

Il giurista del lavoro n. 11/2021

Somministrazione a tempo determinato e contratto a termine: una competizione che non dovrebbe esistere, ma che invece c'è

di Francesco Natalini – consulente del lavoro

Trattando di queste 2 fattispecie contrattuali è singolare constatare che esse siano spesso concorrenti tra loro (lasciando all'imprenditore, o più frequentemente, ai suoi consulenti, l'ardua scelta su quale adottare), perché in teoria esse dovrebbero sopperire a 2 esigenze aziendali non propriamente (e comunque non totalmente) coincidenti, nel momento in cui il contratto a termine è teso a soddisfare una domanda di lavoro oggettivamente temporanea e limitata nel tempo (da non necessitare di una stabilizzazione del rapporto), mentre la somministrazione nasce con il precipuo scopo di evitare l'impegno (e il costo) della ricerca, selezione e formazione di personale, a cui ovviamente si aggiunge, trattandosi di somministrazione a termine (e non di staff leasing), anche la temporaneità di tale bisogno.

Premessa

L'esperienza tipicamente italiana fa registrare un parziale snaturamento dei 2 istituti, che, sempre per la nota questione delle barriere all'uscita derivanti dalle norme vincolistiche sui licenziamenti, spesso vede le 2 fattispecie come strumenti contrattuali concorrenti per "provare" il lavoratore, prima di procedere a una stabilizzazione del rapporto e, anzi, sovente la somministrazione a tempo determinato si antepone (quale "prima prova") A un contratto "diretto" a tempo determinato, tant'è che il Legislatore, nel fissare il limite massimo di utilizzo dei rapporti a termine in 24 mesi (anche con più contratti), non a caso, cumula, in capo al datore, anche i periodi di lavoro in somministrazione a tempo determinato, per mansioni di pari livello e categoria legale, che lo hanno visto con il ruolo di utilizzatore ([articolo 19](#), comma 2, D.Lgs. 81/2015).

Fatta questa doverosa premessa, proverò a sintetizzare i punti di contatto e le divergenze, anche alla luce delle attuali modifiche normative apportate in ragione del periodo pandemico.

Credo che non sia il caso di insistere sulla diversità genetica dei 2 contratti, nel momento in cui, com'è noto, mentre il contratto a termine è un "classico" contratto di lavoro (anche se non ne rappresenta la

Clausole e accordi nel contratto di lavoro

“forma comune”, che, ai sensi di quanto sancito dall'[articolo 1](#), D.Lgs. 81/2015, è identificata nel contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato), la somministrazione in realtà non è nemmeno un contratto di lavoro, bensì un contratto “commerciale” tra 2 soggetti: l’agenzia di somministrazione e l’utilizzatore (cioè colui al quale la prestazione è destinata), mentre il vero e proprio contratto di lavoro viene sottoscritto tra l’agenzia e il lavoratore somministrato.

Ma, come si diceva, atteso l’utilizzo spesso “alternativo” dei 2 strumenti, teleologicamente orientati a configurare una sorta di “prova allungata” (i periodi di prova previsti dai Ccnl sovente non sono ritenuti congrui per valutare l’idoneità e le attitudini del lavoratore), hanno indotto il Legislatore degli ultimi 20 anni a predisporre una disciplina in parte comune, con istituti sovrapponibili, sicché è intenzione di chi scrive trattarli in modo abbinato, valutando i punti di contatto e di divergenza in relazione alle singole clausole

Fonti normative

Mentre il contratto a termine era allocato nel D.Lgs. 368/2001 e la somministrazione nel D.Lgs. 276/2003 (anche se la primogenitura la si deve alla L. 196/1997, che l’ha introdotta in Italia) oggi le 2 fattispecie risiedono entrambe nel D.Lgs. 81/2015 (c.d. Codice dei contratti), introdotto dal *Jobs Act*.

Condizioni di praticabilità e conseguenze in assenza dei requisiti

Cominciando dal contratto a termine, va osservato che, senza dover ripercorrere a ritroso la storia dell’istituto (che ha avuto un sostanziale e progressivo alleggerimento in quanto a condizioni per la stipula, con un andamento asimmetrico rispetto all’aumento dei vincoli sul licenziamento¹), ma limitandoci agli ultimi anni, si è passati da un regime di sostanziale libertà di stipula (leggasi acausalità), dopo l’ultimo tassello abbattuto proprio dal D.Lgs. 81/2015², a un parziale (quanto inspiegabile, a parere di chi scrive) *revirement* a opera del c.d. Decreto Dignità, che, mantenendo il regime acausale per i primi 12 mesi (tranne che non si verta in ipotesi di rinnovo, nel qual caso la causale è sempre obbligatoria, a prescindere dalla durata), ha introdotto causali sostanzialmente “impraticabili” (tranne, forse, quella sostitutiva).

¹ Ricordiamo la rigidità della L. 230/1962 (che introduceva ipotesi specifiche e tassative ai fini della praticabilità di un contratto a termine), che era giustificata dalla libertà d’azione in tema di recesso datoriale, considerato che a quei tempi non c’era né la L. 604/1966, né la L. 300/1970.

² Nel regime immediatamente previgente la riforma del 2015, nel D.Lgs. 368/2001, norma che disciplinava la fattispecie, per effetto delle modifiche apportate dalla Legge Fornero (L. 92/2012) l’acausalità era limitata a 12 mesi; oltre tale limite era necessaria la presenza di ragioni, tecniche, produttive o sostitutive (c.d. causalone).

Clausole e accordi nel contratto di lavoro

Infatti, l'[articolo 19](#), comma 1, D.Lgs. 81/2015, come novellato proprio dal D.L. 87/2018, e prima dell'ultima novella ex D.L. 73/2021 (vedi *infra*), disponeva che:

“Al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a dodici mesi. Il contratto può avere una durata superiore, ma comunque non eccedente i ventiquattro mesi, solo in presenza di almeno una delle seguenti condizioni:

a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori;

b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria”.

A parte la ragione “sostitutiva”, stranamente allocata alla lettera a), nel senso che forse sarebbe stato più logico attribuirgli una lettera *ad hoc*, le 2 lettere a) e b) propongono, rispettivamente, un'estemporaneità “qualitativa”, ovvero “quantitativa” rispetto all'attività tipica.

La lettera a), escludendo, come si è detto, la causale sostitutiva, infatti, contempla il caso di un datore di lavoro che abbia necessità di assumere a termine per svolgere un'attività estranea al proprio *core-business*, che devia, quindi, dal proprio *standard* produttivo, indipendentemente dalla rilevanza che assume tale attività rispetto a quella tipica. Tanto per rimanere in tema pandemico, potrebbe integrare la fattispecie *sub a)* l'imprenditore tessile che si metta a produrre mascherine chirurgiche.

La lettera b), invece, propone il caso di un datore di lavoro che assume a tempo determinato per far fronte a un aumento significativo, non programmabile, però, dell'attività c.d. tipica. Tornando all'esempio precedente, è sempre il caso dei produttori di mascherine (già prima del COVID), che, a causa della pandemia, hanno avuto una sicura impennata, non prevedibile, della produzione, per loro tipica, di tali dispositivi di protezione. Peraltro, riguardo a tale seconda fattispecie, si noterà che la legge parla per l'appunto di esigenze “*non programmabili*”, sicché quei datori di lavoro che operano in settori comunque stagionali, ancorché non rientranti nel D.P.R. 1525/1963 (cioè le c.d. attività stagionali non tabellate), né in eventuali ipotesi di stagionalità previste dalla contrattazione collettiva, pur qualora vi fossero oggettivi aumenti significativi dell'attività, “*cadrebbero*” sul requisito della “programmabilità” di tali eventi. Si pensi a un gommista che, operando in zona montana, aumenti l'installazione di catene o gomme da neve in inverno e non possa rinnovare l'assunzione di lavoratori a tempo determinato³, in quanto non integrante la causale lettera b), visto che la (sicura) significatività dell'aumento del lavoro

³ Ci si riferisce al rinnovo, in cui l'obbligo di causale è sempre vigente. La prima assunzione, infatti, sarebbe sempre possibile, attesa l'acausalità permessa per i primi 12 mesi e l'esigenza di far fronte a un incremento di lavoro che si esaurisce certamente prima di tale termine.

Clausole e accordi nel contratto di lavoro

cozza contro la non programmabilità (è chiaro, infatti, come l'inverno sia la stagione di punta per l'installazione delle gomme da neve).

Quindi, come si è detto, trattasi di causali, difficilmente integrabili, assurdamente rigorose, introdotte dal D.L. 87/2018 nella (vana) speranza che ciò potesse indurre i datori di lavoro ad assumere direttamente a tempo indeterminato, quando è noto che le assunzioni a termine avvengono di norma per mansioni di medio-basso profilo, che in genere sono quelle più fungibili, per di più nei riguardi di lavoratori con scarso potere contrattuale, sicché se un datore di lavoro volesse, ostinatamente, assumere a termine, potrebbe semplicemente avviare lavoratori acausali (con contratti non superiori a 12 mesi), anziché uno solo per 36 mesi, come in passato, evitando di rinnovare i contratti con gli stessi lavoratori per non ricadere nell'obbligo, a prescindere dalla loro durata.

È appena il caso di ricordare che la violazione della disposizione di cui all'[articolo 19](#), comma 1, D.Lgs. 81/2015 (leggasi, la mancata sussistenza delle causali), comporta (articolo 19, comma 1-bis), la conversione del contratto a tempo indeterminato.

Stante il rigore previsto dalla disposizione di legge dianzi richiamata, in questi ultimi anni ha avuto un certo successo il ricorso ai contratti collettivi di prossimità, ex [articolo 8](#), D.L. 138/2011, i quali, prevedendo la possibilità di derogare ai Ccnl, ma soprattutto alla legge (con l'unico limite del rispetto della Costituzione, ovvero delle norme transazionali), hanno ben potuto evitare le causali di legge, ovvero prevederne di meno rigorose.

La somministrazione a tempo determinato (lavoro interinale/temporaneo)

Per la somministrazione a termine (a suo tempo definito quale lavoro interinale o anche lavoro temporaneo), attualmente disciplinata nell'[articolo 30](#), D.Lgs. 81/2015, il discorso è analogo, con una variante, però, a dir poco "clamorosa": che le predette causali ex articolo 19, comma 1, applicabili anche alla somministrazione, vanno (necessariamente) verificate in capo all'utilizzatore ([articolo 2](#), comma 1-ter, D.L. 87/2018), ma per una sorta di "corto circuito" legislativo, le conseguenze, in caso di mancata sussistenza delle ragioni che le integrano, cioè la conversione del rapporto a tempo indeterminato, scatterebbero in capo al somministratore/datore di lavoro, stante la previsione dell'articolo 34, comma 2, primo periodo, D.Lgs. 81/2015, il quale dispone che

"In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 21, comma 2, 23 e 24"

Clausole e accordi nel contratto di lavoro

ma non dell'[articolo 19](#), dove si individuano le causali (comma 1) e le conseguenze in caso di mancata sussistenza delle stesse (comma 1-bis).

Le novità sul contratto a termine introdotte dal D.L. 73/2021: la causale pattizia

Il già richiamato D.L. 73/2021, convertito, con modificazioni, dalla L. 106/2021, all'[articolo 41-bis](#), comma 1, lettera a), nell'ambito delle norme emergenziali, ha ritenuto di aggiungere alle citate causali *sub a)* e *b)* una nuova causale di origine pattizia: “*specifiche esigenze dettate dai contratti collettivi di cui all'art.51⁴*”, con il chiaro intento di favorire l'occupazione, seppur con contratti a termine, di durata minima superiore a 12 mesi (almeno 12 mesi e 1 giorno), ma non oltre i 24 mesi.

In buona sostanza, i contratti collettivi (di qualunque livello, stante la previsione dell'[articolo 51](#), D.Lgs. 81/2015), purché sottoscritti da⁵ OO.SS. comparativamente più rappresentative (c.d. *leader*), anche se a sottoscriverli (il riferimento è, in questo caso, ai soli contratti aziendali) siano le corrispondenti Rsa-Rsu, possono individuare “specifiche⁶ esigenze” che legittimano l'assunzione a termine. Questa possibilità non è, però, prevista *sine die*, in quanto l'assunzione deve avvenire entro il 30 settembre 2022 (come dispone il “nuovo” comma 1.1. dell'articolo 19), anche se poi la durata dovesse “debordare” rispetto a tale termine finale, che va inteso come limite per la stipula e non per la scadenza del contratto.

Va, però, sottolineato come sia autorevole dottrina⁷ che lo stesso INL⁸ hanno fatto rilevare che la scadenza non riguarderebbe i casi di proroga o rinnovo di cui all'[articolo 23](#), comma 1, perché il citato comma 1.1. non interviene fissando un tempo di vigenza del comma 1, lettera *b-bis*), sicché si deve ritenere (condivisibilmente) che l'eventuale causale pattizia possa continuare a valere per le proroghe e i rinnovi anche dopo il 30 settembre 2022. Infatti, in base all'articolo 23, comma 1, primo e secondo periodo, si dispone che

“Il contratto può essere rinnovato solo a fronte delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1 (tutte, senza esclusioni, NdA). Il contratto può essere prorogato liberamente nei primi dodici mesi e, successivamente, solo in presenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1”.

⁴ Del D.Lgs. 81/2015, il quale recita: “*Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria*”.

⁵ La preposizione semplice “*da*”, secondo il Ministero del lavoro, starebbe a significare che è sufficiente che la stipula avvenga con almeno una delle OO.SS. comparativamente più rappresentative.

⁶ L'INL, con [nota n. 1363/2021](#), sottolinea “la specificità” delle esigenze, rifuggendo da clausole di stile, tipo quelle che componevano il già menzionato “causalone”: ad esempio, ragioni tecniche, produttive, organizzative, sostitutive.

⁷ Cfr. A. Maresca, *Il contratto a termine nella fase post pandemica: archiviato o arricchito il Decreto Dignità? (prime osservazioni sull'art.41-bis L. n. 106/2021)*, in “Liber Amicorum per Maurizio Cinelli”.

⁸ Cfr. [nota INL n. 1363/2021](#).

Clausole e accordi nel contratto di lavoro

Peraltro, si ricorda altresì che, sempre nell'ambito della normativa emergenziale originata dal COVID-19, l'[articolo 93](#), D.L. 34/2020, in deroga all'[articolo 21](#), D.Lgs. 81/2015, e fino al 31 dicembre 2021, ferma restando la durata massima complessiva di 24 mesi, è possibile rinnovare o prorogare per un periodo massimo di 12 mesi e per una sola volta i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, anche in assenza delle causali di cui al già menzionato [articolo 19](#), comma 1, D.Lgs. 81/2015⁹.

Il concetto di “rinnovo”

Tralasciando per un attimo il caso della proroga, si è detto che, in caso di rinnovo contrattuale, l'obbligo della causale sorge a prescindere dalla durata del contratto “rinnovato”, da che si potrebbe presumere che la legge disponga in modo chiaro cosa si debba intendere con tale accezione. È, invece, nulla: il Legislatore fa discendere conseguenze così rilevanti dal rinnovo, senza però definirlo.

Sicché, sul concetto di rinnovo si sono venute a creare 3 possibili interpretazioni:

- a) la prima, che vede nel rinnovo solo la riassunzione di un lavoratore con la stessa qualifica/mansione (ad esempio, riassunzione di un cameriere già assunto come cameriere), sicché la riassunzione con una diversa qualifica/mansione non integrerebbe tale fattispecie;
- b) la seconda, che ritiene “rinnovo” la riassunzione di un lavoratore che avvenga con mansioni di pari livello e categoria legale; tale tesi poggia sul presupposto dell'articolo 19, comma 2, D.Lgs. 81/2015, che cumula, ai fini (però) del mero limite di durata di 24 mesi, tutte le assunzioni fatte in base alla stessa categoria legale, livello¹⁰;
- c) la terza (alla quale personalmente aderisco), che, invece, fa unicamente riferimento alla (stessa) persona (dello stesso parere anche il Ministero del lavoro con [circolare n. 17/2018](#), sicché con rinnovo si dovrebbe intendere la riassunzione dello stesso lavoratore, a prescindere da categoria, qualifica, livello, mansione.

Se la modifica introdotta a mezzo del D.L. 73/2021, che ha aggiunto la causale pattizia mediante l'introduzione della lettera *b-bis*), non viene interessata dalla temporaneità prevista dal comma 1.1 dello stesso articolo (che si rivolgerebbe solo alle assunzioni *ex novo*, ma non andrebbe a interessare le proroghe e i rinnovi), è evidente come l'individuazione del concetto di “rinnovo” è di rilevante importanza per il destino del contratto a tempo determinato.

⁹ Un'ulteriore norma derogatoria in materia di contratto a termine, sempre legata all'emergenza sanitaria, è l'articolo 19-*bis*, D.L. 18/2020 (c.d. Cura Italia), che, in deroga alle previsioni di cui agli articoli 20, comma 1, lettera c), 21, comma 2, e 32, comma 1, lettera c), D.Lgs. 81/2015, permette di procedere, nel medesimo periodo, al rinnovo o alla proroga dei contratti a tempo determinato, anche a scopo di somministrazione.

¹⁰ Favorevole a tale tesi è L. Vannoni, che, insieme al sottoscritto, è direttore scientifico di questa Rivista.

Conclusione: breve commento a due recenti sentenze in materia di somministrazione

In conclusione, si propongono 2 massime relative ad altrettante sentenze che riguardano la materia della somministrazione e che vanno a corroborare la tesi della contiguità e della sovrapponibilità con il lavoro subordinato “diretto” e i rischi che si possono correre se essa non rispetta i canoni della regolarità.

La prima è la [n. 24074/2021](#), nella quale la Corte di Cassazione “salva” dalla nullità il contratto di somministrazione (che, laddove invece dichiarata, avrebbe comportato la costituzione automatica del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore) che risulti privo delle percentuali di contingentamento previste dalla contrattazione collettiva, atteso che la legge, *ratione temporis* applicabile, prevedeva ([articolo 21](#), comma 1, lettera b), D.Lgs. 276/2003¹¹) solo il “numero dei lavoratori da somministrare”, dato diverso rispetto alla percentuale di contingentamento, “che è, invece, il parametro astratto, alla luce del quale verificare, in concreto, sulla base dei lavoratori somministrati, la legittimità dell'apposizione del termine”.

La seconda è la [n. 24408/2021](#), nella quale, in presenza di una somministrazione irregolare per violazione dell'allora vigente [articolo 27](#), D.Lgs. 276/2003 (oggi traslata nell'[articolo 38](#), D.Lgs. 81/2015), estende (inevitabilmente) in capo all'utilizzatore, qualora venga considerato giuridicamente il datore di lavoro effettivo, “l'onere di adottare le condotte imposte da norme tipizzate o suggerite dalla tecnica, consigliate dalla concreta realtà aziendale e dalla conoscenza di fattori di rischio in un determinato momento storico, ex art. 2087 c.c.”¹².

Si tenga, però, sempre conto che nella somministrazione irregolare (diversamente da quella fraudolenta, ex [articolo 38-bis](#)¹³) la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore (datore di lavoro effettivo) può avvenire solo a seguito di azione giudiziale favorevole disposta dal lavoratore irregolarmente somministrato.

¹¹ Oggi, la disposizione è confluita nell'articolo 31 del più volte richiamato Codice dei contratti.

¹² Nella specie, è stata cassata la decisione di merito, che, accertata l'irregolarità del rapporto di somministrazione, aveva escluso, in ragione dello statuto negoziale *inter partes*, la responsabilità dell'utilizzatore per l'evento letale occorso al dipendente a seguito di un attentato terroristico avvenuto all'estero.

¹³ Si permetta il rinvio a F. Natalini, *La somministrazione fraudolenta*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), “Decreto Dignità” e Corte Costituzionale n. 194 del 2018. Come cambia il Jobs Act (Il nuovo diritto del lavoro)”, pagg. 32-41.