

Natura del rapporto

# Somministrazione a tempo determinato: differenze con il lavoro a termine

Monica Lambrou - Avvocato

In questa sede si intende porre l'accento sugli elementi qualificanti la disciplina della somministrazione di lavoro e, segnatamente, della somministrazione a tempo determinato, alla luce delle recenti novità legislative in materia, dei chiarimenti forniti a livello ministeriale, nonché dell'interpretazione operata dalla giurisprudenza di legittimità e di merito con riferimento alla fase patologica di detti rapporti.

Si avrà, in particolare, modo di porre in evidenza le differenze di tale peculiare forma contrattuale rispetto al "canonico" contratto di lavoro a termine e, per converso, delle norme applicabili a entrambe le fattispecie.

Occorre preliminarmente rilevare che, con un contratto di somministrazione di lavoro - in linea generale - viene alla luce un rapporto che coinvolge tre diversi soggetti e che può caratterizzarsi sia in senso temporaneo che a tempo indeterminato. In tal senso, a seconda che le parti optino per l'una ovvero l'altra soluzione, le divergenze in termini di disciplina giuridica risultano più che rilevanti, così come, conseguentemente, in termini di tutele offerte al lavoratore somministrato.

## **D.Lgs. n. 276/2003 e rapporto con la disciplina del contratto a termine**

Giova considerare che, prima dell'entrata in vigore delle novità legislative di cui al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (c.d. *Jobs Act*) e al D.L. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. Decreto Dignità), la somministrazione di lavoro a termine era integralmente - e unicamente - disciplinata dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, cui si deve, peraltro, l'introduzione dell'istituto (sia per quanto riguarda l'ipotesi a tempo indeterminato che a tempo

determinato) all'interno dell'ordinamento giuridico italiano e il superamento del c.d. "rapporto di lavoro interinale".

Orbene, la fonte legislativa citata, oltre a definire (con principi tutt'ora attuali) il contratto di somministrazione di manodopera come quello per il quale un soggetto, denominato "utilizzatore", si rivolga "ad un altro soggetto", denominato "somministratore", affinché un prestatore di lavoro formalmente assunto presso il somministratore svolga la propria attività lavorativa "nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore" (vedasi, in tal senso, l'art. 20 del citato D.Lgs. n. 276/2003).

Ciò premesso, con specifico riferimento alla fattispecie della somministrazione a tempo determinato e ai relativi rapporti con la disciplina del contratto a termine, il Decreto suindicato prevedeva un generale rinvio alle norme regolatrici di quest'ultima figura, prescrivendo come le stesse dovessero intendersi applicabili anche all'ipotesi *de quo* soltanto se effettivamente compatibili con la *ratio* e la specialità, appunto, della somministrazione. Peraltro, tra i tratti salienti di detta disciplina si segnala la necessità di individuare delle specifiche ragioni legittimanti il ricorso alla formula contrattuale in esame e, segnatamente, "di carattere tecnico, produttivo, organizzativo, o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore" (art. 20, comma 4), nonché un rinvio ai "contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi" quanto all'individuazione di limiti quantitativi di utilizzazione da parte dello stesso soggetto (ancora, art. 20, comma 4).

A fronte del dato legislativo, peraltro, gran parte della giurisprudenza era giunta ad affermare come, nella valutazione circa la legittimità delle ra-

# Percorsi

gioni richiamate (e, con essa, del rapporto costituitosi) da operarsi sulla base del dato concreto, l'Autorità giudiziaria dovesse prendere in considerazione i criteri già da tempo elaborati riguardo al "canonico" contratto a tempo determinato (in questo senso, si vedano, a titolo meramente esemplificativo Tribunale di Roma, sentenza 17 giugno 2010, sentenza 25 novembre 2010, sentenza 30 novembre 2010).

## Jobs Act e Decreto Dignità

Con l'entrata in vigore del c.d. *Jobs Act* (D.Lgs. n. 81/2015) il legislatore è intervenuto in maniera pressoché pregnante con riferimento alla fattispecie in esame.

Alla luce della fonte citata, in particolare, sono stati previsti specifici divieti al ricorso allo strumento della somministrazione a tempo determinato e, segnatamente, può dirsi come quest'ultima tipologia contrattuale sia preclusa:

- per sostituire lavoratori che esercitino il proprio diritto di sciopero;
- alle unità produttive nell'ambito delle quali si sia in precedenza (sino a sei mesi prima) proceduto a licenziamenti collettivi di cui agli artt. 4 e 24, legge n. 223/1991 che abbiano "riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro, salvo che il contratto sia concluso per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi";
- alle unità produttive ove siano operanti una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di cassa integrazione guadagni, che interessino "lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione di lavoro";
- ai datori che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi di cui alla normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (art. 32).

Ad ogni modo, intervenendo sul contratto di somministrazione a termine, il Legislatore del 2015 ha inteso liberalizzare lo strumento e, in particolar modo, superare il meccanismo delle causali, probabilmente in ragione del copioso contenzioso giudiziario sviluppatosi sul punto e al fine di offrire un'opportunità alle imprese priva di pregnanti rischi di illegittimità. Come è noto, infatti, innanzi ad una specifica ragione (cau-

sale) da individuarsi contrattualmente, i margini per una valutazione da parte del giudice sul concreto esplicitarsi del rapporto e sulla bontà di dette motivazioni risultavano piuttosto ampi.

Senonché, soltanto tre anni più tardi, con l'entrata in vigore del c.d. "Decreto Dignità" quanto sopra è stato ulteriormente superato, con la reintroduzione delle causali giustificatrici (seppur limitatamente all'ipotesi di contratti di durata superiore ai dodici mesi). Nello specifico, al D.L. 12 luglio 2018, n. 87 si deve un significativo intervento sul rapporto tra la somministrazione a tempo determinato e il contratto a termine. Se, come si è detto, in epoca precedente la somministrazione *de quo* vedeva applicarsi le regole previste per il contratto a tempo determinato soltanto se compatibili con le finalità dello strumento e la sua specificità, con il Decreto Dignità e, segnatamente, con l'articolo 2, comma 1 (sostituendo l'articolo 34, comma 2, D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81), è stato espressamente prescritto che laddove la particolare tipologia di contratto di lavoro in oggetto sia "a tempo determinato", il rapporto che viene a costituirsi tra il somministratore e il lavoratore "è soggetto alla disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo determinato" ivi comprese le regole in materia di ragioni poste alla base dell'assunzione, di cui si dirà in seguito. Ciò vale, peraltro, con talune eccezioni:

- il regime delle proroghe;
- il numero massimo di contratti stipulabili;
- i diritti di precedenza.

## Forma scritta del termine

Occorre, altresì, considerare che, se già dall'introduzione della somministrazione all'interno dell'ordinamento non si è mai posta in dubbio la necessità della forma scritta riguardo al termine contrattuale, il Decreto Dignità - estendendovi l'applicazione delle norme sul contratto a termine - ha finito per incidere anche su questo aspetto, attribuendo ancor più rilevanza a tale requisito ed eliminando qualsivoglia incertezza in merito. In particolare, il Decreto citato ha espressamente abrogato il riferimento *ex art.* 19, comma 4, D.Lgs. n. 81/2015 all'eventualità di individuare in maniera indiretta - e in forma scritta - la scadenza (in precedenza era, invero, possibile individuare un termine "direttamente o indirettamente" in un atto scritto).

A detto proposito, la circolare n. 17 del 31 ottobre 2018 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nella sua opera chiarificatrice, ha provveduto a specificare che, nonostante l'abrogazione suesposta, è fatta salva la possibilità che, a fronte di "alcune situazioni", possa ancora procedersi ad un'individuazione indiretta e ciò in ragione dell'eventuale - e specifica - "motivazione che ha dato luogo all'assunzione". È il caso (citato dalla stessa circolare n. 17/2018), a titolo esemplificativo, della "sostituzione della lavoratrice in maternità di cui non è possibile conoscere, ex ante, l'esatta data di rientro al lavoro".

### Eccezioni all'applicazione delle norme sul contratto a termine

Come si è anticipato, non può parlarsi di piena estensione della disciplina del contratto a tempo determinato alla somministrazione, posto che, nel prescrivere quanto sopra illustrato, il Decreto Dignità ha fatto salve talune eccezioni.

In primo luogo, resta escluso dall'estensione richiamata il regime del periodo intercorrente tra un contratto e quello successivo (il c.d. "Stop and go"), previsto, in materia di rapporto di lavoro a termine, dall'articolo 21, comma 2, D.Lgs. n. 81/2015. Cosicché non si registra la necessità di una pausa tra un'assunzione e quella successiva nei confronti dello stesso lavoratore (che, occorre sottolineare, nella disciplina del contratto a tempo determinato attiene esclusivamente ai rinnovi e non, per converso, alle ipotesi di proroga). È stata, altresì, negata la possibile applicazione alla somministrazione del c.d. "diritto di precedenza" espressamente prescritto per l'altra fattispecie all'art. 24, D.Lgs. n. 81/2015 e consistente nel diritto, riconosciuto in favore del prestatore di lavoro a termine (che abbia svolto la propria attività presso un datore di lavoro per più di sei mesi continuativi), di godere, appunto, di una via preferenziale "nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine".

### Limiti quantitativi

Stante il quadro normativo vigente, peraltro, il datore di lavoro utilizzatore non può ritenersi scevro da vincoli - nel servirsi di lavoratori in somministrazione a termine - di carattere quanti-

tativo. Infatti, occorre considerare che, come regolato dallo stesso Decreto Dignità, nella platea dei prestatori alle proprie dipendenze, la somma dei lavoratori con contratto a tempo determinato ovvero assunti in regime di somministrazione (ancora una volta a tempo determinato) non può superare la misura del 30% rispetto alla totalità degli assunti con il "canonico" contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e ciò con arrotondamento del decimale all'unità superiore se "esso è uguale o superiore a 0,5" (vedasi art. 2, comma 2, D.L. n. 87/2018).

Va, tuttavia, specificato che, con riferimento a detto aspetto, è concesso un ampio margine derogatorio alla contrattazione collettiva.

Restano, a ben vedere, esclusi dal predetto computo i prestatori di lavoro che rientrino nelle seguenti ipotesi:

- i lavoratori che siano assunti in mobilità sulla base dell'articolo 8, comma 2, legge 23 luglio 1991, n. 223;
- i soggetti in stato di disoccupazione che godano da almeno sei mesi di trattamenti, appunto, di disoccupazione (non agricola) ovvero altre forme di ammortizzatori sociali;
- i lavoratori "svantaggiati" ai sensi dell'art. 2, comma 4, Regolamento Ue 651/2014 (che non abbiano un impiego regolarmente retribuito da almeno 6 mesi, abbiano un'età tra i 15 e i 24 anni ovvero superiore ai 50 anni, non siano in possesso di diploma di scuola media superiore o professionale, vivano soli con una o più persone a carico, svolgano professioni con profonde disparità uomo-donna, ovvero che appartengano ad una minoranza etnica con necessità di migliorare la propria formazione linguistica e professionale o la propria esperienza lavorativa);
- i lavoratori "molto svantaggiati" ai sensi dell'art. 2, comma 99, Regolamento Ue 651/2014 (lavoratori privi da almeno 24 mesi di un impiego regolarmente retribuito ovvero privi da almeno 12 mesi di impiego regolarmente retribuito che abbiano un'età tra i 15 e i 24 anni ovvero che appartengano ad una minoranza etnica con le necessità suesposte).

### Necessità delle causali e casistica giurisprudenziale

Appare evidente come, tra gli elementi oggetto di esame in questa sede, l'aspetto maggiormente

# Percorsi

delicato della disciplina e delle relative novità attinga alla necessaria previsione delle causali, dacché risulta opportuno dar luogo a riflessioni ulteriori. Occorre, in particolare, interrogarsi sui requisiti di queste ultime, nonché sui principi espressi dalla giurisprudenza sul punto.

Come anticipato, la scelta della somministrazione a termine di durata superiore a 12 mesi - analogamente all'ipotesi del contratto a tempo determinato - è subordinata al ricorso di almeno una delle ragioni che seguono:

- esigenze temporanee e oggettive, “*estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze sostitutive di altri lavoratori*”;
- esigenze connesse “*a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria*” (si veda l'art. 1, comma 1, D.L. n. 87/2018 che ha modificato l'art. 19, comma 1, D.Lgs. n. 81/2015).

Trattasi di condizioni che, peraltro, non sono in alcun modo derogabili da parte della contrattazione collettiva.

Orbene, l'evidente genericità delle disposizioni citate rende necessario, appunto, analizzare quanto rilevato in sede interpretativa.

Non v'è dubbio che, ancorché innanzi a modifiche prettamente letterali rispetto al quadro normativo vigente (D.Lgs. n. 276/2003) prima dell'abrogazione della causali operata dal Jobs act, possa ritenersi ancora attuale il principio secondo il quale “le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che legittimano il ricorso al contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato” devono necessariamente essere “indicate nel contratto con un grado di specificità tale da consentire al Giudice di verificare”, da un lato, se queste ultime siano in linea con i presupposti di legge e, dall'altro, se nella specifica ipotesi oggetto di valutazione debbano ritenersi effettive (si veda, in questo senso, Corte d'Appello di Roma, Sezione Lavoro, sentenza del 9 gennaio 2015, nonché, in senso pressoché analogo, Tribunale di Parma, Sezione Lavoro, sentenza del 21 marzo 2014). Appare, infatti, evidente che, in caso di eccessiva vaghezza o sommarietà dell'indicazione risulterebbe pressoché impossibile per il giudice verificarne il ricorso nel caso concreto, dacché può ritenersi indubbiamente illegittima la causale (e con essa, l'intero contratto di lavoro) che veda l'indicazione di un mero richiamo “alla causale astratta o la gene-

rica descrizione dell'esigenza produttiva” (vedasi Tribunale di Firenze, sentenza 14 febbraio 2012). L'onere della prova in tal senso, ad ogni modo, grava sul datore, il quale sarà chiamato a dimostrare in giudizio, da un lato, la temporaneità della causale e, in fase successiva, dovrà “*addurre e provare i presupposti giustificativi, oggettivi ed effettivamente esistenti, con la conseguenza che il controllo giudiziale non dovrà riguardare la natura ontologica della ragione giustificativa ma la sua oggettività, la sua effettiva sussistenza al fine di escludere le situazioni in cui la somministrazione poggia su ragioni meramente pretestuose, simulate o evanescenti*” (cfr., ancora, Tribunale di Parma, op. cit.).

In ogni caso, seppur con ampi margini di indagine, il giudice non avrà modo di spingersi sino ad esaminare, nel merito, le valutazioni discrezionali e le scelte tecniche/organizzative effettuate dal datore (cfr. Tribunale di Napoli, sentenza 3 febbraio 2011).

## Somministrazione a termine nel Pubblico impiego

Giova, da ultimo, soffermarsi sulla particolare ipotesi per la quale il contratto di somministrazione a tempo determinato sia sottoscritto nell'ambito di un rapporto di Pubblico impiego. Occorre, in questo senso, sin d'ora anticipare che quanto precedentemente trattato con riferimento alle ultime novità (di cui al D.L. n. 87/2018) può dirsi valido esclusivamente rispetto ai rapporti privati e che, in ambito pubblico, sussistono differenze sostanziali. Infatti, è necessario considerare che, a norma del Decreto Dignità, è esplicitamente prescritto che “*le disposizioni di cui*” all'art. 1 del Decreto, “*nonché quelle di cui agli articoli 2*” (somministrazione) “*e 3, non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni, ai quali continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente Decreto*” (art. 1, comma 3, D.L. 12 luglio 2018, n. 87).

Orbene, il quadro normativo che caratterizza detta ipotesi risulta piuttosto disomogeneo e vede, tendenzialmente, quali fonti regolatrici il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la legge 14 febbraio 2003, n. 30, la legge 3 agosto 2009, n. 102, la legge 30 ottobre 2013, n. 125, nonché il richiamato D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

In tale “confuso” assetto, risulta necessario, in particolare, porre l’accento sul divieto espresso per le P.A. di servirsi del c.d. *staff leasing* e, quindi, di ricorrere alla somministrazione a tempo indeterminato (articolo 31, comma 4, D.Lgs. n. 81/2015), dacché la forma a tempo determinato rappresenta l’unica tipologia applicabile nel Pubblico impiego. La *ratio* di una simile esclusione è agevolmente individuabile e risiede nella necessità di garantire l’applicazione del principio costituzionale del concorso pubblico (ricavabile ex art. 97 Cost.) e della necessità, quindi, che assoluta priorità sia attribuita alle specifiche procedure di reclutamento configurate dalla legge a tutela della generalità dei consociati (vedasi il D.Lgs. n. 165/2001), talché non potrebbe ammettersi una deroga così rilevante alla procedura ordinaria se non innanzi ad esigenze realmente eccezionali, cui è ammesso far fronte, appunto, con la somministrazione a termine. A riprova di quanto sopra, si segnala quanto affermato dalla Corte costituzionale che, per mezzo della sentenza n. 52/2011, ha chiarito come “*la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio costituzionale del concorso pubblico (art. 97 Cost.)*” debba essere delimitata in maniera rigorosa, “*potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell’amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle*”.

Ebbene, se, al netto del divieto richiamato, il ricorso alla somministrazione da parte delle P.A. è comunque ammesso, i limiti che al riguardo si pongono sono indubbiamente più rilevanti, rispetto all’ambito privato. Il datore di lavoro pubblico, in particolare, è chiamato, da un lato, a rispettare le norme (ove applicabili) sulla sommi-

nistrazione suesposte e, dall’altro, ad attenersi parallelamente alla disciplina sul reclutamento e l’accesso dei lavoratori agli uffici pubblici, nonché alla totalità delle regole che impongano specifici limiti di spesa (si pensi, a titolo esemplificativo, all’art. 9, comma 28, D.L. n. 78/2010 che ha ridotto del 50% la spesa per i contratti flessibili, tra cui quello *de quo*). Assume, quindi, rilievo la disposizione ex art. 36, D.Lgs. n. 165/2001 che, con riferimento alla totalità delle tipologie contrattuali flessibili, ivi incluso il lavoro somministrato a termine, prescrive che il relativo ricorso sia subordinato ad esigenze temporanee o eccezionali.

La P.A., peraltro, non può dirsi libera - come è ovvio - nemmeno rispetto alla scelta delle agenzie di somministrazione da cui ottenere manodopera ed è, per converso, onerata di dar luogo a procedure aperte di individuazione. S’è posto, al riguardo, il dubbio circa la legittimità della scelta di adottare, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso. Se, infatti, il contratto che viene a stipularsi con l’agenzia è a tutti gli effetti un contratto di natura commerciale, occorre, altresì, considerare come il “bene” offerto meriti particolari cautele, dacché il rischio di una concorrenza al ribasso dei diritti (tutelati dall’agenzia somministratrice con il lavoratore stesso) parrebbe indurre ad escludere una simile possibilità. Il Consiglio di Stato, in proposito, sembrerebbe aver aderito a tale lettura e, con sentenza 2 maggio 2017, n. 2014, ha chiarito come l’aggiudicazione debba avvenire “esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”, escludendo in ogni caso “l’applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d’asta”.