessati e i motivi del ricorso alla somministrazione di lavoro prima della stipula del contratto di somministrazione; ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità di stipulare il contratto, l'utilizzatore fornisce le predette comunicazioni entro i cinque giorni successivi;
- ogni dodici mesi, anche per il tramite dell'associazione dei datori di lavoro, il numero e i motivi dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.

La ragione contemplata dall'art. 24, co. 4, D.Lgs. 276/2003 non è fine a se stessa, ma piuttosto è finalizzata a spiegare l'utilizzazione di un lavoratore fornito da un somministratore in luogo di un lavoratore direttamente assunto dall'utilizzatore. Non solo; deve trattarsi di una giustificazione coerente con il principio, ex art. 1 D.Lgs. 276/2003, che **il lavoro somministrato è finalizzato a creare occupazione aggiuntiva**. Sotto ogni profilo, dunque, si capisce che il motivo, che dovrà essere comunicato alle rappresentanze sindacali, deve rendere ragione dell'impossibilità di creare occupazione aggiuntiva attraverso gli istituti tradizionali dell'ordinamento e, primo tra tutti, il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (CHIUSOLO).

1.4. La patologia del contratto di somministrazione

Il contratto di somministrazione di lavoro è vietato (art. 20, co. 5, D.Lgs. 276/2003) a pena di *nullità*, per violazione di norma imperativa (art. 1418 c.c.), nei seguenti casi:

Il divieto di somministrazione: le ipotesi previste dal D.Lgs. 276/2003, come modif. dalla L. 191/2009

- 1) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il **diritto di sciopero**;
- 2) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a *licenziamenti collettivi* (L. 223/1991) a meno che tale contratto sia stipulato per provvedere alla *sostituzione di lavoratori assenti*, per assumere *lavoratori in mobilità* ovvero quando abbia una durata iniziale *non superiore a tre mesi* (art. 20, co. 5, lett. b, modif. dall'art. 2, co. 142, **L. 191/2009**). Salva diversa disposizione degli accordi sindacali, il divieto opera altresì presso unità produttive nelle quali sia operante una *sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario*, con diritto al trattamento di integrazione salariale.

Relativamente ad entrambe le ipotesi il divieto opera, comunque, solo se i licenziamenti o le sospensioni riguardino lavoratori adibiti alle *stesse mansioni* cui si riferisce il contratto di somministrazione;

Parte I: I contratti di lavoro esternalizzato

3) da parte di imprese utilizzatrici che non abbiano effettuato la **valutazione dei rischi** (art. 28, D.Lgs. 81/2008).

Il somministratore è tenuto a «usare la **normale diligenza richiesta ad un operatore professionale** specificamente autorizzato dalla pubblica autorità all'esercizio della propria attività ex art. 4, D.Lgs. 276/2003, o a verificare l'adempimento dell'obbligo da parte dell'utilizzatore, per cui una semplice dichiarazione di assunzione di responsabilità da parte del legale rappresentante dell'utilizzatrice, sebbene possa sempre produrre effetti civili in tema di responsabilità contrattuale tra le parti, non è sufficiente ad esentare da responsabilità il somministratore rispetto all'ipotesi sanzionata come illecito amministrativo ai sensi del citato art. 18, co. 3, D.Lgs. 276/2003 nei casi in cui la stessa legge prevede in capo all'utilizzatore l'esecuzione della **valutazione dei rischi con la modalità dell'autocertificazione** (art. 4, co. 11, D.Lgs. 626/1994), dovendosi il somministratore accertare negli altri casi dell'avvenuta predisposizione del documento di valutazione dei rischi da parte dell'utilizzatore, quanto meno per presa visione del documento stesso; non certo nei termini di un'assunzione di responsabilità nel merito tecnico della valutazione dei rischi da parte del somministratore, ma almeno per accertare il fatto che la valutazione stessa sia stata effettivamente eseguita» (*inter. Min. Lav. 11528/2007*).

I casi di nullità, irregolarità e frode Il contratto di somministrazione deve essere stipulato entro limiti e forme specificatamente predeterminate. In difetto può essere:

a) **nullo**, ove sia privo di forma scritta (art. 21, co. 4, D.Lgs. 276/2003).

Taluna dottrina ritiene che la nullità sia prevista solo per il caso di mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione o di uno dei suoi elementi essenziali. Altre opzioni considerano nullo il contratto anche nel caso in cui la mancanza sia propria solo della comunicazione informativa nei confronti del dipendente oggetto di somministrazione;

Giurisprudenza

— Ai sensi dell'art. 21, co. 4, D.Lgs. 276/2003, è **nullo il contratto di somministrazione privo dell'indicazione scritta relativa alle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo**, che giustificano il ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato che devono essere debitamente provate a cura dell'utilizzatore. – Trib. Milano, 14-2-2007; id., 13-3-2007.

b) **irregolare**, ove non siano indicati gli elementi formali prescritti o non sussistano i requisiti imposti dalla norma (art. 27, co. 1, D.Lgs. 276/2003). È irregolare la somministrazione:

— non stipulata a fronte di **ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo**, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore entro i limiti quantitativi previsti dalla contrattazione collettiva (art. 20, co. 4, D.Lgs. 276/2003). Nel caso rientra anche l'ipotesi di *assenza dell'indicazione specifica e puntuale dell'esigenza che legittima il ricorso alla somministrazione di lavoro ovvero l'ipotesi in cui l'esecuzione della prestazione intervenga per soddisfare un'esigenza diversa da quella individuata nel contratto di somministrazione* (circ. Min. Lav. 7/2005);

- stipulata senza recepire nel medesimo contratto le **indicazioni contenute nei CCNL e/o territoriali** (art. 21, co. 2, D.Lgs. 276/2003);
- stipulata da **soggetto non autorizzato** o che non abbia indicato gli *estremi dell'autorizzazione* (circ. Min. Lav. 7/2005);
- mancante di uno o più degli **elementi formali** prescritti (art. 21, co. 1, D.Lgs. 276/2003), tra cui l'omessa *indicazione del numero dei lavoratori da somministrare* ovvero l'omessa precisazione se nell'esecuzione del contratto i lavoratori in somministrazione sono in *numero maggiore* rispetto a quanto indicato nel contratto medesimo, nonché l'omessa indicazione della *data di inizio* e della *durata prevista* del rapporto di lavoro (circ. Min. Lav. 7/2005);
- stipulata per sostituire **lavoratori in sciopero**, da committenti che non abbiano presentato il **piano di valutazione dei rischi** o delle **misure di prevenzione adottate** (art. 34 D.Lgs. 81/2008), ovvero da committenti che abbiano proceduto a **licenziamenti collettivi** (artt. 4 e 24, L. 223/1991), sospensioni o riduzioni di lavoro con beneficio d'**integrazione salariale** (art. 20, co. 5, D.Lgs. 276/2003);
- stipulata senza aver comunicato al lavoratore per iscritto, all'atto della stipula del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore, le **informazioni di cui al contratto di somministrazione**, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore (art. 21, co. 3, D.Lgs. 276/2003);

È altresì irregolare la somministrazione che è frutto di un contratto formalmente perfetto ove, tuttavia, sia contestabile la presenza degli elementi legittimanti pur indicati nel corpo contrattuale.

- c) **fraudolento**, ove sia stipulato con l'intenzione di *eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore* (art. 28, D.Lgs. 276/2003).

La linea di confine tra le diverse ipotesi è fragile ed esiste un **conflitto interpretativo** tra chi tende ad estendere il novero delle ipotesi di *nullità* e chi invece propende per un'interpretazione restrittiva a favore della *mera irregolarità*.

Talune ricostruzioni sostengono che la novella — che ha abrogato l'inciso con il quale si richiamavano alcune ipotesi formali — abbia di fatto delimitato la nullità alla sola ipotesi della **mancanza della forma scritta del contratto nella sua totalità** (*Trib. Milano, 24-1-2007* e *circ. Min. Lav. 7/2005*). Ciò è confutato da chi sostiene che così argomentando sarebbe sufficiente che si rediga un mero atto scritto intestato «contratto di somministrazione» per evitare la nullità (AIELLO, PASSALACQUA, ROCCELLA).

Nell'ipotesi di somministrazione irregolare è previsto che il lavoratore somministrato acquisti la facoltà di *chiedere giudizialmente*, previo tentativo obbligatorio di conciliazione, la **trasformazione del rapporto di lavoro in un autonomo contratto di lavoro subordinato** alle dipendenze dirette dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione.

Occorre tuttavia osservare che, ove sia stata accertata la natura irregolare di una somministrazione, il lavoratore non ha facoltà di impugnare l'intervenuta e pregressa cessazione del rapporto per ottenere una reintegra, stante l'inapplicabilità analogica dello speciale art. 18 della L. 300/1970.

Giurisprudenza

— La sentenza con il quale il giudice accerta, ex art. 27 D.Lgs. 276/2003, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato tra il lavoratore e l'utilizzatore non consente l'applicazione dell'art. 18 della L. 300/1970. — Trib. Milano 5-5-2009, n. 1902

Nel caso di nullità, invece, i prestatori di lavoro sono considerati *ab initio* e *ope legis* alle dipendenze dell'utilizzatore finale (Trib. Milano, 24-1-2007). Il medesimo effetto si manifesta **anche in caso di contratto fraudolento**, che è *species* del contratto nullo ai sensi dell'art. 1343 c.c.

La conversione della somministrazione irregolare, nulla o fraudolenta

Le facoltà o gli effetti di conversione del contratto irregolare, nullo o fraudolento, **non operano ove l'utilizzatore sia una pubblica amministrazione**, e ciò in conseguenza dell'intangibile limite di matrice costituzionale in base al quale l'instaurazione di rapporti diretti alle dipendenze di una pubblica amministrazione non può eludere l'*evidenza pubblica concorsuale* (art. 86, co. 9, D.Lgs. 276/2003 e art. 36, co. 6, T.U. 165/2001).

Il lavoratore irregolarmente somministrato nei confronti dell'amministrazione utilizzatrice potrà invocare esclusivamente l'applicazione dell'art. 2126 c.c. in tema di **prestazione di fatto** e richiedere, conseguentemente, all'amministrazione utilizzatrice, a titolo di risarcimento del danno, l'intero **trattamento retributivo e contributivo** spettante per il periodo di esecuzione della prestazione lavorativa, detratte le somme già corrisposte per i medesimi titoli dal somministratore, secondo l'espresso disposto dell'art. 27, co. 2, D.Lgs. 276/2003 (LORTORTO).

Sulla natura del rapporto contrattuale derivante dalla trasformazione della somministrazione nulla o irregolare non vi è uniformità di opinioni in dottrina e in giurisprudenza. Una prima opzione ritiene che la trasformazione cagioni la costituzione di un ordinario **rapporto di lavoro a tempo indeterminato** tra il lavoratore e l'utilizzatore finale.

La giurisprudenza, in particolare, è incline a ritenere che la somministrazione di lavoro a tempo determinato debba tendenzialmente essere effettuata nel rispetto delle norme di cui al D.Lgs. 368/2001; e che, in caso di **somministrazione effettuata al di fuori delle condizioni di legge**, si deve ritenere sussistente un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore ed utilizzatore (Trib. Milano, 10-4-2007, n. 1235).

L'art. 27 del D.Lgs. 276/2008 prevede la costituzione *ope legis* di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in quanto parla di «costituzione» del rapporto senza ulteriori precisazioni. In virtù dell'ineludibile principio della **prevalenza del tipo contrattuale a tempo indeterminato rispetto ai contratti a termine** appare corretto affermare che il rapporto che viene in essere è a tempo indeterminato (Trib. Milano, 24-1-2007, in dottrina FAVA, COLOMBO, AIELLO per i quali non si può interpretare in senso estensivo una norma se all'esito essa assume carattere di deroga eccezionale ad un principio).

Contrarie altre opzioni teoretiche in base alle quali **il contratto oggetto di trasformazione assume le stesse caratteristiche del contratto di lavoro stipulato preventivamente tra il lavoratore e il somministratore**. Quindi assume carattere di contratto a tempo indeterminato ove l'originario contratto di lavoro sia stato tale, e viceversa.

Capitolo 1: La somministrazione di lavoro

Alcuni autori ritengono che il lavoratore assunto a tempo indeterminato presso il somministratore abbia comunque **diritto a ottenere la conversione a tempo indeterminato** presso l'utilizzatore *anche nel caso* in cui il contratto di fornitura tra quest'ultimo ed il somministratore fosse a tempo determinato (VALLEBONA, GARCEA e CHIUSOLO). Tali autori danno **prevalenza al dato contenutistico**, ritenendo che il legislatore non possa e debba sostituirsi all'originaria volontà della parti, che non può neanche presumere nemmeno in riferimento alla posizione del lavoratore.

Tutti gli **atti giuridici** e i **pagamenti** *medio tempore* effettuati dal somministratore in costanza di un contratto irregolare, nullo o fraudolento sono **imputati all'utilizzatore** che è liberato dei relativi debiti retributivi o contributivi nei confronti dei lavoratori o degli enti previdenziali, *fino alla somma effettivamente pagata* dal somministratore (art. 27, co. 2, D.Lgs. 276/2003).

La *ratio* della norma è quella di **evitare che il somministratore possa richiedere agli enti**, ed eventualmente anche ai lavoratori, **la restituzione di quanto adempiuto in costanza del rapporto di somministrazione inesistente**. Da ciò discende che la norma non può essere intesa quale sanzione civile nei confronti del predetto che potrà dunque azionare il regresso nei confronti dell'utilizzatore finale della prestazione ove sussistano i presupposti civilistici dell'arricchimento senza causa.

Il sistema sanzionatorio approntato dal decreto è così articolato: **Il sistema sanzionatorio nel D.Lgs. 276/2003**

a) nel caso di **somministrazione abusiva** da parte di un *soggetto non autorizzato*, l'apparato sanzionatorio prevede, a titolo di sanzione applicata ad un reato contravvenzionale, l'ammenda di *euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro* (art. 18, co. 1, D.Lgs. 267/2003). La sanzione si applica sia all'utilizzatore finale che al somministratore. In caso di **sfruttamento dei minori** la pena è dell'*arresto fino a 18 mesi* e di un'*ammenda maggiorata fino al sesto-plo dell'ordinario*. In quanto contravvenzione il reato è soggetto a oblazione (art. 162 c.p.).

Trattandosi di **reato contravvenzionale** e non richiedendo la norma incriminatrice di cui all'art. 18 la necessaria sussistenza di un'appropriazione psicologica soggettiva di tipo doloso, la responsabilità penale dell'utilizzatore (e del somministratore ai sensi del co. 1 dell'art. 18) può insorgere anche in caso di sola colpa del soggetto agente (LOSTORTO). Per taluni (VERGARI) la somministrazione illecita si realizza non solo quando il somministratore operi in assenza di qualsiasi autorizzazione, ma pure nei casi in cui un'autorizzazione sussista, ma per l'esercizio di attività diverse dalla somministrazione in ragione dell'inciso «o comunque al di fuori dei limiti ivi previsti» (art. 18, co. 2, D.Lgs. 276/2003).

La somministrazione di lavoro fornita da parte di un soggetto privato non formalmente autorizzato integra gli estremi del **reato di cui agli artt. 1 e 2 della L. 1369/1960** — che punisce sia il committente che l'appaltatore che ricorra a qualsiasi esecuzione di prestazioni lavorative mediante impiego di manodopera assunta dall'appaltatore, ma di fatto operanti alle dipendenze del committente — perseguibile ai sensi del sopravvenuto e più favorevole art. 18 del D.Lgs. 276/2003 (*Cass. pen., 2-9-2004, n. 46169*);

b) nel caso di **somministrazione irregolare** o **nulla** la pena è costituita da una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata sia all'utilizzatore finale che al somministratore (art. 18, co. 3, D.Lgs. 276/2003);

Parte I: I contratti di lavoro esternalizzato

- c) nel caso di **somministrazione fraudolenta**, invece, la pena è un'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione (art. 28, D.Lgs. 267/2003) che si applica in aggiunta alle sanzioni già irrogabili per il caso di somministrazione abusiva ed irregolare.

La specifica finalità elusiva delle tutele del lavoratore (art. 28) è elemento costitutivo del reato insieme all'irregolarità della somministrazione, poiché se questa è giustificata non può essere fraudolenta (VALLEBONA, contra PALADINI).

Il soggetto che, autorizzato o meno, pone in essere una somministrazione di lavoro con la **specificità finalità di eludere norme di legge o di contratto** è punito con la pena comminata dall'art. 28 del D.Lgs. 267/2008 (Trib. Ferrara 24 dicembre 2003, n. 571) e, in ogni caso, il contratto è nullo per frode alla legge (circ. Min. Lav. 7/2004).

La somministrazione fraudolenta costituisce un *autonomo titolo di reato*, soggetto sia alla prescrizione obbligatoria che all'oblazione.

Due tesi si contrappongono. C'è chi vede nella somministrazione fraudolenta un **autonomo titolo di reato** (ROSIN, PALADINI, PERINA) e chi invece la ritiene solo un'ipotesi aggravata della somministrazione irregolare (VERGARI). La **fraudolenza** si discosta dalla mera irregolarità in ragione del **dolo specifico** connesso allo scopo di eludere la norma imperativa operando con un contratto stipulato in frode alla legge (VERGARI). Essendo punita con la pena alternativa dell'arresto e dell'ammenda, la somministrazione abusiva o fraudolenta (nei casi aggravati) è soggetta alla **prescrizione obbligatoria** ex D.Lgs. 758/1994, per come esteso dall'art. 15, D.Lgs. 124/2004 (PENNESI, MASSI, RAUSEI).

La somministrazione fraudolenta necessita della contestazione del **dolo specifico**, estrapolabile dall'esame delle contingenze di fatto. Tra le stesse, ad esempio, l'esclusività del rapporto tra somministratore ed utilizzatore, l'uso dei medesimi locali o la presenza delle stesse persone nelle cariche sociali, l'uso massivo e capillare dello strumento nell'organizzazione aziendale.

Giurisprudenza

— La **somministrazione fraudolenta**, pur rientrando nel *genus* delle contravvenzioni, come si ricava dal tipo di pena (ammenda) prevista, è una di quelle particolari ipotesi, presenti nel nostro ordinamento, in cui il legislatore, in deroga al principio dell'indifferenza del dolo o della colpa, **richiede anche per la contravvenzione l'elemento psicologico del dolo**: nel caso di specie il dolo specifico che si evince sulle base delle comuni regole dell'esperienza procedendo, cioè ad un'estensione analogica al caso concreto dell'*id quod plerumque accidit*. — Cass. pen. 17-7-2003, n. 30113.

Altri illeciti penalmente sanzionati

Una sanzione specifica si applica anche nell'ipotesi in cui il somministratore non rispetti il **divieto di esigere** o comunque di percepire, direttamente o indirettamente, **compensi dal lavoratore** per avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione. In tal caso si applica la sanzione alternativa dell'ammenda o dell'arresto oltre alla **cancellazione** dall'albo delle agenzie autorizzate (artt. 11 e 18, co. 4, D.Lgs. 276/2003).

La **nullità parziale** insiste anche nel caso in cui sia inserita una **clausola contrattuale che vieta l'assunzione del lavoratore somministrato da parte dell'utilizzatore**. Fa eccezione l'ipotesi nella quale la facoltà di limitare la libertà contrattuale sia prevista in sede di contrattazione collettiva verso un'adeguata indennità a favore del lavoratore compreso nella propria libera sfera di azione (art. 23, co. 8 e 9, D.Lgs. 276/2003).

1.5 Il contratto di lavoro somministrato

Il **lavoratore somministrato** è parte in un rapporto **trilaterale** che si instaura non solo con il **somministratore** (datore di lavoro *formale*) ma anche con l'**utilizzatore finale** (datore di lavoro *sostanziale*). **I soggetti della somministrazione e le loro prerogative**

L'utilizzatore finale è titolare del **potere di direzione e controllo** dell'attività lavorativa esplicata dal lavoratore oggetto di somministrazione (art. 20, co. 2, D.Lgs. 276/2003). Il lavoratore somministrato è tenuto ad espletare il suo servizio nei limiti delle mansioni lavorative indicate nel contratto di lavoro stipulato con il somministratore.

Eventuali **modificazioni delle mansioni preventivate** debbono essere prontamente comunicate dall'utilizzatore finale al somministratore per consentire l'adeguamento del trattamento retributivo dovuto al lavoratore in caso di eventuale lavoro straordinario o di mansioni superiori espletate. In difetto di idonea comunicazione l'utilizzatore risponde in via esclusiva della maggiorazione per mansioni superiori e dei relativi obblighi contributivi ovvero del danno da demansionamento (art. 23, co. 6, D.Lgs. 276/2003).

Nella somministrazione, il potere datoriale proprio del **datore di lavoro formale** è di fatto delegato al **datore di lavoro sostanziale**, che gestisce il normale potere di *ius variandi* delle obbligazioni contrattuali del lavoratore. Senonché di tali variazioni risponde comunque il titolare del contratto di lavoro (dunque il somministrante) che deve essere prontamente informato dell'insorgenza di tali nuovi ed imprevisti obblighi. L'utilizzatore finale sarà ovviamente responsabile dei nuovi costi derivati dalle modificazioni in corso d'opera all'originario e preventivato oggetto contrattuale.

Il trattamento retributivo

Il rapporto lavorativo che si instaura tra somministratore e lavoratore è *sui generis* rispetto ai comuni rapporti di lavoro subordinato. La norma, ad esempio, disciplina in senso peculiare il **trattamento retributivo**. Il somministratore eroga la retribuzione a titolo di controprestazione per il lavoro svolto dal lavoratore somministrato nell'interesse e sotto la direzione dell'utilizzatore finale. La retribuzione è parametrata alla contrattazione collettiva applicata dall'utilizzatore finale. La norma, infatti, tutela la **parità di trattamento** onde evitare interposizioni di carattere fraudolento (art. 23, co. 1, D.Lgs. 276/2003). Al contempo il somministratore assume