
Capitolo Primo

La rivisitazione delle regole sui contratti temporanei: un tentativo (maldestro) di combattere la precarietà del lavoro *

di Luigi Fiorillo

SOMMARIO: 1. Le modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato. – 1.1. Le causali come condizione di legittimità del contratto a tempo determinato di lunga durata e di ogni ipotesi di rinnovo anche per contratti di breve durata. – 2. Le modifiche al contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato: il limite quantitativo e le esclusioni. – 2.1. *Segue.* Durata massima, causali, rinnovi e proroghe. – 2.2. *Segue.* L'apparato sanzionatorio e i termini di impugnazione. – 2.3. Il conflitto con la normativa comunitaria. – 3. Le nuove regole e il contrasto alla precarietà del lavoro: un obiettivo destinato al fallimento. – 3.1. Un possibile rimedio da parte della contrattazione collettiva di prossimità.

1. Le modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato

L'art. 1, d.l. 12 luglio 2018, n. 87 (convertito dalla l. 9 agosto 2018, n. 96) apporta poche ma significative modifiche su alcune delle norme contenute nel d.lgs. n. 81/2015 che regola, negli artt. da 19 a 29, il contratto a tempo determinato.

In particolare il legislatore interviene sull'art. 19, che definisce le regole per la legittima apposizione di un termine al rapporto di lavoro subordinato, sull'art. 21, che dispone in materia di proroghe e rinnovi e sull'art. 28, in tema di impugnazione del termine apposto al contratto.

Con autonome disposizioni, inoltre, il legislatore specifica che le modifiche apportate alle norme sopra menzionate non si applicano ai contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni (art. 1, comma 3, d.l. n. 87/2018)¹ e indica il momento

* Il saggio è destinato agli *Scritti in onore di Roberto Pessi*.

¹ Nel lavoro pubblico contrattualizzato la norma di riferimento per la disciplina del contratto a tempo determinato è costituita dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 che prevede un doppio canale di regolamentazione della materia. Al rinvio esplicito al d.lgs. n. 81/2015, quale fonte di diretta regolamentazione dell'istituto, accompagna alcune rilevanti specialità che riguardano la previsione generalizzata di cau-

a partire dal quale entra in vigore la nuova normativa (14 luglio 2018), preoccupandosi di differire alla data del 31 ottobre 2018 l'applicazione di quella che riguarda il regime del rinnovo e della proroga (art. 1, comma 2, d.l. n. 87/2018).

Allo stato è possibile stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato senza indicare le ragioni che lo giustifichino a condizione che lo stesso abbia una durata massima di dodici mesi.

Nel caso in cui le parti intendano sottoscrivere un contratto a termine la cui durata sia superiore ai dodici mesi, e comunque mai eccedente i ventiquattro mesi, è necessario indicare delle specifiche ragioni giustificatrici, che lo stesso legislatore individua in: a) esigenze temporanee ed oggettive che devono essere estranee all'ordinaria attività del datore di lavoro; b) esigenze connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'ordinaria attività lavorativa del datore di lavoro; c) esigenze dovute alla necessità di sostituire altri dipendenti del datore di lavoro².

Le ragioni sopra menzionate sono sempre necessarie nel caso in cui, esaurito un primo contratto a termine, il datore di lavoro decida di sottoscrivere con lo stesso lavoratore un altro contratto a termine e ciò anche se la durata del nuovo contratto sommata a quella del primo sia inferiore ai dodici mesi³.

Nell'ipotesi in cui l'originario contratto a termine venga protratto alla scadenza, con il consenso del lavoratore, la proroga è libera fino al raggiungimento della durata complessiva di dodici mesi, superata questa la continuazione è possibile solo in presenza di ragioni giustificatrici⁴.

Con riferimento alla proroga viene poi stabilito che la stessa può essere utilizzata per un massimo di quattro volte nell'arco di ventiquattro mesi⁵.

sali (temporaneità o eccezionalità) che devono sempre essere presenti per legittimare l'apposizione della clausola del termine, e, soprattutto, il modello sanzionatorio che, in caso di illegittimità del contratto a termine non ne dispone la trasformazione a tempo indeterminato ma riconosce al lavoratore il diritto ad un risarcimento del danno. L'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione del d.l. n. 87/2018 e il rinvio statico operato dall'art. 36 cit., d.lgs. n. 81/2015 (senza cioè l'uso della formula "e successive modifiche e integrazioni") comporta la contemporanea presenza di due testi di una stessa norma e, segnatamente, degli artt. 19, 21 e 28 del d.lgs. n. 81/2015 la cui originaria formulazione resta valida per il solo lavoro pubblico contrattualizzato cosicché in questo settore la durata massima di uno o più contratti complessivamente è di trentasei mesi, il contratto è prorogabile fino a cinque volte e il termine di decadenza per l'impugnazione è di sessanta giorni.

² A tal fine viene riscritto il comma 1 dell'art. 19 cit. che riduce da trentasei a ventiquattro mesi la durata massima di uno o più contratti a termine tra le stesse parti e conserva il contratto a termine a-causale solo per la durata massima di dodici mesi indicando in due apposite lettere a) e b) del nuovo comma 1 le condizioni che legittimano l'apposizione del termine se le parti intendono stipulare un contratto la cui durata superi i dodici mesi.

³ Il legislatore specifica in due autonomi interventi la regola per la quale in caso di rinnovo del contratto a termine sono sempre richieste le causali giustificative (v. il nuovo comma 4 dell'art. 19 cit. e il nuovo comma 01 dell'art. 21 cit.).

⁴ La nuova disciplina sulla proroga è contenuta negli stessi articoli citati nella nota 2.

⁵ In tal senso è stato modificato il comma 1 dell'art. 21 nella parte in cui consentiva un massimo di cinque proroghe nell'arco di trentasei mesi.

Infine, con riferimento alla necessità dell'atto scritto per la legittima apposizione del termine, viene eliminata la possibilità che la data di scadenza si possa desumere anche indirettamente dal contesto del contratto: il legislatore nel riscrivere il comma 4 dell'art. 19 elimina l'originario inciso "direttamente o indirettamente".

La nuova disciplina interviene anche sui termini di impugnazione del singolo contratto che passano da centoventi a centottanta giorni, modificando in tal senso il comma 1 dell'art. 28 cit.⁶.

Volendo brevemente riassumere, ai fini strettamente operativi, le nuove regole per la valida stipulazione di un contratto a termine, è necessario tenere presente che:

a) la durata massima di uno o più contratti a tempo determinato tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore e per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale non può superare la durata complessiva di ventiquattro mesi;

a.1) è prevista comunque la possibilità per le stesse parti, una volta raggiunta la soglia dei ventiquattro mesi, di stipulare un ulteriore contratto a tempo determinato della durata massima di dodici mesi presso l'Ispettorato territoriale del lavoro⁷ competente per territorio (art. 19, comma 3, d.lgs. n. 81/2015) con la precisazione che, in ragione della nuova disciplina del rinnovo, questo tipo di contratto deve essere assoggettato ad una ragione giustificativa⁸;

b) l'apposizione del termine non necessita di una causa giustificatrice solo se la durata complessiva di uno o più contratti non sia superiore a dodici mesi;

c) l'indicazione della causale è sempre necessaria se le parti intendano stipulare tra di loro un secondo contratto a termine (rinnovo) e ciò anche nel caso in cui la somma della durata del primo contratto e di quello rinnovato non superi i dodici mesi;

d) il primo contratto a termine tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, se la sua durata iniziale sia inferiore ai dodici mesi, è prorogabile senza

⁶ È opportuno precisare che il nuovo termine (più lungo) si computa solo per i contratti ai quali si applica la nuova normativa e non per quelli stipulati in vigore della vecchia normativa cessati dopo l'entrata in vigore della nuova. Un problema di diritto transitorio si pone per il computo del termine in caso di contratti esistenti rinnovati o prorogati nel periodo 14 luglio-11 agosto 2018 per i quali si applica il termine lungo e quelli sempre rinnovati o prorogati dal 12 agosto al 31 ottobre 2018 per i quali si applica l'originario termine più breve (v. anche *infra* n. 11).

⁷ In base a quanto disposto dal d.P.C.M. 23 febbraio 2016, art. 4, gli Ispettorati del lavoro esercitano le competenze già assegnate alle Direzioni territoriali del lavoro.

⁸ A questo proposito il Ministero del lavoro nella circolare n. 17 del 31 ottobre 2018, nel sottolineare l'obbligo della individuazione della causale, precisa che l'Ispettorato verifica la completezza e la correttezza formale del contenuto del contratto e la genuinità del consenso del lavoratore e richiama quanto precisato "senza che tale intervento possa determinare effetti certificativi in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti giustificativi previsti dalla legge".

l'indicazione della causale, a condizione che la durata complessiva dell'originario contratto e della sua proroga, non superi i dodici mesi⁹;

e) le proroghe utilizzabili sono al massimo quattro nell'arco dei ventiquattro mesi a prescindere dal numero di contratti, nel rispetto comunque di quanto già precisato sub lett. d)¹⁰;

f) sono esclusi dalla durata massima e dalla previsione delle causali in caso di rinnovo e proroga i contratti utilizzati per le attività stagionali così come qualificate dall'art. 21, comma 2, cit.;

g) il termine finale di durata del contratto deve essere specificamente indicato per iscritto nell'atto di costituzione/rinnovo/proroga;

h) le nuove regole sono entrate in vigore a far data dal 14 luglio 2018 e si applicano ai contratti a tempo determinato stipulati dopo tale data, fatte salve quelle previste in materia di rinnovi e proroghe che sono entrate in vigore dal 1° novembre 2018, divenendo applicabili anche a quei contratti stipulati in vigenza delle vecchie regole, quindi, anteriormente alla data del 14 luglio 2018¹¹.

Nel caso di violazione della disciplina sopra menzionata il contratto nato a termine si trasforma a tempo indeterminato e ciò per esplicita previsione da parte dello stesso legislatore che ha introdotto le modifiche al testo originario del d.lgs. n. 81/2015: per ogni violazione viene indicata anche la decorrenza della trasformazione¹².

⁹ A questo proposito si segnala la precisazione contenuta nella circolare del Ministero del lavoro n. 18/2018 per la quale se la proroga interviene quando il rapporto non ha ancora superato i dodici mesi, ma la sua durata ne determina il superamento, sarà comunque necessario, nell'atto di proroga, indicare le ragioni giustificatrici.

¹⁰ Sull'ammissibilità o meno della proroga senza l'indicazione della causale (anche restando all'interno del limite dei dodici mesi) in caso di rinnovo del contratto a termine si rinvia ad alcune riflessioni inserite nel paragrafo successivo.

¹¹ In origine il decreto legge prevedeva una identica data di entrata in vigore della nuova disciplina esplicitata nell'art. 1, comma 2, dello stesso decreto sia per i nuovi contratti che per la proroga ed i rinnovi di quelli già in essere (14 luglio 2018). In sede di conversione (l. n. 96/2018 entrata in vigore in data 12 agosto 2018) il testo originario è stato confermato ma con una integrazione inserita alla fine del comma 1 per la quale solo per i rinnovi e le proroghe la nuova disciplina si applica a decorrere dal 1° novembre 2018 con la conseguenza che, nel lasso di tempo intercorrente tra il 14 luglio e il 11 agosto rinnovi e proroghe dei contratti in essere sono regolati dalla nuova disciplina, mentre quelli stipulati dal 12 agosto e fino al 31 ottobre 2018 sono assoggettati alle vecchie regole con riferimento sia alla acausalità che alla durata massima (36 mesi) e al numero delle proroghe. Sul punto per una approfondita ricostruzione del regime transitorio v. F. SCARPELLI, *Convertito in legge il decreto dignità: al via il dibattito sui problemi applicativi e interpretativi*, in *giustiziacivile.com*, n. 9, 2018, p. 12, v. anche G. MIMMO, *Modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato*, in G. MIMMO, A. SGROI (a cura di), *Il decreto dignità*, Pacini giuridica, Pisa, 2018, p. 50.

¹² Nel caso in cui il contratto a termine superi la durata di dodici mesi senza l'indicazione delle esigenze di cui all'art. 19, comma 1, cit. la trasformazione avviene dalla data di superamento del limite temporale, lo stesso criterio è indicato nel caso di superamento della durata massima di ventiquattro mesi; in caso di rinnovo e di proroga adottati in violazione delle nuove regole sulle causali il contratto si trasforma a tempo indeterminato (così testualmente art. 21, comma 1, cit.): la mancanza

In questa rapida ricognizione delle modifiche apportate dal d.l. n. 87/2018 è necessario soffermarsi brevemente sul ruolo della contrattazione collettiva.

Rimane immutata la previsione contenuta nel comma 2 dell'art. 19 cit. che legittima il contratto collettivo, in tutte le sue articolazioni¹³, a derogare alla previsione sulla durata massima di uno o più contratti a termine fissata dalla legge, cambiando solo il parametro legale di riferimento della deroga, che passa da trentasei a ventiquattro mesi.

In questo contesto è legittimo chiedersi se i contratti collettivi stipulati in vigenza del limite massimo di durata di trentasei mesi e che abbiano individuato una durata pari o diversa rispetto a quella fissata originariamente dalla legge conservino la loro efficacia nonostante il mutato quadro normativo di riferimento.

Sotto il profilo formale la risposta non può che essere affermativa. Le modifiche apportate dal d.l. n. 87/2018 non intaccano il modello regolativo vigente con riferimento al rapporto legge/contratto collettivo che consente alla fonte pattizia di disporre "diversamente", sia in senso peggiorativo che migliorativo, rispetto alla previsione legale: i contratti collettivi stipulati prima del 14 luglio 2018 restano in vigore quale che sia la loro previsione in ordine alla durata massima, con la differenza che, allo stato, saranno considerati in deroga rispetto alla legge quelli che al momento della loro stipulazione fissavano un limite massimo pari a trentasei mesi.

Tuttavia, un approccio al tema di carattere più sostanziale, che investa la formazione del consenso delle parti nella sottoscrizione di un accordo collettivo, consiglia un atteggiamento più cauto: la previsione di un allungamento della durata massima è sicuramente condizionata dal limite legale al momento vigente. Ciò renderebbe opportuna una rivisitazione dell'accordo in essere, anche prima della scadenza fissata, riparametrando, così, in termini percentuali, la durata dallo stesso prevista con riferimento al ridotto limite legale¹⁴.

Sempre con riferimento al ruolo del contratto collettivo si rileva che la nuova

di una specifica indicazione temporale comporta che il contratto si trasformi a tempo indeterminato sin dall'inizio della proroga o del rinnovo; nell'ipotesi di superamento delle quattro proroghe consentite la trasformazione del contratto avviene dalla data di decorrenza della quinta proroga; la mancata indicazione per iscritto dell'esatto termine di cessazione del contratto determina la nascita di un contratto a tempo indeterminato dall'origine.

¹³ È utile precisare che, in base a quanto disposto dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, ogni qual volta il decreto opera un rinvio ai contratti collettivi, per gli stessi si intendono, su un piano di piena equiparazione, i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali e quelli stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali o dalla rappresentanza sindacale unitaria a condizione che i soggetti sindacali, ai vari livelli di contrattazione, siano espressione di associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

¹⁴ Ad esempio si consideri che, a fronte di un limite legale massimo di 36 mesi, un suo ampliamento di 4 mesi (per complessivi 40 mesi) ha comportato, in termini proporzionali, un prolungamento di poco superiore al 10%, diversamente se il limite legale nel frattempo si riduce a 24 mesi un prolungamento della durata a 40 mesi determina, sempre in termini proporzionali, uno sfioramento pari al 40%.

disciplina, pur avendo reintrodotto le causali, non legittima la fonte collettiva ad intervenire in materia; l'unica possibilità in tal senso è costituita dal ricorso al contratto collettivo di prossimità (v. *infra* par. 3.1).

1.1. *Le causali come condizione di legittimità del contratto a tempo determinato di lunga durata e di ogni ipotesi di rinnovo anche per contratti di breve durata*

Il primo contratto a tempo determinato di durata fino a dodici mesi non richiede l'adozione di causali e si caratterizza, pertanto, per la sua funzione di supporto all'ordinaria gestione aziendale, al pari del contratto a tempo indeterminato, differenziandosi da quest'ultimo per la presenza oltre che di limiti di durata anche di quantità rispetto all'organico presente in azienda¹⁵.

Nel caso in cui le parti intendano porre in essere un primo contratto a tempo determinato di durata superiore a dodici mesi l'uso di questa tipologia contrattuale diventa un'eccezione: per la sua stipulazione è necessaria la presenza di ragioni che il legislatore individua in:

a) «esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze sostitutive di altri lavoratori»;

b) «esigenze connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programabili dell'attività ordinaria».

La prima tipologia prevede due distinte causali, la più semplice da descrivere ed interpretare è costituita dall'esigenze da parte del datore di lavoro di sostituire uno o più dipendenti assenti temporaneamente dal lavoro per ragioni di varia natura con uno o più lavoratori da assumere con contratto a tempo determinato per la durata pari a quella dell'assenza del personale già in servizio.

L'ipotesi di scuola è quella della lavoratrice assente per maternità, ma la terminologia utilizzata dal legislatore consente ogni tipo di sostituzione (anche di tipo fisiologico quali quelle dovute alle ferie del lavoratore) a condizione che ci sia comunque una correlazione tra assenza e assunzione a termine¹⁶, che il dipendente

¹⁵ Per il contratto a termine c.d. acasuale restano invariate le regole fissate dal d.lgs. n. 81/2015 non toccate dalla riforma in esame con riferimento al limite quantitativo fissato dall'art. 23 per il quale, salvo esplicita eccezione previste nello stesso articolo, non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20% del numero di lavoratori a tempo indeterminato presenti in azienda al 1° gennaio dell'anno di assunzione, salvo diversa disposizione dei contratti collettivi. Per il commento a questa norma e a tutte le altre contenute nel d.lgs. n. 81/2015 non modificate dal d.l. n. 87/2018 sia consentito il rinvio al mio saggio *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Le tipologie contrattuali e la disciplina delle mansioni*, Giapichelli, Torino, 2015, p. 95 ss.

¹⁶ Nonostante l'ampia e generalizzata formula utilizzata dal legislatore è opportuno suffragare l'applicazione della nuova normativa nel senso indicato nel testo, ricordando il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, formatosi con riferimento al d.lgs. n. 368/2001, per il qua-

assente sia destinato a riprendere l'attività lavorativa temporaneamente interrotta e che non si incorra in divieti di legge quale l'ipotesi del lavoratore assente perché in sciopero per il quale vige il divieto di sostituzione (art. 20, lett. a), d.lgs. n. 81/2015).

Il dipendente da sostituire non deve necessariamente essere occupato in pianta stabile, potendo essere anche un lavoratore a termine costretto ad assentarsi, ad esempio, per infortunio/malattia.

La terminologia utilizzata dal legislatore, priva di ogni ulteriore specificazione in ordine alle esigenze di sostituzione e al plurale, consente di ritenere legittime anche le assunzioni a termine prive del nominativo del lavoratore che viene sostituito, in presenza comunque di circostanze che consentano di provare la diretta correlazione tra assenze di personale e presenze di quello a tempo determinato assunto in sostituzione¹⁷.

È bene tenere presente che nel contratto, da redigere in forma scritta, è necessario inserire la data di scadenza del rapporto di lavoro, non essendo più possibile determinare la durata con formule dalle quali la stessa possa comunque desumersi (ad esempio, la fine del periodo di malattia e/o gravidanza) in ragione della modifica apportata all'art. 19, comma 4, cit. che ha eliminato la possibilità di indicare il termine anche in modo indiretto.

La seconda causale è costituita dalla necessità per il datore di lavoro di soddisfare esigenze produttive che devono essere non solo di natura oggettiva, ma anche temporanea e, comunque, estranee all'ordinaria attività dell'azienda.

L'intervento, nel prevedere espressamente il requisito della temporaneità, è di una rigidità, in senso restrittivo sull'uso del contratto a termine, che va ben oltre le ragioni di carattere tecnico, produttivo ed organizzativo a suo tempo introdotte dal d.lgs. n. 368/2001 per il quale il requisito della temporaneità non costituiva un elemento essenziale ai fini della legittima apposizione del termine, essendo sufficiente, peraltro in linea con la direttiva comunitaria, che le ragioni fossero oggettive anche se riferite ad esigenze strutturali¹⁸.

le il lavoratore assunto a termine per ragioni sostitutive non deve essere necessariamente destinato alle medesime mansioni o allo stesso posto del lavoratore assente nel senso che la sostituzione così come regolata dalla norma va intesa nel senso più confacente all'esigenza dell'impresa che ha 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 conseguenti sostituzioni successive per scorrimento a catena, a condizione 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 (per tutte Cass., ord., 31 agosto 2017, n. 20647 e, più di recente, 24 gennaio 2018, n. 1762).

¹⁷ Sul punto afferma G. MIMMO, *Modifiche ...*, cit., 41 che «la formulazione letterale della causale (...) porta a ritenere applicabile (...) la giurisprudenza che si è andata maturando nella vigenza dell'analoga causale prevista dal d.lgs. n. 368/2001» e al quale si rinvia per l'indicazione della giurisprudenza di Cassazione a suo tempo intervenuta in materia.

¹⁸ In questo senso anche G. MIMMO, *Modifiche ...*, cit., 38 che a sostegno dell'assunto richiama Cass., 12 gennaio 2015, n. 208.

Ma senza dubbio la novità di maggior rilievo di questa causale, rispetto alla normativa che storicamente ha caratterizzato la disciplina della materia, è costituita dall'esplicita previsione per la quale l'uso del contratto a termine, per definizione, non può soddisfare le normali esigenze produttive.

Non è semplice definire quale sia l'ordinaria attività di un'azienda. Un aiuto può venire, per quelle realtà produttive organizzate in forma societaria, dagli atti necessari per la loro costituzione: tutto ciò che non è ricompreso nello statuto nella parte dedicata all'oggetto sociale può essere qualificato come estraneo all'ordinaria attività. La soluzione prescelta non è comunque destinata a risolvere con certezza la questione interpretativa: è possibile sostenere che anche le attività collaterali a quelle proprie dell'oggetto sociale rientrino nell'ordinaria attività dell'impresa.

L'interpretazione del dettato normativo è ancora più ardua in mancanza di atti formali e, tenendo conto dell'approccio ermeneutico che da sempre caratterizza l'applicazione della disciplina propria del diritto del lavoro, la prescrizione legislativa va intesa in senso restrittivo, ritenendo estranee all'ordinaria attività solo ed esclusivamente quelle esigenze produttive del tutto eccezionali ed avulse dal contesto produttivo nel quale di norma opera l'impresa, oppure, operando un riferimento al tipo di lavorazione utilizzato in azienda, quelle completamente diverse rispetto all'ordinario modo di lavorare.

La causale, indicata nella lett. b) del comma 1 dell'art. 19 cit., costituisce un'eccezione rispetto a quella prevista dalla lett. a) da ultimo esaminata e consente di assumere personale a tempo determinato per sopperire all'ordinaria attività d'impresa solo a condizione che la stessa sia caratterizzata da incrementi della produzione che siano comunque temporanei, ma soprattutto significativi e non programmabili.

Il legislatore, avendo cambiato la funzione di supporto ad esigenze di tipo strutturale che il contratto a tempo determinato aveva assunto con la normativa frutto delle riforme perfezionate con l'attuazione della legge delega sul *jobs act*, ha dovuto necessariamente prevedere un'ipotesi che consenta ad un'impresa di poter far fronte ad esigenze comunque connesse all'ordinaria attività.

La condizione astrattamente prevista è particolarmente restrittiva in quanto non si limita alla oggettiva presenza di incrementi, di natura temporanea, rispetto all'ordinaria attività, ma specifica che gli stessi devono essere connotati anche dalla non prevedibilità e dalla significatività.

I parametri qualificatori prescelti comportano che il contratto a termine non possa essere validamente utilizzato per tutti quegli incrementi che, seppur temporanei, rientrano in quelli fisiologici, connessi cioè a picchi di attività preventivabili. Il riferimento è, ad esempio, ai settori produttivi legati a flussi turistici che comportano, in determinati periodi dell'anno, una maggiore presenza di persone sul territorio con conseguente richiesta di incrementi di servizi connessi alla mobilità o alla ricezione alberghiera o, ancora, al settore degli esercizi commerciali in occasione delle vendite promozionali che avvengono con cadenza semestrale in periodi predeterminati.

In particolare deve rilevarsi che ai parametri della temporaneità e della imprevedibilità, che si prestano ad un criterio interpretativo/applicativo connotato da un sufficiente grado di certezza (quanto meno nella sua incidenza in negativo), si accompagna un ulteriore e innovativo parametro, individuato nella “significatività” dell’incremento, di difficile interpretazione in quanto legato a valutazioni soggettive e, soprattutto, destinate ad un riscontro *ex post* del tutto incerto.

Si tratta, in questo caso, di una condizione che risente di valutazioni influenzate dalla percezione con la quale ogni singolo datore di lavoro ritenga significativo o meno un determinato incremento dell’attività rispetto agli standard della sua azienda e, quindi, decisamente opinabile in fase di un controllo successivo sulla sua sussistenza o meno.

Sempre in fase di verifica successiva pesa anche un elemento non controllabile *ex ante*, costituito dall’effettività dell’incremento di produttività. Potrebbe accadere che un picco di produttività, temporaneo e non programmabile, non dia l’effetto sperato, con la conseguenza che l’incremento, ad una valutazione *ex post*, risulti poco significativo, determinando l’invalidazione del contratto a termine stipulato in ragione di una condizione teoricamente possibile ma poi non verificatasi nei fatti.

La necessità di prevedere le causali giustificative sopra menzionate vale anche per ogni ipotesi di rinnovo di un contratto a termine a prescindere dal superamento o meno della soglia dei dodici mesi.

Le modifiche apportate all’art. 21 cit. con l’inserimento del nuovo comma 01 in materia di rinnovo del contratto rivestono una forte valenza sistemica sull’uso del contratto a tempo determinato.

La regola oggi vigente in materia di riassunzione, per la quale le esigenze indicate dall’art. 19, comma 1, cit. devono sempre essere presenti e menzionate per iscritto nell’atto di rinnovo (così come puntualizzato nello stesso art. 19 al comma 4), investe il modo di utilizzo dell’istituto contrattuale, condizionandolo fortemente: la libertà di assumere a termine per la durata di dodici mesi è molto circoscritta in quanto possibile solo per una volta in occasione del primo contratto; infatti la seconda assunzione (rinnovo), anche se di breve durata e a fronte di una prima assunzione anch’essa breve, necessita comunque di una ragione giustificatrice a prescindere dal limite temporale dei dodici mesi¹⁹.

La restrizione è in parte mitigata se le parti intendono procrastinare consensual-

¹⁹Un raffronto tra la terminologia utilizzata dal legislatore nelle modifiche apportate all’art. 19 per introdurre le causali potrebbe far ritenere che in fase di rinnovo sia necessaria «la specificazione» delle esigenze (comma 4) che invece non occorrerebbe al momento dell’apposizione delle stesse in occasione del primo contratto di durata superiore ai dodici mesi (comma 1). Questione interpretativa comunque di scarsa rilevanza in quanto le causali ove adottate debbono essere sempre specifiche e mai generiche attesa l’interpretazione giurisprudenziale formatasi in materia, con riferimento alla normativa contenuta nel d.lgs. n. 368/2001, per la quale l’apposizione scritta della causale deve sempre consentire al lavoratore la verifica *ex ante* circa la effettiva sussistenza delle ragioni giustificatrici pena la loro illegittimità.

mente la durata del primo contratto: in questo caso la proroga (e quelle eventualmente successive nel numero massimo di ulteriori tre) non necessita di causale se la sua durata sommata a quella dell'originario contratto non superi i dodici mesi.

Con riferimento alla proroga si pone un problema interpretativo nel caso in cui le parti di comune accordo decidano di prorogare un contratto rinnovato.

In tal caso si potrebbe sostenere che la proroga di un contratto a termine rinnovato comporti sempre la necessità di indicare cause giustificatrici, anche nell'ipotesi in cui, complessivamente, la durata non superi i dodici mesi e ciò in ragione del fatto che il contratto rinnovato deve comunque essere giustificato, necessitando così, anche la sua eventuale proroga di una causale.

L'esame del dato letterale consente di pervenire ad una diversa soluzione. L'art. 19, comma 4, cit., che dispone in ordine al contenuto dell'atto scritto, in caso di rinnovo, precisa che quest'ultimo deve contenere la specificazione dell'esigenze e, a seguire, con riferimento all'istituto della proroga puntualizza che: «in caso di proroga dello stesso rapporto tale indicazione (la specificazione della causale – n.d.r.) è necessaria solo quando il termine complessivo eccede i dodici mesi».

La terminologia utilizzata "stesso rapporto" supporta la tesi per cui, quale che sia il contratto (originario o rinnovato) a cui si applichi la proroga, quest'ultima non necessita della indicazione di una causale se la durata di quel contratto, comprensiva della proroga, e tenendo anche conto di eventuali precedenti contratti, non superi i dodici mesi.

2. Le modifiche al contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato: il limite quantitativo e le esclusioni

Il ridimensionamento dell'utilizzo di rapporti di lavoro subordinato a termine, dichiaratamente perseguito dal legislatore, coinvolge anche la somministrazione a tempo determinato.

A tal fine il d.l. n. 87/2018 apporta modifiche a due sole delle norme della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 81/2015 sulla somministrazione di lavoro (artt. 30-40) ma su punti oltremodo qualificanti e inserisce l'art. 38-bis che ripropone la fattispecie della somministrazione fraudolenta come a suo tempo disciplinata dall'art. 28, d.lgs. n. 276/2003 poi abrogato dal d.lgs. n. 81/2015²⁰.

La prima modifica introduce limiti di quantità e, a tal fine, fissa un tetto massimo di utilizzo del personale da inviare in missione con un contratto di durata predeterminata.

²⁰ La somministrazione è fraudolenta quanto è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore. In questo caso 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. Per un commento alla norma v. in *q. vol.* il contributo di F. NATALINI, cap. 2, *La somministrazione fraudolenta*.

L'art. 31, d.lgs. n. 81/2015, modificato nel comma 2, individua un limite quantitativo che tiene conto oltre che dei lavoratori somministrati a termine anche di quelli assunti con contratto a tempo determinato presso l'impresa utilizzatrice e costituisce, sotto questo profilo, una novità, essendo il compito affidato, in precedenza, alla contrattazione collettiva²¹.

La norma stabilisce che il numero dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a termine, «complessivamente», non possa superare il 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei predetti contratti²².

Il criterio di accomunare le due tipologie di contratti, imponendo un limite massimo del 30% complessivo non può, in ogni caso, comportare, da parte dei soli lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, il superamento della soglia massima fissata dall'art. 23 dello stesso decreto legislativo (20%).

L'assunto si evince dalla precisazione contenuta nella prima parte del nuovo comma 2 nella quale si specifica che il criterio di determinazione della soglia del 30% deve avvenire «fermo restando il limite disposto dall'art. 23». Tale ultima norma fissa al 20% il numero massimo di lavoratori utilizzabili con contratto a tempo determinato; pertanto l'impresa utilizzatrice, nel rispetto del limite complessivo del 30%, potrà distribuire liberamente i lavoratori flessibili per ciascuna delle due tipologie contrattuali, con il solo vincolo di non superare la misura del 20% per i lavoratori assunti con contratto a tempo determinato²³.

Sempre il comma 2, usando la tecnica seguita per il contratto a tempo determinato, fa salva la possibilità che i contratti collettivi applicati dall'utilizzatore dispongano diversamente rispetto al limite di contingentamento.

²¹ Il criterio fatto proprio dal legislatore è già previsto in forma diversificata in una pluralità di contratti collettivi nazionali, sul cui contenuto v. *infra* note 25 e 26.

²² La norma indica poi il criterio di calcolo ulteriore nel caso in cui, nel determinare la percentuale, si verifichi la presenza di un numero decimale che dovrà essere arrotondato all'unità superiore qualora lo stesso sia uguale o superiore allo 0,5. Si prevede, inoltre, che nel caso di inizio dell'attività nel corso dell'anno il limite percentuale si computi sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipulazione del contratto di somministrazione di lavoro. Anche per questa tipologia contrattuale, sempre il comma 2 dell'art. 31 cit., indica delle esenzioni che si differenziano nettamente da quelle previste per il contratto a tempo determinato, essendo rivolte esclusivamente a favore di soggetti disoccupati che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali; di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dell'art. 2, nn. 4 e 99, reg. UE n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014 come individuati con d.m. lavoro e politiche sociali; di lavoratori in mobilità.

²³ A questo proposito la circolare del Ministero del lavoro del 31 ottobre 2018, n. 17 precisa che «possono essere presenti nell'impresa utilizzatrice lavoratori assunti a tempo determinato e lavoratori inviati in missione per somministrazione a termine, entro la percentuale massima complessiva del 30% dei lavoratori assunti a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore» (par. 2.3, p. 5).

La formula utilizzata legittima il contratto collettivo²⁴ a derogare al limite legale, sia in senso estensivo che restrittivo, fermo restando la soglia fissata dall'art. 23 cit. riferita alla quota massima possibile di utilizzo dei lavoratori con contratto a termine.

A tal proposito si pone un problema relativamente all'applicabilità o meno della disciplina collettiva vigente al momento dell'entrata in vigore della nuova normativa sul contingentamento.

La questione nasce dal fatto che, in base alla vecchia formulazione dell'art. 31, comma 2, cit., che demandava alla sola fonte pattizia l'individuazione di limiti quantitativi sull'uso dei lavoratori somministrati a termine senza l'indicazione di alcun parametro, la disciplina collettiva, sia a livello nazionale che aziendale, ha dato esecuzione all'invito del legislatore e, allo stato, sono rinvenibili una serie di criteri. Alcuni contratti collettivi nazionali riproducono lo stesso modello individuato dal legislatore sul cumulo delle due tipologie contrattuali a termine ma in misura inferiore o decisamente superiore a quella legale attuale, con riferimento ad ogni singola unità produttiva dell'azienda e senza alcun bilanciamento tra i due istituti²⁵; altri contratti prevedono per il solo lavoro somministrato soglie percentuali molto elevate rispetto alla regola di legge²⁶.

La novità costituita dalla individuazione *ex lege* di una misura massima consentita cumulativamente tra le due tipologie contrattuali e la presenza di un parametro predefinito per il solo contratto a tempo determinato, che comunque deve

²⁴ Anche in questo caso vale quanto stabilito dall'art. 51, d.lgs. n. 81/2015 v. *retro* nota 13.

²⁵ A titolo esemplificativo vedi il CCNL per i dipendenti da aziende di commercio, grande distribuzione e *retail marketing* del 6 giugno 2018 che fissa per le assunzioni effettuate con contratti a tempo determinato e con contratti di somministrazione a tempo determinato il limite del 28% annuo dell'organico a tempo indeterminato in forza nell'unità produttiva; il CCNL Tessile e pelletteria del 3 aprile 2018 che, all'art. 74, prevede che nel corso di un anno solare, le assunzioni con contratti a tempo determinato e con contratti di somministrazione a tempo determinato non possano superare complessivamente il limite del 50% dell'organico a tempo indeterminato in forza nell'unità produttiva; il CCNL per i dipendenti da imprese edili ed affini del 6 ottobre 2016 all'art 43 stabilisce che i contratti di somministrazione a termine non possano oltrepassare, mediamente nell'anno, cumulativamente con i contratti a termine, il 25% dei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato della impresa.

²⁶ Sotto questo aspetto vedi il CCNL per i dipendenti degli intermediari assicurativi del 6 luglio 2016 il quale prevede che in ciascuna unità produttiva il numero dei lavoratori impiegati con il contratto di somministrazione a tempo determinato sia contenuto entro la soglia, modificabile dalla contrattazione di secondo livello, del 50% oltre i 15 lavoratori, del 75% da 3 a 15 lavoratori e del 100% fino a 2 lavoratori; il CCNL per i dipendenti delle imprese artigiane metalmeccaniche ed affini del 1 agosto 2017 all'art. 15 stabilisce che il numero dei lavoratori impiegati con contratto di somministrazione a tempo determinato debba essere contenuto entro limiti (anche in questo caso, ampliabili in sede di contrattazione integrativa, aziendale e/o territoriale) variabili sulla base dell'organico complessivo dell'unità produttiva: da 0 a 5 dipendenti l'80%, da 6 a 9 l'80%, da 9 a 18 il 75%, oltre 18 il 50%; il CCNL per i dirigenti, quadri, impiegati e operati del Terziario avanzato del 26 giugno 2018 all'art. 98 sancisce un limite variabile, sempre sulla base dell'organico: da 0 a 2 dipendenti massimo 1 contratto di somministrazione, da 2 a 6 massimo 2, oltre i 6 massimo il 25%.

essere rispettato²⁷, non consente di poter ritenere applicabile la diversa disciplina pattizia formatasi antecedentemente alla entrata in vigore del d.l. n. 87/2018: la possibilità di deroga ai limiti legali da parte della fonte collettiva è strettamente collegata all'entrata in vigore della stessa legge che la prevede e pertanto non può che essere ad essa successiva.

Allo stato, anche in ragione del nuovo regime sanzionatorio (v. *infra* par. 2.2), è preferibile per l'impresa utilizzatrice rispettare il limite legislativamente previsto, non tenendo in considerazione le clausole contrattuali vigenti che, se divenute contrarie a norme imperative, potrebbero ritenersi sostituite di diritto dalla nuova previsione di legge ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.

Nell'introdurre la regola del contingentamento per il lavoro somministrato a termine è stato omesso ogni riferimento alla possibilità di poterne stipulare almeno uno per i datori di lavoro che occupano un numero talmente ridotto di dipendenti da non raggiungere, secondo il parametro della percentuale prevista, un'unità di personale.

La misura del 30% da utilizzare come parametro di calcolo sul numero di personale stabile occupato dall'utilizzatore, accompagnata alla regola dell'arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia uguale o superiore a 0,5 esclude dalla possibilità di assunzione di un lavoratore con contratto di somministrazione unicamente i datori di lavoro che occupano un solo dipendente. Per superare a questa situazione bisognerà attendere l'intervento della contrattazione collettiva (di qualsiasi livello) abilitata, come si è già avuto modo di evidenziare, dallo stesso legislatore ad intervenire in materia anche in modo diverso da quello previsto dalla normativa legale.

Un'ultima novità sulla somministrazione a termine è prevista nell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 nella parte in cui esclude dal campo di applicazione della generale disciplina sul contratto a termine alcune tipologie di rapporto di lavoro, tra queste viene introdotta una nuova fattispecie di lavoro temporaneo, quella riguardante i rapporti instaurati per la fornitura di lavoro portuale a termine²⁸.

²⁷ È opportuno sottolineare che l'art. 23, in base a quanto disposto dall'art. 34, comma 2, cit. (v. *infra* par. 2.1) non si applica alla somministrazione temporanea, pertanto il richiamo da parte dell'art. 31, comma 2, cit. è soltanto finalizzato a rendere operativo il contingentamento del 20% che opera, di conseguenza, come limite esterno di natura legale per la quantificazione complessiva del numero di lavoratori somministrati utilizzabile ed è immodificabile da parte della stessa fonte collettiva che dispone in materia di contingentamento relativo alla somministrazione.

²⁸ Il d.l. n. 87/2018 integra in tal senso il comma 2, lett. b) dell'art. 29 cit. Il lavoro portuale interessato è quello disciplinato dalla l. 28 gennaio 1994, n. 84 e successive modifiche e integrazioni ed in particolare dall'art. 17 che regola la fornitura di lavoro temporaneo per l'esecuzione delle operazioni portuali e dei servizi portuali. È opportuno precisare, senza entrare nel merito della specifica disciplina di questo settore, che nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 17 cit. si specifica che «la disciplina della fornitura del lavoro portuale temporaneo è disciplina speciale» pertanto questa tipologia di somministrazione deve ritenersi estranea sia alle regole previste per il contratto di lavoro a tempo determinato estese alla somministrazione a termine, sia a quelle espressamente previste

Nulla di specifico dispone il legislatore con riferimento all'entrata in vigore della nuova normativa (a differenza di quanto previsto per le modifiche apportate al contratto a termine relativamente a proroghe e rinnovi – v. *retro* par. 1.1), di conseguenza le nuove regole sulla somministrazione a termine valgono per i nuovi contratti stipulati dopo il 14 luglio 2018 ma anche per i contratti in essere se rinnovati o prorogati.

A questo proposito la circolare del Ministero del Lavoro n. 17/2018 (par. 3) ritiene che anche per la somministrazione a termine la nuova disciplina sui rinnovi e sulle proroghe di contratti stipulati antecedentemente alla data del 14 luglio 2018 sia entrata in vigore a decorrere dal 31 ottobre 2018, dovendosi applicare anche a questa tipologia contrattuale quanto previsto dall'art. 1, comma 2, d.l. n. 87/2018 per il solo contratto a tempo determinato.

La circolare perviene a questa interpretazione invocando «una lettura sistematica» delle modifiche normative che, avendo esteso il regime del contratto a termine anche ai rapporti di lavoro in somministrazione a termine, dovrebbero comportare l'applicazione della disciplina del periodo transitorio anche alla somministrazione.

Il ragionamento, condivisibile sotto il profilo sistematico, contrasta con la lettera della legge.

La possibilità di applicare la vecchia disciplina ai rinnovi ed alle proroghe disposti dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina e relativi a contratti a tempo determinato stipulati antecedentemente alla data del 14 luglio 2018 è prevista dal d.l. n. 87/2018 in apposita normativa (art. 1, comma 2), non inserita tra gli articoli del capo III del d.lgs. n. 81/2015 che, a loro volta, si applicano anche alla somministrazione a termine in base a quanto disposto dall'art. 34, comma 2, dello stesso decreto legislativo.

Pertanto, la disciplina transitoria sopra richiamata, formalmente estranea alla somministrazione a termine, non è suscettibile di un'applicazione estensiva, atteso il suo carattere di specialità.

2.1. Segue. *Durata massima, causali, rinnovi e proroghe*

La seconda modifica investe il comma 2 dell'art. 34, d.lgs. n. 81/2015, parzialmente riscritto dal d.l. n. 87/2018, stabilendo che se tra il somministratore e il lavoratore si instaura un rapporto a termine questo è assoggettato alla stessa disciplina prevista dal capo III del d.lgs. n. 81/2015 che regola il contratto a tempo determinato. A tal proposito è omissivo ogni riferimento al rapporto di lavoro che insorge anche con l'utilizzatore.

In questo caso il legislatore non ha utilizzato il criterio, che ha caratterizzato

per la stessa somministrazione dagli artt. 30 - 38-*bis* d.lgs. n. 81/2015 così come integrate dall'art. 2, d.l. n. 87/2018.

sin dal suo nascere la disciplina di questa modalità d'impiego, per il quale l'estensione delle regole che governano il contratto a tempo determinato è possibile nel limite della compatibilità²⁹.

Pertanto la disciplina attuale della somministrazione a termine è costituita, oltre che dalle norme alla stessa dedicate e contenute nel capo quarto del d.lgs. n. 81/2015, anche da tutte le altre (salvo quelle poche espressamente escluse – v. *infra*) previste per il contratto a tempo determinato e inserite nel capo terzo della stessa legge.

Nell'illustrare la nuova normativa, l'attenzione sarà rivolta alle sole peculiarità presenti per la somministrazione, rinviando alle osservazioni già formulate nel precedente paragrafo con riferimento alle norme modificate per la disciplina del contratto a termine e che non presentano specifici problemi se applicate alla somministrazione temporanea.

Come si è già rilevato il rinvio è secco e comporta, per quel che interessa in questa sede, la diretta applicazione della disciplina su durata, causali, rinnovi e proroghe prevista per il contratto a tempo determinato.

Le uniche regole che non trovano applicazione riguardano:

a) l'istituto del rinnovo per il quale non è necessario il decorso di un lasso di tempo di dieci o venti giorni tra una riassunzione e l'altra a seconda che il primo contratto sia inferiore o superiore a sei mesi (art. 21, comma 2);

b) il limite di contingentamento secondo le regole fissate dall'art. 23: vale in questo caso il diverso limite del 30% secondo le modalità già indicate nel precedente paragrafo;

c) il diritto di precedenza stabilito dall'art. 24: il lavoratore somministrato non ha alcun diritto di precedenza nel caso in cui l'impresa di somministrazione decida di procedere ad assunzioni a tempo indeterminato con riferimento alle mansioni già espletate durante la missione.

Anche a questa tipologia contrattuale si applica quanto previsto dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 con riferimento al limite di durata massima. Di conseguenza, tra una stessa agenzia di somministrazione e uno stesso lavoratore, per lo svolgimento di una missione che comporti l'espletamento di mansioni di pari livello e categoria legale, la durata di uno o più contratti non può superare complessivamente ventiquattro mesi.

Ai fini del computo di durata vale anche la regola della sommatoria tra le due tipologie di contratti temporanei (sempre prevista nell'art. 19, comma 2, cit.) per la quale si deve tener conto anche dei contratti a tempo determinato «svolti tra i medesimi soggetti».

²⁹ Criterio questo da sempre osservato dal legislatore anche per le differenti finalità che rivestono i due istituti contrattuali (che non a caso il legislatore del 2018 mostra di non cogliere – *infra* par. 3), v. in tal senso l'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 poi abrogato e sostituito dall'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, che ha conservato il richiamo alla previa verifica della compatibilità, a sua volta modificato dall'art. 2, comma 1, d.l. n. 87/2018, che ha cancellato ogni riferimento in tal senso.

La terminologia appena citata comporta che nel calcolo della durata massima rientri anche il rapporto di lavoro con l'utilizzatore nell'ipotesi in cui quest'ultimo, in qualità di formale datore di lavoro, abbia anche stipulato, con lo stesso lavoratore, uno o più contratti a termine.

Al contrario, il coinvolgimento dell'impresa utilizzatrice ai fini del calcolo di durata massima, non si verifica nel caso in cui quest'ultima si sia avvalsa con lo stesso lavoratore unicamente di rapporti di somministrazione a termine.

A questo proposito deve evidenziarsi che la prima parte dell'art. 19, comma 2, cit. (quella che impone il limite di durata ai rapporti di lavoro a termine in somministrazione tra lo stesso datore e lo stesso lavoratore) non può applicarsi al rapporto di lavoro di lavoro con l'utilizzatore il quale non solo non è il datore di lavoro di quel lavoratore, ma non è coinvolto, in generale, dalla disciplina prevista per il contratto a termine che, in base a quanto disposto dall'art. 34, comma 2, si applica esclusivamente all'agenzia di somministrazione.

L'assenza di ogni riferimento alla figura dell'utilizzatore, nel computo del criterio di calcolo secco (cioè non per sommatoria con il contratto a tempo determinato), consente ad uno stesso lavoratore di restare in missione svolgendo le stesse mansioni con la medesima impresa utilizzatrice ben oltre la durata complessiva dei ventiquattro mesi, instaurando distinti rapporti di lavoro a termine con più agenzie di somministrazione.

Ed infatti, l'attuale normativa non esclude che uno stesso lavoratore, una volta cessato un contratto di lavoro a termine con una determinata agenzia, possa stipularne un altro, sempre a termine, con una diversa agenzia e continuare a svolgere l'attività per lo stesso utilizzatore a condizione che quest'ultimo, a sua volta, stipuli un contratto commerciale per la fornitura di manodopera con l'agenzia attuale datrice di lavoro del dipendente in questione³⁰.

Lo stesso criterio vale per la determinazione della durata utile per legittimare la c.d. acausalità del rapporto; l'utilizzatore, una volta esaurito con un lavoratore la durata massima di dodici mesi (sommando anche più missioni comprensive di proroghe), potrà continuare a servirsi dello stesso per ulteriori contratti di durata massima di dodici mesi sempre che quest'ultimo venga avviato in missione da differenti agenzie di somministrazione.

Quanto al computo della durata dei dodici mesi, uno stesso datore di lavoro potrà sia utilizzare uno stesso lavoratore con contratto a tempo determinato che avviarlo in missione con contratto di somministrazione a termine, per una durata

³⁰ In senso contrario M.C. CATAUDELLA, *La somministrazione di lavoro dopo il c.d. decreto dignità*, in *Lav. prev. oggi*, 1, 2019, p. 11, che per giustificare la cumulabilità delle due tipologie contrattuali a termine, ai fini del calcolo del limite di durata del rapporto tra uno stesso lavoratore ed uno stesso datore di lavoro, tenta di recuperare un'interpretazione sistematica dell'intervento normativo, desumendola dalla filosofia complessiva della legge, orientata al contenimento dei contratti di lavoro a tempo determinato. Tale ragionamento, tuttavia, non è supportato da precisi riferimenti normativi in tal senso.

massima, per ogni singola tipologia contrattuale, di dodici mesi. In questo caso nessuna norma di legge prevede che la durata delle due tipologie di contratti temporanei debba sommarsi quando siano le stesse parti ad utilizzarle³¹.

Limitazioni molto più stringenti investono le agenzie di somministrazione che con uno stesso lavoratore, anche avviandolo in missione presso distinti utilizzatori, non potranno superare la durata massima di ventiquattro mesi, salvo cambiare le mansioni con altre di diverso livello e categoria legale.

Nell'arco temporale consentito dalla legge (art. 19, comma 1, cit.) una stessa agenzia di somministrazione ed uno stesso lavoratore possono liberamente stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato, che consente al secondo di andare in missione presso l'utilizzatore, solo se la durata sia inferiore a dodici mesi, superati i quali è necessario apporre al contratto ragioni giustificatrici.

L'indicazione della causale è sempre necessaria se, stipulato un primo contratto di lavoro a termine in somministrazione, le stesse parti lo rinnovano: in questo caso bisogna indicare le condizioni menzionate nell'art. 19, comma 1, cit. anche se la durata del contratto rinnovato, sommata a quella del precedente, non superi i dodici mesi.

La stessa regola non vale in caso di proroga: la continuazione consensuale ed in forma scritta dello stesso contratto è libera fino alla soglia dei dodici mesi.

La diretta applicazione anche al lavoro somministrato dell'art. 21, commi 01 e 1, d.lgs. n. 81/2015 consente un numero massimo di 4 proroghe senza bisogno di causali giustificative se la durata complessiva di contratti e proroghe non superi i dodici mesi.

Il meccanismo costruito dall'art. 19 cit. ed applicato al rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore, ha come conseguenza quella di consentire ad un lavoratore di poter stipulare, nell'arco della sua vita lavorativa, per una sola volta un contratto a termine (la cui durata non sia superiore a dodici mesi) con la stessa agenzia senza indicare la causale, essendo previsto che, in ogni caso, il rinnovo del contratto sia soggetto alle condizioni indicate dal comma 1, lett. a) e b), art. 19 cit., a nulla rilevando il tipo di missione e la figura dell'utilizzatore. Ciò comporta che una stessa agenzia di somministrazione non ha modo di utilizzare liberamente uno stesso lavoratore per più di una volta anche modificandone l'attività lavorativa da svolgere durante la missione o cambiando l'azienda che lo utilizza.

L'unica possibilità di continuare l'iniziale rapporto di lavoro a termine senza

³¹ Di diverso avviso la circolare del Ministero del Lavoro n. 17/2018 che, senza fornire alcuna motivazione al riguardo, così afferma sul punto: «l'obbligo di specificare le motivazioni del ricorso alla somministrazione di lavoratori a termine sorge (...) anche qualora lo stesso utilizzatore aveva instaurato un precedente contratto di lavoro a termine con il medesimo lavoratore per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria». La circolare ritiene, sempre senza fornire alcuna argomentazione giuridicamente motivata, che in caso di precedente rapporto di lavoro a termine un periodo successivo di missione tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore «richiede sempre l'indicazione delle motivazioni in quanto tale fattispecie è assimilabile ad un rinnovo».

addurre le ragioni giustificatrici è costituita dalla sua proroga nel limite di durata di dodici mesi e per non più di quattro volte.

Sempre con riferimento alle causali si sottolinea che la loro indicazione in forma scritta è prescritta solo con riferimento al contenuto del contratto di lavoro tra agenzia di somministrazione e lavoratore; è omesso ogni riferimento al contenuto del contratto di somministrazione, la cui norma di riferimento (art. 38, d.lgs. n. 81/2015) è rimasta inalterata nonostante l'introduzione delle causali³².

Entrando nel merito del contenuto delle causali, deve rilevarsi che, anche in questo caso, la tecnica di estendere la normativa prevista per il contratto a tempo determinato alla somministrazione temporanea ha necessitato di qualche aggiustamento successivo adottato dallo stesso legislatore in sede di conversione in legge del d.l. n. 87/2018.

In base alla nuova formulazione dell'art. 34, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 il rapporto di lavoro a tempo determinato tra somministratore di lavoro e lavoratore è assoggettato all'art. 19, d.lgs. n. 81/2015 e, per quello che qui interessa, alle condizioni indicate nelle lett. a) e b), del suo comma 1.

Di conseguenza, le esigenze temporanee ed oggettive estranee all'ordinaria attività, quelle sostitutive di altri lavoratori e quelle riguardanti incrementi temporanei, significativi e non programmabili dell'attività ordinaria non possono che essere quelle proprie dell'agenzia di somministrazione, tenendo fuori dal suo ambito di applicazione l'utilizzatore, con conseguente sostanziale vanificazione della finalità della normativa sulle causali e impraticabilità delle «condizioni» nei confronti di un datore di lavoro la cui funzione è quella di fornire manodopera per sopperire ad esigenze produttive di altri.

L'incongruenza, subito rilevata dai primi commentatori³³ è stata risolta in sede di conversione del d.l. n. 87/2018: nell'art. 2 è stato inserito il comma 1-ter per il quale «le condizioni di cui all'art. 19, comma 1 (...) nel caso di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro si applicano esclusivamente all'utilizzatore».

La lettura d'insieme dell'art. 34, comma 2 cit., dell'art. 38 cit. e dell'art. 2, comma 1-ter cit. comporta che il contratto assoggettato alle prescrizioni contenute nell'art. 19 cit. è quello stipulato tra il somministratore e il lavoratore con la particolarità costituita dal fatto che, nel caso sia necessario indicare le causali, queste ultime devono (correttamente) riguardare le esigenze dell'utilizzatore, ma l'agenzia, sulla quale ricadono le conseguenze sanzionatorie (v. *infra* par. 2.2), non ha la

³² Sotto questo aspetto si registra una netta inversione di tendenza rispetto alla disciplina antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015, che, essendo caratterizzata dalla presenza delle causali, menzionava tra i contenuti indispensabili per la validità del contratto di somministrazione tra fornitore e utilizzatore l'indicazione delle ragioni giustificative (v. in tal senso l'abrogato art. 21, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

³³ V.A. D'ASCENZO, *Modifiche alla disciplina della somministrazione di lavoro*, in *Misure per il contrasto al precariato: primo commento al decreto-legge*, n. 87, 2018 (a cura di M. Menegotto, F. Seghezzi, S. Spattini), in *Adapt Labour studies e-Book series*, n. 73, p. 52.

garanzia, in sede di sottoscrizione del contratto di somministrazione, di conoscere le condizioni che legittimano un eventuale causale da apporre al contratto a termine che la stessa instaura con il lavoratore per inviarlo in missione³⁴.

Una peculiarità in materia si registra, sempre con riferimento al contratto a termine in somministrazione, in ragione della seconda parte del comma 2 dell'art. 34 cit. che, a differenza della prima, non ha subito modifiche da parte del d.l. n. 87/2018.

La normativa in questione, frutto della precedente impostazione in ordine ai limiti da imporre all'uso della flessibilità in entrata, consente al contratto collettivo applicato dal somministratore di prorogare il termine inizialmente posto al contratto di lavoro indicando «casi» e «durata».

Si tratta di una tipica ipotesi di delega in bianco da parte del legislatore a favore della fonte pattizia, di qualsiasi livello, che, rimasta invariata, nonostante la previsione di limiti legali sulla proroga, consentirà comunque, nel settore specifico delle agenzie di somministrazione, di derogare alla disciplina legale non solo in ordine al numero di proroghe utilizzabili, ma anche con riferimento ai «casi» (e cioè alle causali) che potranno così essere più mirate e specifiche rispetto a quelle previste dal legislatore³⁵.

Deroga che, relativamente alla proroga, non si ritiene sia possibile se la «durata» è intesa nel senso di consentire al rapporto di lavoro somministrato, prorogato una o più volte, di superare il limite di durata massima di ventiquattro mesi. In questo caso la deroga è possibile ma secondo il modello previsto dall'art. 19, comma 2 cit. che consente alla contrattazione collettiva di elevare il tetto massimo di durata al contratto di somministrazione a termine nel suo insieme e non soltanto alle eventuali proroghe.

2.2. Segue. *L'apparato sanzionatorio e i termini di impugnazione*

La scelta del legislatore di non apprestare una disciplina organica del contratto di somministrazione, armonizzando quella esistente con la nuova, ma di operare

³⁴ La volontà delle parti può sopperire all'approssimazione del legislatore: l'agenzia in sede di definizione del contratto commerciale può, a pieno titolo, pretendere che lo stesso preveda, tra le varie condizioni, anche l'indicazione della causali riferite alle esigenze dell'utilizzatore. Così anche M.C. CATAUDELLA, *La somministrazione ...*, cit., p. 11, la quale ritiene che tale soluzione si affermerà in via di prassi, insieme con l'introduzione di alcune "penali agli utilizzatori per proteggersi nel caso in cui [le agenzie] siano chiamate a rispondere nei confronti dei lavoratori per violazione dell'art. 19, 1° comma".

³⁵ Allo stato, in virtù della delega già prevista l'attuale CCNL per le agenzie di somministrazione del 27 febbraio 2014 stabilisce che «in caso di assunzione con contratto di lavoro a tempo determinato, il termine inizialmente posto al singolo contratto di lavoro può essere prorogato fino ad un massimo di 6 volte. Il singolo contratto, comprensivo delle eventuali proroghe, non può avere una durata superiore a 36 mesi».

con la tecnica del rinvio generalizzato di quella prevista per il contratto a tempo determinato al solo contratto stipulato tra somministratore e lavoratore comporta alcuni problemi interpretativi, anche con riferimento alle conseguenze sanzionatorie ed ai termini di impugnazione.

La lacuna più significativa investe il contenuto del contratto di somministrazione i cui elementi essenziali sono indicati dall'art. 33, comma 1, d.lgs. n. 81/2015: manca ogni riferimento alla necessità di prevedere tra gli elementi del contratto che interviene tra somministratore e utilizzatore le causali giustificative, quando queste sono obbligatorie.

Desta altresì perplessità la mancata integrazione dell'art. 38 dello stesso decreto legislativo nella parte in cui, disciplinando le conseguenze della somministrazione irregolare, si omette ogni riferimento all'utilizzatore nel caso in cui, in presenza della violazione delle causali, il lavoratore decida di chiedere per via giudiziale la trasformazione dell'originario contratto a termine in uno a tempo indeterminato³⁶.

Il quadro normativo appena descritto comporta l'estraneità della figura dell'utilizzatore che, come è stato già rilevato (v. *retro* par. 2.1), non solo non è tenuto ad indicare le ragioni giustificative in sede di stipulazione del contratto di somministrazione con l'agenzia, ma non è coinvolto dalle conseguenze sanzionatorie per la violazione della normativa più qualificante sotto il profilo del contratto a modalità illegittime sull'uso della somministrazione temporanea, con ciò attenuando di molto anche la funzione dissuasiva dell'ultimo intervento legislativo.

Il legislatore, nello stabilire in sede di conversione (art. 2, comma 1-*ter*, d.l. n. 87/2018) che le condizioni legittimanti l'inserimento della clausola del termine si applicano esclusivamente tenendo conto delle esigenze produttive dell'utilizzatore, avrebbe dovuto specificare (sulla falsariga della originaria disciplina in materia, antecedente alla liberalizzazione avvenuta con il d.lgs. n. 81/2015) che le causali andavano indicate nel contratto di somministrazione e che a rispondere delle conseguenze di una loro opposizione illegittima dovesse essere anche l'utilizzatore.

La lettera della legge, dunque, non prevede che il lavoratore possa comunque avanzare la domanda di costituzione di un rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, attesa la natura straordinaria del rimedio. Tuttavia, nell'ottica di individuare un possibile soluzione a questa grave lacuna legislativa, partendo dal principio di diritto per il quale le causali giustificative si «applicano esclusivamente all'utilizzatore» (art. 2, comma 1-*ter*, cit.) si potrebbe desumere che la responsabilità sia

³⁶ Diversamente, l'art. 21, comma 1, d.lgs. n. 276/2003 (oggi abrogato) richiedeva espressamente la forma scritta per il contratto ed anche l'indicazione di casi e ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che ne giustificassero l'adozione; in conseguenza di tale previsione, il successivo art. 27 stabiliva che nel caso in cui la missione fosse avvenuta al di fuori delle ipotesi consentite il lavoratore aveva la possibilità di richiedere la costituzione, per via giudiziale, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione.