DIGNITÀ E LAVORO DOPO IL C.D. DECRETO DIGNITÀ: IL CASO DELLA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

MARIA DOLORES FERRARA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE

SOMMARIO: 1. La tutela della dignità nella relazione lavorativa e nel mercato del lavoro: premessa. – 2. La somministrazione di lavoro e la causalità del contratto di lavoro a tempo determinato: il controllo sulla razionalità dell'agire imprenditoriale. – 3. Tendenze contrapposte e considerazioni di sistema: conclusioni.

1. *La tutela della dignità nella relazione lavorativa e nel mercato del lavoro: premessa*

Nelle pagine che seguono si intende svolgere una riflessione sui confini attuali della nozione di dignità sociale nell'ambito del rapporto di lavoro dopo le recenti riforme del diritto del lavoro, ossia alla luce del c.d. decreto dignità, d.l. n. 87 del 12 luglio 2018, convertito in legge n. 96 del 9 agosto 2018, che ha riscritto, tra l'altro, la disciplina in tema di contratti a termine e lavoro somministrato di cui al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Volendo anticipare gli esiti di queste riflessioni, si può, in premessa, dire che nell'attuale quadro regolativo, con particolare riferimento al sistema protettivo contro la precarizzazione del lavoro, esiste una possibile contraddizione tra principi e, in particolare, tra la tutela della dignità sociale nel contratto di lavoro e l'eguaglianza nel mercato del lavoro intesa, questa ultima, come garanzia di opportunità occupazionali stabili attraverso il contrasto di fenomeni elusivi.

Dalla lettura combinata della Carta costituzionale italiana e, in particolare, degli articoli 3 («pari dignità sociale»), 36 («esistenza

libera e dignitosa») e 41 («dignità umana») si desume che la dignità sociale viene riferita all'uomo/lavoratore *in societate* e non rapportata all'uomo nella sua dimensione individuale[1]. Il riconoscimento della dignità è collegato alla condizione del soggetto come termine di relazione con le forme e i modi in cui si organizza la società. Se questa è una possibile declinazione del principio, occorre a maggior ragione prediligere una tecnica regolativa che nel passare dal principio alla regola giuridica tenga conto anche degli effetti e delle ricadute sulla *dimensione in societate* della protezione del lavoratore. Dimensione, questa ultima, che appare in crisi in relazione ad alcune tipologie contrattuali flessibili dopo le recenti riforme. Il contrasto alla precarietà del lavoro come strumento di tutela e valorizzazione della dignità nei rapporti di lavoro potrebbe essere nuovamente frustrato a causa del possibile antagonismo con altri obiettivi tra cui l'eguaglianza nel mercato del lavoro intesa come garanzia di opportunità occupazionali stabili attraverso la prevenzione dei fenomeni elusivi.

Il ricorso alla somministrazione di lavoratori tramite le agenzie di lavoro aveva acquisito, dopo il *Jobs Act*, un'evidente centralità. Non si è trattato solo di un singolo caso eclatante di cronaca, come il caso Amazon che nel periodo da luglio a dicembre 2017 ha impiegato i lavoratori somministrati oltre i limiti quantitativi individuati dal contratto collettivo applicato (1308 lavoratori su 444 contratti

[1] Cfr., particolarmente, S. Laforgia, *Diritti fondamentali dei lavoratori e tecniche di tutela. Discorso sulla dignità sociale*, Napoli, 2018, 75 ss. Sulla declinazione della dignità umana, tra gli altri, cfr. A. Barbera, *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, in *Iustitia*, 1962, 34 ss.; C. Rossano, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; G. Ferrara, *La pari dignità sociale. Appunti per una ricostruzione*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1974, II, 089 ss.; B. Caravita di Toritto, *Art. 3*, in V. Crisafulli, L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 16 ss.; G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 2011, 45 ss.; S. Niccolai, *Principio di pari dignità sociale e giudizio di costituzionalità*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Napoli, 2012, III, 2213 ss. ed ivi anche P.F. Grossi, *Ancora in tema di eguaglianza giuridica e di parità sociale*, 207 ss.

consentiti). Ma vi è di più. L'Osservatorio sul precariato dell'INPS aveva certificato un aumento, nel periodo gennaio-giugno 2018, dei contratti in somministrazione pari al 16,3% rispetto allo stesso periodo del 2017[2].

L'ottima *performance* della somministrazione di lavoro rispetto alle altre tipologie contrattuali era evidente, dovuta essenzialmente alla liberalizzazione introdotta dal d.lgs. n. 81/2015 per effetto dell'eliminazione dell'obbligo di giustificare il ricorso all'uso di questa tipologia contrattuale e all'assenza di norme che estendessero le tutele previste per il contratto a termine *tout court* (tra queste, la durata massima di trentasei mesi per un unico contratto[3] e la durata complessiva di tre anni nell'ipotesi di successione di diversi contratti per lo svolgimento di mansioni di pari livello tra lo stesso lavoratore e il medesimo datore). Il quadro appena tracciato confermava l'esistenza di una dimensione regolativa in cui era possibile reiteratamente stipulare contratti di lavoro a termine in somministrazione e abusivamente mandare i lavoratori anche per lunghi periodi in missione presso lo stesso utilizzatore a svolgere le medesime mansioni nell'impunità generale e nella sostanziale convenienza di questa operazione da parte dei soggetti datoriali, posto che l'unico deterrente era dato, di fatto, dall'eventuale diffusione di diverse e migliori pratiche da parte delle agenzie di lavoro.

Siffatta situazione ordinamentale pareva, infatti, ignorare l'abuso determinato da un sostanziale sfruttamento dei lavoratori somministrati; situazione foriera, tra l'altro, anche di una probabile incompatibilità con la direttiva europea 104/2008/Ce in materia di lavoro interinale, dove espressamente si obbligano gli Stati ad

[2] Si vedano anche le note per la stampa di Assolavoro del 30 maggio 2017 e del 5 ottobre 2017, in www.assolavoro.eu. Sulla buona *perfomance* della somministrazione di lavoro dopo il *Jobs Act* si veda M.D. Ferrara, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Milano, 2018, 165.

[3] Un limite di durata massima di trentasei mesi era fissato dall'art. 47, CCNL Agenzie di somministrazione di lavoro del 27 febbraio 2014.

adottare misure per prevenire l'abuso di missioni successive (art. 5, par. 5, direttiva 104/2008/Ce)[4].

Queste conclusioni sono ancora valide alla luce delle nuove regole del decreto dignità che, come è noto, ha inciso profondamente sulla disciplina del contratto di lavoro a termine e della somministrazione di lavoro? Oppure il recente intervento regolativo, pur ponendosi la finalità di proteggere i lavoratori coinvolti, ha generato nuove crepe di tutela?

Il c.d. decreto dignità ha reintrodotto la tecnica della giustificazione a fondamento del contratto di lavoro a termine, restituendo all'ordinamento la sua funzione di sorveglianza sulla razionalità dell'agire imprenditoriale; allo stesso tempo, è stata colmata una lacuna, estendendo ai contratti di lavoro a termine in somministrazione la disciplina limitativa in materia di durata massima e di successione di diversi contratti sancita per i contratti a termine diretti.

Di seguito si esaminerà l'impatto delle nuove regole in tema di causali.

Sin dai primi commenti[5] è stata rilevata la possibilità che dalle norme vigenti possa scaturire un *turn-over* di lavoratori assunti con contratti di lavoro a termine di breve durata, a fronte dell'obbligo di verificare la sussistenza delle causali da parte delle agenzie di somministrazione o della possibilità di assumere tutti a tempo indeterminato. La recente riforma, che fin dal titolo *Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese* aspira ad un'attuazione del principio del lavoro dignitoso, sembra ignorare l'impatto delle nuove regole sulla dimensione protettiva del lavoratore anche nel mercato del lavoro, compiendosi, probabilmente, il paradosso perfetto per effetto del quale la rivendicazione della dignità nel contratto di lavoro diventa fonte di diseguaglianze nel mercato del

[4] Cfr. M.D. Ferrara, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, cit., 175; M.D. Ferrara, *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 111.

[5] Cfr. F. Scarpelli, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *giustiziacivile.com*, settembre 2018, 7 ss.

lavoro[6]. Tuttavia, non può tacersi che, sul piano dei dati, le ultime stime mostrano una crescita dei contratti a tempo indeterminato, crescita che la cronaca e la politica hanno già interpretato come positivo effetto del decreto dignità[7].

2. *La somministrazione di lavoro e la causalità del contratto di lavoro a tempo determinato: il controllo sulla razionalità dell'agire imprenditoriale*

Tralasciando l'analisi dell'assetto complessivo delle nuove regole in tema di contratti a termine e somministrazione di lavoro dopo il decreto n. 87/2018, di seguito si proverà a dare una prima risposta ai quesiti sopra posti in relazione al ritorno dell'obbligo di giustificare il ricorso alla stipula di contratti di lavoro a tempo determinato in somministrazione.

In primo luogo, va detto che l'art. 34, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, così come novellato dal decreto dignità, ha esteso al contratto di lavoro a termine tra l'agenzia di somministrazione e il lavoratore la disciplina del contratto a tempo determinato, con la sola eccezione delle previsioni contenute agli articoli 21, co. 2 (il c.d *stop and go*, ovvero le pause tra un contratto di lavoro e il successivo), 23 (i limiti quantitativi al numero di contratti a termine che possono essere stipulati dai datori di lavoro) e 24 (il diritto di precedenza

[6] Questo non è l'unico profilo critico del decreto dignità e delle politiche del lavoro gialloverde. Per una visione generale si veda più ampiamente L. Zoppoli, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.it*, 377/2018.

[7] Secondo i dati Istat riferiti a gennaio 2019 (in www.istat.it), nel primo mese dell'anno, si registrano 56mila contratti a tempo indeterminato in più, a fronte di 16mila contratti a termine in meno e di 19mila lavoratori autonomi in meno; tuttavia, la stima degli occupati è cresciuta solo dello 0,1% (+21mila), essendo il tasso di occupazione stabile al 58,7%. Parrebbero, quindi, in crescita le trasformazioni dai contratti a termine a contratti a tempo indeterminato, ma contemporaneamente in calo le nuove assunzioni a termine. La scarsa crescita degli occupati, tuttavia, induce a pensare che con il decreto dignità non si sono creati nuovi posti di lavoro, ma sono state favorite le trasformazion dei rapporti a termine in contratti stabili, posto che si contano anche 15mila disoccupati in più, con un aumento del tasso di disoccupazione, anche tra i più giovani.

nelle assunzioni a tempo indeterminato)[8]. Come anche chiarito da una successiva circolare ministeriale[9], nessuna limitazione è stata introdotta per l'invio in missione di lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia di somministrazione. In questo caso, tali lavoratori possono essere inviati in missione senza obbligo di causale o vincoli di durata nel rispetto dei limiti quantitativi di utilizzo di cui all'art. 31, commi 1 e 2, d.lgs. n. 81/2015. Parimenti, non sussiste l'obbligo di giustificare nel caso di contratti lavoro a tempo determinato di durata inferiore a dodici mesi, salvo il caso di rinnovo, e in relazione ad attività stagionali individuate dal d.p.r. n. 1525 del 1965 e dai contratti collettivi, così come imposto per i contratti a termine in generale (art. 21, co. 01, d.lgs. n. 81/2015 che rinvia al co. 2 dell'art. 21, d.lgs. n. 81/2015), a prescindere dalla durata del contratto medesimo e posto che la stagionalità viene riferita all'attività dell'utilizzatore.

Per effetto dell'estensione delle regole sul lavoro a termine, spicca l'introduzione di causali tassative a fondamento della possibilità di sottoscrivere contratti di lavoro a termine in somministrazione nel tentativo di applicare alla somministrazione le nuove regole sancite per il contratto a tempo determinato e, tra queste, la regola della giustificazione; ma, come meglio si dirà, si è probabilmente creato un nuovo equivoco nella complessa relazione tra il contratto di lavoro in somministrazione e il contratto commerciale di somministrazione.

Il rinvio all'applicazione delle regole sul contratto a termine in caso di assunzione a tempo determinato tra l'agenzia e il lavoratore (art. 34, co. 2, d.lgs. n. 81/2015) ha imposto una necessaria precisazione in sede di conversione del decreto, ovvero si è dovuto specificare che le condizioni di cui all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 (causalità e durata), si applicano esclusivamente all'utilizzatore (art. 2, co. 1*ter*, d.l. n. 87/2018, aggiunto dalla legge di

[8] Cfr., in generale, M. Miscione, *Il lavoro somministrato dopo il "decreto dignità" e momenti di storia del diritto*, in *Lav. giur.*, 2/2019, 123 ss.

[9] Cfr. circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 17del 31 ottobre 2018, 3.

conversione n. 96 del 2018). Il novellato articolo 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, impone l'esistenza di una rigida causale tra quelle indicate, ossia esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori, oppure esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria, in caso di contratto stipulato o prorogato con durata superiore a dodici mesi entro la durata massima di ventiquattro mesi e in ogni caso di rinnovo anche se intervenuto entro dodici mesi e sempre nei limiti della durata massima di ventiquattro mesi (art. 19, co. 1, e art. 21, co. 01, d.lgs. n. 81/2015 che rinvia all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015).

Prima di entrare nel vivo delle questioni relative alla somministrazione di lavoro, va detto che il ritorno alla causalità del contratto di lavoro a tempo determinato, già definita una condizione impossibile[10] o difficilmente utilizzabile[11], è ispirato a logiche più restrittive rispetto alle regole del passato che fissavano l'obbligo di indicazione delle causali[12]. In particolare, con riferimento alla prima tipologia di causali «esigenze temporanee ed oggettive, estranee all'ordinaria attività», la formulazione letterale parrebbe imporre l'esistenza simultanea di tutte le caratteristiche indicate, ossia temporaneità, oggettività e straordinarietà dei motivi di ricorso al lavoro a termine[13]. Senonché proprio questa lettura unificante con-

[10] Cfr. V. Speziale, *La riforma dei contratti a termine*, Intervento al Seminario di Bertinoro "Dal contratto di Governo agli interventi legislativi", Bologna, 28-29 novembre 2018.

[11] Cfr. A. Maresca, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto dignità*, in *Lav. dir. eur.*, 2018, 3.

[12] In relazione sia alla legge n. 230 del 18 aprile 1962 (che stabiliva un maggiore numero di causali e non fissava una durata predeterminata del contratto) sia al decreto n. 368/2001 (che sanciva le generiche ragioni tecniche, produttive, organizzative, sostitutive). In tal senso cfr. P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.it*, 380/2018, 9.

[13] Si potrebbe verificare ciò, ad esempio, nel caso di lancio di un nuovo prodotto (così P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 10) oppure in relazione soltanto

tribuisce a rendere, in pratica, l'interpretazione oscura, poiché un'esigenza estranea all'ordinaria attività difficilmente potrebbe essere non temporanea, poiché se fosse duratura sarebbe con ogni probabilità collegata all'attività ordinaria del datore di lavoro. La seconda ipotesi di legittima stipulazione di un contratto a termine, ossia le esigenze di sostituzione di altri lavoratori, è una causale distinta, pur se contenuta nella medesima lettera a) dell'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015; il riferimento è all'indicazione della sola ragione sostitutiva e non anche del nome del lavoratore sostituito, con l'effetto di legittimare le c.d. "sostituzioni per scorrimento" già oggetto di precedenti favorevoli da parte della giurisprudenza in relazione alla previgente disciplina del d.lgs. n. 368 del 6 settembre 2001[14].

La seconda condizione di cui alla lettera b) dell'art. 19, co. 1, ossia l'esistenza di «esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria» sembra riferirsi all'attività ordinaria e pertanto consente un più ampio margine di utilizzabilità. Sul punto è stato detto che queste esigenze non si riferiscono agli eventi ciclici e alle punte stagionali[15], poiché in questi casi mancherebbe la non programmabilità delle esigenze. Ad avviso di chi scrive, la non programmabilità può anche essere riferita all'aspetto quantitativo delle esigenze e non solo a quello qualitativo. In questa prospettiva potrebbe sostenersi la legittimità dell'uso di contratti a tempo determinato tutte le volte in cui le esigenze, temporanee e significative, non siano programmabili sul piano della quantità della forza lavoro occorrente così da consentire l'uso di questa tipologia contrattuale almeno per quanto concerne le punte stagionali.

Venendo all'adattamento della causalità alla somministrazione di lavoro, è da escludersi che l'obbligo di giustificare trasla dal con-

---

ad eventi strumentali all'attività di impresa (così S. Bollani, *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, in *Dir. prat. lav.*, 40/2018, 2368 ss.).

[14] Da ultimo, Cass. 31 agosto 2017, n. 2064.

[15] In tal senso, S. Bollani, *Contratto a termine e somministrazione nelle scelte del legislatore del 2018*, cit., 2370, e P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 11.

tratto di lavoro in somministrazione al contratto commerciale[16], poiché anche dopo il decreto dignità la disciplina del contratto commerciale di somministrazione di cui al decreto legislativo n. 81/2015 resta immutata, non prevedendosi alcuna condizione per la stipula se non l'esistenza di un'agenzia autorizzata (art. 30), la durata (a termine o a tempo indeterminato, art. 31, co. 1 e co. 2, d.lgs. n. 81/2015), le clausole di contingentamento (art. 31, co. 1 e co. 2, d.lgs. n. 81/2015), i divieti (art. 32, d.lgs. n. 81/2015), i requisiti di forma e contenuto del contratto (art. 33, d.lgs. n. 81/2015). Del resto, il rinvio alla disciplina di cui al capo III del decreto n. 81/2015, ossia alle regole del contratto di lavoro a termine, è contenuto nell'art. 34, co. 2, d.lgs. n. 81/2015 che riguarda appunto la disciplina dei rapporti di lavoro e non la relazione commerciale. Ma vi è di più. Un contratto di somministrazione a termine può essere adempiuto anche inviando in missione lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato, per cui non sarebbe logico ipotizzare l'obbligo di giustificare in presenza di lavoratori a tempo indeterminato.

La precisazione contenuta nella legge di conversione in merito all'applicazione delle condizioni di cui all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, affinché abbia una ragione nel contesto del decreto, non va intesa nel senso che essa ha imposto l'onere di giustificare il contratto commerciale, ma ha l'obiettivo di chiarire che la giustificazione va riferita alle esigenze dell'utilizzatore. Sul piano pratico tale indicazione può essere oggetto di un atto separato oppure incorporata nel contenuto del contratto commerciale, pur se rispetto a questa ipotesi non va trascurato il fatto che nel contratto commerciale si può pattuire anche la somministrazione di lavoratori per diverse finalità, per cui ciò potrebbe complicare il collegamento con la specifica causale che legittima il singolo contratto di lavoro. Ad avviso di scrive, pare preferibile una dichiarazione unilaterale dell'utilizzatore allegata al contratto di lavoro tra agenzia

[16] Cfr. anche circolare Assolavoro n. 9/2018, 5 (in www.assolavoro.it) e, seppure meno esplicitamente, circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 17 del 31 ottobre 2018, 3.

e lavoratore, piuttosto che "appesantire" la relazione commerciale tra agenzia e utilizzatore.

A ben vedere, l'obbligo di giustificare si biforca in due doveri: l'onere di indicazione formale che resta in capo all'agenzia in quanto titolare del rapporto di lavoro e l'onere di indicare il contenuto della giustificazione che spetta all'utilizzatore.

Questa nuova configurazione pone il principale problema di stabilire le conseguenze dell'illegittimità della causale specificata. È stato detto[17] che questo onere di giustificazione è condizione di legittimità solo del contratto di lavoro la cui sorte rimane affidata al rapporto tra agenzia e utilizzatore sul piano delle informazioni e delle relative responsabilità.

L'eventuale illegittimità del contratto di lavoro a termine in somministrazione motivata dal vizio della causale non si configura come una somministrazione irregolare (art. 38, d.lgs. n. 81/2015), con conversione del contratto di lavoro a carico dell'utilizzatore; la sanzione della conversione in contratto a tempo indeterminato è ai danni dell'agenzia poiché il vizio colpisce la relazione lavorativa e non il contratto commerciale di somministrazione[18].

Questa ricostruzione pare la più ragionevole sul piano letterale, tuttavia è la meno efficace per contrastare il fenomeno delle somministrazioni "abusive", inteso come uso spregiudicato di questo strumento, poiché si avrà l'evidente effetto di favorire il *turn-over* di contratti di lavoro di breve durata, soprattutto per le professionalità fungibili, con un aumento di quella precarietà contro cui il decreto formalmente si scaglia. Il *turn-over* è senza altro la strada più sicura per le agenzie, a fronte dell'obbligo di verificare la sussistenza delle causali e della possibilità di assumere tutti a tempo indeterminato.

Resta aperta la possibilità di configurare le condotte dei due soggetti datoriali sul piano della sussistenza di una somministra-

[17] Cfr. F. Scarpelli, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, cit., 18; parimenti, P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 44.

[18] Cfr. anche circolare Assolavoro n. 9/2018, cit., 5.

zione fraudolenta, reintrodotta dal decreto dignità (art. 38*bis*, d.lgs. n. 81/2015, come introdotto dall'2, co. 1*bis*, d.l. 87/2018 convertito in legge n. 96/2018) che, come è noto, rappresenta un'ipotesi autonoma di reato[19] e che si configura quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore. I soggetti attivi di questo reato sono entrambi i contraenti del contratto di somministrazione che, per effetto di un'intesa fraudolenta, pongono in essere consapevolmente un negozio per eludere norme di legge e di contratto collettivo inderogabili: in tal caso, ai rei si applica un'ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore impiegato e per ciascun giorno di somministrazione[20]. In relazione a questa fattispecie il nodo cruciale è rappresentato dalla corretta

[19] Sull'autonomia di questa fattispecie rispetto alle altre ipotesi illecite si è molto discusso. Può, infatti, sorgere il dubbio se la somministrazione fraudolenta sia autonoma rispetto alle figure punite dall'art. 18 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, o ne determini una mera condizione aggravante. Se si ammette la tesi dell'autonomia si deve concludere che la pena per la somministrazione fraudolenta non si sostituisce a quelle prescritte dall'art. 18 del decreto, ma si aggiunge ad esse (in tal senso e in relazione alla precedente disciplina del decreto n. 276/2003, P. Rausei, *Il nuovo regime sanzionatorio alla luce del decreto legislativo n. 251 del 2004*, in Tiraboschi M. (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Milano, 2006, 361; in senso contrario, ossia a sostegno della non cumulabilità delle conseguenze sanzionatorie si confronti P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.it*, 10/2004, 61).

[20] Si veda F. Basenghi, *La somministrazione irregolare e fraudolenta*, in L. Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (art. 1-32)*, Torino, 2004, 316. In relazione all'elemento psicologico richiesto affinché si configuri questo reato, si discute se sia necessaria l'esistenza del dolo specifico delle parti oppure un mero comportamento colposo. Il tipo di pena irrogata (ammenda) chiarisce che si tratta di un reato contravvenzionale, punibile anche per un comportamento colposo; a favore della necessaria sussistenza del dolo specifico della finalità elusiva di norme inderogabili si veda F. Scarpelli, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, 163).

individuazione delle condotte penalmente rilevanti. In questo caso l'accordo fraudolento potrebbe riguardare la veridicità/esistenza delle causali di giustificazione, anche se data la sanzione e il suo impatto sull'attività delle agenzie, tali condotte non rischiano di essere così frequenti.

L'imputazione della sanzione della conversione ai danni dell'utilizzatore potrebbe aversi solo interpretando le norme in modo sistematico e non letterale, pur nella consapevolezza della maggiore complessità dell'interpretazione di seguito proposta.

Il rimedio della conversione, che colpisce il contratto a termine "diretto" con difetto di causale, riguarda un obbligo che, nel caso della somministrazione di lavoro, si biforca e dipende da due condotte diverse, rispettivamente a carico dei due soggetti datoriali, entrambi responsabili. In tal caso la responsabilità dell'utilizzatore è frutto dello sdoppiamento dell'obbligo che è stato sancito dalla legge ed in grado di integrare il contenuto del contratto di lavoro a termine in somministrazione, poiché, per espressa volontà della legge, si è precisato, in sede di conversione del c.d. decreto dignità, che le condizioni di cui all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, nel caso di ricorso al contratto di somministrazione, si applicano all'utilizzatore (art. 2, co. 1*ter*, d.l. 87/2018).

Se è vero che lo schema dell'imputazione della sanzione a carico dell'agenzia per i vizi inerenti all'indicazione delle esigenze (obbligo che è a carico dell'utilizzatore) è frutto del tradizionale collegamento negoziale tra il contratto di lavoro e il contratto commerciale[21], è altresì vero che l'art. 2, co. 1*ter*, d.l. n. 87/2018, ha riferito le condizioni di applicazione delle causali all'utilizzatore, dovendo questo ultimo indicare le esigenze all'agenzia. Questo dovere non integra il contenuto della pattuizione commerciale – in quanto questa ultima resta acausale – ma si riferisce alle condizioni di legittimità del contratto di lavoro. Il citato articolo 2, co. 1*ter*, d.l. n. 87/2018, potrebbe essere considerato una norma che introduce, per legge e in relazione allo specifico e limitato profilo

[21] Cfr. P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 44.

dell'indicazione delle causali, un'area di co-datorialità all'interno del contratto di lavoro a termine in somministrazione e che, pertanto, legittimerebbe la possibile azione di conversione anche nei riguardi dell'utilizzatore. In questo modo l'utilizzatore, in virtù del rinvio legislativo e limitatamente a questo profilo, diviene co-datore formale, insieme all'agenzia, nell'ambito del contratto di lavoro, oltre che datore di lavoro sostanziale all'interno della relazione lavorativa in somministrazione in virtù degli altri obblighi che per legge sono stati posti a carico dell'utilizzatore (come accade, ad esempio, in materia di salute e sicurezza, art. 35, co. 4, e trattamento retributivo, art. 35, co. 3).

3. *Tendenze contrapposte e considerazioni di sistema: conclusioni*

Sin dai primi commenti[22] è stata messa in risalto la complessità della disciplina transitoria conseguente all'approvazione del c.d. decreto dignità, sia perché alcuni profili sono stati trascurati sia perché la legge di conversione ha apportato modifiche al decreto legge, ponendosi così il problema delle disposizioni in tema di causali, durata massima, proroghe e rinnovi da applicare ai rapporti di lavoro stipulati nel periodo intercorrente tra l'approvazione del decreto legge e la successiva legge di conversione, fermo restando che le altre disposizioni del decreto non sono soggette a regime transitorio in quanto entrate in vigore immediatamente in forza del decreto o della legge di conversione[23].

---

[22] Cfr. particolarmente A. Maresca, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitoria nel decreto dignità*, in *Arg. dir. lav.*, 2018, I, 1012.

[23] Va detto che, per quanto concerne la somministrazione, alcuni istituti sono stati inseriti dalla legge di conversione e, pertanto, l'entrata in vigore è il12 agosto 2018; ciò riguarda la somministrazione di lavoro fraudolenta di cui all'art. 38bis, d.lgs. n. 81/2015, e i limiti quantitativi congiunti dell'art. 31, co. 2, d.lgs. n. 81/2015 (in tal senso, si veda anche circolare Assolavoro n. 9/2018, 10). In relazione al contratto a termine, ad esempio, l'incremento dello 0.5% del contributo addizionale stabilito, fin dalla versione originaria del decreto dignità (art. 3, co. 2, d.l. n. 87/2018) opera per tutti i nuovi contratti e per tutti i rinnovi effettuati dal 14 luglio 2018.

La complessità, inoltre, è data anche dall'impatto delle nuove regole sulla precedente disciplina collettiva in materia[24].

Le spinose questioni di diritto transitorio e le conseguenti incertezze interpretative sorte all'indomani dell'approvazione del decreto dignità non paiono essere soltanto la conseguenza di una tecnica regolativa frettolosa, ma piuttosto il sintomo di una non sempre chiara idea di politica del diritto alla base delle misure introdotte. La recente riforma in materia di somministrazione è ispirata ad una duplice e contraddittoria logica: da un lato, la continuità rispetto al precedente intervento del *Jobs Act* per quanto concerne la liberalizzazione della pattuizione commerciale intercorrente tra le agenzie e i datori di lavoro utilizzatori[25] e, dall'altro, l'imposizione di limiti all'uso dei contratti di lavoro a termine tra le agenzie e i lavoratori. Il primo obiettivo è confermato non solo dal mancato intervento sulle causali del contratto commerciale, abbandonando così il consueto approccio legislativo di adattare le sorti del contratto a termine alle vicende del contratto commerciale di somministrazione di lavoro, ma anche dalla disciplina più favorevole dettata in relazione ai limiti quantitativi di utilizzo per i contratti di somministrazione a termine di cui al nuovo tetto legale del 30% (art. 31, co. 2, d.lgs. n. 81/2015) che testimonia un certo favore verso la somministrazione di lavoro rispetto ai contratti a termine diretti assoggettati al più contenuto limite del 20%.

L'altra direttrice teorica che fonda la riforma è data dalle imponenti misure di contenimento dei contratti a termine in somministrazione, misure non solo rappresentate dall'estensione delle norme in materia di durata massima, rinnovi, proroghe e successione dei contratti, ma anche dal prevalente uso della sanzione della conversione del rapporto di lavoro in rapporto a tempo indeterminato a presidio delle nuove regole.

---

[24] Si veda A. Maresca, *I rinvii della legge all'autonomia collettiva nel Decreto dignità*, cit., 1012 e ancora P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 35 ss.

[25] Cfr. particolarmente P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 35 ss.

Questo rimedio ha un effetto deterrente sulla gestione del contratto di lavoro in somministrazione da parte delle agenzie e non sull'uso di questa tipologia contrattuale da parte dell'utilizzatore, poiché, come detto, la conversione per i vizi del contratto di lavoro è ai danni dell'agenzia e non a carico dell'utilizzatore; pertanto, in questi casi, la conversione è uno strumento di governo, più che di deterrenza dei fenomeni abusivi.

Restano, invece, sottoposti alla disciplina della somministrazione irregolare (art. 38, co. 2, d.lgs. n. 81/2015) i precedenti vizi (ossia la violazione delle regole sancite dagli articoli 31, commi 1 e 2 in tema di limiti quantitativi, dall'art. 32, in tema di divieti e dall'art. 33, co. 1, lett. a, b, c, d, per quanto riguarda il contenuto del contratto di somministrazione, oltre che in caso di carenza di forma scritta ai sensi dell'art. 38, co. 1, d.lgs. n. 81/2015).

Rispetto al passato, tuttavia, si registra come il rinvio generico a questi articoli per individuare i casi di somministrazione irregolare pare svuotare la portata deterrente della sanzione della conversione, poiché, dopo le modifiche apportate dal *Jobs Act* e soprattutto dopo il decreto dignità, questo rimedio viene posto a carico dell'utilizzatore che rispetto a certi vizi potrebbe essere del tutto estraneo. Posto che il richiamo ai vizi del contratto commerciale come ipotesi di somministrazione irregolare era funzionale a governare il sistema delle causali e dei casi a sostegno del ricorso alla somministrazione di lavoro rispettivamente a termine o a tempo indeterminato, nell'attuale formulazione pare sicuramente un *vulnus* nel sistema sanzionatorio l'applicazione della sanzione della conversione ai danni dell'utilizzatore nel caso di trasgressione dell'obbligo, imposto dall'art. 31, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, di somministrare soltanto lavoratori assunti a tempo indeterminato nel caso di contratto di somministrazione a tempo indeterminato. Si tratta, evidentemente, di un inadempimento dell'agenzia di cui l'utilizzatore potrebbe non avere contezza né strumenti per scongiurarlo tempestivamente[26].

[26] Cfr. P. Passalacqua, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, cit., 36 e 37.

Da un lato, il sistema sanzionatorio a protezione delle regole sulle condizioni di stipula del contratto di lavoro, come si è visto, produce un sovraccarico di responsabilità per le agenzie che, nell'impossibilità di condividere i profili di illegittimità del contratto di lavoro per i vizi e le condotte poste in essere dall'utilizzatore (ad esempio, l'indicazione delle causali), prediligeranno, come già detto all'inizio di questo studio, contratti di lavoro di breve o brevissima durata inferiore ai dodici mesi per sfuggire a questi meccanismi sanzionatori sopra ricordati. A compensare questo effetto dovrebbe intervenire la spinta ad assumere lavoratori a tempo indeterminato da parte delle agenzie in virtù di regole e di politiche che rendano maggiormente attrattiva la somministrazione a tempo indeterminato. Pur se è stata confermata la liberalizzazione dei casi di somministrazione dopo il decreto dignità, a quanto consta, non sono stati introdotti particolari strumenti incentivanti, e, per di più, è stata ribadita la regola che addossa il rischio della conversione a carico dell'utilizzatore nel caso di erroneo invio da parte dell'agenzia di lavoratori a termine in luogo di lavoratori a tempo indeterminato in caso di somministrazione a tempo indeterminato.

Le due tendenze (liberalizzazione del contratto commerciale di somministrazione e restrizioni al contratto di lavoro a termine in somministrazione) paiono disarmonicamente coordinate (se non proprio in conflitto), con la conseguenza che l'invocato obiettivo di incentivare le assunzioni a tempo indeterminato rischia di diventare una chimera.

In definitiva, dalle considerazioni svolte appare chiaro che nell'ultimo sforzo regolativo la dignità pare declinata come strumento per rafforzare la posizione del lavoratore nel contratto di lavoro a termine in somministrazione allo scopo di prevenire il cattivo uso o l'abuso di questi rapporti di lavoro; tuttavia, le nuove regole sembrano esporre gli stessi lavoratori ad un'ennesima condizione di debolezza nel mercato del lavoro.