

Il giurista del lavoro n. 11/2020

Conseguenze della somministrazione irregolare: commento a Cassazione n. 22066/2020

di Ludovica Tavella – avvocato

Con [ordinanza n. 22066/2020](#), la Suprema Corte si è espressa sugli effetti dell'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'azienda utilizzatrice a seguito di accertamento giudiziale dell'irregolarità della somministrazione di lavoro. Nello specifico, ha statuito che l'azienda utilizzatrice, per la durata del rapporto successiva al termine della somministrazione ritenuta irregolare, gestisce in autonomia il contratto col lavoratore "ex somministrato", applicando le regole della propria organizzazione aziendale nella quale la prestazione si inserisce, comprese quelle inerenti al contratto collettivo e alla retribuzione applicati. Ciò, in quanto l'accertamento giudiziale della irregolarità della somministrazione determina la costituzione di un rapporto di lavoro (ordinario) tra azienda "ex utilizzatrice" e lavoratore "ex somministrato", che si differenzia dalla fattispecie trilatera propria della somministrazione di personale.

Il lavoratore accede, pertanto, ai trattamenti economici e normativi applicati dal nuovo datore di lavoro (ex utilizzatore), non potendosi configurare in capo al lavoratore stesso un diritto alla conservazione dei precedenti trattamenti fruiti in regime di somministrazione, proprio in virtù della costituzione del nuovo e distinto rapporto di lavoro.

La somministrazione di lavoro irregolare

Va detto che l'ordinanza in commento analizza la disciplina in tema di somministrazione di lavoro *ratione temporis* applicabile alla fattispecie concreta, ossia il D.Lgs. 276/2003 (c.d. Riforma Biagi), che ha sostituito la precedente normativa sulla fornitura di lavoro temporaneo contenuta nella L. 196/1997 (c.d. Legge Treu).

Il D.Lgs. 81/2015 (c.d. Codice dei contratti), a sua volta modificato dalla L. 96/2018 (di conversione del c.d. Decreto Dignità), ha apportato alcune modifiche alla disciplina della somministrazione di lavoro del 2003; tuttavia, come si vedrà, il principio di diritto elaborato dalla Corte di Cassazione in base al D.Lgs. 276/2003 è operante anche alla luce della disciplina attualmente in vigore.

Da sempre, la peculiarità della somministrazione di lavoro consiste nella trilateralità del rapporto che intercorre tra: un'agenzia di somministrazione di lavoro autorizzata dal Ministero (il somministratore),

l'azienda presso la quale il lavoratore svolge la propria prestazione lavorativa (l'utilizzatore), e il lavoratore, che, assunto e retribuito dall'agenzia di somministrazione, svolge la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore (il lavoratore somministrato).

La somministrazione di lavoro si basa, quindi, sulla combinazione di 2 distinti rapporti contrattuali, l'uno, commerciale, stipulato tra l'agenzia e l'utilizzatore e l'altro, di lavoro, tra l'agenzia e il lavoratore somministrato.

Gli Ermellini, con l'ordinanza in commento, esaminano le conseguenze derivanti dalla somministrazione di lavoro accertata giudizialmente come irregolare.

Posto che la Suprema Corte esprime un principio di diritto sulla base della disciplina previgente, il cui contenuto è sostanzialmente ripreso dalla disciplina attualmente in vigore, si ritiene più funzionale esporre quest'ultima.

L'[articolo 38](#), D.Lgs. 81/2015, stabilisce che:

“1. In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore. 2. Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, 32 e 33, comma 1, lettere a), b), c) e d), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione. 3. Nelle ipotesi di cui al comma 2 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti o ricevuti dal somministratore nella costituzione o nella gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti o ricevuti dal soggetto che ha effettivamente utilizzato la prestazione”¹.

In sintesi:

1. qualora la somministrazione avvenga in violazione dei limiti numerici dei lavoratori somministrati di cui l'azienda si può avvalere e/o delle previsioni in ordine al contenuto del contratto di somministrazione e/o dei divieti al ricorso alla somministrazione previsti per Legge, il lavoratore può

¹ L'articolo 27, D.Lgs. 276/2003, analizzato dalla Suprema Corte, prevedeva: “1. Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione. 2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione”.

chiedere - anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore - la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo con effetto *ex tunc* dall'inizio della somministrazione;

2. se la somministrazione è irregolare, tutti i pagamenti e tutti gli atti inerenti alla gestione del rapporto di lavoro compiuti dal somministratore durante la somministrazione si imputano all'utilizzatore.

L'[articolo 38](#), D.Lgs. 81/2015, a differenza della norma previgente, l'[articolo 27](#), D.Lgs. 276/2003, non specifica che la richiesta del lavoratore debba avvenire mediante ricorso giudiziale *ex* [articolo 414](#), c.p.c.. Ciò in quanto l'[articolo 39](#), D.Lgs. 81/2015 (coerentemente con quanto stabilito dall'[articolo 32](#), L. 183/2010), prevede che il lavoratore richiedente la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore sia soggetto alle decadenze di cui all'[articolo 6](#), L. 604/1966. Ossia un termine di decadenza di 60 giorni decorrenti dalla cessazione dell'attività in somministrazione presso l'utilizzatore per l'impugnazione stragiudiziale e un ulteriore termine di decadenza di 180 giorni dalla data di invio della lettera di impugnazione per il deposito del ricorso giudiziale o per la comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato.

Per completezza, si rileva che sempre l'[articolo 39](#), D.Lgs. 81/2015, a differenza del D.Lgs. 276/2003, prevede che, nel caso di accertamento dell'irregolarità della somministrazione, il giudice condanni il datore di lavoro (utilizzatore) al risarcimento del danno in favore del lavoratore (a copertura del periodo non lavorato dalla cessazione dell'attività in somministrazione all'effettivo ripristino del rapporto) con un'indennità onnicomprensiva compresa tra 2,5 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, determinata in base ai criteri previsti dall'[articolo 8](#), L. 604/1966 (secondo la disciplina previgente applicata dalla Corte, invece, accertata la somministrazione irregolare, il risarcimento del danno era quantificato nella misura delle retribuzioni perse dalla data di messa in mora all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro).

Per inciso si evidenzia che, in ogni caso, l'azione costitutiva con legittimazione esclusiva del lavoratore somministrato, prevista in caso di somministrazione irregolare di lavoro sia dall'[articolo 27](#), comma 1, D.Lgs. 276/2003, sia dall'[articolo 38](#), comma 2, D.Lgs. 81/2015, non impedisce all'Inps e all'Inail di agire in via autonoma nei confronti dell'utilizzatore per il pagamento di eventuali contributi o premi assicurativi, posto che né la Riforma Biagi né il Codice dei contratti hanno modificato la generale disciplina del rapporto previdenziale². Inps e Inail possono, infatti, contestare, in sede di accertamento ispettivo, la regolarità della somministrazione di manodopera, chiedendo il pagamento dei contributi omessi o evasi direttamente all'utilizzatore della prestazione lavorativa, e questo indipendentemente

² Sul punto vedasi G. Zannini, *Somministrazione irregolare e obbligo contributivo*, in "Bollettino Adapt", n. 30/2015.

dal fatto che il lavoratore irregolarmente somministrato abbia esercitato la propria azione costitutiva³. Ciò in quanto il rapporto di lavoro e quello previdenziale, per quanto connessi tra loro, rimangono 2 rapporti distinti e il diritto alla contribuzione in capo all'ente previdenziale, di per sé indisponibile da parte del lavoratore, non può essere condizionato all'iniziativa giudiziale di quest'ultimo.

Ricostruito brevemente il quadro generale sulla somministrazione irregolare, veniamo ora alla fattispecie affrontata dalla Corte di Cassazione con la sentenza in epigrafe⁴.

Il caso affrontato dalla Suprema Corte

Il lavoratore aveva ottenuto una sentenza dichiarativa dell'irregolarità della somministrazione a termine (intercorsa dal 18 maggio 2006 al 18 novembre 2006), con accertamento della sussistenza di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'utilizzatore dall'inizio della somministrazione e condanna di quest'ultimo, a titolo di risarcimento del danno, al pagamento delle retribuzioni dalla messa in mora (avvenuta il 26 marzo 2010) all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro.

A seguito di tale pronuncia il lavoratore aveva instaurato un secondo contenzioso, col quale chiedeva che le retribuzioni dovute a titolo di risarcimento dalla messa in mora al ripristino del rapporto, nonché le retribuzioni maturate lavorando per l'ex utilizzatrice, ora sua datrice di lavoro, fossero determinate alla stregua della retribuzione (più alta) che percepiva alle dipendenze dell'ex somministratrice.

Il Tribunale di primo grado respingeva il ricorso presentato dal lavoratore.

Tale pronuncia veniva riformata in secondo grado sulla base di un'interpretazione dell'[articolo 27](#), comma 2, D.Lgs. 276/2003 (ora [articolo 38](#), comma 3, D.Lgs. 81/2015), secondo la quale il Legislatore avrebbe inteso disporre, con la costituzione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore, la mera sostituzione di quest'ultimo al somministratore, rimanendo, pertanto, invariati gli altri elementi contrattuali, ivi incluso, quindi, il trattamento retributivo. In sostanza, secondo la Corte d'Appello l'utilizzatore era subentrato nel rapporto così come gestito dall'interposto e, pertanto, in virtù del principio dell'irriducibilità della retribuzione, il lavoratore avrebbe mantenuto il diritto al trattamento retributivo accordatogli durante la somministrazione (ancorché dichiarata irregolare)⁵.

³ Cfr. E. Notarangelo, *Sull'obbligo di ritenute fiscali da parte dell'utilizzatrice, in caso di appalto non genuino o somministrazione irregolare*, in "La circolare di lavoro e previdenza" n. 40/2020, in particolare pagg. 7 e 8.

⁴ Diversa dalla somministrazione irregolare, è la somministrazione di lavoro fraudolenta, che si verifica, invece, quando il negozio giuridico è posto in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di Legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, e che costituisce illecito penale. Il reato di somministrazione fraudolenta era già stato introdotto con l'articolo 28, D.Lgs. 276/2003, successivamente abrogato dal Codice dei contratti, nello specifico dall'articolo 55, D.Lgs. 81/2015, e infine reintrodotta dalla L. 96/2018 di conversione del Decreto Dignità, con l'inserimento del nuovo articolo 38-bis all'interno del D.Lgs. 81/2015.

⁵ Così nell'ordinanza in commento, Cass. n. 22066/2020: "Osservava (n.d.r. la Corte d'Appello) a fondamento del *decisum*, che con l'art.27 comma 2, il legislatore aveva inteso disporre, unicamente ai fini della "costituzione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore, la mera sostituzione di diritto

Con l'ordinanza in esame gli Ermellini disattendono la predetta impostazione, giungendo a conclusioni nettamente differenti.

La decisione della Corte di Cassazione sulle conseguenze della somministrazione irregolare e, in particolare, sugli effetti economici e normativi che ne derivano

La Suprema Corte, accogliendo il ricorso avverso la pronuncia di secondo grado, ha affermato che con l'[articolo 27](#), D.Lgs. 276/2003 (ora [articolo 38](#), D.Lgs. 81/2015), il Legislatore ha certamente inteso stabilire che gli atti di gestione del rapporto di lavoro posti in essere dal somministratore siano imputati all'utilizzatore, ma ciò – trattandosi di una situazione del tutto eccezionale – avviene limitatamente al periodo di durata della somministrazione stessa. Sicché l'utilizzatore, divenuto per accertamento giudiziale datore di lavoro del lavoratore ex somministrato, nel periodo successivo al termine della somministrazione, col ripristino del rapporto di lavoro col lavoratore in questione, è libero di regolare detto rapporto coerentemente alla propria organizzazione aziendale e al contratto collettivo applicato. Nel formulare tale assunto, la Corte di Cassazione ha richiamato, *in primis*, il principio generale di cui all'[articolo 12](#), preleggi, in forza del quale la Legge va applicata secondo il senso proprio delle parole (c.d. criterio di interpretazione letterale) e secondo l'intenzione del Legislatore (c.d. criterio di interpretazione funzionale o teleologica).

Il tenore letterale dell'articolo 27, comma 2, D.Lgs. 276/2003 (ora articolo 38, comma 3, D.Lgs. 81/2015), infatti, sembra limitare chiaramente l'imputazione in capo all'utilizzatore degli atti di gestione del rapporto di lavoro posti in essere dal somministratore al periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo.

Attenendosi quindi, innanzitutto e principalmente al tenore letterale della norma sopra citata, la Suprema Corte ha affermando il seguente principio:

“non può sottacersi che la relazione biunivoca fra questi soggetti del rapporto trilatero di somministrazione, in relazione agli atti di gestione del rapporto di lavoro, appaia limitata al periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, considerato che, quale datore di lavoro, è il somministratore il soggetto tenuto all'obbligo retributivo (fatto salvo il rimborso dei relativi oneri da parte dell'utilizzatore).”

del datore di lavoro-fornitore, con il soggetto utilizzatore delle prestazioni, così rimanendo invariati gli altri elementi contrattuali, ivi compreso quello inerente al trattamento retributivo”. La Corte rilevava al riguardo che, M.F. Spa era subentrata nel rapporto così come gestito dall'interposto, sicché, in considerazione del principio di irriducibilità della retribuzione, doveva concludersi che la stessa era obbligata a corrispondere il trattamento retributivo già applicato dal somministratore C.a..

Tuttavia, nel momento in cui la struttura trilatera del rapporto viene meno, per effetto della irregolarità del contratto di somministrazione giudizialmente accertata, appare consequenziale che il soggetto il quale sia stato utilizzatore della prestazione del lavoratore, sia libero di gestire il rapporto di lavoro in autonomia secondo le regole che rinvergono applicazione nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale in cui la prestazione del lavoratore viene ad inserirsi.

Ciò in quanto, al di là di ogni questione inerente all'inquadramento del vizio che ha ingenerato la irregolarità del rapporto, si determina comunque la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro con l'utilizzatore, trattandosi – come affermato in dottrina – di un rapporto ordinario, il quale si differenzia da quello precedente, che era speciale, in quanto funzionale alla somministrazione del lavoratore”.

In sostanza, una volta accertata l'irregolarità della somministrazione e la sussistenza di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore dall'inizio della stessa, l'imputazione in capo a quest'ultimo degli atti di gestione del rapporto di lavoro posti in essere dal somministratore, presupponendo il carattere trilatero della fattispecie, non può che verificarsi limitatamente al periodo di durata della somministrazione. Il rapporto di lavoro tra l'utilizzatore e il lavoratore ex somministrato, nel periodo successivo al termine della somministrazione irregolare, è, invece, un rapporto di lavoro ordinario.

Secondo il giudice di legittimità, una diversa soluzione interpretativa porterebbe all'incongrua conclusione che il trattamento economico e normativo applicato dal somministratore dovrebbe rimanere invariato, pur a fronte del pieno inserimento del lavoratore nella realtà organizzativa dell'utilizzatore, e a prescindere da qualsiasi cambiamento dell'esecuzione della prestazione.

Al contrario, prosegue la Corte, proprio tale inserimento implica un adeguamento dell'obbligazione lavorativa all'assetto organizzativo disposto dal soggetto già utilizzatore della prestazione, con conseguente applicazione al costituito rapporto di lavoro dei trattamenti economici (retribuzione ordinaria, indennità, premi) e normativi (sede, orari di lavoro, turni, permessi, etc.) derivanti dalla disciplina legale e collettiva in essere presso il nuovo datore di lavoro.⁶

La Suprema Corte afferma, infatti, che:

“Dalla costituzione di un rapporto di lavoro con il soggetto che aveva rivestito il ruolo di utilizzatore, discende, quindi, coerente, l'applicazione al rapporto di tutta la disciplina legale e collettiva in vigore presso il nuovo datore di lavoro”.

⁶ Cfr. l'ordinanza in commento, al punto 4 della parte motiva.

A supporto del principio enunciato, gli Ermellini offrono, altresì, una lettura sistematica delle norme, richiamando, in via analogica, l'[articolo 2112](#), comma 3, cod. civ., in tema di trasferimento d'azienda, in forza del quale i dipendenti passati alle dipendenze del nuovo datore di lavoro (il cessionario) sono assoggettati ai trattamenti economici e normativi previsti dalla contrattazione collettiva applicata da quest'ultimo, anche *in pejus*, venendo contestualmente meno la disciplina collettiva applicata in precedenza dal cedente⁷. La contrattazione collettiva del cessionario sostituisce, quindi, integralmente quella pregressa del cedente, anche nel caso in cui sia peggiorativa, venendo così bilanciati i 2 contrapposti interessi, entrambi costituzionalmente garantiti, della libertà di impresa, da un lato, e dell'equo compenso del lavoratore, dall'altro⁸.

In sostanza, se nel caso di trasferimento d'azienda, al rapporto di lavoro ceduto, ancorché identico, possono essere applicati, per effetto dell'articolo 2112, comma 3, cod. civ., i diversi trattamenti economici e normativi collettivi applicati dal cessionario, anche se peggiorativi, analogamente e a maggior ragione, in ipotesi di somministrazione irregolare di manodopera, al rapporto di lavoro costituito giudizialmente in capo all'utilizzatore, che è diverso rispetto a quello precedente col somministratore e dichiarato irregolare, possono essere applicati i diversi trattamenti economici e normativi vigenti presso il nuovo datore di lavoro (*ex utilizzatore*).

Conclusioni

Come visto dall'analisi sinora condotta, con l'[ordinanza n. 22066/2020](#) la Suprema Corte ha sancito il seguente principio:

“In tema di somministrazione di lavoro, ai sensi degli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 276 del 2003, ove venga giudizialmente disposta la trasformazione del rapporto da contratto a tempo determinato alle dipendenze del somministratore a contratto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, trova applicazione il trattamento economico e normativo sancito dalla disciplina legale e collettiva in vigore presso quest'ultimo, mentre non è invocabile il trattamento più favorevole applicato dal somministratore, atteso che, nel momento in cui la struttura trilatera del rapporto viene meno per effetto della irregolarità del contratto di somministrazione, la prestazione di lavoro si inserisce nell'assetto organizzativo aziendale dell'utilizzatore nell'ambito di un ordinario rapporto, in analogia con la fattispecie di cui all'art. 2112, comma 3, c.c.”.

⁷ Salvo non vi sia alcuna regolamentazione presso il cessionario; in questo caso trova applicazione l'originario contratto collettivo del cedente.

⁸ Cfr. l'ordinanza in commento, in motivazione, al punto 5.

Con la pronuncia in esame la Suprema Corte valorizza, in particolar modo, l'autonomia e l'indipendenza della disciplina del rapporto costituito giudizialmente in capo all'utilizzatore rispetto alla situazione pregressa in regime di somministrazione.

Con l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione, e la conseguente costituzione giudiziale di un nuovo rapporto di lavoro (ordinario) con l'utilizzatore, che si differenzia da quello precedente (speciale) funzionale alla somministrazione, l'utilizzatore della prestazione lavorativa è, quindi, libero di gestire il rapporto di lavoro in autonomia, applicando le regole della propria struttura organizzativa aziendale nella quale la prestazione del lavoratore *ex* somministrato si inserisce.

In conclusione, alla luce della nuova disciplina in tema di risarcimento del danno per somministrazione irregolare ([articolo 39](#), comma 2, D.Lgs. 81/2015, norma che non era in vigore all'epoca della fattispecie esaminata dalla Corte) e del principio enunciato con l'ordinanza in esame, si può affermare che con l'accertamento dell'irregolarità della somministrazione:

1. il lavoratore (il cui contratto di lavoro a termine con l'agenzia di somministrazione sia evidentemente cessato) ha diritto a un risarcimento onnicomprensivo dalle 2,5 alle 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr (in questo caso, pertanto, la retribuzione da prendere a riferimento è quella erogata dalla agenzia di somministrazione);
2. il lavoratore ha diritto al ripristino del rapporto di lavoro con l'utilizzatore – per effetto della sentenza divenuto suo datore di lavoro – con applicazione del trattamento economico e normativo da quest'ultimo applicati, anche se in ipotesi deteriori rispetto a quelli applicati dalla società di somministrazione.

Pertanto, se – per ipotesi – il datore di lavoro *ex* utilizzatore fosse inadempiente rispetto all'obbligo di ripristinare il rapporto di lavoro col lavoratore, il risarcimento spettante a quest'ultimo in termini di retribuzioni perse sarebbe quantificato alla luce delle retribuzioni effettivamente applicate dal suddetto datore di lavoro inadempiente.