

La recente giurisprudenza in tema di somministrazione di lavoro

Sabrina Chiarelli, Valeria Pietra, Giulia Rosolen

Sommario: **1.** Alle origini del contenzioso sulla somministrazione a termine: il parallelismo con la disciplina del contratto a tempo determinato di cui al decreto legislativo n. 368/2001. – **1.1.** L'esigenza di indicare la causale di ricorso alla somministrazione: dalla temporaneità... – **1.2.** ...ai rilievi sulla presunta genericità della stessa. – **2.** L'istruzione probatoria e il sindacato del giudice. – **3.** La somministrazione irregolare e i "confini" della responsabilità dell'utilizzatore. – **4.** Il regime sanzionatorio della somministrazione a termine irregolare dopo la legge n. 183/2010. – **5.** La somministrazione a tempo indeterminato.

1. Alle origini del contenzioso sulla somministrazione a termine: il parallelismo con la disciplina del contratto a tempo determinato di cui al decreto legislativo n. 368/2001.

Un vasto contenzioso impegna da tempo la giurisprudenza in relazione alla verifica di fondatezza delle ragioni utilizzate per il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, che l'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 ammette «a fronte di ragioni di carattere tecnico produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

Per lungo tempo gran parte dei giudici ha manifestato la tendenza ad interpretare le ragioni richieste dall'articolo 20, comma 4, sulla base dei

* *Sabrina Chiarelli, Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro ADAPT-CQIA, Università degli Studi di Bergamo; Valeria Pietra, Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro e relazioni industriali, Università degli Studi di Pavia; Giulia Rosolen, Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro ADAPT-CQIA, Università degli Studi di Bergamo. La presente rassegna è frutto di una ricerca svolta congiuntamente dalle AA. I §§ 1, 1.1 e 1.2 sono comunque da attribuire a Sabrina Chiarelli; i §§ 2 e 5 a Giulia Rosolen; i §§ 3 e 4 a Valeria Pietra.*

medesimi criteri ermeneutici nel frattempo elaborati con riferimento al contratto di lavoro a tempo determinato.

Tale giurisprudenza è giunta a siffatta conclusione sul presupposto che il lavoro a tempo determinato, sia esso prestato alle dirette dipendenze del soggetto che fruisce della prestazione, sia esso svolto in esecuzione di un contratto di lavoro concluso con il somministratore, assolve comunque alla medesima funzione pratica, ossia quella di fruire di attività lavorative in regime di subordinazione per un periodo limitato; di conseguenza l'assetto normativo deve essere strutturato in maniera tale che gli oneri gravanti sul soggetto che beneficia di tale prestazione siano identici, per cui, come affermato in più occasioni, ad esempio, dal Tribunale di Roma, «le ragioni che inducono l'imprenditore ad utilizzare prestazioni di lavoro a tempo determinato» devono essere «cristallizzate nel contratto di lavoro [...] ovvero nel contratto di somministrazione» (Trib. Roma 17 giugno 2010; Trib. Roma 25 novembre 2010; Trib. Roma 30 novembre 2010, n. 18986).

La necessità, ai fini della stipulazione dei contratti di somministrazione, di osservare i medesimi requisiti richiesti dalla disciplina sui contratti di lavoro a tempo determinato costituirebbe altresì, secondo questa lettura, un'immediata conseguenza del dato normativo, posto che, come si può evincere dal tenore letterale dell'articolo 22, comma 2, del decreto legislativo n. 276/2003, «in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile» (in tal senso, *ex multis*, cfr. App. Torino 1° febbraio 2011).

A sostegno di tale tesi, favorevole alla sovrapposibilità della disciplina del contratto a termine all'istituto della somministrazione, è stato inoltre osservato come le due fattispecie siano state interessate da un'analoga evoluzione che confermerebbe come le stesse siano caratterizzate da logiche non dissimili; in entrambi i casi si può infatti osservare il passaggio da un sistema di tipizzazione legale tassativa, in virtù del quale il ricorso ai suddetti istituti era ammesso solo in ipotesi preventivamente ed astrattamente stabilite, ad una diversa impostazione normativa basata sulla necessaria specificazione delle ragioni dedotte, la cui *ratio* è ravvisabile in un'esigenza di trasparenza e nella possibilità di consentire, in una fase successiva, il controllo delle ragioni addotte dalle parti (cfr., in tal senso, Trib. Milano 28 maggio 2007).

Occorre tuttavia segnalare come rispetto a tale orientamento, a lungo dominante, siano intervenute recenti pronunce (si veda, in particolare, Trib. Vicenza 18 febbraio 2011) che muovono da un diverso approccio

interpretativo, proprio in relazione alla questione della piena utilizzabilità, nella materia della somministrazione, della disciplina di cui al decreto legislativo n. 368/2001, fino ad escludere ogni profilo di affinità fra i due diversi istituti del contratto di lavoro a termine e del contratto di somministrazione a tempo determinato.

Nell'ambito di un ragionamento di ampio respiro, la sentenza appena richiamata muove dalle direttive comunitarie in materia, diverse nei loro contenuti per il contratto a termine e per la somministrazione. La somministrazione di lavoro viene vista positivamente, in quanto in grado di assolvere alla duplice esigenza di favorire l'inserimento del lavoratore nel mercato del lavoro e di realizzare al contempo le esigenze di flessibilità delle imprese, tanto che nell'ambito della legislazione europea limitazioni ai fini del ricorso alla somministrazione sono tendenzialmente vietate; sicché tali premesse varrebbero a legittimare la differenza fra i due contratti, al punto che lo stesso giudice si dichiara «restio a ricorrere a criteri interpretativi che si risolvano in una vera e propria integrazione della normativa vigente con effetto di rendere aleatoria per le parti la stipulazione di un contratto di lavoro di somministrazione a tempo determinato, fino al punto di dissuaderle» (così Trib. Vicenza 18 febbraio 2011).

Nella medesima prospettiva dovrebbe leggersi inoltre la normativa di livello nazionale: l'assenza, nella disciplina in materia di somministrazione, di una disposizione che stabilisca la nullità di una clausola apposita del termine, nell'ipotesi di mancata indicazione della causale, rappresenta un chiaro indizio della volontà di dettare una regolamentazione *ad hoc* per il lavoro prestato in regime di somministrazione.

La prima conseguenza pratica, su cui si tornerà, derivante dal ritenere non pienamente utilizzabili le norme in materia di lavoro a termine, attiene all'onere di specificazione delle ragioni legittimanti imposto dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 368/2001.

Evidenza ad esempio il Tribunale di Bassano del Grappa 22 marzo 2011, come nel caso della somministrazione la legge contempra solo un obbligo di *indicazione* e non di *specificazione* della causale: il che basterebbe ad evidenziare come si tratti di istituti diversi, con la conseguenza dell'inapplicabilità alla somministrazione dell'onere di specificazione della c.d. causale di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 368/2001 ⁽¹⁾.

Peraltro, nonostante tali pronunce abbiano senz'altro rappresentato un significativo momento di rottura rispetto al precedente e più largamente

(¹) Trib. Bassano del Grappa 22 marzo 2011, in *GLav*, 2011, n. 20, 35.

diffuso orientamento, continuano a rinvenirsi ancor oggi sentenze di segno opposto, che si inseriscono quindi nel solco tradizionale fondato sul riconoscimento di una sostanziale affinità fra i due istituti, con tutte le ricadute interpretative che ne derivano.

1.1. L'esigenza di indicare la causale di ricorso alla somministrazione: dalla temporaneità...

Fra le più importanti conseguenze che la giurisprudenza ricollega alla necessità di interpretare l'obbligo di indicazione delle ragioni di ricorso alla somministrazione di cui all'articolo 20, comma 4, mutuando i criteri elaborati in materia di contratto a tempo determinato, vi è il convincimento secondo cui quelle stesse esigenze oggettive abbiano carattere intrinsecamente e necessariamente temporaneo ⁽²⁾.

A prescindere dai casi specifici, l'orientamento favorevole alla necessaria temporaneità delle esigenze legittimanti la somministrazione sembra fondarsi sull'implicita considerazione dell'esistenza di un rapporto regola-eccezione tra lavoro standard a tempo indeterminato e lavoro a termine (in tal senso si veda App. Brescia 17 maggio 2012, secondo cui deve trattarsi di esigenze «pur sempre di natura temporanea, tali cioè da non poter essere soddisfatte mediante l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato»).

Secondo alcuni giudici, inoltre, siffatta lettura varrebbe a scongiurare il rischio che la cessazione del rapporto per il raggiungimento di una certa data o di un determinato evento sia rimessa alla discrezionalità dell'utilizzatore, situazione che striderebbe fortemente con quella visione tendente a limitare la piena libertà nell'apposizione del termine in quanto «ipotesi residuale rispetto al lavoro a tempo indeterminato» (Trib. Padova 4 febbraio 2011; nel caso di specie la causale utilizzata era «ragioni di carattere produttivo: gestione delle attività di call center in relazione alle esigenze di carattere organizzativo connesso al riassetto societario del Gruppo»; secondo il giudice «dalla causale del contratto non emergono quali siano le esigenze organizzative, in che termini si sia protratto nel tempo l'asserito riassetto societario e dove sia ravvisabile la temporaneità che giustifica l'apposizione del termine»).

⁽²⁾ Si veda ad esempio Trib. Bergamo 10 marzo 2011, in *Boll. ADAPT*, 2011, n. 23, il quale addirittura parla di «eccezionalità e transitorietà dell'ordinaria attività dell'impresa».

Altra parte della giurisprudenza prospetta invece una diversa ricostruzione, invitando a valutare con un certo vaglio critico gli orientamenti fautori della «temporaneità intrinseca dell'esigenza od occasione di lavoro» (Trib. Napoli 3 febbraio 2011) e mostrandosi fortemente contraria a ritenere che il ricorso alla somministrazione possa essere sorretto solo da esigenze straordinarie o temporanee; contro tale impostazione deporrebbero infatti, anzitutto, ragioni letterali, evidenti laddove si ponga mente a quanto previsto dall'articolo 20 del decreto legislativo 276/2003 che autorizza il ricorso al lavoro tramite agenzia anche a fronte di esigenze «riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» (Trib. Treviso 16 settembre 2010).

Una tale lettura risulterebbe avvalorata anche dall'evoluzione della normativa sulla somministrazione di lavoro: nel passaggio dalla legge n. 196/1997 alle disposizioni del decreto legislativo n. 276/2003 è venuto meno ogni riferimento al soddisfacimento di esigenze di carattere temporaneo; ed il mutamento che si è realizzato sarebbe inoltre confermato dalla circolare del Ministero del lavoro n. 7/2005, la quale precisa che «è sufficiente che sussista una ragione di carattere oggettivo, cioè una ragione effettiva e comprovabile, anche se riferibile all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

Ad analoghe conclusioni perviene la già citata sentenza del Tribunale di Vicenza, la quale afferma che la disciplina legale non impone la necessaria temporaneità dell'*esigenza* aziendale, ma solo, nel decreto legislativo n. 368/2001, della *prestazione* lavorativa; il che deve inferirsi da due indicazioni di segno opposto contenute nell'articolo 22 del decreto legislativo n. 276/2003, che rimette alla contrattazione collettiva la normativa sulle proroghe del rapporto di somministrazione, prevedendo la non applicabilità alla somministrazione proprio della disciplina delle proroghe in materia di contratto a termine di cui al decreto legislativo 368/2001.

In quest'ultima prospettiva si è infine collocata anche la giurisprudenza di legittimità, secondo cui le ragioni oggettive richieste dalla legge non devono necessariamente essere munite del carattere della temporaneità od eccezionalità; condizione ineludibile è, semmai, l'effettività della ragione posta a fondamento del contratto (Cass. 15 luglio 2011, n. 15610). Nel caso di specie, giunto al vaglio della Cassazione, la ragione indicata nel contratto era rappresentata da «punte di più intensa attività cui non sia possibile far fronte con le risorse normalmente impiegate»; ed è proprio sul presupposto del mancato assolvimento, da parte della società convenuta, dell'onere probatorio in ordine alla reale sussistenza

delle ragioni indicate, che la Corte di legittimità ha confermato la sentenza d'appello.

1.2. ...ai rilievi sulla presunta genericità della stessa.

Un ulteriore profilo controverso è rappresentato dal livello di specificità che deve essere osservato proprio nell'indicazione della causale legittimante il ricorso alla somministrazione.

Sul punto, la giurisprudenza sembra connotarsi per una certa varietà di orientamenti.

Secondo un filone, infatti, il rinvio operato dall'articolo 22 del decreto legislativo n. 276/2003 alla disciplina di cui al decreto legislativo n. 368/2001, sia pure effettuato nei limiti di compatibilità, comporterebbe l'applicazione del principio di specificità di cui all'articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 368/2001, secondo cui l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le esigenze che consentono l'utilizzo delle suddette fattispecie, «vale a dire le ragioni [...] citate nell'art. 1 comma 1 del D.lgs.368/01 e poi riprese, con identica formulazione, nell'art. 20, comma 4 del D.lgs.276/2003» (cfr. App. Torino 1° febbraio 2011, nonché, sul presupposto che entrambi gli strumenti contrattuali assolvano alla medesima funzione pratica, Trib. Roma 30 novembre 2010, n. 18986).

La necessità di osservare tale onere di specificazione si imporrebbe altresì per ragioni di trasparenza, nonché al fine di assicurare la immutabilità delle stesse esigenze che hanno indotto l'imprenditore ad avvalersi della somministrazione di lavoro, così da consentire, in una seconda fase, di verificare la corrispondenza tra l'esigenza dichiarata e quella effettiva (si vedano Trib. Milano 28 maggio 2007, Trib. Bergamo 10 marzo 2011, e, recentemente, App. Bari 26 gennaio 2012, e App. Brescia 17 maggio 2012), consentendo un adeguato controllo giudiziale (Trib. Napoli 15 febbraio 2011).

Quanto al significato e alle ricadute di tale obbligo di specificazione, così interpretato, il datore di lavoro dovrà provvedere ad un'indicazione puntuale e circostanziata, al di là, dunque, della mera riproduzione del testo normativo; in tal senso, ancora una volta, si esprime la Corte d'Appello di Torino, la quale, in un caso concreto, ha definito «equivoca» la causale apposta al contratto (nella fattispecie, «l'aumento di una commessa»), in quanto «non si comprende se la prestazione sia richiesta in relazione ad una nuova commessa [...] ovvero ad una commessa

già in corso che ha subito un incremento di ordinativi», al punto che, in definitiva, «la causale indicata non consente affatto di cogliere il “particolare contesto” nel quale si inserisce il contratto di somministrazione» (App. Torino 1° febbraio 2011); analogamente il Tribunale di Napoli parla di «generico e laconico riferimento ad un “picco di attività” senza tuttavia indicare in riferimento al periodo, al luogo ed alla tipologia di lavoro, per quali ragioni specifiche si sarebbe resa necessaria la stipula di quei contratti» (Trib. Napoli 15 febbraio 2011). Secondo il Tribunale di Roma, le motivazioni dedotte a fondamento del contratto devono essere esposte tenendo conto della «concreta situazione di fatto che induce l'impresa utilizzatrice a far ricorso a manodopera avventizia» (Trib. Roma 17 giugno 2010, 25 novembre 2010, Trib. Roma 30 novembre 2010, n. 18986).

Invero, sul punto qui in esame, non sono mancate pronunce che hanno prospettato una ricostruzione antitetica.

Ad avviso di alcuni, l'attuale formulazione dell'articolo 21, comma 4, del decreto legislativo n. 276/2003 imporrebbe infatti soltanto l'osservanza della forma scritta, rendendo dunque del tutto irrilevanti le censure formali mosse dalla parte ricorrente sulla presunta genericità della causale; secondo questo orientamento, il contratto di somministrazione va ritenuto nullo «solo se non è stipulato per iscritto, non anche se non contiene l'indicazione delle ragioni [...] di cui al comma IV dell'art. 20; *a fortiori* l'insufficiente specificazione di tali ragioni (vizio minore rispetto alla mancata indicazione delle medesime) non comporta l'imputazione *ope legis* del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore» (Trib. Treviso 16 settembre 2010, Trib. Treviso 29 febbraio 2012).

Ancora più esplicito è il rigetto dell'impostazione “tradizionale” nelle già citate sentenze del Tribunale di Vicenza e di Bassano del Grappa. Secondo il giudice vicentino (chiamato a pronunciarsi sulla genericità di una causale così formulata: «esigenze connesse a una punta di più intensa attività»), deve respingersi la tesi che esige una puntuale specificazione delle ragioni addotte, dal momento che nella disciplina della somministrazione non vi è una previsione equivalente all'articolo 1, comma 2, decreto legislativo n. 368/2001, relativo al contratto a tempo determinato; il che deporrebbe contro l'esistenza di un onere di specificazione dell'esigenza indicata nel contratto ai fini del ricorso alla somministrazione di manodopera, tanto che, secondo lo stesso Tribunale, «il controllo giudiziale delle ragioni che consentono la somministrazione di lavoro è limitato esclusivamente all'accertamento della loro esistenza» (Trib. Vicenza 18 febbraio 2011). E, del resto, il decreto legi-

slativo n. 276/2003 non precisa in alcun modo come debba essere assolto l'onere di "indicazione" di cui all'articolo 21, comma 2.

Gli unici limiti da osservare sono costituiti dall'effettiva sussistenza della ragione indicata nel contratto, dall'osservanza dei divieti di cui al comma 5 dell'articolo 20, nonché dalla conformità, dal punto di vista qualitativo e quantitativo, a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva, cui è assegnato, coerentemente con il valore riconosciuto alla somministrazione alla luce dei principi fissati a livello comunitario, un ruolo cruciale; d'altra parte, ricorda ancora il Tribunale di Vicenza, per la verità sono proprio i contratti collettivi che spesso prevedono come causali che legittimano il ricorso dell'azienda alla somministrazione quelle più spesso contestate quali «picchi di produzione, [...] aumento del fabbisogno specifico, [...] esigenze transitorie che non possono essere soddisfatte con i dipendenti presenti in azienda» (Trib. Vicenza 18 febbraio 2011).

Interessante, infine, nella medesima prospettiva, l'interpretazione offerta dal Tribunale di Bassano del Grappa che fa leva sulla differenza terminologica rintracciabile nella disciplina sul contratto a tempo determinato e sulla somministrazione: «nell'un caso il legislatore ha richiesto la specificazione delle predette ragioni e, nell'altro, che esse siano contenute nel contratto [...]. È difficile ipotizzare che il legislatore dopo aver indicato le ragioni giustificatrici della somministrazione a termine con la medesima formula adoperata per il contratto a tempo determinato, abbia poi, nell'imporre prescrizioni di carattere formale, utilizzato locuzioni diverse in modo non intenzionale, bensì per mera disattenzione. La mancata prescrizione della specificazione delle ragioni giustificatrici della somministrazione a termine può dunque legittimamente lasciare intendere che, in questo caso, è richiesto qualcosa in meno che nel contratto di lavoro a termine» (Trib. Bassano del Grappa 22 marzo 2011).

2. L'istruzione probatoria e il sindacato del giudice.

La giurisprudenza mostra una certa varietà di orientamenti anche per quanto concerne lo svolgimento dell'istruzione probatoria e la portata degli oneri probatori e di allegazione.

Sono infatti controverse le modalità attraverso cui, ad avviso della giurisprudenza, l'utilizzatore è tenuto a provare la sussistenza in concreto delle ragioni legittimanti indicate nel contratto di somministrazione; ed

al contempo è discussa la stessa ampiezza del sindacato del giudice con riguardo all'accertamento della sussistenza della causale.

Per altro verso, quanto agli oneri di allegazione del lavoratore ricorrente, in alcuni casi si è ritenuta necessaria ed imprescindibile la formulazione di specifica contestazione avverso il contratto di somministrazione (non tanto, cioè, del contratto di lavoro), onde farne valere l'irregolarità, con conseguente diritto alla costituzione del rapporto con l'utilizzatore; in altri casi, invece, è stata ritenuta sufficiente la sola impugnazione del contratto di lavoro al fine di travolgere l'intero rapporto triangolare.

In connessione con la sopra menzionata affermazione dell'esistenza di un onere di specificazione puntuale delle ragioni di cui all'articolo 20, comma 4, decreto legislativo n. 276/2003, parte della giurisprudenza ritiene che l'istruzione della causa, una volta riscontrata l'assenza o la genericità della causale, debba arrestarsi ad un piano meramente cartolare.

L'indicazione della causale viene ritenuta generica se, per esempio, il contratto di somministrazione contiene un rinvio alla disciplina del contratto collettivo o riproduce asetticamente una delle ipotesi previste dallo stesso o dalla legge, senza fare riferimento al tipo e alla natura delle esigenze aziendali che hanno portato al ricorso alla somministrazione di lavoro. Tale genericità non è superabile, secondo questo orientamento, nemmeno con una successiva allegazione da parte dell'impresa utilizzatrice su cui incombe l'onere della prova. Questo filone giurisprudenziale sembra insomma effettuare una sorta di doppio test consequenziale: solo qualora la causale, definita "elemento essenziale del contratto", sia individuata con un grado di sufficiente specificità e concretezza, si potrà ammettere l'utilizzatore a dare prova dell'effettiva sussistenza della causale indicata in contratto, della sua "temporaneità", nonché del nesso causale tra tali esigenze e il ricorso alla somministrazione. In questo senso si è espressa la Corte d'Appello di Venezia, secondo la quale sull'utilizzatore grava non solo l'onere di dare prova dell'effettiva sussistenza in concreto delle esigenze addotte nel contratto, ma anche quello di provare lo «specifico riflesso che in concreto le dedotte esigenze hanno avuto nel singolo ufficio/sede nonché del nesso causale tra le esigenze stesse e la necessità di impiego del lavoratore assunto con indicazione delle specifiche mansioni assegnate e dell'ufficio/sede di destinazione» (App. Venezia 5 ottobre 2011, n. 544).

In altre parole, secondo tale orientamento, il rispetto degli oneri formali costituisce condizione necessaria ma non sufficiente affinché possa ri-

tenersi legittimo il ricorso al contratto di somministrazione. L'onere di allegazione e prova che grava sull'utilizzatore è quindi articolato e rigoroso, dovendo investire, oltre all'effettiva sussistenza delle ragioni enunciate in contratto, anche il nesso causale tra le stesse e il ricorso alla somministrazione (Cass. 15 luglio 2011, n. 15610; App. Brescia 17 maggio 2012, n. 270; App. Venezia 5 ottobre 2011, n. 544; Trib. Milano 19 luglio 2011 n. 3748; App. Torino 2 marzo 2011, n. 1269; Trib. Napoli 15 febbraio 2011; Trib. Roma 25 ottobre 2010 n. 18702; Trib. Roma 1 dicembre 2010, n. 19101; Trib. Roma 30 novembre 2010, n. 18986; Trib. Milano 28 maggio 2007).

Lo sforzo difensivo richiesto all'utilizzatore viene quindi configurato in modo non dissimile da quello che grava sul datore di lavoro in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Tale orientamento fa corrispondere alla genericità della causale del contratto di somministrazione l'illegittimità dello stesso e la imputazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore. La mancata individuazione specifica e concreta della causale viene censurata perché non rende «trasparenti le esigenze peculiari e reali dell'utilizzatore e impedisce ogni verifica circa la reale sussistenza delle cause dichiarate» (Trib. Milano 28 maggio 2007; nello stesso senso Trib. Napoli 15 febbraio 2011) e «neppure assicura la veridicità e immodificabilità delle ragioni in corso di rapporto» (App. Torino 2 marzo 2011, n. 1269). L'onere di specificazione sarebbe anzi imposto non solo per il contratto di somministrazione, ma anche per quello di lavoro somministrato, per cui la nullità del primo travolgerebbe *ipso iure* anche il secondo. Su questa linea si muove anche una recente sentenza della Corte d'Appello di Brescia: «la previsione di cui all'articolo 21 comma 1 del Decreto Legislativo n. 276/2003, risponde al fine di consentire attraverso l'immutabile evidenza documentale dell'accordo tra somministratore ed utilizzatore, la corretta e trasparente informazione del lavoratore e il controllo *ab esterno* dell'effettiva sussistenza della causale prospettata». Secondo questo orientamento, «l'apposizione del termine al contratto di lavoro deve comunque essere accompagnata, al massimo entro l'invio del lavoratore presso l'utilizzatore, dalla specificazione delle ragioni cioè dalla loro indicazione in modo sufficientemente specifico, al fine di consentire il controllo *ex ante* ed *ex post* delle parti – compreso il lavoratore – e del giudice in ordine all'effettiva ricorrenza delle ragioni imprenditoriali e alla coerente esecuzione del programma negoziale [...] in caso di difetto di specifica indicazione l'apposizione del termine è nulla e quindi priva di effetto *ex art.* 1 comma 2 del D.Lgs n. 368/2001. Il carattere di specificità delle ragioni

investe anche l'indicazione delle stesse nel contratto di somministrazione, atteso che come ricavabile dall'art. 21 comma 3 vi deve essere identità tra le ragioni comunicate per iscritto dal somministratore al lavoratore e quelle che rientrano nella forma contenuto del contratto di somministrazione» (App. Brescia 17 maggio 2012, n. 270).

Maggiori aperture rispetto allo svolgimento di un'istruzione probatoria, che non limiti l'accertamento giudiziario ad un controllo meramente documentale, si riscontrano tuttavia in altre pronunce di merito.

Il Tribunale di Milano, con sentenza del 9 dicembre 2010, si è ad esempio occupato di un contratto di somministrazione, la cui causale faceva riferimento alla necessità della convenuta di coprire un fabbisogno di personale dovuto a «situazioni temporanee di incremento produttivo». Osserva in tal caso il giudice che «l'eventuale assenza di specificità nel contratto sottoscritto tra il somministratore e la lavoratrice [...] incide esclusivamente sui rapporti intercorrenti tra questi soggetti e non può essere pertanto riferito alla società utilizzatrice». Sotto il profilo formale, il giudicante non rileva irregolarità, invece presenti sul piano sostanziale: «deve essere riconosciuta l'illegittimità del rapporto di somministrazione per motivi sostanziali non avendo la società offerto adeguata prova della sussistenza delle ragioni giustificatrici addotte e dell'effettiva riconducibilità dell'assunzione della ricorrente a tali ragioni». Con la pronuncia in analisi si pongono le basi per un ragionamento diverso sull'istruzione probatoria, che privilegia il piano dell'effettività, ove è solo «la mancanza in concreto della causa legittimante l'assunzione temporanea» ad integrare gli estremi della somministrazione irregolare di cui all'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

Segue questa direzione – soffermandosi peraltro più sui limiti del sindacato giudiziale, che sulla questione della genericità della causale – anche una sentenza del Tribunale di Roma del 17 giugno 2010, secondo la quale «in caso di contestazione della sussistenza delle ragioni enunciate specificamente nel contratto di somministrazione e riportate nel contratto di lavoro, il giudice è chiamato a verificare se la ragione adottata sia effettivamente sussistente, senza poter compiere alcun giudizio sul merito della scelta imprenditoriale». L'onere della prova incombe sull'utilizzatore che dovrà in giudizio dimostrare la sussistenza concreta delle ragioni legittimanti il ricorso alla somministrazione a tempo determinato. Le allegazioni dovranno essere «idonee a fornire la ragionevole spiegazione del ricorso al lavoro somministrato», e concretarsi cioè nell'indicazione di «elementi e dati di fatto da cui possa desumersi in cosa consista la circostanza dedotta in causale».

In quest'ordine di idee sembrano muoversi anche altre pronunce. Ad esempio, il Tribunale di Bergamo del 10 marzo 2011, pur ritenendo generica la causale indicata nel contratto di somministrazione, ha precisato che la legittimità del ricorso al lavoro somministrato va valutata «a prescindere dal dato formale» sulla base delle allegazioni probatorie dedotte dall'utilizzatore, sul quale incombe l'onere di fornire la prova delle ragioni giustificatrici del contratto di somministrazione; «in mancanza deve essere affermata la sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dello stesso utilizzatore». Analogamente si esprime il Tribunale di Treviso, che definisce «priva di pregio la censura di carattere formale con cui l'attore lamenta la genericità/mancata specificazione delle ragioni che giustificano il contratto di somministrazione, richiedendo l'attuale formulazione dell'articolo 21 comma 4 soltanto che il contratto commerciale sia stipulato per iscritto e non anche che il medesimo abbia un determinato contenuto [...] se ne inferisce che sul piano formale il contratto di somministrazione (che ricordiamolo è un contratto commerciale puro stipulato da due imprenditori) è affetto da nullità solo se non stipulato per iscritto e non anche se non contiene l'indicazione delle ragioni di cui all'articolo 20 comma 4, a fortiori l'insufficiente specificazione di tali ragioni non comporta l'imputazione *ope legis* del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore» (Trib. Treviso 16 settembre 2010). Se tali ragioni non devono essere indicate a pena di nullità, nel contratto di somministrazione, devono però genuinamente sussistere in concreto, con onere probatorio a carico dell'utilizzatore.

Sulla stessa linea sembra orientata anche la più recente giurisprudenza di legittimità.

Con la sentenza n. 156 del 15 luglio 2011, la Suprema Corte ha precisato che l'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276 introduce una causale ampia non legata a specifiche situazioni tipizzate dal legislatore o dal contratto collettivo «per cui si impone più che mai la necessità di una verifica diretta ad accertare non la temporaneità o la eccezionalità delle esigenze organizzative richieste per la somministrazione a termine quanto piuttosto la effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l'assunzione del singolo dipendente» e rimane ferma la necessità che la società convenuta in giudizio dia la dimostrazione dell'effettiva esistenza delle esigenze cui si ricollega la somministrazione. Non è però sufficiente, a fronte di una causale generica, una prova altrettanto generica (Cass. 15 luglio 2011, n. 15610). Ancor più netta, poi, è la sentenza n. 2521 del 21 febbraio 2012 della stessa Corte di cassazione, con la quale si riconosce piena legittimità alle c.d. causa-

li generiche, ribaltando per così dire l'onere della prova: «sebbene il lavoratore ricorrente lamenti il difetto di specificità della causale indicata nei contratti di somministrazione, nel motivo non si rinviene alcuna concreta indicazione delle ragioni che inducono a tale valutazione, alla luce del contenuto delle clausole stesse». La causale indicata nel contratto di somministrazione faceva riferimento, nel caso di specie, a «punte d'intensa attività» ed è stata ritenuta, secondo la Suprema Corte, perfettamente legittima, in quanto «ben nota e sperimentata nella pratica contrattuale che ha rinvenuto espressa consacrazione in risalenti norme legali relative al contratto a termine e confermata negli orientamenti della stessa giurisprudenza sì da rispondere in perfetta consonanza con gli orientamenti contrattuali alle più svariate esigenze aziendali di flessibilità organizzativa delle imprese». Ne deriva che le punte di intensa attività risultano sicuramente ascrivibili nell'ambito di quelle ragioni di carattere tecnico-organizzativo-produttivo o sostitutivo che consentono il ricorso alla somministrazione a termine e che «il riferimento alle stesse può ben costituire valido requisito formale ai sensi dell'art. 21 comma 1 lettera c), fermo restando in ogni caso a fronte di una norma che introduce una causale ampia non legata a specifiche situazioni tipizzate dal legislatore o dalla contrattazione collettiva, la necessità di una verifica diretta ad accertare l'effettiva esistenza delle esigenze alle quali si ricollega l'assunzione del singolo dipendente al fine di evitare che il ricorso alla somministrazione avvenga per causali non corrispondenti a quelle poste a giustificazione del contratto di assunzione e per il perseguimento di finalità elusive delle norme inderogabili di legge o del contratto collettivo».

Si è fin qui detto degli oneri di allegazione e prova incombenti sull'utilizzatore.

Merita tuttavia un cenno anche la tematica relativa agli oneri di allegazione gravanti sul lavoratore, poiché anche su questo punto si registrano orientamenti contrapposti.

Sempre il Tribunale di Treviso, nella sentenza già sopra citata, se da un lato ritiene «indubitabile che a fronte di una specifica contestazione circa l'effettiva sussistenza delle ragioni che legittimano la somministrazione l'onere della prova gravi sull'impresa utilizzatrice *ex art. 2697 c.c.*, sicché a fronte di puntuale censura del lavoratore circa la sussistenza o veridicità delle condizioni che legittimano l'utilizzazione indiretta della prestazione lavorativa, l'imprenditore è tenuto ad allegare il motivo che lo ha indotto ad avvalersi di tale strumento e a provarne la sussistenza», al contempo rimarca come «appare altrettanto incontrovertibile che l'onere del committente di provare le ragioni del ricorso alla

somministrazione debba essere correlato – nell’ambito della circolarità degli oneri di allegazione, contestazione e prova che caratterizza il rito del lavoro – alle circostanze di fatto ritualmente e puntualmente allegatte, presupponendo la relativa contestazione e prova che i dati fattuali della domanda siano tutti esplicitati in modo esaustivo in ricorso». Nella interpretazione del Tribunale veneto, sul ricorrente pertanto incombe un ben preciso onere probatorio che si sostanzia, oltre che nel riferire qualifica e mansioni, anche e soprattutto nello «specificare in facto per quale motivo le esigenze connesse all’incremento dell’attività produttiva indicate in contratto sarebbero inesistenti o comunque non veritiere» (Trib. Treviso 16 settembre 2010).

Sul tema, si segnala anche una pronuncia del Tribunale di Padova. A fronte della denunciata genericità della causale posta a fondamento della somministrazione, azionata dal lavoratore tramite contestazione riferita al solo contratto di lavoro individuale intercorso con l’agenzia somministratrice, senza eccepire nulla con riguardo al contratto di somministrazione, il Tribunale ha rigettato il ricorso sulla scorta del seguente principio: «la persistente continuità del rapporto di lavoro alle dipendenze dell’utilizzatore consegue alla genericità della causale inserita nel contratto commerciale di somministrazione non del contratto individuale a tempo determinato». Il giudice, cioè, ha rilevato come la domanda del lavoratore muovesse da dedotti vizi di un contratto (quello di lavoro), a cui è però estraneo il destinatario della domanda, ossia l’utilizzatore; e, ritenendo che il ricorrente non avesse adeguatamente dato conto, nel processo, della triangolazione, allegando la sola nullità del contratto di lavoro, ha respinto la domanda per mancata contestazione/impugnazione del contratto commerciale (Trib. Padova 14 gennaio 2012, n. 91).

Invero, si tratta, nei termini appena esposti, di una conclusione non condivisa, ed anzi avversata, da una contrapposta sentenza del Tribunale di Napoli. Proprio in relazione ad un caso di mancata “impugnazione” del contratto di somministrazione (poiché il lavoratore ricorreva allegando unicamente l’invalidità del contratto di lavoro, chiedendo l’accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro in capo all’impresa utilizzatrice, senza eccepire alcunché in ordine ad eventuali profili di illegittimità riguardanti il contratto commerciale di somministrazione), il Tribunale ha ritenuto di poter comunque verificare la legittimità del ricorso al lavoro somministrato. Dopo una riflessione sui limiti del sindacato del giudice, la sentenza rileva che, alla luce delle allegazioni sul punto prodotte dall’utilizzatore e dell’istruttoria espletata, la ragione dedotta dall’utilizzatore non fosse corrispondente al vero

e che ciò fosse di per sé sufficiente a considerare sussistente un'ipotesi di somministrazione irregolare, con conseguente costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore (Trib. Napoli 3 febbraio 2011).

3. La somministrazione irregolare e i "confini" della responsabilità dell'utilizzatore.

Per espressa previsione legislativa, il diritto di chiedere la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore (senza che occorra chiamare in giudizio anche il somministratore, stante l'insussistenza di un litisconsorzio necessario tra gli stessi) è esercitabile, *ex* articolo 27 decreto legislativo n. 276/2003, in caso di violazione di disposizioni che disciplinano esclusivamente il contratto di somministrazione, con conseguente imputazione del rapporto di lavoro in capo all'impresa utilizzatrice (nonché, in caso di somministrazione a termine, con la conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato).

A fronte del dato testuale, si deve, peraltro, rilevare che la somministrazione è una fattispecie negoziale complessa, in cui l'obbligo di eseguire la prestazione a favore del terzo si perfeziona con il concorso di due contratti, quello di somministrazione e quello di lavoro somministrato. Il collegamento esistente tra i medesimi conduce, quindi, ad interrogarsi se, in presenza di vizi formali e/o sostanziali del solo contratto di lavoro, si debba comunque imputare all'utilizzatore la conseguenza sanzionatoria prevista dall'articolo 27, decreto legislativo n. 276/2003.

Come si è già accennato nel paragrafo precedente, a livello giurisprudenziale la questione è emersa ogniqualvolta il lavoratore ha impugnato in giudizio esclusivamente il contratto di lavoro a termine stipulato con l'agenzia fornitrice, contestando la genericità della causale in esso indicata (identica a quella del contratto di somministrazione), ed ha convenuto l'impresa utilizzatrice per chiedere l'imputazione del rapporto di lavoro in capo a quest'ultima.

In tali ipotesi l'autorità giudicante ha frequentemente osservato, innanzitutto, che le ragioni richieste dall'articolo 20 per il contratto di somministrazione a termine devono essere riprodotte anche nel contratto di lavoro, in quanto l'articolo 1, decreto legislativo n. 368/2001, richiamato dall'articolo 22, decreto legislativo n. 276/2003, riproduce il disposto dell'articolo 20: la sanzione di cui all'articolo 27 del decreto legislativo n. 276/2003 non potrebbe, quindi, essere evitata, «laddove sia carente

una sufficiente specificazione delle ragioni giustificative nel contratto di lavoro somministrato, semplicemente tramite una dimostrazione di motivazioni dettagliate per la prima volta negli atti processuali, poiché [...] la disciplina presuppone che il testo negoziale di cui all'art. 22, comma 2, sia completo dell'elemento di carattere formale attinente alla specificazione delle causali»⁽³⁾.

La giurisprudenza, peraltro, ha spesso osservato che, in ogni caso, deve sempre ritenersi sussistente, in capo all'utilizzatore, l'onere di conoscere e controllare l'esatto contenuto del contratto di lavoro somministrato: «l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti legittimanti la scissione tra la gestione normativa e la gestione tecnico-produttiva del lavoratore [...] ricade sul datore di lavoro, al quale spetta di dimostrare le condizioni che giustificano il ricorso a uno schema che del tutto si discosta da quello tipico nel quale si riscontra, invece, identità tra il soggetto gestore dell'uno e dell'altro aspetto del rapporto»⁽⁴⁾.

Nei casi menzionati, dunque, il Tribunale, dopo aver accertato la mancata specificazione delle causali del contratto di lavoro impugnato dal lavoratore e che l'utilizzatore, a sua volta, non aveva comunque fornito prova concreta della specificità delle ragioni indicate nel contratto di somministrazione (contratto, talvolta, neppure prodotto in giudizio dall'utilizzatore, cfr. App. Bari 26 gennaio 2012; Trib. Bologna 8 febbraio 2008) ha applicato la sanzione *ex* articolo 27, decreto legislativo n. 276/2003 nei confronti dell'impresa utilizzatrice.

Non sono mancate, peraltro, ipotesi in cui, impugnato dal ricorrente il solo contratto di lavoro e convenuto in giudizio l'utilizzatore, il giudice ha applicato tale sanzione solo in forza della genericità della causale apposta al suddetto contratto, ritenendo addirittura superfluo l'esame specifico delle questioni attinenti il contratto di somministrazione (cfr. ancora Trib. Milano 4 luglio 2007).

Per contro, in altre recenti sentenze, in cui il lavoratore ha fatto valere vizi del contratto di lavoro, per assenza e/o genericità delle ragioni in esso indicate, convenendo l'impresa utilizzatrice, l'autorità giudicante ha osservato che «ipotetici vizi del contratto di assunzione – vuoi per difetto della forma scritta, eventualmente richiesta, vuoi per mancata o insufficiente specificazione delle ragioni che giustificano l'apposizione

⁽³⁾ Così Trib. Milano 4 luglio 2007, in *D&L*, 2007, 1089 ss.; negli stessi termini, App. Torino 2 maggio 2011, n. 1269, in *RGL*, 2012, II, 79 ss.; Trib. Monza, 27 ottobre 2009, in *D&L*, 2009, 984 ss.; Trib. Bologna, 8 febbraio 2008, in *RGL*, 2008, II, 946 ss.

⁽⁴⁾ Così Trib. Milano 24 gennaio 2007, in *RGL*, 2007, II, 681 ss.; cfr. anche Trib. Milano 4 luglio 2007, in *D&L*, 2007, 1089 ss.

del termine – potranno essere fatte valere dal lavoratore solo nei confronti dell’Agenzia, datrice di lavoro, e non potranno ricadere sull’utilizzatore, involgendo vicende estranee alla sua sfera di controllo»⁽⁵⁾.

Deve, tuttavia, precisarsi che nelle singole fattispecie menzionate l’affermazione di tale principio ha condotto ad esiti difformi: in alcuni casi, infatti, poiché il lavoratore, oltre ad impugnare il contratto di lavoro, aveva contestato in giudizio anche l’insussistenza, in concreto, delle ragioni indicate nel contratto di somministrazione, il Tribunale, ritenuta questa contestazione fondata, ha comunque condannato l’utilizzatore (cfr. Trib. Roma 3 maggio 2011; Trib. Roma 28 dicembre 2010; Trib. Milano 23 dicembre 2010, 29 gennaio 2009 e 10 agosto 2007). In altre ipotesi, invece, dal momento che il lavoratore aveva contestato la genericità della causale del contratto di lavoro senza muovere alcuna contestazione nei confronti dell’impresa utilizzatrice, l’autorità giudicante ha rigettato il ricorso⁽⁶⁾.

Il quadro giurisprudenziale mostra, quindi, come la lettura dell’ambito di applicazione dell’articolo 27 del decreto legislativo n. 276/2003 non sia ad oggi univoca.

Nei casi di somministrazione a termine, infatti, l’orientamento maggioritario tende ad “allargare” i confini di responsabilizzazione della impresa utilizzatrice, addebitandole le conseguenze sanzionatorie della assenza e/o genericità delle causali del contratto di lavoro (spesso, a fronte della mancata prova, in ordine alla sussistenza o specificità delle medesime, anche nel relativo contratto di somministrazione; talvolta, senza neppure richiedere all’utilizzatore di fornire tale prova in giudizio).

L’orientamento minoritario, al contrario, esclude che l’assenza o l’insufficiente specificazione delle causali del contratto di lavoro possa determinare, *ex se*, l’imputazione del rapporto di lavoro in capo all’impresa utilizzatrice e, dunque, in caso di mancata impugnazione e/o contestazione del contratto di somministrazione, non applica la sanzione dell’articolo 27, decreto legislativo 276/2003. Ciò in forza del dato testuale per cui tale sanzione non contempla, nel suo ambito applica-

⁽⁵⁾ Così Trib. Treviso 29 febbraio 2012, inedita; negli stessi termini, Trib. Roma 3 maggio 2011, in *LG*, 2011, 964 ss.; Trib. Bassano del Grappa 22 marzo 2011; Trib. Roma 28 dicembre 2010, in *OGL*, 2011, 924 ss.; Trib. Milano 23 dicembre 2010, est. Pattumelli, inedita; Trib. Prato 19 maggio 2010, in *FI*, 2010, 12, 3565 ss.; Trib. Milano 29 gennaio 2009, in *RIDL*, 2010, II, 23 ss.; Trib. Milano 10 agosto 2007, est. Porcelli, in *D&L*, 2007, 1089 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. Trib. Padova 24 gennaio 2012, n. 91 e 92, entrambe massimate in *GLav*, 2012, 20, 25; Trib. Bassano del Grappa 22 marzo 2011; Trib. Prato 19 maggio 2010.

tivo, la violazione delle disposizioni sul rapporto di lavoro somministrato.

È evidente che l'accoglimento dell'una o dell'altra tesi prospettata implica una determinata valutazione dei rapporti sussistenti tra il contratto di lavoro e il contratto di somministrazione.

I tribunali che aderiscono all'orientamento prevalente ravvisano l'esistenza di uno stretto collegamento funzionale tra i due contratti, sul presupposto che la prestazione a favore del terzo si perfezioni con il contemporaneo concorso di ambedue gli schemi negoziali, ciascuno dei quali non è autosufficiente al fine di produrre l'effetto obbligatorio. Questa giurisprudenza recepisce, dunque, la posizione dottrinale di quanti ritengono inscindibile il contratto di somministrazione da quello di lavoro, al punto che quest'ultimo non potrebbe neppure stipularsi in assenza di un valido contratto di somministrazione, in ossequio al principio *simul stabunt simul cadent* ⁽⁷⁾.

Le più recenti pronunce che, invece, tendono ad ampliare l'area di responsabilità dell'agenzia di somministrazione, aderiscono alla tesi di alcuni autori per i quali il contratto di lavoro è idoneo a produrre i propri effetti indipendentemente dalla stipulazione o concreta attuazione di un contratto di somministrazione. Parte della dottrina ha, infatti, osservato che, potendo il contratto di lavoro essere stipulato anche a tempo indeterminato, ed essendo il medesimo sottoscritto in vista di una somministrazione solo futura e ipotetica, è da escludere che l'eventuale invalidità del contratto di somministrazione possa pregiudicare anche l'altro contratto. Inoltre, gli elementi di specialità che il decreto legislativo n. 276/2003 prevede per il contratto di lavoro operano solo sul piano della disciplina degli effetti del rapporto e dal momento in cui il lavoratore viene destinato all'utilizzatore, di talché, fino a quel momento, il contratto di lavoro può produrre per intero i propri effetti ordinari.

⁽⁷⁾ Cfr., tra gli altri, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, 282; R. ROMEI, *Somministrazione di lavoro, Sub. art. 20*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2007, 275; in relazione al precedente assetto normativo *ex lege* n. 196/1997, cfr. A. MARESCA, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, vol. III, 176; L. CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *RIDL*, 1999, I, 65; la teoria dell'interdipendenza funzionale tra i due contratti è stata affermata, in riferimento alla normativa previgente, anche dalla giurisprudenza di legittimità: cfr., da ultimo, Cass. 5 luglio 2011, n. 14715, in *RGL*, 2012, II, 78 ss.; Cass. 24 giugno 2011, n. 13961, in *RIDL*, 2012, II, 66 ss.; Cass. 27 febbraio 2003, n. 3020, in *FI*, 2003, I, 1029 ss.

Conferma di ciò si rinverrebbe, ad esempio, nell'articolo 21, comma 3, del decreto legislativo n. 276/2003, per cui la comunicazione dell'agenzia fornitrice al lavoratore delle informazioni relative al contratto di somministrazione può essere effettuata all'atto dell'invio del medesimo presso l'utilizzatore; oppure, nel fatto che il consenso del lavoratore all'utilizzo, nell'ambito di una somministrazione di manodopera, può riferirsi ad uno o più contratti di somministrazione futuri ed indeterminati, e può intervenire in un momento successivo alla stipulazione del contratto di lavoro ⁽⁸⁾.

Ove si aderisca a questa tesi, è coerente con la medesima che la violazione della disciplina di cui al decreto legislativo n. 368/2001 – in termini di mancata e/o insufficiente specificazione delle causali del contratto di lavoro somministrato – possa incidere solo sull'agenzia fornitrice. Questo "principio", peraltro, può ritenersi conforme anche all'idea che l'utilizzatore, nella prassi, non disponga sempre delle conoscenze fattuali o delle competenze giuridiche sufficienti per esercitare un adeguato controllo sul contenuto del contratto stipulato tra agenzia fornitrice e lavoratore. Dunque, risulterebbe inconferente "iperresponsabilizzare" l'impresa utilizzatrice anche laddove l'inosservanza della normativa inerisse esclusivamente il contratto di lavoro somministrato.

Allo stato, comunque, i dubbi interpretativi in ordine al campo di applicazione della somministrazione irregolare e ai profili di responsabilità dell'utilizzatore e del somministratore non possono dirsi risolti. Ne è riprova, innanzitutto, il fatto che nelle – poche – fattispecie in cui l'utilizzatore ha chiamato in garanzia l'agenzia fornitrice, la domanda non è stata accolta ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Cfr. M. PERSIANI, *I nuovi contratti di lavoro*, Utet giuridica, Milano, 2010, 650 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, 131; P. ICHINO, *Prime note sulla somministrazione di lavoro nel D.Lgs. n. 276 del 2003*, in *GC*, 2004, 2, 71 ss.; V. SPEZIALE, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in *q. Rivista*, 2004, 2, 295 ss.; A. PERULLI, *Commento all'art. 3, commi 1 e 4, l. n. 196/97*, in A. GENTILI (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Cedam, Padova, 1999, 184.

⁽⁹⁾ Cfr. Trib. Milano 31 maggio 2010, in *D&L*, 2010, 1085 ss., e Trib. Brescia 30 aprile 2008, per casi in cui la chiamata in garanzia è stata effettuata per imputare al somministratore l'assenza di specificità delle ragioni della somministrazione a termine; App. Venezia 24 marzo 2011, n. 779, e Trib. Roma 19 novembre 2009, n. 17775, entrambe inedite, in cui la domanda è stata respinta in quanto l'utilizzatore si era limitato a prospettare una responsabilità del somministratore senza specificamente indicare quale fosse l'inadempimento allo stesso imputabile.

Inoltre, solo in limitate ipotesi, come già si è detto, l'autorità giudicante, dinanzi alla sola contestazione di illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro e alla chiamata in causa dell'impresa utilizzatrice, ha rigettato il ricorso senza valutare i contenuti del contratto di somministrazione (cfr., ancora, Trib. Padova 24 gennaio 2012, n. 91 e 92; Trib. Bassano del Grappa 22 marzo 2011; Trib. Prato 19 maggio 2010).

Le questioni sollevate in relazione ai profili di responsabilità dell'utilizzatore e dell'agenzia di somministrazione vengono meno, invece, laddove quest'ultima assuma a tempo indeterminato lavoratori da inviare in missione, a termine, presso uno o più utilizzatori. In tal caso, infatti, si realizza una "disconnessione" tra il contratto di lavoro e quello di somministrazione che esclude l'eventualità di una sovrapposizione di causali. Inoltre, il decreto legislativo n. 276/2003 detta alcune regole peculiari in ordine ai contenuti del contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato, di talché la violazione delle stesse dovrà necessariamente ripercuotersi esclusivamente sull'agenzia fornitrice (si pensi al caso di inosservanza dell'articolo 20, comma 2, per cui i lavoratori rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non svolgono la prestazione «salvo che esista giusta causa o giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro»; oppure, all'eventuale violazione dell'articolo 22, comma 3, per cui nel contratto di lavoro deve essere indicata la misura dell'indennità mensile di disponibilità corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi in cui il medesimo rimane in attesa di assegnazione).

Quanto al regime della proroga, deve osservarsi che il decreto legislativo n. 276/2003 regola la medesima solo in riferimento al contratto di lavoro, rinviando per la relativa disciplina al contratto collettivo applicato dal somministratore. In proposito, il Ccnl delle agenzie di somministrazione aderenti ad Assolavoro del 24 luglio 2008 stabilisce che «il periodo iniziale può essere prorogato con il consenso del lavoratore e, ai soli fini probatori, deve essere formalizzato con atto scritto [...] nel caso di somministrazione per la sostituzione di lavoratori assenti, il periodo iniziale della missione può essere prorogato fino alla permanenza delle ragioni che hanno causato le assenze» (articolo 42); il Ccnl delle agenzie aderenti ad Alleanza lavoro del 27 ottobre 2008, invece, prevede che «il periodo iniziale della missione può essere prorogato fino alla permanenza delle causali che lo hanno posto in essere» (articolo 34). È evidente, dunque, che le considerazioni giurisprudenziali espresse in relazione ai vizi del contratto di lavoro per assenza e/o indeterminatezza della relativa causale sono estensibili anche alla proroga (si veda Trib. Brindisi 23 aprile 2010, inedita, in cui il lavoratore

aveva contestato l'illegittimità della proroga apposta al contratto di lavoro e chiamato in causa l'utilizzatore *ex* articolo 27, decreto legislativo n. 276/2003: il giudice, verificata la regolarità formale e sostanziale della proroga, ha rigettato il ricorso osservando che «anche qualora la somministratrice avesse violato la disciplina legale o contrattuale in materia di proroga [...] le conseguenze non possono che ricadere nei confronti del somministratore verso il quale parte ricorrente non ha formulato nessuna domanda»).

A ciò si aggiunga, comunque, che una responsabilità del somministratore dovrebbe ravvisarsi anche in caso di violazione dei limiti massimi di proroga previsti nei contratti collettivi menzionati (per il Ccnl del 24 luglio 2008, «il periodo di assegnazione iniziale può essere prorogato per 6 volte nell'arco di 36 mesi»; per il Ccnl del 27 ottobre 2008, «il periodo di assegnazione iniziale può essere prorogato per 6 volte nell'arco di 24 mesi»). In questa ipotesi, infatti, sarebbe irragionevole applicare le relative conseguenze sanzionatorie economiche (maggiorazione della retribuzione) e civilistiche (trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato) all'impresa utilizzatrice, sia perché il dato normativo non lo prevede, sia perché si finirebbe per vincolare all'osservanza del contratto collettivo delle agenzie di somministrazione l'utilizzatore, che risulta estraneo alla sfera di operatività del medesimo ⁽¹⁰⁾.

In conclusione, può osservarsi come la più recente giurisprudenza di merito, almeno parzialmente, anche sulla scorta delle posizioni dottrinali emerse in materia, sia propensa a delimitare i "confini" di responsabilità dell'utilizzatore, o, quanto meno, a riconoscere un ruolo più incisivo all'agenzia fornitrice, in ragione del fatto che il contratto di lavoro stipulato tra la medesima e il lavoratore si pone, nei confronti dell'utilizzatore, quale *res inter alios acta*. Non può, comunque, trascurarsi che l'incidenza concreta delle problematiche inerenti i profili di responsabilità del somministratore e dell'utilizzatore è presumibilmente destinata ad attenuarsi: da un lato, a fronte di quanto recentemente stabilito nel decreto legislativo n. 24/2012, che ha escluso l'onere di indicazione delle ragioni *ex* articolo 20, comma 4, decreto legislativo n. 276/2003 in caso di utilizzo di lavoratori "svantaggiati" o percettori di ammortizzatori sociali; dall'altro, in considerazione dei contenuti dell'articolo 1, comma 9, della legge n. 92/2012, che ha previsto la "a-

⁽¹⁰⁾ Cfr. S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, cit., 360 ss.; L. ZAPPALÀ, *Sub art. 22*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 343.

causalità” della prima missione, ove non superiore a dodici mesi, nell’ambito di un contratto di somministrazione a termine.

4. Il regime sanzionatorio della somministrazione a termine irregolare dopo la legge n. 183/2010.

Come noto, l’articolo 32, comma 5, della legge n. 183/2010 ha previsto che «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un’indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell’articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604» (ai sensi del sesto comma, l’indennità è ridotta della metà qualora il datore di lavoro abbia stipulato, con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, contratti o accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali che prevedano l’assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell’ambito di specifiche graduatorie). Il riferimento alle ipotesi di «conversione del contratto a tempo determinato» ha posto all’attenzione degli interpreti, già in sede di prima lettura della norma, l’interrogativo se tale indennità onnicomprensiva si applicasse anche ai casi di somministrazione di lavoro a termine irregolare o se, invece, dovessero continuare ad applicarsi a quest’ultima fattispecie i principî elaborati da una consolidata giurisprudenza di legittimità, che ha sempre riconosciuto al lavoratore un risarcimento del danno quantificabile nelle retribuzioni *medio tempore* maturate dalla data di messa a disposizione delle proprie energie lavorative a quella di riammissione in servizio (si veda per tutte Cass. 2 luglio 2009, n. 15515) ⁽¹⁾.

Sull’applicabilità dell’articolo 32, comma 5, alla somministrazione a termine la giurisprudenza di merito appare divisa.

Un primo orientamento ne esclude l’applicabilità sulla base di tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, facendo leva sul tenore letterale dell’articolo 32, si osserva che, ove il legislatore ha inteso prendere in considerazione la somministrazione, lo ha fatto con disposizioni *ad hoc* (ad esempio nell’articolo 32, comma 4, lettera *d*, in relazione al nuovo regime di impugnazione dei licenziamenti). L’articolo 32, comma 5, pertanto, fa-

⁽¹⁾ In *MGL*, 2009, 723 ss.

cendo esclusivo riferimento al «contratto a tempo determinato» non può ritenersi estensibile alla somministrazione⁽¹²⁾.

All'argomento letterale si affianca poi in alcune sentenze la considerazione per cui l'articolo 32 si presenta come derogatorio rispetto ai principi generali civilistici, in quanto introduce una forma forfettizzata di risarcimento in deroga a quanto previsto per l'inadempimento *ex* articolo 1223 e ss. c.c. (risarcimento pari alle retribuzioni perdute dalla costituzione in mora). Pertanto, a fronte del carattere eccezionale della disposizione, se ne esclude qualsivoglia interpretazione estensiva o analogica tale da ricomprendere nel suo campo applicativo la fattispecie della somministrazione irregolare⁽¹³⁾.

L'ulteriore argomentazione, particolarmente rilevante, addotta in numerose pronunce, è quella di carattere sistematico, fondata sull'idea che sussista una diversità giuridica tra l'istituto del contratto a termine e quello della somministrazione a termine di manodopera. Si osserva, infatti, che in quest'ultima fattispecie, in cui sono presenti due rapporti di lavoro, uno intercorrente tra l'utilizzatore e il somministratore, l'altro tra il questi ed il lavoratore, i vizi che determinano la costituzione del rapporto a tempo indeterminato in capo all'utilizzatore (*ex* articolo 27, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003) sono solo quelli relativi al contratto concluso tra il medesimo e l'agenzia di somministrazione. La sussistenza di tali vizi, dunque, non può dar luogo ad alcuna "conversione", bensì alla costituzione di un rapporto lavorativo tra soggetti prima non legati tra loro da alcun contratto, ovvero l'utilizzatore e il prestatore di lavoro.

Secondo tale orientamento, dunque, l'inapplicabilità del meccanismo risarcitorio forfettizzato deriverebbe dal fatto che, mentre l'azione di nullità del termine illegittimo consente la conversione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'originaria parte datoriale, l'articolo 27, comma 1, decreto legislativo n. 276/2003 prevede la costituzione di un rapporto di lavoro non con il formale datore, bensì con il terzo utilizzatore della prestazione. Il Tribunale di Milano, in particolare, ha af-

⁽¹²⁾ Cfr., *ex multis*, Trib. Napoli 8 febbraio 2011, in *NGL*, 2011, 175 ss.; App. Torino 2 marzo 2011, n. 1269, in *Boll. ADAPT*, 2011, n. 27; Trib. Bergamo 10 marzo 2011, in *D&L*, 2011, 855 ss.; App. Venezia 5 ottobre 2011, n. 544, massimata in *GLav*, 2011, 45, 44, e 21 ottobre 2011, n. 580, in *Boll. ADAPT*, 2012, n. 9; Trib. Torino 18 gennaio 2012, massimata in *GLav*, 2012, 17, 56; App. Venezia 20 febbraio 2012, inedita.

⁽¹³⁾ Si vedano, in particolare, Trib. Napoli 10 febbraio 2011, in *Boll. ADAPT*, 2011, 22; App. Venezia 5 ottobre 2011, n. 544, e 20 febbraio 2012; App. Venezia 28 giugno 2011, inedita.

fermato che l'articolo 32, comma 5 «non pare riferibile alla fattispecie di cui all'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, atteso che il contratto di somministrazione (il contratto cd. "commerciale" tra utilizzatore e somministratore) ed il contratto di lavoro (il contratto tra somministratore e lavoratore), per quanto collegati, sono tra loro separati, e che l'art. 27, comma 1 prevede la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro tra l'utilizzatore ed il lavoratore e non la sostituzione dell'utilizzatore al somministratore nel contratto di lavoro da questi stipulato con il lavoratore»⁽¹⁴⁾.

Questa posizione giurisprudenziale, nel ravvisare un'obiettiva eterogeneità tra la fattispecie del contratto a termine e quella del lavoro somministrato, si pone, peraltro, in linea con quanto osservato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 303/2011, con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 32, commi 5, 6 e 7 della legge n. 183/2010. In tale pronuncia, infatti, la Corte, nel precisare che «il contratto di lavoro subordinato con una clausola viziata (quella, appunto, appositiva del termine) non può essere assimilato ad altre figure illecite», ha aggiunto che «altro ancora, infine, è la somministrazione irregolare di manodopera, quando un imprenditore fornisce personale ad un altro al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge» (cfr. C. Cost. 9 novembre 2011, n. 303)⁽¹⁵⁾.

Non mancano, tuttavia, pronunce di merito che sostengono l'applicabilità dell'indennità onnicomprensiva introdotta dall'articolo 32, comma 5, anche alla somministrazione, in ciò avallando l'interpretazione della recente dottrina espressasi sul punto⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Così Trib. Milano 2 dicembre 2010, n. 5058, in *D&L*, 2010, 1052 ss.; Trib. Milano 28 novembre 2011, in *D&L*, 2011, 861 ss.; negli stessi termini si veda anche App. Venezia 20 febbraio 2012, per cui «nelle ipotesi di somministrazione il tratto caratterizzante è la modificazione soggettiva dell'originario rapporto di lavoro, mentre la conversione è solo un effetto successivo e derivato»; App. Torino 2 marzo 2011, n. 126; Trib. Bergamo 10 marzo 2011; App. Venezia 28 giugno 2011 e 5 ottobre 2011; App. Torino 18 gennaio 2012.

⁽¹⁵⁾ In *q. Rivista*, 2011, 1102 ss., con nota di A. BOLLANI, *Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in *MGL*, 2010, 905; M. MARAZZA, *Art. 32 della legge n. 183 del 2010. L'impatto del "Collegato Lavoro" sul contenzioso in materia di somministrazione*, documento Centro studi AIDP, 6 giugno 2011, in *www.aidp.it*; G. IANNIRUBERTO, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *MGL*, 2011, 17; M. LAMBERTI, *La somministrazione di manodopera dopo il c.d. Collegato lavoro: spunti di riflessione*, in *MGL*, 2011, 123.

In alcune sentenze si è precisato, infatti, che la novella legislativa, nel prevedere l'applicazione dell'articolo 32, comma 5 alle ipotesi di «conversione del contratto a tempo determinato», utilizza una formulazione atecnica e di carattere generale, di talché non è possibile escluderne a-prioristicamente l'applicazione a tipologie contrattuali diverse dal contratto di lavoro a tempo determinato⁽¹⁷⁾.

In una recente pronuncia del Tribunale di Treviso, peraltro, l'autorità giudicante, nel far proprio questo orientamento, ha osservato che dall'impianto della legge n. 183/2010 traspare la «volontà del legislatore di attenuare gli effetti economici e di incertezza prodottisi negli ultimi anni intorno all'impugnazione del contratto a tempo determinato e quindi a limitare gli effetti che l'eventuale lungo corso del giudizio a volte può determinare», non potendosi perciò ammettere una differenziazione di disciplina per il solo fatto che il contratto a termine sia stipulato nell'ambito della somministrazione di manodopera. Inoltre, «non può ammettersi un regime differenziato solo per l'ipotesi di somministrazione a termine se la tutela del lavoratore rispetto alla nullità del termine apposto al proprio contratto di lavoro è universale ed è la medesima in tutti i casi [...] l'art. 27 del D.Lgs. 276/03 usa il termine “costituzione” in luogo di “conversione”, ma è evidente che la *ratio* di protezione della norma è la stessa di quella che disciplina la conversione dei rapporti a termine irregolari in rapporti a tempo indeterminato»⁽¹⁸⁾. Le menzionate sentenze escludono poi qualsivoglia incompatibilità tra il contratto a termine stipulato ai sensi dell'articolo 1, decreto legislativo n. 368/2001 e quello stipulato in esecuzione di un contratto di somministrazione: «poiché l'azione di nullità dei contratti di somministrazione e di costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a carico dell'utilizzatore presuppone pur sempre la conversione di un contratto a tempo determinato (quello stipulato tra il ricorrente e l'Agenzia) nella fattispecie in esame ci si deve quindi attenere all'art.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Trib. Rovigo 1° febbraio 2011, massimata in *GLav*, 2011, 42, 42; Trib. Padova 29 novembre 2011, massimata in *GLav*, 2011, 50, 27; App. Bari 26 gennaio 2012, per cui «l'art. 32 [...] contiene una serie di norme che espressamente valgono anche per contratti a termine diversi da quelli disciplinati dal d.lgs. n. 276/2003, compreso quello di somministrazione [...]. Questa scelta del legislatore non può avere altro significato se non quello di rendere evidente che [...] essi soggiacciono alla medesima disciplina relativa all'impugnazione del rapporto, nella sua fase conclusiva e [...] patologica».

⁽¹⁸⁾ Così Trib. Treviso 29 febbraio 2012, inedita; dello stesso avviso, in precedenza, anche Trib. Napoli 17 novembre 2011, massimata in *GLav*, 2012, 8, 18; Trib. Brescia, 12 gennaio 2012, massimata in *GLav*, 2012, 7, 30.

32, comma 5, legge n. 183/2010 ai fini della liquidazione del danno»⁽¹⁹⁾.

Il Tribunale di Roma, in particolare, già all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 183/2010 ha ritenuto applicabile l'articolo 32, comma 5, alla somministrazione a termine sul presupposto che le ragioni legittimanti quest'ultima traggono fondamento da una clausola a contenuto generale, di fatto sovrapponibile a quanto disposto dall'articolo 1, decreto legislativo n. 368/2001, e che, a regolamentazione del contratto intercorrente tra il somministratore e il lavoratore, la disciplina in materia di contratto a termine risulta espressamente richiamata, sebbene compatibilmente con la specialità della somministrazione e con alcune peculiari limitazioni⁽²⁰⁾.

Significativo in merito anche quanto recentemente affermato dalla Corte di Appello di Bari, per cui «il contratto di lavoro collegato alla somministrazione è in tutto e per tutto un contratto di lavoro disciplinato – in caso di contratto a tempo indeterminato – dall'articolo 2094 e ss. c.c. e – in caso di contratto a termine – dal decreto legislativo n. 368 del 2001 [...] È lo stesso legislatore a prevederlo in modo espresso nell'art. 22 del d.lgs. n. 276/2003 [...] Neppure si ravvisa un'incompatibilità per così dire ontologica tra la conversione del contratto a termine e quella dell'analogo contratto stipulato in conseguenza della somministrazione [...] La giurisprudenza non dubita che tutte e tre le disposizioni [artt. 5, d.lgs. n. 368/2011, 21, comma 4 e 27, d.lgs. n. 276/2003] prevedano delle ipotesi di nullità del contratto per contrasto con norme imperative [...] la cui sanzione è costituita dalla conversione "ex lege" del rapporto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato».

Deve infine osservarsi che alcuni giudici, nell'affermare l'applicabilità dell'articolo 32, comma 5 alla somministrazione, hanno precisato, in relazione alla sentenza con cui è stata dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione (cfr. ancora C. Cost. n. 303/2011), che «la Consulta si è limitata, con un mero *obiter dictum*, ad escludere che il contratto di somministrazione possa fungere da *tertium comparationis* al fine di sindacare la legittimità o illegittimità della norma, stante la "alterità" del contratto di somministrazione irregolare di manodopera rispetto al contratto di lavoro subordinato con una clausola viziata, quale quella appositiva del termine [...] Questo semplice

⁽¹⁹⁾ Così Trib. Padova 4 febbraio 2011, massimata in *GLav*, 2011, 9, 12 ss.; cfr. anche Trib. Treviso 29 febbraio 2012; Trib. Napoli 17 novembre 2011; Trib. Treviso 29 febbraio 2012; App. Brescia 21 maggio 2012, inedita.

⁽²⁰⁾ Cfr. Trib. Roma 30 novembre 2010, n. 18986, e 1° dicembre 2010, n. 19101, entrambe massimate in *GLav*, 2011, 1, 12.

riferimento all'“alterità” non può evidentemente essere interpretato come “pacifica” esclusione dell'applicazione dell'articolo 32 al contratto *de quo*» (così App. Bari 26 gennaio 2012; negli stessi termini, Trib. Padova 29 novembre 2011, per cui l'*obiter dictum* della Corte costituzionale è un «inciso privo di specifico supporto motivazionale ed argomentativo»).

Il quadro giurisprudenziale delineato mostra dunque chiaramente come l'elemento scriminante, nei due orientamenti, sia rappresentato dalla differente considerazione che gli stessi manifestano in ordine ai rapporti intercorrenti tra l'istituto del contratto a tempo determinato e della somministrazione a termine. L'argomentazione letterale di cui alcuni giudici si avvalgono per negare l'applicabilità dell'articolo 32, comma 5, alla somministrazione è, infatti, superabile: se è pur vero che, quando il legislatore ha inteso nella norma prendere in considerazione la somministrazione, lo ha fatto espressamente (cfr. articolo 32, comma 4), è altrettanto vero che l'articolo 32 richiama espressamente la disciplina del contratto a termine *ex* decreto legislativo n. 368/2001 solo nel terzo e nel quarto comma, ovvero in relazione ai nuovi termini di impugnazione del licenziamento, non nel quinto comma in punto di indennità risarcitoria. A prescindere, dunque, dal dato letterale, l'applicabilità del regime risarcitorio forfetizzato alla somministrazione è sostenibile, principalmente, ove si ravvisi una sostanziale omogeneità tra le fattispecie contrattuali sopra menzionate.

In proposito, può osservarsi che la somministrazione di manodopera presenta indubbiamente alcune peculiarità, caratterizzandosi per la presenza di un rapporto triangolare fondato su due contratti. Tale peculiarità trova conferma nel fatto che il richiamo alla disciplina del contratto a termine è ammessa «per quanto compatibile» e con specifiche limitazioni (cfr. articolo 22, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003; si veda anche l'articolo 20, comma 5-*ter*, introdotto dal decreto legislativo n. 24/2012, attuativo della direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale, che consente attualmente la stipulazione di un contratto di somministrazione “acausale” per l'utilizzo di lavoratori “svantaggiati” o percettori di trattamenti di disoccupazione ordinaria o di ammortizzatori sociali). È parimenti pacifico che, ove il giudice statuisca la costituzione *ex novo* di un rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato opera in relazione ad un soggetto che non è l'originaria parte datoriale, diversamente dall'ipotesi in cui si eccepisca la nullità del termine apposto al contratto di lavoro a tempo determinato.

Pur tuttavia, non può trascurarsi che tra il contratto commerciale e di lavoro somministrato sussiste uno stretto collegamento negoziale, tale per cui gli stessi, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo negoziale, alla cui disciplina rimangono sottoposti, sono funzionalmente collegati al medesimo scopo, ovvero garantire lavoro subordinato ad un soggetto che, per quanto non sia il formale datore di lavoro, esercita i poteri di quest'ultimo⁽²¹⁾.

Conferma di ciò potrebbe rinvenirsi nel fatto che, in caso di somministrazione irregolare, tutti gli atti di gestione del contratto e del rapporto in precedenza compiuti dal somministratore sono imputati all'utilizzatore (articolo 27, comma 2, decreto legislativo n. 276/2003), di talché il contratto che si costituisce tra utilizzatore e lavoratore finisce sostanzialmente per assumere i contenuti del contratto già stipulato tra quest'ultimo e il somministratore.

Ove si aderisse a questa interpretazione, il contenzioso relativo al contratto a termine, originariamente stipulato dal somministratore, potrebbe quindi considerarsi a tutti gli effetti come un ordinario contenzioso relativo ai contratti a tempo determinato instaurati tra l'impresa utilizzatrice ed il lavoratore, sì da legittimare il ricorso al regime risarcitorio speciale introdotto dall'articolo 32, comma 5.

⁽²¹⁾ Cfr., da ultimo, in relazione al rapporto di lavoro interinale *ex lege* n. 196/1997, Cass. 5 luglio 2011, n. 14715, in *RGL*, 2012, II, 78 ss., per cui «si è in presenza di [...] una interdipendenza funzionale dei diversi atti negoziali – il contratto di fornitura e il contratto per prestazione di lavoro temporaneo – quest'ultimo venendo dalla società fornitrice concluso allo scopo, noto all'utilizzatore, di soddisfare l'interesse di quest'ultimo ad acquisire la disponibilità di prestazioni di lavoro – rivolta a realizzare una finalità pratica unitaria»; negli stessi termini, Cass. 24 giugno 2011, n. 13961, in *RIDL*, 2012, II, 66 ss.; Cass. 27 febbraio 2003, n. 3020, in *FI*, 2003, I, 1029 ss.; in dottrina l'idea del collegamento funzionale tra i due contratti è sostenuta, tra gli altri, da O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, 282; R. ROMEI, *Somministrazione di lavoro*, *Sub. art. 20*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., 275; in relazione al precedente assetto normativo *ex lege* n. 196/1997, cfr. A. MARESCA, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro*, cit., vol. III, 176; A. PERULLI, *Profili del collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *RGL*, 1999, 237 ss.; L. CORAZZA, *Dissociazione dei poteri datoriali e collegamento negoziale nel lavoro temporaneo*, in *RIDL*, 1999, I, 65.

5. La somministrazione a tempo indeterminato.

Assai più scarna, essenzialmente in ragione della minore diffusione dell'istituto, è la produzione giurisprudenziale in materia di somministrazione a tempo indeterminato.

Il principale problema posto dallo *staff leasing* concerne i requisiti di accesso. In particolare, ci si è chiesti se anche in caso di somministrazione a tempo indeterminato debbano comunque ricorrere le ragioni organizzativo-tecnico-produttive richieste per la somministrazione a termine e se sia possibile ricorrere allo *staff leasing* in relazione ad attività coincidenti con il *core business* dell'impresa utilizzatrice.

Varrà ricordare che la dottrina si è espressa in modo non univoco.

Secondo una prima lettura, che muove a partire dall'articolo 1 comma 2, lettera *m*, della legge delega n. 30/2003, in caso di somministrazione a tempo indeterminato devono comunque ricorrere le ragioni tecniche organizzative produttive determinanti la decisione dell'imprenditore di non avvalersi di lavoro standard. Sull'utilizzatore incomberebbe quindi l'onere di provare: 1) la sussistenza di una delle suddette ragioni oggettive legittimanti il ricorso al lavoro somministrato; 2) il nesso di causalità tra la detta ragione e la scelta di ricorrere al lavoro somministrato; 3) che l'attività svolta dai lavoratori somministrati rientra in una delle attività consentite dalla legge o dalla contrattazione collettiva⁽²²⁾.

Secondo una diversa tesi, il riferimento alla sussistenza delle ragioni obiettive contenute nella legge delega non dovrebbe dirsi vincolante nella somministrazione a tempo indeterminato, in quanto ciò imporrebbe un'attuazione dell'istituto contraria al precetto costituzionale della libertà di iniziativa economica privata, così che sull'utilizzatore incomberebbe solo l'onere di dimostrare che l'attività rientra effettivamente tra quelle ammesse dalla legge o dal contratto collettivo⁽²³⁾.

Infine, una terza lettura ritiene che sia stato lo stesso legislatore ad avere concretizzato le ragioni tecniche organizzative e produttive di cui alla legge delega in specifiche attività, ritenendo che in queste siano di

⁽²²⁾ M.T. CARINCI, *La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. CARINCI (a cura di), *Commentario al Dlgs 10 settembre 2003 n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, tomo II.

⁽²³⁾ P. ICHINO, *Somministrazione di lavoro*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2009.

per sé già realizzate quelle ragioni a cui fa riferimento la legge delega⁽²⁴⁾.

In questo dibattito dottrinale la giurisprudenza si è inserita con approcci variegati.

Tra le pronunce, invero limitate, di cui si ha notizia, alcune affermano che la somministrazione a tempo indeterminato è legittima ove abbia per oggetto una delle attività previste dalla legge o dal contratto collettivo, anche se tale attività coincida con l'attività principale svolta dall'utilizzatrice (Trib. Torino 11 marzo 2010, n. 604; Trib. Torino 3 luglio 2010 n. 1014; Trib. Roma 19 novembre 2010, n. 18385).

In particolare, il Tribunale di Roma respinge la prospettazione dei ricorrenti, secondo cui la legittimità dello *staff leasing* sarebbe limitata alle sole attività di cui all'articolo 20 comma 3 ove completamente esternalizzate e/o comunque estranee per contenuti professionali alle attività dell'utilizzatrice; detta tesi è, ad avviso del Tribunale, «contraria alla *ratio* della norma citata che mira a tipizzare legalmente le esigenze organizzative e produttive per tipologie di attività». La sentenza peraltro sottolinea che, a conferma dell'inesistenza di un divieto legale di ricorrere allo *staff leasing* per lo svolgimento di attività rientranti nel *core business* dell'utilizzatrice, «vale richiamare l'art. 2 comma 143 della Legge 191/2009 che legittima lo *staff leasing* per tutti i settori produttivi pubblici e privati per l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e a sostegno della famiglia, parallelamente all'abrogazione del comma 46 dell'art. 1 della Legge n. 247/2007 che aveva soppresso l'istituto».

Intervenuto su questione analoga, il Tribunale di Torino con la sentenza del 3 luglio 2010, ha rilevato che lo *staff leasing* deve intendersi in chiave aggiuntiva e non sostitutiva del lavoro di fornitura temporaneo: «è proprio con l'ampliamento delle possibilità di stipula dei contratti di somministrazione [...] che il legislatore ha preso atto della defluidificazione o destrutturazione dei confini d'impresa, per cui non pare più possibile delimitare, ai fini della regolarità della somministrazione le attività oggetto di impiego, riservandone talune ai lavoratori dipendenti ed altre ai lavoratori somministrati [...] diversamente dall'appalto non è affatto prevista quale condizione di liceità l'estraneità dell'attività somministrata rispetto al *core business* dell'attività svolta dall'utilizzatore».

(24) R. ROMEI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Edizione Scientifica, Napoli, 2004.

Di segno opposto, invece, sono altre due sentenze dello stesso Tribunale di Torino, secondo le quali la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato esigerebbe che le attività espressamente previste dall'articolo 20, comma 3, abbiano nel caso concreto carattere accessorio e non coincidente con l'attività principale svolta dall'utilizzatore. Nella sentenza del 26 luglio 2010, si rileva che «il minimo comun denominatore dei servizi elencati dall'art. 20 comma 3 è proprio la loro natura astrattamente accessoria rispetto al *core business* dell'impresa che li rende suscettibili di esternalizzazione da parte dell'imprenditore [...] diversamente opinando quale sarebbe la *ratio* che giustificerebbe il privilegio per le imprese esercenti in via principale le attività e i servizi elencati dall'art. 20 comma 3 di deviare dal modello tipico di lavoro subordinato a tempo indeterminato? E inoltre cosa impedirebbe a quelle stesse imprese di assumere esclusivamente somministrati privi delle garanzie previste dalla disciplina del rapporto a tempo indeterminato, specie in materia di recesso?». Tale ricostruzione sarebbe confortata, secondo la sentenza, proprio dalla stessa lettera h) dell'articolo 20 comma 3, in quanto «solo nell'unica ipotesi di attività che siano astrattamente riconducibili all'attività normalmente svolta dall'impresa e non già a servizi accessori rispetto ad essa, il legislatore ha avuto cura di esplicitare le limitazioni che negli altri casi sono apparse scontate». In conclusione, nella sentenza, che esplicitamente mutua i principi propri dell'appalto, si afferma che l'articolo 20 comma 3 «non consente un generalizzato ricorso alla somministrazione di lavoro alle imprese che svolgono le attività indicate, se non nei settori individuati dal legislatore, costituenti una porzione della complessiva articolazione aziendale».

La recente giurisprudenza in tema di somministrazione di lavoro – Riassunto.

Attraverso l'analisi della più recente giurisprudenza in tema di somministrazione di lavoro, le AA. mettono in evidenza le questioni connesse a tre principali ambiti tematici: le tecniche e le modalità del controllo giudiziale sulla sussistenza delle ragioni legittimanti il ricorso alla somministrazione e la disciplina delle proroghe; le conseguenze della somministrazione irregolare e l'applicabilità o meno alla somministrazione dell'indennità omnicomprensiva prevista dall'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010. L'analisi si apre con una riflessione sul rapporto intercorrente tra la disciplina della somministrazione e la disciplina del lavoro a termine, evidenziando come questi due istituti siano stati in più di un caso sovrapposti dai giudici di merito e legittimità, che conseguentemente hanno utilizzato gli stessi canoni ermeneutici (temporaneità e specificità) per giudicare della legittimità di un contratto a termine e di una somministrazione a termine. L'approfondimento prosegue mettendo in luce il diverso spazio concesso, nei diversi orientamenti giurisprudenziali, all'istruzione probatoria: in alcuni casi la questione attinente alla legittimità o meno del ricorso al

lavoro somministrato è decisa su base cartolare, in ragione della ritenuta genericità della causale del contratto di somministrazione, in altri, l'utilizzatore viene ammesso a provare l'effettiva sussistenza delle ragioni addotte nel contratto. In relazione alle conseguenze della somministrazione irregolare, le AA. oltre ad approfondire la tematica dell'imputazione del rapporto danno conto dei diversi orientamenti in tema di applicabilità o meno alla somministrazione dell'indennità risarcitoria omni-comprendensiva prevista dall'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010. L'analisi si conclude con un breve cenno alle rare, ma pur sempre dissonanti, pronunce in tema di somministrazione a tempo indeterminato.

Recent Decisions on Agency Work (Article in Italian) – Summary. *This paper comments on the most recent rulings on agency work, examining three aspects: the criteria used by the courts to assess the reasons justifying the recourse to agency work and rules regulating its extension; the consequences of illegal practices in this area, and the granting of compensation to agency workers as laid down by Article 32(5) of Law N. 183/2010. The paper starts with some considerations on the relationship between agency work and fixed-term employment, which are often considered on an equal footing in early and more recent case law rulings. Accordingly, the same criteria apply to evaluate the legitimacy of these two forms of employment (e.g. the temporary and specific nature of the project). The paper then goes on to highlight the different relevance assigned to evidence on the part of the courts before handing down a decision. In some cases, the allegedly general nature of the justifying reason is taken into account, while in other cases, it is the user-company that is asked to provide evidence to justify the recourse to agency work. In addition, in considering irregular forms of agency work, reference is made to the assignment of liability to the parties and to compensation for workers as laid down by Article 32(5) of Act No. 183/2010. The paper also briefly examines the few – yet discordant – rulings on open-ended agency work.*