



CENTRE FOR THE STUDY OF
EUROPEAN LABOUR LAW
"MASSIMO D'ANTONA"

Working Papers

Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 391/2019

© Andrea Sitzia 2019
Università di Padova
andrea.sitzia@unipd.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA" , University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Contratto a termine, somministrazione e diritto europeo^α

Andrea Sitzia
Università di Padova

1. Occupati, disoccupati, precarietà e flessibilità: una narrativa complessa.	2
1.1. Lavoro "temporaneo" e "decreto dignità" nella prospettiva europea.	3
2. Lavoro a termine, part-time e somministrazione: convergenze e divergenze nel diritto europeo.....	6
2.1. La somministrazione di lavoro e la direttiva sul lavoro a tempo determinato.	7
2.2. Il "riesame" di divieti e restrizioni: somministrazione e part-time a confronto.....	10
3. Il lavoro interinale nella prospettiva del distacco intracomunitario di manodopera.....	15
4. Conclusioni.	21

^α Questo scritto è destinato al volume di prossima pubblicazione a cura di F. Basenghi, A. Russo, I. Senatori, *Nuovi scenari per il diritto del lavoro? Continuità e rottura tra il Jobs Act e le riforme del "governo del cambiamento"*.

1. Occupati, disoccupati, precarietà e flessibilità: una narrativa complessa.

Lavoro a termine e somministrazione di lavoro sono oggetto di un'opera incessante di revisione normativa, caratterizzata da divergenti approcci di politica economica e del diritto, accomunati, al fondo, da una narrazione sottintesa che assegna alle norme il potere di creare occupazione.

Il "decreto dignità" poggia, mediaticamente, su di una petizione di principio estremamente chiara.

Il Vicepresidente del Consiglio dei Ministri ha ritenuto di presentare in questi termini lo spirito del decreto: «da ministro ho deciso di dichiarare guerra al precariato. Lo stato continuo di precarietà e incertezza dei giovani italiani sta disgregando la nostra società. Sta facendo impennare il consumo di psicofarmaci. E facendo calare la crescita demografica»¹.

Nel lemma "precariato" rientrano, oltre alle nuove forme di esternalizzazione della manodopera connesse allo sviluppo della c.d. "uberizzazione" dell'economia, il contratto a termine e la somministrazione, stigmatizzati come contratti da evitare perché esprimono sfruttamento.

Questa narrativa, soprattutto per quanto concerne la somministrazione di lavoro, riconduce (almeno apparentemente) il dibattito agli studi che, negli anni settanta, guardavano con diffidenza al ruolo delle agenzie di lavoro interinale nel mercato del lavoro², e si pone

¹ Così il Vicepresidente del Consiglio dei Ministri in un "post" su Facebook; cfr. *Di Maio: "Guerra al precariato"*, in <https://www.adnkronos.com>, 17 giugno 2018. Al riguardo si veda M. MISCIONE, *Il lavoro somministrato dopo il "decreto dignità" e momenti di storia del diritto*, in *Lav. giur.*, 2019, 2, pp. 123 ss.; L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP C.S.D.L. "Massimo D'Antona".IT*, n. 377/2018; ID., *Com'è cambiato il diritto del lavoro*, in A. CIRIELLO (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 333 ss.; P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in *WP C.S.D.L. "Massimo D'Antona".IT*, n. 380/2018; F. DI NOIA, *"Lo chiamavano Dignità": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, conv. in l. n. 96/2018*, in *WP C.S.D.L. "Massimo D'Antona".IT*, n. 381/2018.

² Cfr., fra gli altri, P. LE TOURNEUR, *La prestation de services temporaires*, Thèse, Paris, 1969; G. CLAIRE, *Les nouveaux marchands d'hommes? Étude du travail intérimaire*, Paris, Éditions ouvrières, 1973; J. BRODA, *Travail temporaire: officines pour l'exploitation*, in *Économie et Politique*, 1978, n. 12, p. 23 ss. Per un riepilogo si veda R. BELKACEM, C. KORNIG, *La construction sociale du travail intérimaire: de ses origines aux États-Unis à son institutionnalisation en France*, in *Économies et sociétés, Développement, croissance et progrès* - Presses de l'ISMEA - Paris, 2011, tome XLV/8 (Socio-Économie du Travail n. 33), p. 1301-1327.

in esplicito contrasto con la centralità della funzione che queste hanno assunto, oggigiorno, quali partner attivi dei servizi pubblici per l'impiego e nel settore della gestione delle risorse umane³.

1.1. Lavoro "temporaneo" e "decreto dignità" nella prospettiva europea.

Lasciando sullo sfondo le dichiarazioni prettamente politiche, resta l'estrema complessità del tema relativo alla regolamentazione del "lavoro temporaneo" (a termine o in somministrazione) che presuppone, nella prospettiva europea, un almeno triplice ordine di problematiche tra loro connesse, consistenti i) nella ricostruzione del rapporto intercorrente tra la somministrazione di lavoro "interna" e quella intracomunitaria, nella prospettiva del distacco transnazionale di manodopera; ii) nell'identificazione della *ratio* della direttiva 2008/104/CE nella prospettiva dell'impulso allo sviluppo del lavoro interinale rispetto ad altre forme di lavoro "atipico"; iii) nella ricostruzione dei limiti e delle forme di controllo che il diritto europeo ammette rispetto al "lavoro temporaneo".

Disciplina del distacco transnazionale e armonizzazione sociale sono, dunque, i differenti contesti nella duplice angolazione dei quali la materia in esame viene affrontata dal diritto dell'Unione europea, che non conosce né un divieto generale di interposizione/intermediazione di manodopera, né afferma l'illiceità del "prestito" di manodopera a scopo di lucro.

Questo non significa che al fondo della complessiva disciplina europea non vi sia la consapevolezza del fatto che «le regole che reprimono il traffico di manodopera sono essenziali al buon funzionamento del mercato del lavoro. Così come non possiamo ammettere che un'impresa utilizzi una società fittizia per sfuggire ai propri obblighi in materia di diritto fiscale o di diritto dell'ambiente, nello stesso modo le regole della concorrenza si trovano falsate se certe imprese possono eludere l'applicazione del diritto del lavoro interponendo tra esse e i propri lavoratori un datore di lavoro fittizio che non ha altre funzioni che quella di permettere questa frode. Le legislazioni nazionali sono troppo spesso impotenti a questo riguardo, tenuto conto delle possibilità offerte dalla libera prestazione di servizi in seno all'Unione europea. La recente direttiva relativa alla prestazione di servizio intraeuropeo mostra che è a

³ Si veda, per tutti, il rapporto di Eurociett, UNI Europa, *Le rôle du travail intérimaire et les transitions du marché du travail en Europe*, 2015; S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La somministrazione di lavoro, un confronto comparato*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 125 ss.

livello comunitario che, nel rispetto del principio di sussidiarietà, una tale questione deve essere affrontata»⁴.

Guardando più a fondo la materia emerge come gli assestamenti dei diritti nazionali (ivi compreso il nostro) rispecchino la complessità dell'approccio sovranazionale, caratterizzato da una graduale, e non sempre perfettamente trasparente, elaborazione dello statuto giuridico di riferimento per il lavoro temporaneo.

Anche il diritto europeo, in altri termini, procede per tappe; in un primo tempo la preferenza veniva accordata al c.d. metodo aperto di coordinamento nelle politiche per l'impiego, mentre in un secondo tempo si è proceduto ad una regolamentazione del c.d. "lavoro atipico", sviluppata progressivamente nella direzione di una valorizzazione enfatica della combinazione di flessibilità e sicurezza⁵. Non è agevole, dunque, muovere una critica generalizzata al legislatore nazionale, attesa l'estrema complessità delle questioni sottese alla regolazione dei contratti c.d. "atipici" o "temporanei".

All'interno di uno scenario che vede lo stesso legislatore europeo incerto nella ricerca di un complicato bilanciamento tra esigenze contrapposte, si colloca il "decreto dignità", caratterizzato da un approccio "regressivo".

Non essendo questa la sede per un'indagine puntuale delle modifiche apportate dal "decreto dignità", si conceda una semplificazione. La novella, in estrema sintesi, reca almeno quattro significative novità, evocativamente immesse nel corpo del d. lgs. n. 81 del 2015, rispetto all'impianto originario del quale si pongono in evidente discontinuità: i) reintroduzione delle causali per i contratti a termine (diretti o in somministrazione) di durata superiore a 12 mesi; ii) durata massima del contratto a tempo determinato (diretto o in somministrazione) ridotta a 24 mesi; iii) limitazione ad un terzo del totale dei lavoratori utilizzabile con contratto a tempo determinato o in somministrazione; iv) aumento del cuneo fiscale a carico dei datori di lavoro per i contratti a termine, con estensione del contributo addizionale per i rinnovi al contratto a termine

⁴ A. SUPJOT (a cura di), *Il futuro del lavoro*, ed. it. a cura di P. BARBIERI, E. MINGIONE, Roma, Carocci, 2003 (ma 1999), pp. 33 e seg.

⁵ Per una attenta ricostruzione dei diversi approcci al tema nella prospettiva, dapprima, dello sviluppo di uno statuto protettivo dei lavoratori delle agenzie di lavoro temporaneo, approvato, poi, nel riconoscimento alle stesse del ruolo di intermediari nella mobilità dei lavoratori, si veda H. FRENZEL, *The Temporary Agency Work Directive*, in *European Lab. Law Journal*, 2010, 1, p. 119. Cfr. anche M. BELL, *Between flexicurity and fundamental social rights: the EU directives on atypical work*, in *European Law Review*, 2012, pp. 31 ss. Sul tema, in generale, M. CORTI, *Flessibilità e sicurezza dopo il Jobs Act. La flexicurity italiana nell'ordinamento multilivello*, Giappichelli, Torino, 2018.

del somministratore, oltre all'aumento delle indennità risarcitorie in caso di licenziamento ingiustificato del lavoratore subordinato a tempo indeterminato (a tutele crescenti) fino a 36 mesi di retribuzione.

Rispetto alle novità introdotte dal "decreto dignità" è interessante richiamare alcune autorevoli, contrapposte, opinioni relative all'impianto originario del c.d. "jobs act".

In relazione al contratto a termine è stato sostenuto che la relativa disciplina fosse stata snaturata da un intervento normativo definito "sconcertante", che lo aveva trasformato in una «prova a singhiozzo» della durata di ben tre anni, con tasso intollerabile di precarietà⁶.

Diversamente, con riferimento alla somministrazione, era stata enfatizzata la «marcia di progressiva emancipazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato dai "pedaggi" richiesti per la sua iniziale legittimazione nel nostro ordinamento», accompagnata, tuttavia, da una aspra critica rispetto al mantenimento, considerato errato, della «convinzione che contratto a termine e somministrazione debbano andare "a braccetto", attesa la somiglianza che li accomuna in termini di "pericolosità sociale"»⁷.

È significativo porre in evidenza come le diverse letture (e quindi la valutazione circa la bontà o meno del "jobs act") si incentrassero, parallelamente, su di un rimando costante al diritto europeo, usato vuoi per affermare la contraddittorietà del contratto a termine "acausale" rispetto ad un postulato (ma indimostrato⁸) principio di preferenza accordata dal diritto europeo per il rapporto di lavoro (subordinato) a tempo indeterminato, vuoi, nella prospettiva esattamente opposta, per valorizzare l'affermazione di una compatibilità piena degli alleggerimenti dei vincoli e delle limitazioni alla somministrazione, considerate ancora eccessive.

⁶ Così M.V. BALLESTRERO, *Così si cambia l'eccezione con la regola*, in *Il decreto Lavoro. Opinioni a confronto*, Lavoro&Welfare, ed. online, 2014, 4, p. 13. Si veda, in argomento, V. DE MICHELE, *Il d.lgs. 81/2015 e l'(in)compatibilità con il diritto dell'Unione europea*, in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e conciliazione vita-lavoro nel Jobs act II*, Cacucci, Bari, 2015, pp. 25 ss.

⁷ Così R. DE LUCA TAMAJO, F. PATERNÒ, *La somministrazione di lavoro*, in *Il decreto Lavoro. Opinioni a confronto*, cit., p. 15.

⁸ Il significato precettivo dell'affermazione del contratto a tempo indeterminato come "forma comune dei rapporti di lavoro" nei considerando delle direttive europee 1999/70/CE e 2008/104/CE è discusso anche in ragione del valore meramente politico da attribuirsi ai considerando anteposti alle direttive europee. Sul punto, è stata ampiamente sottolineata la diversità di significato da attribuirsi alla normativa interna di cui all'art. 1, comma 01, del d. lgs. n. 368 del 2001 (ora art. 1 del d. lgs. n. 81 del 2015) rispetto al preambolo dell'accordo quadro europeo (così come della direttiva del 2008). Cfr. A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, Padova, 2013, p. 134.

Il ponte concettuale tra le diverse prospettive interpretative è rappresentato dalla sentenza dell'11 aprile 2013, con cui la Corte di giustizia⁹ ha avuto modo di affermare che il lavoratore interinale, in quanto tale, è escluso dal campo di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE.

Questo tema, che è centrale, verrà ripreso più oltre.

La critica al "jobs act", comunque, in questo scenario, valorizzava l'idea che nella direttiva 2008/104/CE venga affermato che la somministrazione è sì strumento di flessibilità al servizio delle imprese, ma anche meccanismo di sostegno attivo del lavoratore e della sua "occupabilità" e così, sia pure mediamente, del mercato del lavoro e del suo dinamismo: «continuare a legiferare sulla somministrazione "di riflesso" e "a cascata" come conseguenza necessitata di bilanciamento e compensazione degli interventi sul contratto a termine impedisce, o, quantomeno rallenta la valorizzazione della specificità e della ricchezza in termini di impulso occupazionale e di flessibilità "sicura" che la somministrazione può dare e che dà, e da tempo, in altri e più avanzati Paesi, anche dell'Unione europea»¹⁰.

Su questo punto v'è continuità tra "decreto dignità" e "jobs act", accomunabili nella (criticata) prospettiva di affiancamento tra lavoro a termine e somministrazione, cui la novella del 2018 ha impresso una significativa accelerazione, atteso l'appesantimento del "pedaggio", oggi rappresentato dal triplice vincolo dei 12 mesi + causale + limite quantitativo.

2. Lavoro a termine, part-time e somministrazione: convergenze e divergenze nel diritto europeo.

Part-time, lavoro a termine e somministrazione sono forme "flessibili" (o "atipiche") di lavoro, oggetto di tre direttive diverse e non perfettamente sovrapponibili (la n. 1997/81 per il part-time, la n. 1999/70 per il lavoro a tempo determinato e la 2008/104 per il lavoro tramite agenzia¹¹, adottata "a completamento" della direttiva 1991/383,

⁹ Corte giust. UE, 11 aprile 2013, C-290/12, *Della Rocca-Poste Italiane S.p.a.*

¹⁰ R. DE LUCA TAMAJO, F. PATERNÒ, *La somministrazione di lavoro*, cit., p. 16. In senso analogo, per una forte e positiva valorizzazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato come istituto privo di qualsivoglia connotazione capace di assimilarlo al lavoro a termine, si veda F. FURLAN, *La somministrazione di lavoro all'indomani del Jobs Act*, in G. ZILIO-GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016.

¹¹ Sulla direttiva 2008/104/CE in generale si vedano, tra gli altri, S. ARCHAIN, *The Transnational Supply of Workforce within the European Union. Issues of equal treatment for migrant workers*, in *La Rivista Adir. L'altro diritto*, 2017, reperibile alla pagina web

relativa al miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro interinale).

Dall'esame delle tre direttive in questione è possibile individuare, al tempo stesso, linee di convergenza e di divergenza con riferimento specifico alla questione relativa alla regolazione della "temporaneità", ed alla prevenzione della "precarietà". Prendendo come punto di riferimento la somministrazione di lavoro, si cercherà, nelle pagine che seguono, di porre in evidenza quale sia il filo conduttore che lega, e distingue, le diverse fattispecie di riferimento.

2.1. La somministrazione di lavoro e la direttiva sul lavoro a tempo determinato.

La Corte di giustizia, con la già citata sentenza dell'11 aprile 2013, ha affermato che il contratto tra lavoratore e agenzia di somministrazione non rientra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Esprimendo questo principio, la Corte ha evitato di prendere posizione sulle due, delicate, questioni poste dall'ordinanza di remissione, relative, da un lato, alla norma che consentiva l'apposizione del termine e la sua reiterazione sulla base delle esigenze generali dell'utilizzatore,

*<http://www.adir.unifi.it/rivista/2017/archain/>; A. SARTORI, *Temporary Agency Work in Europe. Degree of convergence following Directive 2008/104/EU*, in *European Labour Law Journal*, 2016, vol. 7, n. 1, pp. 109 ss.; M.D. FERRARA, *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *DRI*, 2014, pp. 111 ss.; N. MOIZARD, *Les intérimaires dans l'Union européenne. Les données du débat*, in *Revue de droit du travail*, 2012, 4, pp. 240 ss.; M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Amon, Padova, 2012; C. BARNARD, *EU Employment Law*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 426 ss.; P. LAMBERTUCCI, *La direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in R. FOGLIA, R. COSIO, *Il Diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 405 ss.; F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. Carinci, t. IX, Utet, Torino, 2010, pp. 570 ss.; S. ROBIN-OLIVIER, *French Reading of Directive 2008/104 on Temporary Agency Work*, in *European Labour Law Journal*, 2010, 1, pp. 398 ss.; H. FRENZEL, *The Temporary Agency Work Directive*, cit.; V. DE STEFANO, *La nuova direttiva sul "lavoro tramite agenzia interinale" e le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione di lavoro: una comparazione con la disciplina del lavoro a termine*, in *ADL*, 2010, 4-5, pp. 893 ss.; M. CORTI, A. SARTORI, *La disciplina europea del lavoro interinale tramite agenzia*, in *RIDL*, 2009, III, pp. 189 ss.; N. COUNTOURIS, R. HORTON, *The Temporary Agency Work Directive: Another Broken Promise*, in *Industrial Law Journal*, 2009, pp. 329 ss.; T. VAES, T. VANDENBRANCE, *Implementing the new temporary agency work directive*, Paperback, Leuven, 2009; K. AHLBERG ET AA., *Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, P.I.E., Brussels, 2008. Sulla somministrazione di lavoro nel nostro ordinamento si veda, per tutti, M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, Torino, 3^a ed., 2013.*

slegate dallo specifico rapporto di lavoro, e, dall'altro lato, al meccanismo secondo cui le conseguenze dell'abuso venivano (e sono tuttora) poste a carico dell'utilizzatore, che resta soggetto terzo.

La portata interpretativa e sistematica della sentenza del 2013 non deve essere sopravvalutata, e difficilmente consente di affermare l'esistenza di un principio sovranazionale di separatezza netta e definitiva tra le due discipline (termine e somministrazione) quanto a misure antiabusive.

All'epoca cui si riferivano i fatti di causa, invero, la direttiva 2008/104 non poteva trovare applicazione perché successiva (i periodi di lavoro interinale oggetto di causa riguardavano il periodo compreso tra il 2 novembre 2005 e il 31 gennaio 2007, laddove la direttiva, come noto, doveva essere trasposta nel diritto interno non oltre il 5 dicembre 2011); per questa ragione le considerazioni espresse dalla Corte non forniscono alcuna interpretazione dell'art. 5, par. 5, della direttiva del 2008, che espressamente impone agli Stati membri l'adozione delle «misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva».

Il giudice remittente, del resto, nel decidere la causa all'esito del pronunciamento della Corte, ha tratto proprio questo principio dalla sentenza di Lussemburgo, ritenendo che l'ordinamento europeo, nella sua versione antecedente la direttiva del 2008, andasse interpretato nel senso di consentire ai giudici nazionali di rintracciare nell'ordinamento interno lo strumento più appropriato di prevenzione degli abusi, utilizzando eventualmente anche quello previsto per il contratto a termine¹².

Il collante tra la soluzione adottata dal giudice nazionale e la sentenza della Corte di giustizia si può trovare proprio all'interno di quest'ultima, nel passaggio (contenuto ai punti 42 e 43 della motivazione) secondo cui l'affermazione della estraneità dei rapporti di lavoro a tempo determinato di un lavoratore interinale messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice da un'agenzia di lavoro interinale rispetto all'ambito di applicazione dell'accordo quadro e della direttiva

¹² Si veda Trib. Napoli, 5 marzo 2014, in *Riv. giur. prev. soc.*, 2014, 4, pp. 450 ss., con nota di F. SOTTO, *Lavoro temporaneo, frode alla legge e prevenzione degli abusi*.

1999/70¹³, non contraddice quanto dichiarato dalla Corte medesima in una precedente ordinanza del 15 settembre 2010¹⁴.

Quest'ultima ordinanza affermava (punto 36 della motivazione) che il lavoratore interinale, ricorrente nella causa principale, pur non fruendo, nello specifico, delle tutele garantite dalla direttiva sul trasferimento d'impresa, ben «potrebbe, all'occorrenza, beneficiare contro l'abusivo ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in virtù di altre disposizioni del diritto dell'Unione, segnatamente della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE [...]».

La precisazione circa l'assenza di contraddizione (particolarmente enfatizzata dalla Corte) porta a ritenere che il regime di prevenzione degli abusi nel contratto di somministrazione di lavoro è una questione puramente interna, da affrontare mantenendo fermo l'obbligo di interpretazione conforme.

In questo modo può dirsi disinnescato il rischio, paventato in dottrina, di un «passo indietro nella definizione delle tutele dei lavoratori a tempo determinato assunti dalle agenzie di lavoro interinale [...] che preoccupa soprattutto in vista della probabile futura chiamata in causa della Corte di Giustizia in merito al contenuto e alla portata vincolante dell'art. 5, par. 5, della Direttiva 2008/104/Ce»¹⁵.

Comparando la direttiva del 1999, ed in particolare la clausola 5 dell'accordo quadro ad essa allegato, con la clausola 5 della direttiva del 2008, emerge una comunanza di scopo tra le due, parallele, clausole di prevenzione delle elusioni, dalla quale può trarsi «l'esistenza di un comune divieto di reiterazione per i rapporti temporanei in generale con l'obiettivo di consolidare rapporti stabili e non frammentari»¹⁶, la cui

¹³ Con la precisazione, contenuta al punto 37 della motivazione, a mente del quale l'esclusione riguarda il lavoratore interinale in quanto tale, e non l'uno o l'altro dei suoi rapporti di lavoro, con la conseguenza che tanto il suo rapporto di lavoro con l'agenzia di lavoro interinale quanto quello sorto con l'azienda utilizzatrice esulano dall'ambito di applicazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

¹⁴ Corte giust. UE, 15 settembre 2010, C-386/09, *Briot-Randstad Interim e altri*.

¹⁵ Così M.D. FERRARA, *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, cit., p. 31. La questione relativa alla portata vincolante dell'art. 5, par. 5, della direttiva 104 è dibattuta in dottrina. Si esprime in senso negativo P. LAMBERTUCCI, *La direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., p. 412, il quale ritiene che la disposizione «sembra confondersi con la successiva previsione di un adeguato sistema sanzionatorio idoneo a far rispettare le previsioni della direttiva (art. 10 della direttiva) e, a tale stregua, costituirne un ulteriore tassello rafforzativo»; si veda anche M.P. AIMO, *La nuova disciplina sul lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 648.

¹⁶ Cfr. F. STOTTO, *Lavoro temporaneo, frode alla legge e prevenzione degli abusi*, cit., p. 465. Nella giurisprudenza di Cassazione si riscontrano, sia pure a livello di *obiter dicta*, due

definizione è rimessa alla regolazione interna dei singoli ordinamenti nazionali.

L'assimilazione tra dipendenti a tempo determinato delle agenzie di somministrazione e lavoratori a termine direttamente assunti dall'impresa utilizzatrice (nel cui solco si inserisce il "decreto dignità") risponde, dunque, ad una logica che non è estranea al sistema comunitario, ed anzi rappresenta la massima garanzia di parità di trattamento tra lavoratori comparabili, atteso che ne estende l'operatività ai profili relativi alle tutele contro gli abusi.

2.2. Il "riesame" di divieti e restrizioni: somministrazione e part-time a confronto.

Una possibile criticità, o, comunque, un argomento di potenziale contrasto rispetto alla legittimità di una tale assimilazione, potrebbe derivare dall'art. 4 della direttiva 2008/104, a mente del quale «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni di interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi».

Una previsione simile la si ritrova nella clausola 5, par. 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale allegato alla direttiva 1997/81/CE, a norma del quale «a) gli Stati membri, dopo aver consultato le parti sociali conformemente alla legge o alle prassi nazionali, dovrebbero identificare ed esaminare gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e, se del caso, eliminarli; b) le parti sociali, agendo nel quadro delle loro competenze e delle procedure previste nei contratti collettivi, dovrebbero identificare ed esaminare gli ostacoli che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale e, se del caso, eliminarli».

orientamenti contrapposti. La sentenza n. 21001 del 6 ottobre 2014, (la si veda ne *Ilgiuslavorista.it*, 2015, fasc. 26, con nota di M. BONOMO, *Somministrazione di lavoro a tempo determinato: presupposti sostanziali e conseguenze sanzionatorie a confronto con la disciplina del contratto a termine*), recentemente richiamata, in motivazione, da Cass., sez. lav., 8 gennaio 2019, n. 197, da un lato, in termini piuttosto frettolosi, afferma che la direttiva 2008/104, a differenza della direttiva 1999/70, non pone l'obiettivo della prevenzione dell'abuso del ricorso alla somministrazione. In senso difforme, per contro, Cass., sez. lav., 8 ottobre 2014, n. 21236 e n. 21235; Cass. 6 ottobre 2014, n. 21000, in ordine alle quali si vedano le considerazioni di M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, cit., p. 181.

Quest'ultima prescrizione, si diceva, è simile, ma non identica a quella che compare nella direttiva sul lavoro tramite agenzia.

Solamente per il lavoro a tempo parziale il legislatore europeo impone agli Stati membri, se del caso, l'eliminazione degli ostacoli al ricorso all'istituto oggetto di regolamentazione.

Ed infatti, con riferimento alla clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, la Corte di giustizia¹⁷ non ha avuto alcuna esitazione nel riconoscerne la vincolatività per gli Stati membri.

Nella sentenza del 24 aprile 2008, anzi, a differenza di quanto accaduto per la corrispondente norma della direttiva sul lavoro tramite agenzia, la questione circa la natura dell'obbligazione di revisione neppure viene sollevata.

La fattispecie riguardava il caso di un'impresa che era stata condannata al pagamento di una pesante sanzione amministrativa per aver omesso di notificare all'Ispettorato del lavoro una serie di contratti a tempo parziale. L'impresa aveva allegato che la notificazione costituisse un ostacolo di ordine burocratico a questa forma di organizzazione del lavoro: aumentando il costo del lavoro a tempo parziale la normativa interna avrebbe avuto come conseguenza una disparità di trattamento e una restrizione della concorrenza a vantaggio delle imprese che si avvalgono di lavoratori a tempo pieno. Il Governo italiano aveva sostenuto che l'obbligo di notifica fosse giustificato dalla necessità di combattere il lavoro nero e di informare l'amministrazione delle prassi dei datori di lavoro.

Tale argomento non è stato ritenuto convincente dalla Corte di giustizia per difetto di proporzionalità rispetto all'obiettivo da conseguire, esistendo misure meno onerose che avrebbero permesso al Governo italiano di ottenere gli obiettivi auspicati (punto 26 della motivazione); conseguentemente, la Corte ha concluso nel senso che la clausola 5, n. 1, lett. a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale allegato alla direttiva 1997/81/CE deve essere interpretata nel senso che osta ad una normativa nazionale, come quella di cui alla causa principale, che esige la notifica all'amministrazione di una copia dei contratti di lavoro a tempo parziale entro il termine di trenta giorni successivi alla loro stipulazione.

Con riferimento al lavoro tramite agenzia, al contrario, la Corte di giustizia¹⁸ ha affermato che la previsione di cui all'art. 4, par. 1, della direttiva 2008/104 si rivolge unicamente alle autorità competenti degli

¹⁷ Corte giust. UE, 24 aprile 2008, C-55/07 e C-56/07, *Michaeler-Amt e Provincia Autonoma di Bolzano*.

¹⁸ Cfr. Corte giust. UE, 17 marzo 2015, C-533/13, *AKT-Öljytuote e altro*.

Stati membri, imponendo loro un obbligo di riesame della normativa nazionale, che può vederli senz'altro obbligati a modificare la normativa interna, ma nella libertà, a tal fine, «vuoi di sopprimere i divieti o le restrizioni che non potevano essere giustificati in base a detta disposizione, vuoi di adattare questi ultimi affinché possano essere eventualmente giustificati in base alla suddetta disposizione» (punto 30 della motivazione).

La direttiva, tuttavia, secondo la Corte, non impone alle autorità giudiziarie nazionali l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione di diritto nazionale che preveda divieti o restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale che non siano giustificati da ragioni di interesse generale ai sensi del suddetto art. 4, par. 1.

In dottrina, chi si è interrogato in ordine alle ragioni di una difformità di approccio così marcata, ha concluso evidenziando che il contrasto tra le due sentenze della Corte è soltanto apparente, attesa non solo la differenza testuale tra le due direttive di riferimento, ma anche (e soprattutto) in considerazione delle significative differenze che intercorrono tra le diverse forme di lavoro "non standard" o "atipico", specialmente se esaminate nella prospettiva dei lavoratori.

A questo riguardo è stato molto chiaramente sottolineato che «while the advantages of temporary agency work for employers are obvious, its advantages for workers themselves are unclear. This is because it is inherently precarious, giving workers no security about their future employment or income»¹⁹.

L'incoraggiamento alla diffusione del lavoro "atipico" è espressa in modo molto più vigoroso nel contesto del part-time rispetto a quello del lavoro tramite agenzia, al punto che nel testo della relativa direttiva non si trova alcuna espressa disposizione promozionale.

La finalità della direttiva sul lavoro tramite agenzia è quella, declinata nell'art. 2, di «garantire la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e migliorare la qualità del lavoro tramite agenzia interinale garantendo il rispetto del principio di parità di trattamento di cui all'art. 5 [...] tenendo conto nel contempo della necessità di inquadrare adeguatamente il ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di contribuire

¹⁹ Così A.C.L. DAVIES, *The legal nature of the duty to review prohibitions or restrictions on the use of temporary agency work: AKT*, in *Common Market Law Review*, 2016, n. 53, p. 505; più in generale ID., *Regulating atypical work: Beyond equality*, in N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND (Eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, 2013; ID., *The implementation of the Directive on temporary agency work in UK: a missed opportunity*, in *European Labour Law Journal*, 2010, 3, pp. 307 ss..

efficacemente alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di forme di lavoro flessibili».

Certamente, il richiamo alla "creazione di posti di lavoro" rappresenta un indiretto incoraggiamento allo sviluppo del lavoro tramite agenzia, ma il contesto generale della norma insiste maggiormente sull'esigenza di introdurre regole di protezione ed armonizzazione delle normative in chiave di repressione degli abusi, segnatamente consistenti in missioni successive a scopo elusivo delle disposizioni contenute nella direttiva²⁰.

La conclusione, nella comparazione delle due direttive (e senza dimenticare la forte connotazione antiabusiva presente nella direttiva del 1999 sul lavoro a tempo determinato), sembra essere nel senso che, proprio perché il lavoro tramite agenzia è «inherently precarious and less clearly beneficial to workers», la direttiva del 2008 è molto più cauta nella promozione di questa forma di lavoro²¹.

²⁰ In dottrina viene valorizzata la significativa circostanza relativa alla novità del paragrafo 5 dell'art. 5, inserito *ex novo*, nella sua formulazione attuale, quale espresso risultato dell'accordo politico raggiunto in occasione del Consiglio di Lussemburgo del 9-10 giugno 2008 (si veda, al riguardo, il Comunicato Stampa del Consiglio dell'Unione Europea C/08/166). In questo senso M.D. FERRARA, *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, op. cit., nonché Id., *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Angeli, Milano, 2018, p. 179. Recentemente, il Tribunale di Brescia, con ordinanza del 16 ottobre 2018, ha sottoposto alla Corte di giustizia (la causa è la C-681/18) una questione pregiudiziale in ordine all'interpretazione dell'art. 5, par. 5, della direttiva 2008/104/CE, chiedendo se la norma debba essere interpretata nel senso che osti all'applicazione del d. lgs. n. 246 del 2003, come modificato dal d.l. n. 34 del 2014, che a) non prevede limiti alle missioni successive del medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice; b) non subordina la legittimità del ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo del ricorso alla somministrazione stessa; c) non prevede il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva propria dell'impresa utilizzatrice quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro. La problematica era stata posta in evidenza, in dottrina, da V. FILÌ, *Prime note sulla somministrazione di lavoro (artt. 30-40)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series, 2015, n. 48, p. 203; P. COPPOLA, *Somministrazione e direttiva 2008/104/CE. Il (non) adeguamento dell'Ordinamento interno*, in *Lav. giur.*, 2013, 10, pp. 879 ss.

²¹ In questo senso, ancora, A.C.L. DAVIES, *The legal nature of the duty to review prohibitions or restrictions*, op. cit., p. 506. Si tenga conto del fatto che la dichiarazione congiunta di Eurociett (confederazione europea delle agenzie per il lavoro temporaneo) e UNI-Europa (Federazione sindacale europea) del 28 maggio 2008, ai punti 7 e 14, riconosce espressamente la necessità di apportare talune restrizioni al lavoro interinale al fine di prevenire gli abusi. Cfr. EUROCIETT, UNI-EUROPA, *Joint Declaration on the draft Directive on working conditions for temporary agency workers*, 29 maggio 2008. *Contra*, nel senso di

Per questa stessa ragione, conseguentemente, la Corte ha confinato l'obbligazione di rimuovere gli ostacoli, in quest'ambito, ad una regola solamente procedurale²², il cui significato è quello di valorizzare la «funzione antifraudolenta delle limitazioni»²³.

In termini ancora più espliciti si era espresso l'Avvocato Generale Szpunar nelle conclusioni relative al caso C-533/13, evidenziando che: i) «il lavoro interinale non è considerato un sostituto di forme stabili di lavoro» (par. 110 delle conclusioni); ii) la disposizione controversa, prevista dal contratto collettivo applicabile nel caso di specie, nel vietare l'impiego di lavoratori interinali a fianco dei lavoratori propri dell'impresa "per un lungo periodo", persegue «un obiettivo legittimo inteso a limitare gli abusi legati al ricorso a tale forma di lavoro. infatti, in conformità delle linee guida sottese alla normativa dell'Unione, il ricorso al lavoro interinale non dovrebbe avvenire a scapito dell'impiego diretto ma, al contrario, dovrebbe potere condurre verso forme di impiego più rassicuranti» (par. 120 delle conclusioni); iii) il mantenimento, per un lungo periodo, di rapporti di lavoro interinale, sebbene essi debbano, per

una «ampia sovrapposibilità della dir. 2008/104 con quella sul lavoro a tempo parziale», F. FURLAN, *La somministrazione di lavoro all'indomani del Jobs Act*, op. cit.

²² Il giudice del lavoro finlandese, in seguito al pronunciamento della Corte di giustizia, ha ritenuto che il costante uso di lavoratori interinali per lo svolgimento, dal 2008 al 2012, delle stesse mansioni del personale dipendente dell'impresa, costituisca una violazione dell'accordo collettivo. Si veda Finnish Labor Court, 8 febbraio 2016, decision TT 2016:11, di cui è data notizia da N. ISOKORPI, I. REMMELGAS, *A compensatory fine was imposed on an employer for using temporary agency work in breach of the provisions of a collective bargaining agreement*, in <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=ee992846-a63e-441c-9df1-67807d38fe1d>. Parte della dottrina ritiene che la Corte di giustizia, con la sentenza del 17 marzo 2015, si sia limitata ad affermare che ai giudici nazionali è consentito di applicare le restrizioni previste dai contratti collettivi, e non che essi siano obbligati ad applicarle. In questo senso K. SWANLJUNG, J. NURMINEN, *Employers Must Observe Collective Bargaining Agreement-Based Restrictions on Temporary Agency Work Even If They Are Not Justified*, in *European Employment Law Cases*, 2016, p. 173.

²³ Cfr. F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, cit., p. 576, il quale sottolinea che «il legislatore comunitario sembra autorizzare le restrizioni ed i divieti laddove siano volti ad impedire la realizzazione di finalità elusive, per intaccare normative inderogabili di tutela del lavoratore». Il problema più grave concerne l'individuazione di un sistema sanzionatorio effettivo e dissuasivo, ed in questa prospettiva l'A. citato rileva che «l'introduzione di nuovi spazi di flessibilità attraverso la riduzione – se non l'eliminazione – di divieti e restrizioni al ricorso al lavoro tramite agenzia impone l'adozione di misure volte a garantire l'effettività delle posizioni soggettive di tutela dei lavoratori temporanei, sul piano individuale e collettivo, ed a reprimere l'abusivo utilizzo del lavoro temporaneo come strumento di dumping sociale»; la tutela, sempre secondo questo A., dovrebbe essere predisposta sul piano della preferenza per il lavoro a tempo indeterminato su quello a tempo determinato piuttosto che su quello della disgiunzione tra datore di lavoro formale ed utilizzatore.

loro natura, restare temporanei, può essere l'indizio di un abuso di questa forma di lavoro (par. 121 delle conclusioni).

Al punto 124 delle sue conclusioni, l'Avvocato Generale, pur evidenziando che resta nella responsabilità del giudice nazionale determinare se una particolare restrizione sia giustificata e compatibile con il diritto dell'Unione europea, ha espresso una forte indicazione affermando che «una normativa nazionale come quella oggetto del procedimento principale, la quale, da un lato, limita il ricorso al lavoro interinale alle mansioni che, avuto riguardo alla loro natura o alla loro durata, rispondono oggettivamente al fabbisogno di manodopera temporanea e, dall'altro, vieta l'impiego di lavoratori interinali accanto ai lavoratori propri dell'impresa per un lungo periodo [...] sembra giustificata da una ragione di interesse generale che investe la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato e di prevenire gli abusi».

3. Il lavoro interinale nella prospettiva del distacco intracomunitario di manodopera.

Il lavoro "interinale" è stato oggetto di attenzione da parte della Corte di giustizia nella prospettiva di operazioni di distacco transnazionale di lavoratori nel quadro della prestazione di servizi intracomunitaria²⁴.

Il distacco di lavoratori tramite agenzia, inoltre, ove realizzato nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, è una delle tre fattispecie cui trova applicazione la direttiva 96/71/CE relativa, appunto, al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

L'art. 1 di questa direttiva, prevede, invero, al par. 3, lett. c), che la disciplina in essa contenuta trova applicazione, tra le altre ipotesi, alle imprese che «distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di

²⁴ Si veda, in particolare, Corte giust. CE, 3 febbraio 1982, C-62/81 e C- 63/81 riunite, *Seco*; Corte giust. CE, 17 dicembre 1981, C-279/80, *Web*; Corte giust. CE, 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*; sul tema, in generale, A. TURSI, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *DRI*, 2018, 3, pp. 835 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Il Mulino, Bologna, 2007; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2017, pp. 97 ss.; M.T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti. Art. 2127*, Giuffrè, Milano, 2000.

distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente».

La versione italiana del testo originario della direttiva (antecedente le modifiche apportate dalla direttiva 2018/957/UE) utilizza, nel descrivere la fattispecie, una locuzione - "cessione temporanea di lavoratori" - ambigua, nella sua apparente specificità tecnico-giuridica, e non perfettamente collimante con i corrispondenti testi francese ed inglese, che adottano formulazioni più generiche (rispettivamente «qui met un travailleur à disposition» e «hire out a worker to a user undertaking»).

La direttiva non intende fornire (e non fornisce) una definizione uniforme del rapporto di lavoro interinale; ad essere preso in considerazione è semplicemente chi "mette a disposizione" un lavoratore²⁵.

Piena conferma, in questo senso, si trae dall'esame delle modifiche apportate, sul punto, dalla direttiva 2018/957/UE, che nella versione italiana, oggi, ci consegna un testo dell'art. 1, par. 3, lett. c), che abbandona il termine "cessione", per fare riferimento alla più ampia fattispecie della "fornitura di lavoratori".

Il diritto derivato fornisce, in ogni caso, indicazioni utili al fine di definire il concetto di "cessione di manodopera" ai fini della direttiva 96/71.

Secondo l'Avvocato generale Bot, nelle conclusioni rese nel caso *Vicoplus*²⁶, dalla definizione fornita dall'art. 1, n. 3, lett. c) della direttiva 96/71 si devono trarre due criteri interpretativi: i) ai fini della sussistenza della fattispecie di riferimento occorre che, in presenza di una "cessione" di manodopera, il rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo cede temporaneamente venga mantenuto. A questo riguardo l'Avvocato generale precisa che la "cessione" di manodopera ad un'impresa utilizzatrice non dà luogo alla formazione di un contratto di lavoro tra questa ultima impresa e il lavoratore messo a disposizione²⁷; ii) il secondo criterio che consente di identificare una cessione di manodopera attiene alla sussistenza di una subordinazione di fatto del lavoratore nei

²⁵ Sul punto, approfonditamente, N. MOIZARD, *Les intérimaires dans l'Union européenne*, cit.; in argomento si veda anche M. FUCHS, *Posting. The legal panorama of European Labour and Social Security Law*, in *RIDL*, 2018, I, 1, pp. 3 ss.

²⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale Y. Bot, 9 settembre 2010, cause da C-307/09 a C-309/09 riunite, punti 59 ss.

²⁷ Si noti che, tuttavia, la mancata menzione di cui all'art. 1, n. 3, lett. a), della direttiva 96/71, secondo la quale il distacco del lavoratore viene effettuato per conto e sotto la direzione dell'impresa che lo invia, lascia intendere che l'impresa che effettua la cessione temporanea di lavoratori non esercita alcuna autorità sul modo in cui il lavoratore svolge le mansioni ad esso affidate.

confronti dell'impresa utilizzatrice, per quanto concerne l'organizzazione, l'esecuzione e le condizioni di lavoro.

In altre parole, la situazione in cui un datore di lavoro conclude con un'impresa utilizzatrice un contratto con il quale il primo delega alla seconda l'autorità che ad esso discende dalla sua qualità di datore di lavoro ai fini dell'esecuzione delle mansioni affidate al lavoratore configura, a parere dell'Avvocato generale, una cessione di manodopera.

La direttiva 2008/104/CE conferma tale analisi.

Dall'art. 1, par. 1, della direttiva sul lavoro tramite agenzia risulta, infatti, che la medesima trova applicazione «ai lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale e che sono assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare temporaneamente e sotto il controllo e la direzione delle stesse». Quest'ultima caratteristica consente di distinguere la cessione di manodopera dal subappalto. Infatti, nei rapporti di subappalto, le due imprese mantengono il controllo del proprio personale, non vi è trasferimento di autorità per quanto riguarda l'esecuzione delle mansioni affidate ai lavoratori²⁸.

Gli elementi in comune tra distacco e lavoro interinale sono dunque due: i) il mantenimento della relazione di lavoro tra l'impresa che mette il lavoratore a disposizione e il lavoratore interinale; ii) l'esistenza di una subordinazione di fatto del lavoratore per quanto riguarda l'impresa utilizzatrice con riferimento ad organizzazione, esecuzione e condizioni di lavoro.

All'analogia che intercorre tra le due direttive in ordine alla delimitazione del rispettivo campo di applicazione corrisponde un forte parallelismo quanto a centralità della regola relativa alla parità di trattamento.

La direttiva 2008/104 poggia sulla previsione di un fondamentale principio di parità di trattamento dei lavoratori somministrati.

Analogamente, la direttiva 96/71 ha da sempre previsto che gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese che rientrano nel campo di applicazione della direttiva garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative, tra l'altro, alle «condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo» (art.

²⁸ Per una critica rispetto alla valorizzazione dell'esercizio del potere direttivo per la distinzione tra appalto genuino ed interposizione cfr., per tutti, F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, cit., p. 577.

3, par. 1, lett. c), nel testo originario, antecedente la modifica apportata dalla direttiva del 2018²⁹).

Questa norma, che è oggi rafforzata dall'introduzione dell'esplicito principio di parità di trattamento, aggiunto nel nuovo testo dell'art. 3, par. 1, dalla direttiva 2018/957/UE³⁰, esclude l'ambito relativo alle condizioni di fornitura dei lavoratori dai problematici limiti posti dal paragrafo 10 dell'art. 3 quanto a discrezionalità, per gli Stati membri, di estendere ai lavoratori distaccati, condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico³¹.

Questa norma, come noto, poggia sull'art. 56 TFUE, che impone la soppressione di qualsiasi restrizione laddove sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi.

Una restrizione consistente nell'imposizione al fornitore di servizi di condizioni di lavoro e di occupazione ultronee rispetto a quelle espressamente previste nel par. 1 dell'art. 3 della direttiva 96/71/CE, può essere giustificata qualora risponda a ragioni imperative di interesse generale, nei limiti in cui tale interesse non sia tutelato dalle norme alle quali è soggetto il prestatore nello Stato membro in cui è stabilito e a condizione che siano idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccedano quanto è necessario per raggiungerlo.

Da questa limitazione di carattere generale, si ripete, sono escluse, in virtù del descritto meccanismo, le condizioni di fornitura dei lavoratori.

L'intervenuta armonizzazione, per effetto della direttiva 2008/104, pone una problematica apparente in quanto, a mente dell'art. 4, par. 1, di questa direttiva, «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni di interesse generale».

²⁹ La direttiva 2018/957/UE ha modificato anche il testo della lett. d) del par. 1 dell'art. 3, sostituendo la locuzione «condizioni di cessione temporanea» con «condizioni di fornitura dei lavoratori».

³⁰ Nei confronti della direttiva 2018/957/UE sono stati proposti due ricorsi, il primo dall'Ungheria (causa C-620/18), che richiede l'annullamento della direttiva sostenendo, in particolare, che la stessa sia contraria all'art. 56 TFUE, dal momento che gli obblighi e le restrizioni imposti da tale direttiva alle imprese stabilite in uno Stato membro che distaccano lavoratori in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi vengono ritenute discriminatorie, superflue e sproporzionate; il secondo, sorretto da motivazioni analoghe, è stato presentato dalla Repubblica di Polonia (causa C-626/18).

³¹ Con riferimento all'origine nazionale o sovranazionale del concetto di ordine pubblico cfr. C. CORDELLA, *Transnational posting of workers between public policy and collective bargaining*, in A. PERULLI (a cura di), *New industrial relations in the era of globalization: a multilevel analysis*, Cedam, Padova, 2018, pp. 129 ss.

Questa disposizione della direttiva, dunque, sembra introdurre una limitazione collimante con il meccanismo di cui all'art. 56 TFUE.

In questi termini si dovrebbe affermare che i requisiti per la giustificazione delle restrizioni ai fini di cui all'art. 4, par. 1, della direttiva 2008/104 sono identici a quelli che valgono ai fini dell'applicazione dell'art. 56 TFUE, come del resto sembra confermare il considerando 22 della direttiva 104, a mente del quale quest'ultima «dovrebbe essere applicata nel rispetto delle disposizioni del trattato in materia di libertà di prestazione di servizi e libertà di stabilimento e fatta salva la direttiva 96/71/CE».

Per quanto detto sopra, tuttavia, ai fini della direttiva 96/71, le condizioni di fornitura dei lavoratori, previste nei singoli ordinamenti interni, non sono assoggettate al test di necessità e proporzionalità imposto dall'art. 3, par. 10 della direttiva medesima, atteso che (si ribadisce) le condizioni di fornitura sono incluse tra le materie di cui all'art. 3, par. 1, della direttiva 96/71 per le quali si applica la disciplina dello Stato del distacco; è già per questa ragione che tali condizioni sono escluse dal test di "necessità e proporzionalità" imposto dall'art. 3, par. 10. Il fatto che la Corte di giustizia, con la sentenza *AKT*, abbia negato l'esistenza di un obbligo di disapplicazione delle disposizioni restrittive non giustificate da ragioni di interesse generale, affermando (come si è visto sopra) che l'art. 4, par. 1, della direttiva 2008/104, nel suo tendere al giusto equilibrio tra le libertà del mercato interno e il diritto sociale, si rivolge unicamente alle autorità competenti degli Stati membri, in questa prospettiva, ha una rilevanza molto limitata, in quanto il risultato cui perviene la Corte deriva già dall'applicazione della direttiva 96/71/CE.

In ordine all'ampiezza di divieti e limitazioni ammesse rispetto al ricorso al lavoro tramite agenzia giova richiamare una interessante sentenza della Corte di giustizia³², relativa ad una fattispecie estremamente peculiare (ed in qualche modo analogo a quello deciso dalla Corte nel risalente caso *Rush Portuguesa*) relativo ad una questione di ammende irrogate ad alcune società polacche per aver distaccato lavoratori polacchi nei Paesi Bassi senza aver ottenuto un permesso di lavoro.

Secondo la Corte «va distinta la cessione temporanea dal trasferimento temporaneo di lavoratori che sono inviati in un altro Stato membro per effettuarvi dei lavori nell'ambito di una prestazione di servizi del loro datore di lavoro [...], essendo un trasferimento a tal fine del resto

³² Corte giust. UE, 10 febbraio 2011, cause da C-307/09 a C-309/09 riunite, *Vicoplus-Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*.

considerato dall'art. 1, n. 3, lett. a) della direttiva 96/71» (punto 45 della sentenza).

Nel caso di specie, «il trasferimento di lavoratori da parte del loro datore di lavoro in un altro Stato membro costituisce l'accessorio di una prestazione di servizi svolta da detto datore di lavoro in questo Stato» (punto 46).

L'aspetto di maggiore interesse della sentenza è dato dall'affermazione contenuta al punto 31, dove si legge che «il lavoratore distaccato ai sensi dell'art. 1, n. 3, lett. c), della direttiva 96/71 è tipicamente destinato, durante il periodo della sua cessione temporanea, ad un posto in seno all'impresa utilizzatrice che altrimenti sarebbe stato occupato da un dipendente di quest'ultima», donde, come si legge al punto 35, «distinguere fra l'afflusso di lavoratori sul mercato del lavoro di uno Stato membro a seconda che essi vi accedano mediante la cessione temporanea di manodopera o direttamente e in modo autonomo risulta artificiale, poiché, in entrambi i casi, tale movimento di lavoratori potenzialmente rilevante può perturbare il mercato del lavoro in questione».

L'affermazione, molto forte e problematica, in quanto sembra sottintendere, al fondo della fornitura di lavoro interinale, una sorta di presunzione di frode alle regole sulla libera circolazione dei lavoratori e alle regole nazionali³³, può essere letta in controtuce rispetto al *self restraint* assunto dalla Corte di giustizia nel caso *AKT* nel negare l'esistenza di un obbligo di disapplicazione delle disposizioni restrittive non giustificate da ragioni di interesse generale, affermando che la direttiva si rivolge unicamente alle autorità competenti degli Stati membri. Se da un lato, invero, la direttiva 2018/104 esclude che si possa considerare la somministrazione di lavoro come uno strumento intrinsecamente abusivo (così confliggendo con quanto evidenziato dalla Corte nella sentenza *Vicoplus*), dall'altro lato il rinvio, operato con la sentenza *AKT*, alla competenza interna, rende conto dell'estrema complessità del tema.

Tenendo conto delle considerazioni che precedono si può ritenere che il limite dei 24 mesi, combinato con l'applicabilità al contratto di lavoro a tempo determinato tra agenzia di somministrazione e lavoratore delle condizioni di cui all'art. 19, co. 1, del d. lgs. n. 81 del 2015, per contratti di durata superiore a 12 mesi (sempre entro il limite complessivo dei 24 mesi), non si ponga in contrasto con la disciplina sovranazionale.

³³ Si vedano le osservazioni dubitative di N. MOIZARD, *Les intérimaires dans l'Union européenne*, cit.

4. Conclusioni.

Da un esame complessivo delle direttive europee sul lavoro "temporaneo" emerge la centralità del principio di parità di trattamento, declinato, con riferimento al lavoro tramite agenzia, come garanzia del riconoscimento, ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale, di condizioni di base di lavoro e di occupazione "almeno identiche" a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgere le medesime mansioni (art. 5, par. 4; considerando 1 e 14 della direttiva 2008/104).

La parità di trattamento (ferme le deroghe ammesse dal medesimo art. 5), così come concepita nella direttiva europea, «appare sufficientemente ampia, poiché si riferisce, in generale, alle condizioni di base di lavoro e di occupazione»³⁴, e può ritenersi attrezzata a ricomprendere un possibile parallelismo di disciplina con il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato in ordine ai meccanismi di prevenzione rispetto alla successione di missioni, e così, dunque, alla prevenzione della precarietà.

Il principio di parità di trattamento rappresenta, del resto, una regola fondamentale del diritto dell'Unione europea, affermata in generale dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, e norma primaria del TUE in virtù del richiamo espresso operato dall'art. 6, par. 2, di quest'ultimo³⁵.

La centralità del principio di parità di trattamento è confermata dalle significative modifiche apportate alla "direttiva distacchi" del 1996 dalla direttiva 2018/957/UE, che prevede espressamente la prevenzione dell'abuso dei diritti garantiti dai Trattati³⁶.

La prospettiva di parità, tuttavia, è chiaramente focalizzata sul contrasto agli abusi, al fine di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro, obiettivo, questo, considerato espressamente dalla direttiva 2008/104 quale fondamento legittimo di normative nazionali che introducano divieti o restrizioni nel ricorso al lavoro tramite agenzia interinale, il tutto attraverso l'introduzione di un apparato sanzionatorio

³⁴ Così M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, cit., p. 185. Sul tema cfr. L. ZAPPALÀ, *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *DRI*, 2003, pp. 69 ss.

³⁵ Cfr., espressamente, sul punto T. ORRÙ, *Appalto e somministrazione di lavoro. codatorialità e tecniche di tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, pp. 143 ss.

³⁶ Si veda, in particolare, il nuovo par. 1-bis dell'art. 3 della direttiva 96/71, a mente del quale qualsiasi disposizione applicabile a lavoratori distaccati nel contesto di un distacco superiore a 12 mesi, o, se del caso, 18 mesi, deve essere considerata compatibile con la libertà di circolazione dei servizi intracomunitaria, e dunque con l'art. 56 TFUE.

che deve essere "effettivo, proporzionato e dissuasivo" rispetto a tali forme di abuso.

Quello che il diritto comunitario non ammette è l'introduzione di regole aprioristicamente e genericamente limitative (o impeditive) del ricorso al lavoro temporaneo (e segnatamente del lavoro tramite agenzia), sganciate da qualsivoglia collegamento con un meccanismo di governo della successione di missioni in prospettiva antiabusiva.

Nelle pagine che precedono si è ritenuto di dover concentrare l'attenzione principalmente sul lavoro tramite agenzia, ponendolo quale filo conduttore dell'indagine, in ragione della forte penalizzazione che il "decreto dignità" ha impresso all'istituto della somministrazione a tempo determinato.

L'analisi puntuale della nuova disciplina, così come una valutazione specifica della coerenza dei singoli interventi restrittivi introdotti dal legislatore rispetto alla normativa sovranazionale, non è oggetto di questa parte del volume, ed è necessario, al riguardo, rinviare ai capitoli relativi, rispettivamente, al contratto a termine ed alla somministrazione di lavoro.

L'indagine che occorre sviluppare, alla luce di quanto si è cercato di evidenziare, attiene alla verifica della coerenza dei limiti introdotti (e specialmente di quelli relativi a durata e quantità percentuale di ricorso ammesso dal legislatore) rispetto agli obiettivi perseguiti.