

# Il lavoro a termine e quello somministrato: condizioni di legittimità e sanzioni civili

MARCO TREMOLADA

Ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Padova

*1. Premessa – 2. L'eliminazione del requisito della causale del contratto di lavoro a termine – 3. Le ipotesi residuali di rilievo della causale – 4. I limiti di durata dell'impiego del lavoratore a termine e il vincolo di forma del contratto – 5. Il regime delle proroghe, dei rinnovi e del lavoro prestato oltre la scadenza del termine – 6. La regola del contingentamento delle assunzioni a termine – 7. Il risarcimento del danno in caso di trasformazione del contratto a termine – 8. La somministrazione di lavoro: profili generali – 9. La definizione della somministrazione di lavoro – 10. Acausalità della somministrazione e permanenza di ipotesi di rilievo della causale – 11. I limiti quantitativi all'impiego di lavoratori somministrati – 12. La disciplina dei rapporti di lavoro dei dipendenti assunti per essere somministrati – 13. La somministrazione irregolare e le relative sanzioni civili – 14. Il risarcimento del danno in caso di somministrazione irregolare – 15. Osservazioni conclusive*

## 1. PREMESSA

Gli istituti del contratto di lavoro a tempo determinato e della somministrazione di lavoratori sono stati oggetto di vari interventi del legislatore da quando furono emanati il d. lgs. n. 368/2001 e il d. lgs. n. 276/2003 che rispettivamente li regolavano. Questi interventi hanno comportato continue modificazioni delle norme contenute in tali fonti fino al recente d. lgs. n. 81/2015 che, in occasione della

definizione di una disciplina organica dei vari tipi di contratti di lavoro, ha provveduto a riformulare interamente l'assetto regolativo sia del contratto a termine che della somministrazione, abrogando le rispettive precedenti fonti normative.

Non c'è dubbio che quest'ultima riforma presenta un quadro della disciplina dei due istituti che ha il pregio di avere posto rimedio, soprattutto per quanto riguarda il contratto a termine, alla situazione di complessità e disordine di una normativa risultante dal sovrapporsi nel tempo di parziali correzioni e addizioni che avevano prodotto l'effetto sia di snaturare l'originario impianto sistematico di quelle fonti, sia di incrementare le incertezze dell'interprete in sede di applicazione.

Non è opportuno ripercorrere in questa sede le diverse fasi di questa evoluzione, essendo preferibile concentrare l'attenzione sulla normativa oggi in vigore, limitando i riferimenti a quella abrogata a quanto è strettamente necessario a risolvere dubbi interpretativi relativi alla disciplina attuale dei due istituti. D'altro canto, l'analisi del regime sanzionatorio civilistico delle principali irregolarità nell'impiego del lavoro a termine e di quello somministrato non può prescindere dalla trattazione delle cause di illegittimità del ricorso a tali forme di lavoro di cui quel regime rappresenta il rimedio. Pertanto tale regime sarà considerato nel quadro delle diverse ipotesi di illegittimità previste dall'assetto normativo che regola i due istituti in esame, cui corrispondono differenziate conseguenze per quanto attiene ai tipi e alle modalità delle sanzioni stabilite dalla legge.

## 2. L'ELIMINAZIONE DEL REQUISITO DELLA CAUSALE DEL CONTRATTO DI LAVORO A TERMINE

Il d. lgs. n. 81/2015 conferma la più rilevante innovazione in tema di contratto a termine già introdotta dal decreto legge n. 34/2014, convertito con modificazioni nella l. n. 78/2014, secondo cui l'apposizione del termine all'assunzione non è più soggetta al limite generale "qualitativo" della necessità della sua giustificazione con «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro» ma è subordinata solo a limiti di carattere "quantitativo" dati dalla previsione, da un lato, di una durata massima di 36 mesi dell'impiego a termine del dipendente e, d'altro lato, del c.d. "contingentamento" cioè di una percentuale di lavoratori assumibili a termine rispetto al numero dei dipendenti stabili. Il primo limite ha carattere individuale perché è riferito alla posizione del singolo lavoratore e risponde all'esigenza di contenere la durata dello stato di precarietà della sua occupazione presso il datore di lavoro che lo ha assunto. L'altro limite ha invece carattere collettivo, in quanto si riferisce all'organizzazione del datore di lavoro ed è diretto a contenere il ricorso a lavoratori a termine stabilendone una quota massima rispetto alla forza lavoro con rapporto stabile.

Il contratto a termine acausale configura una modalità di assunzione e d'impiego del dipendente sostitutiva del ricorso a un contratto a tempo indeterminato.

to. In primo luogo, pur nei limiti di carattere quantitativo, il datore di lavoro ha assoluta libertà di scelta tra le due forme di assunzione e generalmente dovrebbe preferire quella con apposizione del termine che, nell'arco della durata massima e tenendo conto del regime delle proroghe, gli consente di valutare di volta in volta l'opportunità di mantenere o meno in servizio il lavoratore senza dovere affrontare i rischi connessi al licenziamento di un dipendente assistito da un regime di stabilità del rapporto <sup>(1)</sup>. In secondo luogo, il datore di lavoro non subisce i limiti all'impiego del lavoratore a termine che si riconnettevano alla causale, in particolare quello della possibilità di adibirlo alle sole attività ad essa riconducibili <sup>(2)</sup>, potendo ora utilizzare il dipendente, in via di principio, in qualsiasi attività compatibile con il rispetto della disciplina delle mansioni stabilita dall'art. 2103 c.c., come riformato dall'art. 3 d. lgs. n. 81/2015, con la conseguente possibilità di far fronte con la prestazione del lavoratore alle variabili sopravvenute esigenze dell'organizzazione, come nel caso del rapporto a tempo indeterminato.

Per altro verso, l'eliminazione della causale, con la previsione del vincolo del contingentamento del numero dei lavoratori assumibili a termine, comporta anche una conseguenza negativa per il datore di lavoro perché, al di fuori delle specifiche ipotesi in cui quel vincolo non opera, egli non potrà ricorrere a lavoratori a termine oltre il limite numerico indicato, pur in presenza di esigenze meramente temporanee di lavoro e quindi sarà costretto o a ricorrere a strumenti alternativi, come la somministrazione, salvi i limiti che si vedranno a tempo debito, o ad assumere il dipendente a tempo indeterminato mentre, in precedenza, ove non operassero i limiti quantitativi previsti dalla contrattazione collettiva, era sempre possibile assumere a termine in presenza della causale legittimante. Quindi in tal caso il contratto a tempo indeterminato, pur essendo strutturalmente rivolto a soddisfare esigenze del datore che, con valutazione *ex ante*, si configurano come tendenzialmente stabili, sarebbe chiamato a svolgere una funzione estranea al proprio ruolo, mentre non si può pensare che tale forma comune di assunzione giustifichi questo impiego.

Comunque, non c'è dubbio che l'eliminazione del requisito della causale ha comportato il venir meno del principale motivo del contenzioso in tema di contratto a termine, cioè quello riconducibile all'incertezza prodotta dalla norma a precetto generico che tale requisito prevedeva. Ed in effetti la nuova definizione di limiti meramente quantitativi, come tali oggettivamente accertabili, ha l'indubbio vantaggio di consentire al datore di lavoro di verificare con relativa sicurezza se ricorrono le condizioni di legittimità per l'assunzione a termine,

---

<sup>1</sup> Ciò può dirsi anche se il d. lgs. n. 23/2015 ha introdotto, per i lavoratori assunti dopo la sua entrata in vigore (7 marzo 2015), o a questi equiparati, un regime delle conseguenze del licenziamento illegittimo meno gravoso per il datore di lavoro di quello stabilito dalla normativa precedente.

<sup>2</sup> V. sul punto S. CRUCCIOVINO, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine*, in *I rapporti di lavoro a termine*, a cura di R. DEL PUNTA - R. ROMEI, Giuffrè, 2013, 130 ss.; T. Firenze 30 dicembre 2004, RCDL, 2005, 422.

senza essere esposto al rischio, insito nel requisito di causalità del termine, che un diverso apprezzamento da parte del giudice dell'esigenza aziendale posta a base dell'assunzione, in particolare circa la sua temporaneità, comporti l'accollo all'organizzazione di un rapporto a tempo indeterminato.

### 3. LE IPOTESI RESIDUALI DI RILIEVO DELLA CAUSALE

Benché la regola generale in tema di apponibilità del termine al contratto contenuta nell'art. 19 d. lgs. n. 81/2015 non preveda più l'esigenza della causale, il rilievo *ex lege* di tale requisito permane in particolari ipotesi.

La causale rileva innanzitutto in due delle ipotesi di divieto di assunzione a termine *ex art. 20* del detto decreto<sup>(3)</sup>. Il primo caso riguarda l'assunzione a termine per sostituire lavoratori in sciopero di cui alla lett. a) del comma 1 di tale articolo. Qui la causale rileva in senso negativo in quanto è oggetto di divieto, per cui, ove l'assunzione sia solo apparentemente acausale perché in realtà è avvenuta per l'anzidetta esigenza sostitutiva ricorrerà l'ipotesi vietata<sup>(4)</sup>. La sanzione, ai sensi del comma 2 di tale articolo consiste nella trasformazione a tempo indeterminato del contratto, prevista per ogni ipotesi di violazione dei divieti di assunzione a termine. Il secondo caso concerne una eccezione al divieto, di cui alla lett. c del comma 1 del medesimo articolo, di assumere a termine, presso unità produttive nelle quali nei 6 mesi precedenti si siano verificati licenziamenti collettivi, lavoratori da adibire alle stesse mansioni dei licenziati, eccezione riguardante quelli assunti a termine per sostituire dipendenti assenti<sup>(5)</sup>. In questa ipotesi la causale sostitutiva è necessaria perché altrimenti l'assunzione a termine incorrerebbe automaticamente nel divieto, con conseguente trasformazione a tempo indeterminato del contratto, sempre *ex comma 2 art. 20*. Al rilievo di tale causale si riconnette anche il vincolo per il datore di lavoro di impiegare il dipendente solo per l'esigenza di carattere sostitutivo per soddisfare la quale è stato assunto, ferma la possibilità di attuare il c.d. scorrimento, cioè l'impiego del dipendente per sostituire il lavoratore già in servizio che sia stato chiamato a sostituire quello assente.

---

<sup>3</sup> Gli altri casi di divieto di assunzione a termine previsti dal comma 2 art. 20 riguardano quella presso unità produttive in cui sia in atto una sospensione del lavoro, o una riduzione dell'orario in regime di CIG, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni oggetto del contratto a termine (lett. c) e l'assunzione da parte di datore di lavoro che non abbia effettuato la valutazione dei rischi prevista dalla normativa in tema di salute e sicurezza dei lavoratori (lett. d).

<sup>4</sup> Naturalmente, come in precedenza il lavoratore assunto per altra legittima causale poteva essere adibito a sostituire lo scioperante (crumiraggio interno), così il lavoratore assunto a termine senza causale può essere ancora utilizzato in sostituzione dello scioperante, dovendosi escludere solo il caso in cui tale sostituzione sia il motivo dell'assunzione.

<sup>5</sup> Le altre eccezioni riguardano le assunzioni di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità e quelle di durata iniziale non superiore a tre mesi.

Altri casi di rilievo della causale dell'assunzione a termine sono previsti dal comma 2 art. 23 d. lgs. n. 81/2015 al fine dell'esenzione dal computo del dipendente ai fini del numero massimo di lavoratori assumibili a termine. Si tratta dei contratti a termine conclusi per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi (lett. d) o per sostituzione di lavoratori assenti (lett. e). Vi è poi un'ulteriore ipotesi in cui rileva la causale, cioè il caso in cui il datore di lavoro è ammesso a godere dell'esenzione dal contributo addizionale pari all'1,4 % della retribuzione imponibile ai fini previdenziali prevista dal comma 29 art. 2 l. n. 92/2012 per le ipotesi di lavoratori assunti a termine per sostituire lavoratori assenti<sup>(6)</sup>. In questi ulteriori casi occorre verificare quali siano le conseguenze del difetto della causale o dell'adibizione del lavoratore ad attività a questa estranee.

Secondo un indirizzo interpretativo, che riscuote un ampio consenso, deve escludersi che tali circostanze possano comportare la trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato poiché la validità dell'apposizione del termine oggi non è più subordinata dalla legge a particolari esigenze aziendali<sup>(7)</sup>. Così, nei casi in cui la legge prevede che il lavoratore assunto a termine per una certa causale non si computi al fine del numero massimo di dipendenti temporanei di cui l'impresa può disporre, la violazione della causale comporterebbe solo il computo del lavoratore al fine anzidetto.

In realtà pare che se le parti hanno concluso il contratto a termine, come è detto nel comma 2 art. 23, «per lo svolgimento delle attività stagionali di cui all'art. 21, comma 2» o «per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi» o «per sostituzione di lavoratori assenti» non si possa escludere il rilievo della causale sul piano della relazione tra lavoratore e datore di lavoro. In particolare, la causa dell'apposizione del termine non può essere ricondotta alla sfera dei motivi irrilevanti perché integra la clausola sulla durata del contratto, vincolando anche le modalità d'impiego del lavoratore. Qualora la causale non sia simulata, poiché le parti hanno effettivamente voluto far dipendere da essa la durata del contratto, il difetto dell'esigenza aziendale dovrebbe determinare l'inefficacia della clausola sul termine, con la conseguenza che il contratto sarebbe a tempo indeterminato in mancanza del presupposto che consentirebbe di sottrarlo all'applicazione di questa forma comune di assunzione, ai sensi dell'art. 1 d. lgs. n. 81/2015. Non pare che si possano condividere i due argomenti che si opporrebbero a tale soluzione, cioè, da un lato, che, in base a questo articolo, il contratto a termine non rappresenterebbe più un'eccezione rispetto a quello a tempo indeterminato e, d'altro lato, che la trasformazione del primo nel secon-

---

<sup>6</sup> L'altro caso di esenzione dal detto contributo è quello dell'assunzione a termine per lo svolgimento delle attività stagionali di cui al citato comma 29.

<sup>7</sup> Cfr. E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, LG, 2014, 436, ove si afferma che nel caso in cui la causale si sia rivelata inesistente «il termine non sarebbe da considerare invalido, poiché non sussiste più un collegamento prescrittivo fra le ragioni oggettive e la legittimità del termine stesso». Nello stesso senso A. PANDOLFO - P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli, 2014, 15.

do potrebbe verificarsi solo nei casi in cui il legislatore stabilisce espressamente questa sanzione, per cui essa non potrebbe operare in ipotesi diverse <sup>(8)</sup>. Infatti, per un verso, la previsione del contratto a tempo indeterminato come forma comune di assunzione sarebbe priva di ogni valore precettivo se non si ricollegasse ad essa, in via di principio, l'espansione della durata del contratto ove sia viziata la clausola di apposizione del termine e, per altro verso, alla specificazione da parte del legislatore di ipotesi in cui tale sanzione opera non può attribuirsi l'effetto di limitare a queste la detta sanzione escludendo che essa possa applicarsi, in particolare, nei casi in esame in cui la causale è incorporata nel termine, per cui l'inesistenza della stessa determina l'inefficacia della clausola che lo stabilisce. Naturalmente queste considerazioni valgono in relazione non solo alle norme legali che prevedono il rilievo del requisito della causale ai fini del contingentamento, ma anche a quelle che stabiliscono quel rilievo ai fini dell'esenzione dal contributo aggiuntivo dell'1,4%, per cui in quest'ultimo caso non può dirsi che il difetto dell'esigenza aziendale adotta comportamenti esclusivamente un inadempimento contributivo senza conseguenze sul piano del rapporto di lavoro.

Più in generale, oltre alle ipotesi tipizzate dalla legge, non pare possa escludersi la rilevanza della causale nei casi in cui questa sia richiesta dalla contrattazione collettiva o sia comunque prevista dal contratto individuale <sup>(9)</sup>. A diversa conclusione si dovrebbe pervenire ove si potesse desumere dalle disposizioni del d. lgs. n. 81/2015 che sottopongono l'apponibilità del termine solo a limiti quantitativi una norma imperativa di ordine pubblico economico, come tale assolutamente inderogabile dall'autonomia privata, preclusiva della possibilità che quest'ultima attribuisca rilievo alla causale <sup>(10)</sup>. Ma nel testo normativo non vi sono indicazioni utili a giustificare questa natura della disposizione in esame. Quindi l'esclusione del requisito legale della causale indica soltanto che essa non è necessaria, non già che non possa rilevare se è voluta dalle parti benché non sia richiesta dalla legge, con la conseguenza che in questo caso l'insussistenza della ragione posta a fondamento dell'apposizione del termine dovrebbe comportare

---

<sup>8</sup> Entrambi gli argomenti di cui si parla sono utilizzati da S. CIUCCIOVINO, *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act, DLRI*, 2015, 614. In particolare, a proposito del secondo, l'A. afferma che «l'apparato sanzionatorio è ormai così dettagliatamente disciplinato che non residua spazio all'interprete per stabilire se e quando l'irregolarità determina la trasformazione del contratto temporaneo in contratto a tempo indeterminato». Questa tesi era già stata formulata da G. VIDIRI, *Il contratto a termine: l'eterna ricerca della flessibilità in entrata ed il Jobs Act, MGL*, 2014, 816.

<sup>9</sup> Invece secondo E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione* cit., 437, poiché è irrilevante ai fini della validità della clausola sul termine l'indicazione di una causale, nel caso in cui questa sia comunque indicata, la sua insussistenza non potrebbe comportare la nullità del termine.

<sup>10</sup> Una norma quindi della stessa natura di quella contenuta nel comma 2 art. 23, ove le assunzioni a termine ivi previste sono escluse dal limite legale di contingentamento del 20% stabilito nel comma 1, «nonché da eventuali limitazioni quantitative previste dai contratti collettivi», norma che non consente al contratto collettivo di disporre diversamente.

un'assunzione a tempo indeterminato benché il legislatore non preveda espressamente questa ipotesi di trasformazione del contratto <sup>(11)</sup>.

#### 4. I LIMITI DI DURATA DELL'IMPIEGO DEL LAVORATORE A TERMINE E IL VINCOLO DI FORMA DEL CONTRATTO

L'art. 19 d. lgs. n. 81/2015 stabilisce sia la durata massima dell'impiego del lavoratore a termine, sia il vincolo di forma scritta del patto sul termine in caso di rapporti di durata superiore a 12 giorni.

Per quanto attiene alla durata massima, sono disciplinate tre distinte ipotesi. Nel comma 1 si tratta della durata massima di 36 mesi riferita al singolo contratto; nel comma 2 tale limite riguarda la successione di contratti temporanei; nel comma 3 si prevede la durata massima di 12 mesi di un contratto a tempo determinato «ulteriore» che le parti sono ammesse a concludere benché sia esaurito il periodo massimo di 36 mesi relativo alla successione di contratti temporanei.

Circa la prima ipotesi, si deve notare che la norma, per un verso, non ammette deroghe da parte della contrattazione collettiva e, per altro verso, non ha riprodotto l'equivoco riferimento al lavoro prestato dall'assumendo «nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato» che era contenuto nel comma 1 art. 1 d. lgs. n. 368/2001. Ne consegue che, al fine della durata massima di 36 mesi del singolo contratto a termine, non si computano più i periodi in cui in cui il lavoratore sia stato in precedenza somministrato al datore di lavoro che procede alla sua assunzione diretta a tempo determinato. Invece, in ipotesi di successione di contratti a termine con lo stesso datore di lavoro, per mansioni di pari livello e categoria legale, la durata massima complessiva di 36 mesi, che prescinde dai periodi di interruzione tra un contratto e l'altro <sup>(12)</sup>, da un lato, opera se il contratto collettivo non dispone diversamente e, d'altro lato, si computa tenendo conto anche dei periodi in cui il lavoratore è stato utilizzato in esecuzione di un contratto di somministrazione a termine per le dette mansioni. Infine, nella terza ipotesi si tratta della possibilità che il limite dei 36 mesi di impiego del lavoratore con i contratti a termine successivi, di cui si è detto, sia superato tramite la stipulazione di un ulteriore contratto, di durata non eccedente i 12 mesi, presso la DTL competente per territorio.

---

<sup>11</sup> Invece V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, in *Lavoro Welfare*, n. 4/2014, 33, ritiene che la contrattazione collettiva non possa più subordinare l'apponibilità del termine alla presenza di determinate causali.

<sup>12</sup> Si è giustamente affermato, cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2015, 743, che la successione dei contratti non dovrebbe rilevare «in presenza di un congruo intervallo di tempo tipicamente idoneo ad evitare i rischi di precarizzazione» e che un'interpretazione sistematica «sembra condurre ad un intervallo di quattro mesi pari a quello sancito per la libera autodeterminazione del lavoratore di impugnazione del termine (art. 28, c. 1)», sempre che il lavoratore non provi una frode alla legge benché tale intervallo sia stato rispettato.

Nell'art. 19 si regolano espressamente anche le conseguenze sanzionatorie del mancato rispetto dei periodi di durata massima nelle tre ipotesi sopra considerate.

Per quanto riguarda le prime due, l'ultimo periodo del comma 2 art. 19 prevede che «Qualora il limite dei trentasei mesi sia superato, per effetto di un unico contratto o di una successione di contratti, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di tale superamento». Si deve notare che la trasformazione del contratto opera non già nel momento in cui si appone ad esso un termine eccedente quello massimo, bensì quando il rapporto costituito con termine eccedente la durata massima consentita si sia protratto oltre tale durata. Pertanto se, ad es., il contratto prevedesse un termine di 40 mesi, la trasformazione si avrebbe alla scadenza del limite massimo di 36 mesi e non nel momento della stipulazione del contratto, il quale quindi sarebbe a termine fino a quella scadenza. Parimenti, in caso di successione di contratti a termine, l'ultimo di essi che preveda una durata che, sommata a quella dei contratti precedenti, comporti il superamento dei 36 mesi si trasformerebbe a tempo indeterminato non dalla sua conclusione ma solo da quando si realizza quel superamento. La prevalenza, ai fini della sanzione, dell'esecuzione del rapporto rispetto al programma negoziale risponde a una logica di effettività fino ad ora applicata, in genere, a tutela della parte debole del contratto di lavoro, mentre in questo caso opera a favore del datore di lavoro.

Per quanto riguarda poi il terzo caso – quello in cui l'ulteriore contratto a tempo determinato assistito, disciplinato dal comma 3 art. 19, sia stipulato in violazione della procedura ivi stabilita, o il relativo rapporto prosegua oltre il termine in esso previsto –, la decorrenza della sanzione differisce da quella relativa alle ipotesi considerate in precedenza poiché la norma stabilisce che il contratto «si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data della stipulazione». Sembra che la maggiore severità del regime sanzionatorio si giustifichi con il carattere eccezionale della fattispecie rispetto alla regola della durata massima complessiva di 36 mesi dei rapporti a termine in successione.

Infine, circa la conseguenza della mancanza della forma scritta, il comma 4 art. 19 prevede che «l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto». Dalla formulazione della norma si desume che il contratto diventa a tempo indeterminato in quanto carente del termine di durata a causa dell'inefficacia della sola clausola che lo prevede, non già dell'espansione della durata in forza della regola di cui all'art. 1 d. lgs. n. 81/2015 secondo la quale «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro». Pertanto sarebbe improprio ricondurre questa fattispecie all'art. 1419 c.c., in tema di nullità parziale, applicando la quale il patto sul termine sarebbe nullo e sostituito di diritto da norma imperativa<sup>(13)</sup>.

---

<sup>13</sup> Per la tesi secondo cui si applicherebbe l'art. 1419 c.c. cfr. E. GHERA - A. GARILLI - D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2015, 492. La medesima opinione è stata espressa, prima



## 5. IL REGIME DELLE PROROGHE, DEI RINNOVI E DEL LAVORO PRESTATO OLTRE LA SCADENZA DEL TERMINE

Il comma 1 art. 21 d. lgs. n. 81/2015 prevede che «il termine del contratto a tempo determinato può essere prorogato, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a trentasei mesi e, comunque, per un massimo di cinque volte nell'arco di trentasei mesi a prescindere dal numero dei contratti». Quindi sono due i limiti alle proroghe: il primo riguarda la durata complessiva del lavoro a termine, che non può eccedere i 36 mesi per effetto di queste; il secondo attiene al numero delle proroghe che non può superare 5 anche se l'ulteriore proroga mantenesse la durata del lavoro a termine nel limite dei 36 mesi. È stato invece eliminato l'ulteriore limite alle proroghe, secondo cui queste dovevano riguardare la stessa attività per la quale era stato apposto al contratto il termine originario, coerentemente con la circostanza che non rileva più il requisito della causale dell'assunzione<sup>(14)</sup>.

Il regime delle proroghe va coordinato con le norme dell'art. 19 in tema di durata massima del singolo contratto e del lavoro a termine in caso di successione di contratti. Per quanto attiene al singolo contratto, la disposizione per cui è prorogabile il termine iniziale solo se questo è inferiore a 36 mesi significa che in tale limite di durata si comprendono le proroghe. Circa la successione di contratti, l'art. 21 nulla dispone in ordine a un limite di durata complessiva, comprensiva delle relative proroghe, tuttavia il fatto che al fine del computo del limite dei 36 mesi si debba tener conto delle proroghe si desume dal comma 2 art. 19 poiché ivi quel limite è riferito alla «durata dei rapporti di lavoro a tempo determinato» in successione, la quale comprende i periodi di proroga dei termini originari dei contratti.

Per quanto riguarda poi il numero massimo di 5 proroghe, il comma 1 art. 21 lo riferisce a quelle intervenute «nell'arco di trentasei mesi» e «a prescindere dal numero dei contratti», con espressione ambigua che deve essere ragionevolmente interpretata nel senso che nel periodo massimo di durata di 36 mesi dei contratti in successione, ai sensi del comma 2 art. 19, si possono realizzare complessivamente non più di 5 proroghe, non già che siano ammesse fino a 5 proroghe per ciascuno di tali contratti<sup>(15)</sup>.

---

dell'emanazione del d. lgs. n. 81/2015, ad es. da M. L. VALLAURI, *Rapporti di lavoro a termine e strumenti rimediali*, in *I rapporti di lavoro a termine*, a cura di R. DEL PUNTA - R. ROMEI, Giuffrè, 2013, 328.

<sup>14</sup> V. L. MENGHINI, *Lavoro a tempo determinato (artt. 1, 19-29, 51 e 55)*, in *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. CARINCI, ADAPT LABOUR STUDIES, e-Book series, n. 48/2015, 173. Nel vigore della norma precedente era stato ritenuto che la proroga fosse legittima solo se riferita alle stesse mansioni, con esclusione quindi anche di quelle equivalenti alle mansioni di assunzione: cfr. A. AGONI - F. BACCHINI, *Jobs Act e legge di conversione: l'inizio di una svolta?*, DPL, 2014, 1652. La tesi tuttavia era contraddetta dalla circolare del Ministero del lavoro 30 luglio 2014, n. 18.

<sup>15</sup> Cfr. E. GHERA - A. GARILLI - D. GAROFALO, *Diritto del lavoro* cit., 495; M. TIRABOSCHI - P. TO-

Fin qui si è considerata la disciplina delle proroghe in collegamento con l'art. 19, ma si può prospettare che essa riguardi anche il caso in cui non sia prevista una durata massima di 36 mesi del contratto a termine perché altrimenti si dovrebbe concludere che in questa ipotesi le proroghe o non sarebbero ammesse o sarebbero possibili senza quei limiti. Si consideri il comma 3 art. 23, ove si stabilisce che, nel caso degli enti ivi previsti, i contratti «che hanno ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica possono avere durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono». Non si vede il motivo per cui in tali ipotesi non sarebbe applicabile il regime delle proroghe di cui all'art. 21. Così, in caso di assunzione a termine, ad es., per 38 mesi, nell'ambito di un progetto di ricerca di durata di 40 mesi, il termine iniziale non potrebbe essere prorogato; invece, se, nell'ambito dello stesso progetto, il termine iniziale fosse di 20 mesi, sarebbero ammesse 5 proroghe, ma nel rispetto di un periodo complessivo di 36 mesi che costituisce il limite temporale, comprensivo della durata iniziale del contratto e delle proroghe, in cui queste sono possibili <sup>(16)</sup>.

Quanto alle sanzioni per la violazione dei limiti alle proroghe, l'art. 21 regola espressamente solo quella relativa al limite numerico, stabilendo che «il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della sesta proroga» (comma 1, secondo periodo). Il detto articolo tace circa il caso in cui si disponga una proroga di contratto con termine originario di 36 mesi o con termine inferiore ma con durata della proroga che comporti il superamento dei 36 mesi relativi al singolo contratto o alla successione di contratti a termine. Tuttavia la sanzione è desumibile dal comma 2 art. 19, ove si prevede che il contratto si trasforma in uno a tempo indeterminato dalla data del superamento del limite di 36 mesi. Infatti questa conseguenza è riferita al caso di superamento del limite di 36 mesi «per effetto di un unico contratto o di una successione di contratti», effetto che senza dubbio è riconducibile al contratto o ai contratti non solo con riguardo ai termini originari ma anche alle proroghe di essi.

Passando a considerare la disciplina dei rinnovi, di cui al comma 2 art. 21, va detto innanzitutto che la regola del necessario intervallo temporale tra la cessazione di un rapporto a termine e una nuova assunzione temporanea si applica, in via di principio, ad ogni ipotesi di successione di contratti e non solo a quella prevista dal comma 2 art. 19 relativa a contratti aventi ad oggetto mansioni di pari livello e categoria legale. La norma prevede che la riassunzione a termine prima del decorso dei periodi ivi indicati comporti la trasformazione a tempo indeterminato del secondo contratto. Si deve poi notare che non è stata riprodotta la

---

MASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, in *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro*, a cura di M. TIRABOSCHI, ADAP LABOUR STUDIES, e-Book series, n. 25/2014, p. 6; circolare n. 13/2014 della Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro; circolare del Ministero del lavoro 30 luglio 2014, n. 18 cit.

<sup>16</sup> Va anche notato che in caso di successione di contratti per attività di ricerca scientifica opera il limite dei 36 mesi previsto dal comma 2 art. 19, per cui non si spiegherebbe perché il regime delle proroghe non potrebbe operare anche in relazione all'unico contratto.

norma previgente secondo cui la stipulazione del nuovo contratto senza soluzione di continuità con la cessazione del precedente comportava la trasformazione a tempo indeterminato a far data dalla stipulazione di quest'ultimo. Pertanto in questo caso si applica la regola generale appena citata. Può altresì osservarsi che, a differenza dei casi di superamento dei limiti di durata relativi sia all'apposizione del termine che alle proroghe, la trasformazione a tempo indeterminato del contratto illegittimamente rinnovato si verifica per il fatto della mera sua stipulazione, non essendo subordinata alla circostanza che sia stata almeno iniziata l'esecuzione del rapporto.

Quanto poi al caso di continuazione del rapporto dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, l'art. 22 riproduce la regola preesistente della previsione di un "periodo di tolleranza" entro il quale il rapporto non si trasforma a tempo indeterminato ma si hanno solo incrementi della retribuzione secondo percentuali crescenti in relazione alla durata della continuazione. Esaurito il periodo di tolleranza, l'ulteriore continuazione del rapporto comporta la trasformazione in contratto a tempo indeterminato con effetto dalla scadenza di quel periodo. A differenza del diritto previgente, la norma specifica che la detta disciplina opera «Fermi restando i limiti di durata massima di cui all'art. 19». Da tale disposizione si deve desumere che questo regime non si applica nel caso di continuazione del rapporto oltre il limite massimo di durata di 36 mesi d'impiego del lavoratore a termine, per effetto di un singolo contratto o di una successione di contratti per mansioni di pari livello e categoria, o nel caso in cui il lavoro sia prestato oltre il termine dell'eventuale ulteriore contratto assistito. Pertanto, dal momento in cui la continuazione del rapporto supera quei limiti temporali, pur mantenendosi in quelli stabiliti per il periodo di tolleranza dall'art. 22, si avrà la trasformazione a tempo indeterminato del contratto regolata dal comma 2 art. 19.

## 6. LA REGOLA DEL CONTINGENTAMENTO DELLE ASSUNZIONI A TERMINE

L'art. 23 d. lgs. n. 81/2015 prevede la regola per cui « Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi non possono essere assunti lavoratori a tempo determinato in misura superiore al 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione» e ulteriori disposizioni in materia.

Si deve innanzitutto sottolineare che il limite legale opera solo in assenza di un contratto collettivo, applicabile al rapporto di lavoro, che regoli diversamente la materia. Il rinvio all'autonomia collettiva comporta che questa possa incidere sulla percentuale legale non solo riducendola ma anche aumentandola <sup>(17)</sup> e che

---

<sup>17</sup> Cfr. ad es. V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine* cit., 31. Invece, secondo E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione*, cit., p. 436 il datore di lavoro dovrebbe rispettare il limite

possa anche incidere sul riferimento fatto dalla legge ai lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione <sup>(18)</sup>. Non pare si debba escludere, data l'ampiezza del detto rinvio, che il contratto collettivo possa prevedere che non operi il limite del contingentamento <sup>(19)</sup>.

Un problema di non poco momento riguarda la determinazione della quota massima di lavoratori a termine di cui l'organizzazione può disporre. Mentre per la base di computo della percentuale è chiaro che si considerano i dipendenti a tempo indeterminato presenti nell'organizzazione il 1° gennaio dell'anno in cui essa deve essere calcolata, non può dirsi altrettanto quanto ai lavoratori a termine da conteggiare al fine della verifica del rispetto di quella percentuale. Secondo una prima interpretazione, la percentuale riguarda il numero dei contratti a termine che possono essere conclusi in quel dato anno, per cui non si conteggerebbero i contratti stipulati in epoca precedente, anche se i rapporti da essi costituiti siano in corso durante tale anno <sup>(20)</sup>. Per una diversa interpretazione, il limite percentuale riguarda il numero dei lavoratori a termine "occupati" nell'anno di riferimento, per cui si comprenderebbero anche questi rapporti. Infine, è stato sostenuto che il limite del 20% è riferito non già al numero dei rapporti a termine intercorsi col datore di lavoro nell'anno, ma al numero dei rapporti in atto in qualsiasi momento di tale anno, nel senso che «durante il corso dell'anno non potranno essere contemporaneamente presenti un numero complessivo di contratti superiore al limite» <sup>(21)</sup>.

A favore della prima interpretazione prospettata deporrebbe la lettera del comma 1 art. 23 che fa riferimento, al fine del limite numerico, ai lavoratori a termine che non possono essere «assunti» oltre la detta percentuale dei lavoratori stabili esistenti il 1° gennaio dell'anno «di assunzione», evidentemente di quelli a termine. Pertanto il limite numerico dovrebbe riguardare il numero di contratti a termine che il datore di lavoro può stipulare nel corso dell'anno di riferimento. Tuttavia, con riguardo ad analoga norma contenuta nel previgente comma 1 art. 1 d.lgs. n. 368/2001, come riformato dal d.l. n. 24/2014, convertito in l. n. 78/2014, motivi a sostegno della terza interpretazione prospettata sono stati giustamente

---

percentuale più rigoroso tra quello di legge e quello contrattuale; ma questa idea che la contrattazione collettiva non possa innalzare la percentuale legale ma solo ridurla non ha alcun fondamento normativo.

<sup>18</sup> Cfr. circolare del Ministero del lavoro 30 luglio 2014, n. 18 cit.

<sup>19</sup> *Contra* A. PANDOLFO - P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine* cit., 40.

<sup>20</sup> Deve in ogni caso precisarsi che, poiché il limite del 20% sarebbe riferito ai lavoratori assunti a termine, esso non riguarderebbe anche le proroghe del termine, nel senso che queste non si computerebbero ai fini del numero complessivo dei contratti stipulati, a differenza dei rinnovi del contratto a termine che costituiscono autonomi contratti di assunzione. *Contra* E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione* cit., 439, secondo il quale « In fondo, la proroga è una nuova manifestazione di volontà volta alla stipulazione di un contratto a termine e i pochi limiti residui devono essere rispettati ».

<sup>21</sup> Cfr. circolare n. 13/2014 della Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro cit., 3, 4.

ricavati dalle disposizioni transitorie di cui al comma 3 art. 2 bis di tale legge. Ivi si prevede che « Il datore di lavoro che alla data di entrata in vigore del presente decreto abbia in corso rapporti di lavoro a termine che comportino il superamento del limite percentuale » del 20% « è tenuto a rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014 », non potendo altrimenti stipulare nuovi contratti a termine fino a quando sia rispettato il detto limite. Da tale norma si desume che la disposizione che regola a regime il limite numerico dei contratti a termine riguarda in realtà una proporzione, tra i dipendenti con rapporto stabile al 1° gennaio e quelli a termine, che deve essere rispettata in ciascun momento dell'anno di competenza, non già il numero massimo dei contratti a termine stipulati o dei rapporti temporanei che si siano svolti durante quell'anno <sup>(22)</sup>. Si deve però osservare che questa soluzione può comportare un elemento di incertezza nella gestione da parte del datore di lavoro dell'occupazione a termine. Infatti, se ai fini della percentuale riferita a un dato anno si computano anche i dipendenti a termine in tale anno in servizio ma assunti in precedenza, può verificarsi il caso che la soglia sia superata per effetto di un evento imprevedibile, cioè che il 1° gennaio di quel dato anno il numero dei dipendenti a tempo indeterminato risulti diminuito, ad es. per effetto di licenziamenti o dimissioni, rispetto a quello del 1° gennaio dell'anno precedente, nel corso del quale si era proceduto all'assunzione di quei dipendenti a termine. Per evitare tale rischio, il datore di lavoro dovrebbe stabilire termini di scadenza dei contratti non eccedenti la fine dell'anno in cui essi sono stati conclusi.

Nell'ultimo periodo del comma 1 art. 23 si afferma che « Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto a tempo determinato ». La norma va innanzitutto collegata a quella che stabilisce il limite del 20%, poiché consente l'assunzione di una unità a tempo determinato ai datori di lavoro che, avendo meno di 5 dipendenti a tempo indeterminato il 1° gennaio dell'anno di assunzione, non potrebbero assumere a termine neppure un lavoratore in base alla regola del 20%. Inoltre, la norma riguarda anche chi non occupa alcun dipendente a tempo indeterminato perché, altrimenti, dato che l'art. 23 regola in generale l'apponibilità del termine al contratto di lavoro, si perverrebbe all'insostenibile conclusione che sarebbe costretto ad assumere a tempo indeterminato il dipendente ad es. anche chi non svolga una attività organizzata e abbia una temporanea esigenza di assistenza alla persona, posto che questa non rientra tra le ipotesi di esenzione dai limiti numerici previste dal comma 2 del detto articolo. Non è invece condivisibile la tesi secondo cui la norma che permette *sempre* al datore di lavoro che occupi fino a 5 dipendenti di stipulare un contratto a tempo determinato dovrebbe essere interpretata nel senso che non si riferirebbe all'unità di personale assumibile, ma al *genus* assunzione a termine, per cui nelle piccole organizzazioni non si applicherebbero i limiti di

---

<sup>22</sup> Conforme sul punto è la circolare del Ministero del lavoro 30 luglio 2014, n. 18 cit.

durata e del contingentamento <sup>(23)</sup> o, almeno, si potrebbero assumere lavoratori a termine senza alcun limite numerico <sup>(24)</sup>.

Circa le conseguenze previste per la violazione del contingentamento, relative quindi ai rapporti a termine eccedenti la percentuale, il comma 4 art. 23 chiarisce un punto che era controverso nel diritto previgente, disponendo che oltre alla sanzione amministrativa pecuniaria ivi contemplata non si ha «la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato». Naturalmente questa regola si applica quando la detta violazione sia l'unica irregolarità dell'assunzione a termine, non potendosi ritenere che il contratto non si trasformi qualora sia stato stipulato senza la forma scritta o in violazione dei divieti o in difetto della causale nei casi già considerati in cui permane la rilevanza di essa. In tutte le dette ipotesi, poiché il contratto si deve considerare a tempo indeterminato, non potrà ovviamente applicarsi anche la sanzione amministrativa, dato che questa presuppone la natura a termine del contratto eccedente la percentuale.

## 7. IL RISARCIMENTO DEL DANNO IN CASO DI TRASFORMAZIONE DEL CONTRATTO A TERMINE

Il comma 2 art. 28 d. lgs. n. 81/2015 prevede per i casi di trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato una forma di risarcimento del lavoratore per il danno subito, nel periodo intercorso tra la scadenza del termine e la pronuncia dell'ordine di ricostituzione del rapporto di lavoro, consistente in un'indennità onnicomprensiva determinata dal giudice in entità compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, a integrale ristoro del pregiudizio patito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive.

La norma riproduce in gran parte il contenuto del comma 5 art. 32 l. n. 183/2010, che viene espressamente abrogato dal comma 1 lett. f dell'art. 55 del citato decreto. Benché il legislatore qualifichi tale indennità come somma dovuta a titolo di risarcimento del danno, si tratta in realtà di una penale, del genere di quelle previste in caso di licenziamento illegittimo estintivo del rapporto di lavoro, poiché spetta al dipendente a prescindere dall'esistenza stessa del danno e dall'entità del medesimo <sup>(25)</sup>. Invece, per quanto riguarda il periodo successivo alla decisione giudiziale, le conseguenze della mancata ripresa della collaborazio-

---

<sup>23</sup> Prospettano tale interpretazione M. TIRABOSCHI - P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine* cit., 11.

<sup>24</sup> V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine* cit., 31, 33, ritiene che in questi casi non operi un limite quantitativo ma solo quello temporale dei 36 mesi.

<sup>25</sup> Cfr. Cass. 2 aprile 2012, n. 5241; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema sanzionatorio del contratto a termine e della somministrazione di lavoro dopo il Jobs Act* cit., 618.

ne, imputabile al datore di lavoro, sono soggette alle regole di diritto comune in tema di risarcimento del danno.

Il rimedio indennitario di cui si parla ha applicazione generale, riguardando tutte le ipotesi di illegittimità del contratto a termine che comportino il mutamento del medesimo in contratto a tempo indeterminato, anche se il legislatore non indichi espressamente che la conseguenza dell'illegittimità sia la «trasformazione» del primo contratto nel secondo.

## 8. LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO: PROFILI GENERALI

Come si è accennato in premessa, il pregio dell'intervento riformatore compiuto dal d. lgs. n. 81/2015 è quello di avere riformulato interamente anche la disciplina del lavoro somministrato che, in precedenza, difettava di organicità a causa dei ripetuti interventi compiuti sulla normativa originaria. Il legislatore ha altresì provveduto a dirimere le principali questioni sollevate da norme preesistenti, di difficile comprensione, relative a profili importanti della disciplina.

L'aspetto più critico era dato dalle difficoltà derivanti da una normativa che prevedeva penetranti interferenze tra l'assetto del lavoro diretto a termine e quello del lavoro somministrato a termine, sotto due profili. Il primo riguardava la non chiara relazione prevista dall'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 tra il regime dell'assunzione diretta a termine e quello della somministrazione a termine dello stesso lavoratore<sup>(26)</sup>. Il secondo profilo concerneva il rapporto di lavoro a termine tra l'agenzia e il lavoratore somministrato, la cui disciplina era fatta dipendere dall'art. 22 d.lgs. n. 276/2003 da una equivoca relazione tra il carattere a termine o a tempo indeterminato, rispettivamente, di tale contratto e del contratto commerciale di somministrazione. Tale situazione non era coerente con il diritto dell'Unione europea, non solo perché in quest'ambito il regime del lavoro a termine è nettamente separato da quello del lavoro interinale<sup>(27)</sup>, ma soprattutto in quanto, a differenza della direttiva sul lavoro a termine – la quale esclude dal suo ambito di applicazione il lavoro interinale – quella avente ad oggetto quest'ultimo esprime un particolare favore per tale tipo di lavoro, considerato una autonoma forma di

---

<sup>26</sup> Cfr. comma 1 art. 1 d.lgs. n. 368/2001, ove si affermava: «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi [...] concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore [...] sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'art. 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

<sup>27</sup> Il lavoro a termine è disciplinato dalla direttiva 1999/70/CE, mentre quello tramite agenzia interinale dalla direttiva 2008/104/CE. La separatezza della regolamentazione delle due forme di lavoro è stata confermata dalla Corte di Giustizia UE, sez. VIII, sentenza 11 aprile 2013 C-290/12, punto 45, ove si dice che «la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro tra un lavoratore interinale e un'agenzia di lavoro interinale né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un'impresa utilizzatrice».

flessibilità di cui promuovere lo sviluppo, come si desume anche dalla previsione di determinate condizioni cui è subordinata la possibilità che gli Stati membri prevedano limiti al ricorso a questa fattispecie di lavoro <sup>(28)</sup>. Ma l'influenza della disciplina del lavoro a termine su quella della somministrazione presentava profili di incoerenza anche sul piano del diritto interno: si pensi al fatto che la somministrazione a tempo determinato era assoggettata al limite della stessa causale stabilita per il contratto di lavoro temporaneo anche nei casi in cui quest'ultimo ne era esente (ad esempio, ai sensi dell'art. 10 d.lgs. n. 368/2001, le assunzioni dei dirigenti, quelle nei settori agricolo o del commercio dei prodotti ortofrutticoli).

Nonostante le dette incongruenze, il legislatore ha sempre mantenuto fermo l'indirizzo originariamente assunto, come dimostra la circostanza che, a fronte dei molteplici interventi con cui nel corso del tempo ha introdotto specifiche eccezioni alla regola della causalità del termine apposto al contratto di lavoro, ha sempre previsto parallelamente eccezioni dello stesso tenore alla regola della causalità della somministrazione a termine. Comunque, il collegamento tra i due istituti risulta ancora confermato dall'assetto del regime della somministrazione risultante dal d. lgs. n. 81/2015, dato che alla sostituzione del requisito qualitativo della causalità del termine apposto al contratto di lavoro con quello di carattere quantitativo corrisponde analoga sostituzione, pur con le differenze che si vedranno, per quanto concerne la somministrazione a tempo determinato. Peraltro tale operazione era già stata realizzata dal d.l. n. 34/2014, convertito con l. n. 78/2014, mentre la novità introdotta dal decreto legislativo n. 81/2015 riguarda la previsione di analogo tipo di sostituzione anche per la somministrazione a tempo indeterminato, essendo state abrogate le norme del d.lgs. n. 276/2003 (art. 20) che prevedevano la possibilità di ricorrervi solo in casi tipizzati.

## 9. LA DEFINIZIONE DELLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

L'art. 30 d. lgs. n. 81/2015 contiene la definizione di somministrazione di lavoro, in cui sono enucleati gli aspetti di carattere strutturale che identificano l'istituto. Ivi si afferma che «Il contratto di somministrazione di lavoro è il contratto, a tempo indeterminato o determinato, con il quale un'agenzia autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003, mette a disposizione di un utilizzatore uno o più lavoratori suoi dipendenti, i quali, per tutta la durata della missione, svolgono la propria attività nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore». Quindi si conferma la tipica struttura della somministrazione, caratterizzata dalla presenza di due contratti e di tre rapporti poiché il contratto di

---

<sup>28</sup> Cfr. art. 4 direttiva 2008/104/CE cit., ove si prevede che «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse nazionale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi».



somministrazione origina il rapporto tra somministratore e utilizzatore, quello di lavoro il rapporto tra il primo e il proprio dipendente, mentre il rapporto tra questi e l'utilizzatore, che si può definire "rapporto di missione", sorge *ex lege* con l'inizio di quest'ultima e permane per la sua effettiva durata. Però si deve notare che la definizione legale di somministrazione non precisa alcuni elementi contenuti nella direttiva 2008/104/CE, relativa al lavoro tramite agenzia interinale. In particolare, dalle definizioni, previste dall'art. 3 della direttiva, di «agenzia interinale», di «lavoratore tramite agenzia interinale», di «impresa utilizzatrice» e di «missione» risulta chiaramente che il contratto di lavoro, o comunque il rapporto di lavoro, è caratterizzato sia dalla *finalità* dell'impiego del dipendente presso imprese utilizzatrici sia dalla *temporaneità* delle missioni con cui tale impiego si realizza.

Quanto alla finalità del contratto di lavoro, la circostanza che essa ne integri la causa appare attestata dalle norme contenute nell'art. 34 del decreto che ricollegano all'«assunzione» le peculiarità della disciplina applicabile al contratto<sup>(29)</sup>, per cui non può accogliersi la tesi che in passato prospettava la possibilità di impiegare in somministrazione anche lavoratori assunti dall'agenzia con un contratto di lavoro ordinario<sup>(30)</sup>. Invece non è stato espressamente recepito nel diritto interno il requisito della necessaria temporaneità della missione, circostanza che potrebbe far pensare che la previsione del contratto commerciale di somministrazione a tempo indeterminato consentirebbe all'agenzia di disporre per la relativa esecuzione missioni non solo temporanee ma anche senza prefissione di termine di durata<sup>(31)</sup>. Tuttavia possono deporre in senso contrario sia il

---

<sup>29</sup> Basti considerare il comma 1 dell'art. 34, ove si stabilisce che, nel caso di lavoratore a tempo indeterminato, deve essere prevista nel contratto di assunzione la misura dell'indennità di disponibilità da corrispondersi per i periodi in cui questi sia in attesa di assegnazione a un utilizzatore. Inoltre, nel d.lgs. n. 81/2015 non si prevede più la possibilità che il dipendente sia assegnato ad attività lavorativa a tempo parziale «anche presso il somministratore», con riduzione proporzionale dell'indennità di disponibilità, come era stabilito nel comma 3 art. 22 d. lgs. n. 276/2003.

<sup>30</sup> Tesi sostenuta da P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. PEDRAZZOLI, Zanichelli, 2004, 292. Ma si veda, in senso contrario, la circolare del Ministero del lavoro 22 febbraio 2005, n. 7, ove si afferma che nel caso in cui il somministratore impieghi per eseguire un contratto di somministrazione lavoratori non appositamente assunti per essere inviati in missione presso un utilizzatore si configura la diversa ipotesi del distacco, che però darebbe luogo a una somministrazione irregolare perché privo dei requisiti di cui all'art. 30 d. lgs. n. 276/2003 in quanto il distacco non è ammesso per soddisfare l'interesse del distaccante a percepire un compenso dal distaccatario per l'impiego del lavoratore distaccato.

<sup>31</sup> Anche V. FILÌ, *Prime note sulla somministrazione di lavoro (artt. 30-40)*, in *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. CARINCI, ADAPT LABOUR STUDIES, e-Book series, n. 48/2015, 202, mette in evidenza il difetto di un riferimento esplicito al requisito della temporaneità della missione nel d. lgs. n. 81/2015, ma per affermare che tale decreto avallerebbe la possibilità di una reiterazione illimitata di missioni dello stesso lavoratore presso il medesimo utilizzatore che rappresenterebbe un abuso secondo la direttiva comunitaria.

comma 3 art. 33 d. lgs. n. 81/2015, ove si stabilisce che il somministratore deve comunicare al momento dell'assunzione del dipendente o all'atto dell'invio presso l'utilizzatore «la durata prevedibile della missione», sia una interpretazione del decreto conforme alla citata direttiva <sup>(32)</sup>.

#### 10. ACAUSALITÀ DELLA SOMMINISTRAZIONE E PERMANENZA DI IPOTESI DI RILIEVO DELLA CAUSALE

Come si è già visto a proposito dell'eliminazione del requisito della causale per l'assunzione diretta a termine, anche a fronte dell'abolizione di tale requisito per il contratto di somministrazione vi sono ipotesi in cui permane il rilievo della causale. Si tratta di casi in parte coincidenti con quelli già considerati a proposito del lavoro a termine, come l'ipotesi del ricorso al lavoro somministrato per sostituire un dipendente che esercita il diritto di sciopero o della somministrazione per sostituire un lavoratore assente, che costituisce eccezione al divieto di stipulare il relativo contratto per adibire il lavoratore alle stesse mansioni di quelli per i quali si è proceduto nell'unità produttiva a licenziamenti collettivi entro i sei mesi antecedenti tale contratto (art. 32 lett. a/b). Mentre nel primo caso si avrà somministrazione irregolare, con le relative sanzioni, nel secondo l'irregolarità, e quindi le sanzioni, dipendono dall'insussistenza dell'esigenza sostitutiva adottata o dall'impiego del sostituto in attività non corrispondenti a tale esigenza.

Quanto poi all'ipotesi di causale della somministrazione eventualmente richiesta dal contratto collettivo applicabile all'utilizzatore o concordata dalle parti del contratto commerciale, non pare che la relativa violazione possa comportare le dette sanzioni per il motivo che le cause di irregolarità della somministrazione che le determinano sono tipizzate dal legislatore nell'art. 38. Pertanto si dovrebbe ritenere che in queste ipotesi le violazioni possano rilevare solo sul piano del rapporto commerciale tra somministratore e utilizzatore ed eventualmente di quello tra quest'ultimo e il lavoratore qualora la causale della somministrazione si rifletta sulle mansioni cui dovranno essere adibiti i lavoratori secondo quanto previsto dal contratto di somministrazione ai sensi della lett. e del comma 1 art. 33.

---

<sup>32</sup> Del resto, deve notarsi che il contratto collettivo nazionale di lavoro 27/2/14 per la categoria delle Agenzie di somministrazione di lavoro, all'art. 24 c. 3 lett. h, prevede per i lavoratori a tempo indeterminato che la lettera di assegnazione, per ogni singola missione, deve contenere la data di inizio e il termine dello svolgimento dell'attività lavorativa presso l'impresa utilizzatrice, ferma restando la possibilità di variare l'assegnazione ad altra missione prima della scadenza del termine. Non pare che la norma debba essere interpretata nel senso che si riferisca solo al caso in cui il lavoratore sia impiegato in missioni inerenti all'esecuzione di un contratto di somministrazione a tempo determinato.

## 11. I LIMITI QUANTITATIVI ALL'IMPIEGO DI LAVORATORI SOMMINISTRATI

Per la somministrazione a tempo indeterminato è stabilito dal comma 1 art. 31 d. lgs. n. 81/2015 un limite numerico di lavoratori di cui l'utilizzatore può disporre, salva diversa previsione dei contratti collettivi dal medesimo applicati. Il limite è fissato nel 20% del numero dei dipendenti a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore il 1° gennaio dell'anno in cui viene stipulato il contratto di somministrazione. Quindi si tratta di un sistema di calcolo dello stesso tipo di quello previsto dall'art. 23 d. lgs. n. 81/2015 ai fini della determinazione del contingente di dipendenti a termine di cui il datore di lavoro può avvalersi nell'anno di riferimento. Non essendovi ragioni per non applicare anche al caso in esame il criterio già visto a proposito del contingentamento dei lavoratori a termine, dovrebbe dirsi che ciò che rileva perché il limite sia rispettato non è il numero dei lavoratori somministrati che complessivamente l'utilizzatore può impiegare nell'anno, bensì il numero di questi lavoratori di cui egli può contemporaneamente disporre in qualsiasi momento di tale anno.

Quanto alla somministrazione a termine, la definizione di limiti quantitativi è rimessa dal comma 2 art. 31 ai contratti collettivi, precisandosi altresì che in ogni caso è esente da tali limiti la somministrazione di taluni lavoratori in questo comma specificati<sup>33</sup>). Si può quindi ritenere che, per un verso, non operino limiti quantitativi in assenza di previsione del contratto collettivo o qualora quello che li disponga non sia applicato dall'utilizzatore e, per altro verso, non sussistano vincoli per tale contratto in ordine all'entità e alle modalità di calcolo dei limiti da esso stabiliti.

Per quanto riguarda la sanzione per la violazione dei suddetti limiti, a differenza di quella prevista per la violazione di quelli stabiliti per l'assunzione diretta a termine – che non incide sulla posizione del lavoratore assunto in eccedenza poiché il suo contratto non si trasforma in uno a tempo indeterminato –, la somministrazione deve considerarsi irregolare con applicazione delle conseguenze sul rapporto di lavoro previste dall'art. 38 d. lgs. n. 81/2015, del quale si dirà.

## 12. LA DISCIPLINA DEI RAPPORTI DI LAVORO DEI DIPENDENTI ASSUNTI PER ESSERE SOMMINISTRATI

Come già anticipato, l'art. 34 d. lgs. n. 81/2015 ha introdotto norme chiare in tema di regime del rapporto di lavoro del dipendente del somministratore, sostituendo quelle dell'art. 22 d. lgs. n. 276/2003 che tanto avevano affaticato gli interpreti

---

<sup>33</sup> Si tratta dei lavoratori assunti a termine dall'agenzia ai sensi del comma 2 art. 8 l. n. 223/1990, di quelli disoccupati con determinati requisiti, dei lavoratori «svantaggiati» o «molto svantaggiati». Deve notarsi che non sono citati i lavoratori somministrati stagionali e quelli che sostituiscono lavoratori assenti, mentre questi sarebbero esclusi dai limiti numerici ove fossero assunti direttamente dall'utilizzatore.

a causa di una formulazione per cui l'individuazione della disciplina applicabile a tale rapporto era fatta dipendere dal carattere a tempo indeterminato o determinato del contratto di somministrazione, in esecuzione del quale il lavoratore fosse impiegato presso l'utilizzatore, anziché direttamente da quel carattere riferito al contratto di lavoro. La configurazione da parte della legge di una equivoca relazione tra i contratti commerciale e di lavoro, in ordine alla rispettiva durata, non solo aveva reso problematica la ricostruzione della detta disciplina ma aveva altresì indotto a sollevare la diversa questione relativa alla possibilità di desumere dalle norme in esame anche l'esistenza di un vincolo legale a impiegare nella somministrazione, rispettivamente a tempo indeterminato o a termine, solo lavoratori assunti con contratto di corrispondente natura quanto alla durata.

Ora il citato art. 34 elimina il riferimento al contratto di somministrazione, riconducendo la disciplina applicabile al rapporto di lavoro esclusivamente al carattere a tempo indeterminato o determinato del relativo contratto. Tuttavia l'articolo introduce un nuovo limite all'impiego dei lavoratori, disponendo che possono essere utilizzati in esecuzione di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato solo lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato, precludendo quindi la possibilità di impiegarvi lavoratori a termine, mentre i dipendenti a tempo indeterminato, eccettuati gli apprendisti <sup>(34)</sup>, possono essere utilizzati anche nell'ambito di somministrazioni a termine <sup>(35)</sup>. Invero questo limite è difficilmente giustificabile altrimenti che con la finalità di favorire l'assunzione a tempo indeterminato dei dipendenti del somministratore; infatti escludere l'impiego di lavoratori a termine sarebbe stata una soluzione necessitata solo sulla base dell'erroneo presupposto che la somministrazione a tempo indeterminato implichi che le missioni dei dipendenti utilizzati per la relativa esecuzione debbano essere anch'esse a tempo indeterminato <sup>(36)</sup>.

Tornando a considerare la disciplina del rapporto di lavoro, l'art. 34 stabilisce che al dipendente assunto con contratto a tempo indeterminato si applica la disciplina prevista per il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, mentre a

---

<sup>34</sup> Cfr. comma 7 art. 42 d. lgs. n. 81/2015.

<sup>35</sup> Costituisce un precedente l'art. 48 c. 4 del CCNL per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro 27 febbraio 2014 ove si prevede che «nelle ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato (staff leasing) è fatto obbligo di stipula del solo contratto di lavoro a tempo indeterminato, con esclusione delle ipotesi di sostituzione». Prima della riforma una parte degli interpreti riteneva che il limite di cui si parla non potesse ricavarsi dall'art. 22 d. lgs. n. 276/2003: cfr. S. CRUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, 2008, 137; circolare del Ministero del lavoro 22 febbraio 2005, n. 7, ove si afferma che, in caso di somministrazione a tempo indeterminato, il comma 1 art. 22 lascia alle parti la possibilità di stipulare contratti di lavoro a tempo indeterminato o a termine. Per l'opposta tesi cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Cedam, 2012, 786.

<sup>36</sup> Secondo V. FILÌ, *Prime note sulla somministrazione di lavoro (artt. 30-40) cit.*, p. 212, il limite di cui si parla sarebbe ragionevole in quanto l'assenza di limiti alla reiterazione delle assunzioni temporanee dello stesso lavoratore (ai sensi del comma 2 art. 34) consentirebbe un «uso sfrenato dei contratti a termine da parte dell'agenzia».

quello assunto a termine la disciplina stabilita al capo III del decreto però «per quanto compatibile» – si intende con la specialità del rapporto<sup>37)</sup> – e con l'espressa esclusione delle norme in tema di durata massima di 36 mesi del singolo contratto e dei contratti in successione stipulati per mansioni di pari livello o categoria legale, di intervallo temporale tra i contratti, di numero complessivo di lavoratori assumibili, di diritti di precedenza. Quanto al regime delle proroghe, si stabilisce che «il termine apposto al contratto può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore». Va detto che, naturalmente, al rapporto di lavoro a termine si applicano anche le disposizioni non contenute nel capo III d. lgs. n. 81/2015), come ad es. l'art. 2119 c.c. in tema di recesso, e che il rinvio a quel capo comprende anche le norme di esso che ne prevedono l'inapplicabilità a taluni rapporti o stabiliscono discipline specifiche (cfr. art. 29).

### 13. LA SOMMINISTRAZIONE IRREGOLARE E LE RELATIVE SANZIONI CIVILI

L'art. 38 d.lgs. n. 81/2015 prevede due distinti tipi di somministrazione irregolare, con diverse conseguenze sanzionatorie<sup>38)</sup>.

Il primo tipo riguarda il difetto di forma scritta del contratto commerciale di somministrazione, che ne comporta la nullità e la conseguenza che «i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore»<sup>39)</sup>. Si deve rilevare che ai fini dell'operatività della norma non è sufficiente la stipulazione del contratto di somministrazione e di quello di lavoro ma è altresì necessario che si sia verificato l'impiego del lavoratore presso l'utilizzatore che, appunto, può dirsi tale in quanto vi sia stato almeno l'inizio di quell'impiego. In tal caso il lavoratore diventa automaticamente dipendente di chi lo ha utilizzato, per cui l'eventuale relativa decisione giudiziale ha natura dichiarativa.

Il secondo tipo di somministrazione irregolare riguarda quella avvenuta in violazione dei limiti e delle condizioni previste dalle norme cui fa rinvio il comma 2 art. 38. In tal caso, ai sensi di questo comma, «il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione». Dal tenore letterale della norma pare doversi desumere che essa configuri la decisione giudiziale di accoglimento della domanda del lavoratore come

---

<sup>37)</sup> Sulla specialità di tale rapporto di lavoro si veda P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. CURZIO, Cacucci, 2004, 118, 119.

<sup>38)</sup> Oltre alle sanzioni civili, il d. lgs. n. 81/2015 prevede, all'art. 40, quelle amministrative pecuniarie, mentre operano anche quelle penali stabilite dall'art. 18 d. lgs. n. 276/2003, eccetto quelle di cui ai commi 3 e 3 bis, abrogati dall'art. 55 del primo decreto.

<sup>39)</sup> L'art. 54 d. lgs. n. 81/2015 ha abrogato l'art. 28 d.lgs. n. 276 che prevedeva l'ipotesi di somministrazione fraudolenta.

costitutiva del rapporto di lavoro con l'utilizzatore. Ma un dubbio potrebbe sorgere in proposito a causa di quanto previsto dall'ultimo periodo del comma 1 art. 39, ove si parla di «pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la costituzione del rapporto di lavoro», posto che tale espressione dovrebbe essere riferita a una sentenza di condanna dell'utilizzatore a stipulare con il lavoratore un contratto di lavoro in adempimento dell'obbligo derivante da tale provvedimento. La conseguenza sarebbe che, in caso di inadempimento, il rapporto di lavoro non potrebbe sorgere. Tuttavia il lavoratore non sarebbe costretto ad accontentarsi di un risarcimento per equivalente poiché potrebbe attivare il rimedio dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo dell'utilizzatore di concludere il contratto di lavoro, ai sensi dell'art. 2932 c.c., con la conseguenza di ottenere in questo modo una sentenza che tiene luogo del contratto. Ma pare che l'equivoca espressione contenuta nell'art. 39 sia frutto di una svista in cui è incorso il legislatore nella formulazione della norma, non già dell'intenzione di escludere l'efficacia costitutiva del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore della decisione giudiziale che accerta l'irregolarità della somministrazione ai sensi dell'art. 38.

Con riguardo ad entrambi i tipi di somministrazione irregolare previsti da quest'ultimo articolo si pone il problema di dovere stabilire se il rapporto di lavoro imputato all'utilizzatore debba essere in ogni caso a tempo indeterminato o invece sia a tempo determinato qualora al contratto tra somministratore e dipendente fosse stato validamente apposto il termine <sup>(40)</sup>. Pare che a tal fine sia rilevante la circostanza che si configura non già una mera sostituzione del datore di lavoro nel rapporto originario bensì la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro con l'utilizzatore, come attesta anche il fatto che si tratta di un rapporto ordinario, a differenza dell'altro che è speciale in quanto funzionale alla somministrazione del lavoratore. Nel momento dell'inizio della somministrazione irregolare il rapporto sorge in capo all'utilizzatore – direttamente in caso di contratto di somministrazione privo di forma scritta o a causa dell'efficacia retroattiva della sentenza negli altri casi – in virtù del primo episodio di impiego irregolare del lavoratore, non già del contratto stipulato tra quest'ultimo e il somministratore, per cui il termine previsto in tale atto non può avere rilievo e quindi valere a favore dell'utilizzatore. Conseguenza a ciò che, coerentemente con il principio espresso nell'art. 1 d. lgs. n. 81/2015, deve trovare applicazione la forma comune di rapporto di lavoro cioè quella a tempo indeterminato.

#### 14. IL RISARCIMENTO DEL DANNO IN CASO DI SOMMINISTRAZIONE IRREGOLARE

La distinzione tra l'irregolarità della somministrazione dovuta a difetto di forma scritta del relativo contratto e quella dovuta alle cause previste dal comma 2

---

<sup>40</sup> Per la prima soluzione cfr. Cass. 8 maggio 2012, n. 6933; per la seconda cfr. A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, 2015 cit., 792, nt. 31.

art. 38 si riflette sul regime del risarcimento del danno. Infatti l'art. 39 riferisce solo a questa seconda ipotesi di irregolarità il regime speciale – dello stesso tipo di quello già visto a proposito della trasformazione del contratto di lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato – per cui è dovuta al lavoratore un'indennità onnicomprensiva, che ha natura di penale, a ristoro del danno subito nel periodo tra il momento in cui questi ha cessato l'attività presso l'utilizzatore e la decisione giudiziale costitutiva del rapporto di lavoro con quest'ultimo.

Nell'altra ipotesi di irregolarità della somministrazione per la quale il comma 1 art. 38 prevede che il lavoratore somministrato è considerato a tutti gli effetti dipendente dell'utilizzatore, si dovranno applicare le regole ordinarie in tema di risarcimento del danno, per cui il lavoratore alla fine della somministrazione dovrà continuare ad offrire la prestazione all'utilizzatore, suo datore di lavoro, con conseguente applicazione, in caso di rifiuto della stessa da parte di quest'ultimo, del regime di diritto comune della mora del creditore.

## 15. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Il nuovo assetto del regime del lavoro a termine e di quello somministrato appare nel complesso strutturato in modo coerente. Rimangono tuttavia alcuni punti della disciplina che meriterebbero un intervento chiarificatore o correttivo.

In primo luogo sarebbe necessario far venir meno i residui aspetti di interferenza della somministrazione con la disciplina del lavoro a termine, cioè quelli riguardanti il computo dei periodi in cui il lavoratore è stato somministrato ai fini del periodo massimo di 36 mesi in caso di successione di contratti a termine, coerentemente con l'indirizzo comunitario di separazione tra i due istituti.

Per quanto concerne la somministrazione, occorrerebbe, da un lato, precisare il carattere necessariamente a termine delle missioni e, d'altro lato, eliminare il divieto di impiegare nelle somministrazioni a tempo indeterminato lavoratori assunti a tempo determinato. Ciò comporta che si chiarisca in modo appropriato la distinzione tra l'obbligo a termine o a tempo indeterminato di fornire lavoratori all'utilizzatore, che il somministratore assume nei confronti di quest'ultimo, e le modalità di adempimento di tale obbligo che non si vede perché non possano realizzarsi con l'impiego indifferenziato di lavoratori con rapporto a termine o a tempo indeterminato, anche tenendo conto dei limiti posti dal diritto dell'UE alla possibilità che gli stati membri limitino il ricorso al lavoro tramite agenzia interinale.

Anche le modalità di calcolo dei limiti di contingentamento esigerebbero una precisazione normativa, nel senso di specificare che essi riguardano una percentuale massima di lavoratori a termine o somministrati che non può essere superata in ciascun momento dell'anno di riferimento.

Un ulteriore punto critico su cui intervenire è quello della mancata precisazione dei periodi di interruzione tra i contratti a termine in successione, *ex* comma 2 art. 19, di cui si deve tener conto ai fini del computo del periodo massimo

di 36 mesi di impiego del lavoratore a termine, dato che attualmente la norma si presta ad essere interpretata nel senso che anche interruzioni di vari anni tra un contratto e l'altro siano irrilevanti ai detti fini. Sotto diverso profilo, un intervento correttivo sarebbe necessario per adeguare al diritto UE il detto comma 2 poiché è in contrasto con la lett. b della clausola n. 5 della direttiva 1999/70/CE – che prevede quale misura di prevenzione degli abusi la fissazione della «durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi» – la possibilità che questa misura sia esclusa dalla contrattazione collettiva.

Per quanto attiene specificamente al regime sanzionatorio, appare condivisibile la scelta del legislatore di riconnettere solo una sanzione amministrativa pecuniaria alla violazione del limite del contingentamento dei contratti a termine poiché tale limite corrisponde a un'esigenza di rilievo pubblicistico di gestione del mercato del lavoro, a fronte della quale sembra ultronea una tutela anche dell'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione che appare congruo sia riservata ai casi di mancato rispetto dei limiti di durata dell'impiego a termine del dipendente. Né si può prospettare un'ingiustificata disparità di trattamento con l'ipotesi di ricorso al lavoro somministrato eccedendo il relativo limite del contingentamento poiché in quest'ultimo caso la possibilità per il lavoratore di ottenere dal giudice la costituzione di un rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore si spiega nell'ottica dell'interposizione in quanto attiene al profilo dell'imputazione soggettiva del rapporto di lavoro.

Sarebbe auspicabile anche l'introduzione di norme dirette a eliminare le incertezze che tuttora sussistono in ordine al fatto se la trasformazione del contratto a termine si possa realizzare esclusivamente nei casi in cui la legge prevede espressamente tale sanzione e quindi anche se solo in tali casi sia applicabile la speciale conseguente indennità relativa «al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro». Per quanto riguarda poi la somministrazione irregolare per la quale, come si è visto, i relativi casi sono tipizzati, si deve constatare che occorrerebbe ampliarne il catalogo al fine di ricomprendervi anche ipotesi circa le quali la legge tace, come ad esempio quella della somministrazione attuata da impresa priva di autorizzazione <sup>(41)</sup>.

---

<sup>41</sup> Si tratta di ipotesi che nel vigore dell' art. 27 d. lgs. n. 276/2003 dava luogo a somministrazione irregolare in virtù del rinvio all'art. 20, ove nel comma 1 si prevedeva l'autorizzazione come condizione di liceità della somministrazione, la cui mancanza comportava la possibilità del lavoratore di chiedere al giudice la costituzione del rapporto con l'utilizzatore. Secondo O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 2015, 295, il contratto di somministrazione sarebbe nullo per violazione della norma imperativa (art. 20 d. lgs. n. 81/2015) che definisce tale contratto prevedendo che ne sia parte «un'agenzia di somministrazione autorizzata, ai sensi del decreto legislativo n. 276 del 2003», per cui dovrebbe applicarsi la stessa conseguenza espressamente prevista per l'ipotesi in cui il detto contratto difetta di forma scritta, cioè la costituzione *ex lege* del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore.