

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO E TECNICHE ANTI-ABUSIVE ALLA PROVA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La tutela del lavoratore in somministrazione contro gli abusi. – 3. Il regime introdotto dal *Jobs Act* e la sentenza della Corte di giustizia. – 4. Il regime introdotto dal «decreto dignità» alla luce della sentenza della Corte di giustizia. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione.* – Come il sasso nello stagno, la recente sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla disciplina della somministrazione di lavoro ⁽¹⁾, sia pure nella versione antecedente ai robusti correttivi del «decreto dignità» ⁽²⁾, ha smosso le acque e riaperto una salutare discussione sull'adequatezza della normativa nazionale, oggi contenuta nel Capo IV del d.lgs. n. 81/2015, rispetto alle finalità anti-abusive della direttiva 2008/104/CE e ai rimedi disponibili per assicurarla. Con uno sguardo retrospettivo, può oggi persino sorprendere che – salve poche eccezioni ⁽³⁾ – quella discussione sia rimasta sopita così a lungo e, soprattutto, che non si fosse già robustamente indirizzata verso gli approdi cui finalmente giunge grazie alla sentenza della Corte di giustizia.

La ragione di tale lungo sopore va forse ricercata nella rassicurante lettura che era stata per lo più data di una precedente pronuncia della stessa Corte di giustizia ⁽⁴⁾, nella quale i giudici sovranazionali avevano statuito, invero piuttosto perentoriamente, che «la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, e l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che compare in allegato a tale direttiva, devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un'agenzia di lavoro interinale né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un'impresa utilizzatrice». Una tale statuizione aveva infatti accreditato la convinzione ⁽⁵⁾ che la esclusione di una

* Con l'aggiunta delle note, è il testo della relazione svolta il 24 febbraio 2021 all'incontro di studio *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, organizzato (in aula virtuale) dalla Scuola Superiore della Magistratura – Struttura della formazione decentrata della Corte di cassazione.

⁽¹⁾ Corte di giustizia UE, 14 ottobre 2020, causa C-681/18, *JH contro KG*.

⁽²⁾ D.l. 18 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, nella l. n. 96 dello stesso anno.

⁽³⁾ Tra queste v. significativamente – per conclusioni vicine a quelle poi raggiunte dalla Corte di giustizia – M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive tra diritto europeo e diritto interno*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica. Questioni aperte e prospettive future*, Franco Angeli, 2018, 165 ss.

⁽⁴⁾ Corte di giustizia UE, 11 aprile 2013, causa C-290/12, *Della Rocca contro Poste Italiane S.p.a.*

⁽⁵⁾ V. ad es. L. FIORILLO, *Il regime sanzionatorio forfettizzato si applica al lavoro temporaneo illegittimo e alla somministrazione a termine irregolare: la Cassazione risolve la querelle*, *q. Riv.*, 2013, II, 342 ss.

diretta assimilabilità tra le fattispecie regolate dalle due direttive (il contratto a termine diretto, da una parte, e il lavoro interinale, dall'altra), con la conseguente netta distinzione del rispettivo campo di applicazione, comportasse anche che la somministrazione di lavoro a tempo determinato potesse sottrarsi a qualunque limite con finalità anti-abusiva e che, pertanto, il legislatore nazionale, come avrebbe fatto di lì a poco col c.d. «decreto Poletti» ⁽⁶⁾, potesse senz'altro optare per una radicale liberalizzazione di tale tipologia contrattuale, potendo persino contare, in tal senso, sull'implicito incoraggiamento desumibile – secondo taluni – dall'art. 4, par. 1, della direttiva 2008/104/CE ⁽⁷⁾.

In realtà, come era stato puntualmente osservato, «il rilievo per cui l'ambito della direttiva 99/70/CE non comprende i rapporti di lavoro somministrato, non preclude affatto la possibilità che, in ambito nazionale, quei rapporti vengano assoggettati alla stessa disciplina del lavoro a termine. Ed invero, nel rispetto delle direttive di riferimento il legislatore è libero di disciplinare i contratti di lavoro a termine nello stesso modo dei contratti di lavoro temporaneo o somministrato a termine, trattandosi comunque di contratti a tempo determinato, anche se inseriti nello schema della fornitura di lavoro» ⁽⁸⁾. Anche la direttiva 2008/104 – come diremo meglio più avanti sulla scorta della recente pronuncia della Corte di giustizia – esprime un chiaro precetto anti-abusivo, con l'art. 5, par. 5. E del resto lo stesso art. 4, par. 1, è esplicito nel consentire ai legislatori nazionali di imporre divieti o restrizioni quando questi siano volti a garantire la tutela dei lavoratori somministrati in quanto diretti, in particolare, alla «prevenzione di abusi».

In tal senso, la differenza principale tra le due direttive sta in ciò, che soltanto quella sul contratto a termine diretto contiene un'articolata disciplina delle misure di prevenzione degli abusi, stabilendo con la clausola 5 che – salva peraltro la possibilità di prevedere norme funzionalmente equivalenti – queste possano consistere nella previsione di ragioni oggettive per la giustificazione del rinnovo di tali contratti, nella fissazione della durata massima totale dei rapporti a tempo determinato successivi ovvero nella indicazione del numero massimo dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. Pur priva di una siffatta previsione, certamente inapplicabile come tale al lavoro a termine in somministrazione, la direttiva 2008/104 non è tuttavia affatto indifferente ai modi in cui gli Stati membri debbono garantire il risultato della prevenzione degli abusi, prescritto anche per i rapporti temporanei indiretti, che sono cioè calati, nel nostro ordinamento, nello schema dell'art. 30, d.lgs. n. 81/2015.

D'altra parte, la stessa Corte di giustizia ha anche precisato – e rigorosamente delimitato – la portata dell'art. 4, par. 1, della direttiva 2008/104, affermando che la norma – di natura essenzialmente procedimentale – è rivolta unicamente alle autorità competenti degli Stati membri, gravandole dell'obbligo di riesame al fine di garantire che eventuali divieti o restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie

⁽⁶⁾ D.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito in l. n. 78/2014.

⁽⁷⁾ Alla cui stregua, «I divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materie di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione degli abusi». Sulle attese – e, viceversa, i sospetti – suscitati da tale disposizione, dall'indubbio potenziale liberalizzante, sia consentito il rinvio a S. GIUBBONI, *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'Unione europea*, RGL, 2011, I, 265 ss., spec. 281.

⁽⁸⁾ G. FRANZA, *La «nuova» somministrazione a termine*, in G. FRANZA, P. POZZAGLIA, *Il decreto dignità. Commento alle norme lavoristiche*, Giappichelli, 2018, 51 ss., qui 54.

interinali siano giustificati. Essa, tuttavia, non impone, e nemmeno consente, alle autorità giudiziarie nazionali di disapplicare qualsiasi disposizione di diritto interno che preveda divieti e restrizioni ⁽⁹⁾, visto che la valutazione – eminentemente politica – sulla loro perdurante giustificazione è, per l'appunto, riservata al legislatore nazionale, previa consultazione delle parti sociali.

2. *La tutela del lavoratore in somministrazione contro gli abusi.* – Con la sentenza del 14 ottobre 2020 la Corte di giustizia rende comunque esplicite, in modo che appare inequivocabile, le conclusioni cui si poteva già pervenire sulla base delle sue precedenti pronunce.

Nel confermare la non sovrapponibilità della disciplina contenuta nelle due direttive ⁽¹⁰⁾, la Corte ha infatti chiarito che l'art. 5, par. 5, prima frase, della direttiva 2008/104, di per sé, non osta ad una normativa nazionale, come quella già dettata dal d.lgs. n. 276/2003 come modificato dal d.l. n. 34/2014, che non limita il numero di missioni successive che un medesimo lavoratore tramite agenzia interinale può svolgere presso uno stesso utilizzatore e che non subordina la legittimità del ricorso alla somministrazione di lavoro a termine all'indicazione di ragione di carattere tecnico, produttivo e organizzativo o sostitutivo (come avveniva in precedenza). Tuttavia, l'art. 5, par. 5, della direttiva 2008/104 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro non adotti alcuna misura al fine di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale, come anche a una normativa nazionale che non contempli alcuna misura al fine di evitare l'assegnazione di un medesimo lavoratore a missioni successive presso la stessa impresa utilizzatrice con lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva stessa nel suo insieme. Ed è esattamente questa – come vedremo meglio più avanti ⁽¹¹⁾ – la situazione (di sostanziale non conformità alla direttiva, salvi gli spazi dischiusi in via rimediale all'interpretazione conforme), in cui si è trovato il nostro ordinamento nella vigenza della disciplina introdotta dal *Jobs Act* nei due tempi, o forse meglio nei due «atti», dell'intervento d'urgenza operato dal d.l. n. 34/2014 sul testo del d.lgs. n. 276/2003 e della successiva approvazione, in attuazione della delega di cui alla l. n. 183/2014, del d.lgs. n. 81/2015 (ma questo, a sua volta, prima, come ovvio, delle modifiche apportate a tale fonte dalla l. n. 96/2018) ⁽¹²⁾.

Il passaggio centrale della motivazione della Corte – sul piano più strettamente esegetico – va rintracciato nella statuizione, ripresa dalle conclusioni dell'Avvocato

⁽⁹⁾ Corte di giustizia UE, 17 marzo 2015, causa C-533/13, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry contro Öljytuote ry, Shell Aviation Finland Oy*.

⁽¹⁰⁾ V. in particolare il punto 45 della sentenza (citata sopra alla nota 1), dove la Corte ribadisce che l'interpretazione della clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 1999/70, «non è trasponibile alla presente causa. Infatti, mentre la clausola 5 di detto accordo quadro stabilisce obblighi specifici al fine di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, ciò non vale per l'articolo 5, paragrafo 5, prima frase, della direttiva 2008/104».

⁽¹¹⁾ Al § 3.

⁽¹²⁾ La complessa (e per certi versi contorta) evoluzione di questa disciplina è da ultimo esemplarmente ricostruita da S.P. EMILIANI, *La somministrazione di lavoro*, in G. Proia (a cura di), *Approfondimenti di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, 89 ss. In precedenza v. anche, tra gli altri, anche per ulteriori riferimenti, almeno M.D. FERRARA, *La somministrazione di lavoro nel decreto «dignità»*, *q. Riv.*, 2019, I, 227 ss., e – per il quadro *ante* «decreto dignità» – L. CALCATERRA, *La somministrazione di lavoro. Teorie e ideologie*, Editoriale Scientifica, 2017.

generale Sharpston ⁽¹³⁾, secondo la quale l'art. 5, par. 5, «impone agli Stati membri due obblighi distinti, ossia di adottare le misure necessarie a, da un lato, evitare il ricorso abusivo alle deroghe al principio di parità di trattamento autorizzate dallo stesso articolo 5 e, dall'altro, prevenire missioni successive aventi lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva 2008/104 nel suo insieme» ⁽¹⁴⁾. L'art. 5 contiene, quindi, un precetto anti-abusivo di segno generale, volto a impedire che, nel recepimento della direttiva, gli Stati membri ne eludano, complessivamente, le finalità di tutela dei lavoratori somministrati (a tempo determinato), e lo facciano, segnatamente, con disposizioni che contraddicano la natura per definizione temporanea – appunto «interinale» – di tale forma di impiego flessibile. Ed infatti, come precisa la Corte con tono quasi didascalico ⁽¹⁵⁾, dall'insieme delle definizioni contenute nella direttiva (quella di «agenzia interinale», di «lavoratore» inviato da una tale agenzia, di «impresa utilizzatrice» e di «missione») risulta, senza equivoci, che «il rapporto di lavoro con un'agenzia utilizzatrice ha, per sua natura, carattere temporaneo» ⁽¹⁶⁾.

Ancorché di natura generale, l'obbligo in tal senso imposto dall'art. 5, par. 5, della direttiva è, comunque, secondo l'Avvocato generale, «chiaro, preciso e incondizionato. Esso rammenta, senza eccessiva difficoltà, il classico criterio dell'efficacia diretta»; con la conseguenza che, in «un contesto “verticale”, in cui il convenuto è uno Stato o un'emanazione di uno Stato, il lavoratore tramite agenzia sarebbe in grado di trarre un rilevante sostegno dalla direttiva stessa» ⁽¹⁷⁾. La Corte è altrettanto esplicita sul punto – di ovvia rilevanza –, laddove afferma «che l'articolo 5, paragrafo 5, prima frase, della direttiva 2008/104 impone agli Stati membri, in termini chiari, precisi ed incondizionati, di adottare le misure necessarie per impedire gli abusi consistenti nelle successioni di missioni di lavoro tramite agenzia interinale volte ad eludere le disposizioni di tale direttiva»; conseguendone che tale disposizione «deve essere interpretata nel senso che essa osta a che uno Stato membro non adotti alcuna misura al fine di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale» ⁽¹⁸⁾.

Sul piano sistematico e teleologico, il cuore della motivazione della sentenza della Corte di giustizia sta invece nella valorizzazione della funzione di protezione del lavoratore interinale assolto dalla direttiva, seppur nell'ambito di una politica di «flessicurezza» ⁽¹⁹⁾. E sotto questo profilo, tale essenziale funzione di tutela è affidata proprio alle norme dirette a garantire che la tipologia negoziale in rilievo mantenga la sua natura temporanea, per non eludere il fine della direttiva, che mira «anche ad incoraggiare l'accesso dei lavoratori tramite agenzia interinale ad un impiego permanente presso l'impresa utilizzatrice, un obiettivo che trova una particolare risonanza nel suo articolo 6, paragrafi 1 e 2» ⁽²⁰⁾. Lo stesso principio di parità di trattamento, previsto dall'art. 5, par. 1, della direttiva, «si inserisce nell'ambito di questo

⁽¹³⁾ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston, presentate il 23 aprile 2020 nella causa C-681/18, in particolare al par. 46.

⁽¹⁴⁾ Così la sentenza, al punto 55.

⁽¹⁵⁾ Anche qui riprendendo le conclusioni dell'Avvocato generale (di cui v. spec. il par. 51).

⁽¹⁶⁾ Punto 61 della sentenza. Il testo italiano usa un'espressione evidentemente impropria («agenzia utilizzatrice»), laddove il riferimento – come ovvio (e come è chiaro ad es. nel testo in francese: «*entreprise utilisatrice*») – è all'impresa che utilizza il lavoratore somministrato.

⁽¹⁷⁾ Così il par. 53 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

⁽¹⁸⁾ Punto 63 della sentenza.

⁽¹⁹⁾ Anche qui in piena sintonia con le conclusioni dell'Avvocato generale (di cui v., in particolare, il par. 36).

⁽²⁰⁾ Punto 51 della sentenza.

stesso obiettivo. Ai sensi di tale disposizione, infatti, per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e di occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale devono corrispondere, come minimo, a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro» ⁽²¹⁾.

Proprio in quanto intesa ad assicurare che il lavoro interinale preservi la sua natura temporanea, a tutela dell'interesse del lavoratore ad un impiego stabile a tempo indeterminato (preferibilmente presso l'impresa utilizzatrice), la direttiva non tollera che gli Stati membri omettano qualunque misura diretta a prevenire quantomeno quegli abusi che svuotino il contenuto protettivo delle sue disposizioni nel loro insieme. Pertanto, «se le missioni successive del medesimo lavoratore tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice conducessero a una durata dell'attività presso tale impresa più lunga di quanto possa essere ragionevolmente qualificato come “temporaneo”, ciò potrebbe denotare un ricorso abusivo a missioni successive, ai sensi dell'art. 5, paragrafo 5, prima frase, della direttiva 2008/104» ⁽²²⁾. E, analogamente, «missioni successive assegnate al medesimo lavoratore tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 57 delle sue conclusioni, eludono l'essenza stessa delle disposizioni della direttiva 2008/104 e costituiscono un abuso di tale forma di rapporto di lavoro, in quanto compromettono l'equilibrio realizzato da tale direttiva tra la flessibilità per i datori di lavoro e la sicurezza per i lavoratori, a discapito di quest'ultima» ⁽²³⁾.

3. *Il regime introdotto dal Jobs Act e la sentenza della Corte di giustizia.* – Che una tale alterazione dell'ideale equilibrio tra flessibilità e sicurezza si sia verificata con la novellazione della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 da parte del «decreto Poletti», e poi con le previsioni degli artt. 30 e seguenti del d.lgs. n. 81/2015 nella originaria formulazione voluta dal *Jobs Act*, non è lecito dubitare. È la stessa fattispecie concreta da cui era scaturito il rinvio pregiudiziale ad opera del Tribunale di Brescia a darne un'evidenza quasi plastica, visto che il ricorrente nella causa principale – un lavoratore con mansioni di operaio addetto alle macchine e al tornio – tra il 3 marzo 2014 e il 30 novembre 2016 si era visto inviare in missione presso la stessa impresa utilizzatrice – in piena conformità (almeno formale o apparente) con la normativa nazionale in vigore *ratione temporis* – «tramite una successione di contratti di somministrazione di lavoro (otto in tutto) e varie proroghe (diciassette in tutto)» ⁽²⁴⁾. E la sentenza della Corte di giustizia non lascia naturalmente margini di dubbio a questo riguardo; gli unici dubbi attengono, semmai, ai rimedi disponibili per sanzionare un tale abuso, apparentemente consentito dal diritto nazionale al tempo in vigore ⁽²⁵⁾.

La radicale liberalizzazione voluta dal legislatore del 2014 e del 2015 sembrava invero diretta proprio a consentire un tale uso «spinto» della somministrazione a tempo determinato, al punto da alterarne completamente la funzione originaria, per fare, dell'istituto, «null'altro [...] che una legalizzata elusione dei limiti del lavoro a tempo determinato prestato alle dipendenze del datore di lavoro» ⁽²⁶⁾. Nell'impianto del *Jobs*

⁽²¹⁾ Punto 52 della sentenza.

⁽²²⁾ Punto 69 della sentenza.

⁽²³⁾ Punto 70 della sentenza.

⁽²⁴⁾ Par. 21 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

⁽²⁵⁾ V. *infra*, § 5.

⁽²⁶⁾ G. FRANZA, *La «nuova» somministrazione a termine*, cit., 58-59.

Act erano infatti venuti completamente meno tutti i limiti all'utilizzo abusivo della somministrazione a tempo determinato nei termini esattamente e vorremmo dire paradigmaticamente indicati dalla Corte di giustizia. Eliminata ogni ragione giustificativa – sia per il contratto commerciale che per quello di lavoro ⁽²⁷⁾ –, le disposizioni introdotte con il «decreto Poletti», e poi codificate nel d.lgs. n. 81/2015, avevano infatti dissolto qualunque limite espresso all'utilizzo del lavoratore in missioni successive presso la stessa impresa utilizzatrice ⁽²⁸⁾, lasciando sopravvivere l'unico labile argine della percentuale di contingentamento, per giunta interamente affidata alle previsioni del contratto collettivo applicato dall'utilizzatore ⁽²⁹⁾.

Una così incisiva opzione di liberalizzazione, nel comportare una sostanziale destrutturazione funzionale dell'istituto, determinava – come ha rilevato la dottrina che meglio di altre ne ha tempestivamente denunciato l'incompatibilità di fondo con la direttiva europea – «una situazione di anarchia legislativa nei rapporti di lavoro a termine in somministrazione», creando una sorta di «terra di nessuno in cui è possibile reiteratamente stipulare contratti a termine in somministrazione e abusivamente mandare i lavoratori anche per lunghi (e a questo punto infiniti) periodi di missione presso lo stesso utilizzatore a svolgere le medesime mansioni nell'impunità generale e nella sostanziale convenienza di questa operazione da parte dei soggetti datoriali [...]» ⁽³⁰⁾.

La parallela scelta di liberalizzare anche la somministrazione a tempo indeterminato ⁽³¹⁾ – anch'essa svincolata da qualunque causale giustificativa ed assoggettata unicamente ad un limite quantitativo (stabilito, però, per legge) –, pur contribuendo, senza dubbio, al quadro di complessiva disarticolazione della originaria funzione dell'istituto, non risultava, tuttavia, altrettanto problematica sotto il profilo della conformità alla disciplina euro-unitaria. Nella somministrazione a tempo indeterminato,

⁽²⁷⁾ Come è noto, nella originaria configurazione, sia del lavoro interinale (l. n. 196/1997) che della somministrazione a tempo determinato (d.lgs. n. 276/2003), era affidato proprio a quelle ragioni giustificative – ancorché definite in termini di stringente temporaneità nel primo caso ed in modo assai più lasco e permissivo nel secondo (v. Cass., sez. lav., 11 novembre 2020, n. 25402) – il collegamento negoziale tra il contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato e il contratto di lavoro. Ed infatti, in quella disciplina – al di là, come accennato, della definizione più o meno rigorosa della causale giustificativa –, «il collegamento tra i due negozi si esplicitava [...] attraverso il recepimento, da parte dell'agenzia, delle giustificazioni indicate nel contratto commerciale dall'utilizzatore, che restava l'unico responsabile verso il lavoratore dell'operazione negoziale realizzata in difetto dell'elemento giustificativo» (G. FRANZA, *La «nuova» somministrazione a termine*, cit., 53).

⁽²⁸⁾ Ed invero, salva la disciplina del cumulo *ex art.* 19, comma 2, d.lgs. n. 81/2015, da un lato, il contratto di somministrazione a tempo determinato era privo di qualsivoglia limite legale di durata e, dall'altro, quello di lavoro somministrato a termine era espressamente esentato dal tetto temporale dei 36 mesi, prevedendosi unicamente la possibilità di proroga di ciascun contratto «nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore» (art. 34, comma 2).

⁽²⁹⁾ Cfr. M.D. FERRARA, *La somministrazione*, cit., 244-245. Onde, nell'impianto originario del *Jobs Act*, come è stato efficacemente osservato, «la percentuale di contingentamento prende il posto della causale giustificativa che caratterizzava il precedente sistema; la modifica risulta così significativa che l'attuale sistema non può nemmeno essere definito un regime eccezionale, costruito sulle fondamenta della regola generale, ma si pone in netta contrapposizione con il precedente, tanto che è la stessa parola “acausale” a perdere di significato, essendo venuto a mancare il termine di riferimento» (G. ZILIO GRANDI, M.L. PICUNIO, *Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 - Articoli 30-31*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro Grandi Pera*, a cura di R. De Luca Tamajo e O. Mazzotta, Wolters Kluwer CEDAM, 2018, 2806).

⁽³⁰⁾ M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive*, cit., 177-178.

⁽³¹⁾ Cfr. L. CALCATERA, *Lo staff leasing dall'ostracismo alla liberalizzazione*, in Id. (a cura di), *La somministrazione di lavoro. Problemi e prospettive tra diritto nazionale e diritto dell'Unione europea dopo il decreto dignità*, Editoriale Scientifica, 2019, 157 ss.

infatti, la tutela dell'interesse del lavoratore alla stabilità dell'impiego (e dunque la garanzia contro le forme di abuso e di elusione degli scopi della direttiva) nell'ordinamento nazionale è assicurata da ciò, che essa è consentita (art. 31, comma 1, terzo alinea, d.lgs. n. 81/2015) unicamente con lavoratori assunti dall'agenzia con contratto di lavoro a tempo indeterminato ⁽³²⁾.

Occorre nondimeno riconoscere che la sentenza, insistendo sulla necessità di preservare il carattere temporaneo del lavoro interinale e sulla esigenza che i lavoratori trovino un impiego stabile preferibilmente alle dipendenze delle imprese utilizzatrici, solleva qualche interrogativo sulla piena rispondenza della somministrazione a tempo indeterminato, specie se non collegata a specifici presupposti giustificativi, rispetto alle coordinate garantistiche della direttiva. Quantomeno, essa segnala che soltanto laddove una garanzia di stabilità dell'impegno sia assicurata (almeno) nel rapporto con l'agenzia, come avviene in Italia, potranno essere ragionevolmente fugati i dubbi, altrimenti difficilmente superabili, di compatibilità dello *staff leasing* con la direttiva.

Resta, però, che, laddove si valorizzi (come sembra in effetti fare la Corte, e ancor prima l'Avvocato generale) il fine della direttiva di promuovere l'impiego permanente presso l'impresa utilizzatrice, un tale scopo non risulta come tale assicurato neppure dalla esistenza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato con l'agenzia. Al contempo, il *vulnus* alla normativa unionale pare certamente prodotto dalla disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato quale riconfigurata dal d.l. n. 34/2014 e dal d.lgs. n. 81/2015 (nella sua primitiva versione), giacché quella disciplina – salva, come vedremo ⁽³³⁾, la possibilità di invocare in via d'interpretazione conforme le previsioni anti-elusive di carattere generale, come l'art. 1344 c.c. – non contiene alcuna (specifica) misura utile a preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale e, segnatamente, a evitare l'assegnazione a un medesimo lavoratore di missioni successive presso la stessa impresa utilizzatrice con lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva 2008/104 nel suo insieme.

4. *Il regime introdotto dal «decreto dignità» alla luce della sentenza della Corte di giustizia.* – Il «decreto dignità» ha sanato quel *vulnus*, conformando l'ordinamento nazionale alle prescrizioni della direttiva europea. Senza intervenire sulla somministrazione a tempo indeterminato – che, come detto, per come è strutturata nell'ordinamento italiano non pone problemi di conformità alla direttiva ⁽³⁴⁾ –, il

⁽³²⁾ In tal senso anche S.P. EMILIANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 98 ss.; T. ZAPPIA, *Lavoro interinale: l'effettiva temporaneità della missione quale «bussola» per la compatibilità della normativa nazionale con la direttiva 2008/104/CE*, in *Il Giuslavorista* del 4 gennaio 2021.

⁽³³⁾ Nel par. conclusivo.

⁽³⁴⁾ Ed infatti essa, per quanto osservato sopra, soddisfa comunque l'interesse del lavoratore ad un impiego stabile, sia pure nel rapporto contrattuale con l'agenzia di somministrazione. Né a ben vedere ciò rappresenta necessariamente un *minus* rispetto a quanto previsto dalla direttiva, che pure esprime (con l'art. 6) una preferenza per l'accesso al lavoro a tempo indeterminato presso l'impresa utilizzatrice. Come è stato efficacemente osservato, la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato (per vero assai poco praticata in Italia) realizza al massimo grado quella funzione di tutela «transizionale» del lavoratore nel mercato del lavoro, che è propria della strategia della *flexicurity*. Infatti, «quando il rapporto con l'agenzia di somministrazione è a tempo indeterminato, tale forma di tutela diviene massima, non soltanto per il sostegno economico e la formazione che il lavoratore può ricevere anche nei periodi che intercorrono fra una missione e l'altra, ma ancor prima, e soprattutto, per ciò che l'agenzia è incentivata a reperire sul mercato sempre nuove occasioni di missione, con i benefici effetti che sono stati ricordati in ordine all'incremento delle possibilità di una stabile occupazione» (S.P. EMILIANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 99).

legislatore del 2018 ha operato su quella a tempo determinato, ponendo limiti incisivi sia – e soprattutto – al contratto di lavoro, sia allo stesso contratto commerciale tra l'agenzia e l'impresa utilizzatrice.

Quanto alla relazione contrattuale con l'agenzia, la l. n. 96/2018 ha infatti reso applicabili – con la sola esclusione degli artt. 21, comma 2, 23 e 24 del d.lgs. n. 81/2015 – le stringenti previsioni contestualmente introdotte in sede di riforma del contratto di lavoro a termine diretto ⁽³⁵⁾. Onde al contratto di lavoro a tempo determinato in somministrazione si applica ora la medesima disciplina delle proroghe (non superiori a quattro), della durata massima cumulativa di 24 mesi (pur derogabili dalla contrattazione collettiva) e – soprattutto – delle causali giustificative necessarie per i contratti di durata superiore ai dodici mesi e per i rinnovi (le quali sono restrittivamente tipizzate con riferimento alle esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività dell'utilizzatore, ed a quelle connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programmabili, di tale attività produttiva, oltre che alle esigenze sostitutive, le uniche definite in termini ampi).

Il contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato viene ugualmente sottoposto a limiti. Questi, nonostante una qualche ambiguità del dato normativo, che ha infatti suggerito interpretazioni di diverso segno ⁽³⁶⁾, non sono, però, di tipo qualitativo, visto che – come ha riconosciuto lo stesso Ministero del lavoro con la circolare n. 17/2018 – il contratto di somministrazione a tempo determinato resta, come tale, «a-causale», nel senso che non richiede la specificazione di un motivo giustificativo, richiesto invece – nei termini testé riferiti – per la stipula o il rinnovo del contratto di lavoro tra prestatore ed agenzia ⁽³⁷⁾.

Vengono invece posti nuovi limiti di tipo quantitativo, sia sotto il profilo della durata massima consentita, che sotto quello della percentuale di contingentamento. Quanto al primo profilo, superando le incertezze derivanti dalla formulazione della l. n. 96/2018, con l'aggiunta all'art. 31, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 di un quarto alinea, dal tenore inequivoco ⁽³⁸⁾, l'art. 8, comma 1-bis, d.l. 14 agosto 2020, n. 104 (convertito nella l. n. 126 dello stesso anno), ha infatti recepito l'interpretazione estensiva già fatta propria dal Ministero del lavoro con la citata circolare n. 17/2018, alla cui stregua lo stesso lavoratore non potrà essere inviato in missione presso la medesima impresa utilizzatrice, in esecuzione di successivi contratti di somministrazione a tempo determinato aventi ad oggetto lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, per un periodo complessivamente superiore a 24 mesi, calcolato tenendo conto non soltanto della durata dei successivi periodi di missione a tempo determinato ma anche di quella dei rapporti di lavoro a termine diretti che fossero eventualmente intercorsi tra lo stesso

⁽³⁵⁾ Per una precisa descrizione di tale disciplina v. recentemente G. NATALUCCI, *Somministrazione di lavoro*, in *Il Giuslavorista* del 4 giugno 2020.

⁽³⁶⁾ Cfr. V. FILÌ, *Decreto legge n. 87 del 2018 convertito nella legge n. 96 e dignità dei lavoratori*, *LG*, 2018, n. 10, 869 ss., spec. 874-875.

⁽³⁷⁾ V. in tal senso, per tutti, M.D. FERRARA, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto «dignità»*, cit., 229-230; G. FRANZA, *La «nuova» somministrazione a termine*, cit., 62 ss.

⁽³⁸⁾ «Nel caso in cui il contratto di somministrazione tra l'agenzia di somministrazione e l'utilizzatore sia a tempo determinato l'utilizzatore può impiegare in missione, per periodi superiori a ventiquattro mesi anche non continuativi, il medesimo lavoratore somministrato, per il quale l'agenzia di somministrazione abbia comunicato all'utilizzatore l'assunzione a tempo indeterminato, senza che ciò determini in capo all'utilizzatore stesso la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il lavoratore somministrato. La disposizione di cui al periodo precedente ha efficacia fino al 31 dicembre 2021».

lavoratore e lo stesso utilizzatore ⁽³⁹⁾. Inoltre, sotto il secondo profilo, il nuovo art. 31, comma 2, d.lgs. n. 81/2015 ha introdotto una percentuale cumulativa di contingentamento, alla cui stregua – salva diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore (e fermo il limite disposto dall'art. 23 per i contratti a termine diretti) – il numero dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a tempo determinato non può eccedere, complessivamente, il 30 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei predetti contratti ⁽⁴⁰⁾.

È evidente come, grazie alla introduzione di siffatti limiti da parte del «decreto dignità», l'ordinamento italiano possa dirsi ora pienamente conforme alle prescrizioni della direttiva 2008/104/CE, come interpretate dalla Corte di giustizia ⁽⁴¹⁾, in particolare laddove esse impongono di evitare che le missioni successive di uno stesso lavoratore a tempo determinato presso il medesimo utilizzatore possano avere una durata complessiva eccessiva, frustrando in tal modo le finalità di tutela della fonte euro-unitaria. Tali limiti risultano, d'altra parte, e come pure prescritto dalla direttiva, anche efficacemente sanzionati dal legislatore nazionale.

La violazione del limite di durata massima complessiva stabilito dalla legge (o dalla contrattazione collettiva, cui è affidato un potere di deroga) è sanzionata, infatti, sul piano contrattuale, con la massima sanzione prevista dal sistema, applicandosi il rimedio tipico contro la somministrazione irregolare (art. 38, d.lgs. n. 81/2015), vale a dire con la surrogazione soggettiva *ope legis* dell'utilizzatore nel contratto di lavoro stipulato dal lavoratore con il somministratore ottenuta per effetto di sentenza costitutiva ⁽⁴²⁾. La stessa sanzione si applica d'altra parte alla violazione del tetto di contingentamento stabilito dal primo comma dell'art. 31 del d.lgs. n. 81/2015, il lavoratore potendo ugualmente 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 (art. 38, comma 2).

La violazione dei limiti fissati al contratto di lavoro a tempo determinato in somministrazione è, a sua volta, efficacemente sanzionata nei rapporti diretti tra agenzia e lavoratore. In particolare, la violazione della regola sulla causale giustificativa è sanzionata con la conversione del contratto a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'agenzia di somministrazione. Si tratta, nell'ottica della direttiva, di una sanzione sicuramente adeguata, per quanto osservato sopra, ancorché non possa sfuggire come la conversione del contratto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato vada a sanzionare l'agenzia di somministrazione per una inadempienza che è essenzialmente imputabile all'utilizzatore, visto che è con riguardo alle esigenze da esso indicate che dovrà essere accertata l'effettiva sussistenza dei presupposti

⁽³⁹⁾ Cfr. S.P. EMILIANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 110.

⁽⁴⁰⁾ Resta in ogni caso esente da limiti quantitativi la somministrazione a tempo determinato di lavoratori di cui all'art. 8, comma 2, l. n. 223/1991, di soggetti disoccupati che godono da almeno sei mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali e di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati ai sensi dei nn. 4) e 99) dell'art. 2 del regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, come individuati con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali.

⁽⁴¹⁾ Nello stesso senso S.P. EMILIANI, *La somministrazione di lavoro*, cit., 111.

⁽⁴²⁾ Cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Tratt IZ, Giuffrè, 2016 (sesta ed.), 278 ss. È fatta naturalmente salva, ricorrendone i presupposti, la possibilità di invocare anche la sanzione prevista per la somministrazione fraudolenta (art. 38-bis, d.lgs. n. 81/2015), opportunamente reintrodotta dal «decreto dignità».

giustificativi sopra ricordati (art. 1-ter, d.l. n. 87/2018, introdotto in sede di conversione dalla l. n. 96).

5. *Conclusioni* – Se il «decreto dignità» ha dunque conformato l'ordinamento nazionale alle prescrizioni della direttiva 2008/104, approntando adeguati rimedi in favore del lavoratore illegittimamente (e abusivamente) somministrato a tempo determinato, resta tuttavia aperta la questione di come far fronte alle «lacune» di protezione accertate dalla Corte di giustizia nella sentenza *JK contro KG* per tutto il periodo in cui sono rimaste in vigore le previsioni del «decreto Poletti» e del *Jobs Act*. Nella vigenza di quelle previsioni, infatti, l'ordinamento nazionale è rimasto sguarnito di misure specificamente dirette a preservare la natura temporanea del lavoro in somministrazione e in particolare a evitare l'assegnazione a un medesimo lavoratore di missioni successive presso la stessa impresa utilizzatrice, con lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva nel suo insieme.

Poiché l'art. 5, par. 5, prima frase, della direttiva 2008/104, pur contenendo una norma chiara, precisa e incondizionata, non è direttamente invocabile dal lavoratore in contesti orizzontali (vale a dire nell'ambito di rapporti inter-privati), è necessario in primo luogo verificare – come chiesto dalla Corte di giustizia alla stregua della sua classica giurisprudenza ⁽⁴³⁾ – se il giudice nazionale possa ricorrere alla tecnica dell'interpretazione conforme per garantire l'effetto utile alle disposizioni del diritto dell'Unione. In questo caso, come prospettato dallo stesso Tribunale di Brescia nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale ⁽⁴⁴⁾, la previsione cui occorre fare riferimento nella prospettiva della interpretazione conforme è, senza dubbio, quella di cui all'art. 1344 c.c. (in combinato disposto con l'art. 1421), che sanziona con la nullità i contratti stipulati allo scopo di eludere l'applicazione di norme imperative, quali sono certamente quelle contenute nell'art. 5, par. 5, prima frase, della direttiva 2008/104 ⁽⁴⁵⁾.

Non si ravvisano ostacoli perché il giudice nazionale (che ha l'obbligo di adoperarsi al meglio per garantire, nei limiti del possibile, un'interpretazione conforme alla direttiva, facendo riferimento al diritto interno nel suo insieme col solo limite della *interpretatio contra legem*), qualora ravvisi il ricorso eccessivo a missioni a termine successive presso lo stesso utilizzatore per un periodo che ecceda quello in cui possa ragionevolmente dirsi preservata la natura temporanea del lavoro interinale, possa – e debba – dichiarare la nullità del contratto commerciale di somministrazione, applicando, in forza dei principi di diritto comune, la medesima sanzione stabilita dall'art. 38, comma 1, d.lgs. n. 81/2015 per le ipotesi di assenza di forma scritta di detto contratto. Sembra questa, invero, la sanzione più appropriata al caso di specie, in ragione della nullità del contratto, visto che quella stabilita per le ipotesi di somministrazione irregolare tipizzate dal secondo comma dell'art. 38, d.lgs. n. 81/2015 non pare, come tale, estendibile alla fattispecie in esame ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴³⁾ V. in particolare il punto 65 della sentenza, che richiama, più di recente, Corte di giustizia UE, 19 settembre 2019, causa C-467/18, *Rayonna prokuratura Lom*, e la giurisprudenza ivi citata al punto 59.

⁽⁴⁴⁾ Ma v. già, in dottrina, per precisi spunti nello stesso senso, M.D. FERRARA, *Somministrazione di lavoro e tecniche anti abusive*, cit., 178 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, CSDLE, Int, 44/2006, spec. 24 ss.

⁽⁴⁶⁾ Anche in tale caso sembra, peraltro, che debba esser fatta salva, ricorrendone i presupposti, la possibilità di invocare la sanzione prevista per la somministrazione fraudolenta dall'art. 38-bis, d.lgs. n. 81/2015.

Non sembra che tale conclusione possa essere messa in discussione dalla considerazione che, per il tramite dell'art. 1344 c.c., si finirebbe per assicurare all'art. 5, par. 5, prima frase, della direttiva quella efficacia diretta che è ad essa preclusa – *in apicibus* – nei rapporti contrattuali orizzontali. Nella fattispecie, ad essere applicato direttamente sarebbe, infatti, unicamente l'art. 1344 c.c., sia pure interpretato alla luce (e in conformità) della norma imperativa euro-unitaria. E, d'altra parte, l'alternativa a tale conclusione potrebbe essere soltanto l'azione di risarcimento del danno nei confronti dello Stato, per violazione da parte dello stesso della direttiva 2008/104: una soluzione certamente insoddisfacente rispetto alla prima.

In tal modo, se è corretto quanto si è appena osservato, la conformità dell'ordinamento interno alle prescrizioni anti-elusive della direttiva 2008/104 può essere almeno parzialmente assicurata, sia pure in assenza delle specifiche e più efficaci misure introdotte con il «decreto dignità», anche con riferimento al periodo di vigenza delle previsioni del *Jobs Act*, «prima maniera». Si tratta, però, di una conformazione comunque imperfetta e di risulta, lasciata alla (variabile) somministrazione da parte del giudice nel caso singolo, con l'inevitabile incertezza che deriva dall'apprezzamento discrezionale delle circostanze di fatto, e, in ogni caso, costringendo il lavoratore a servirsi di un rimedio di diritto comune – quello offerto dall'art. 1344 c.c. – di disagiata attivazione.

Il saggio trae spunto dalla recente sentenza della Corte di giustizia sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato per analizzarne le implicazioni per l'ordinamento nazionale sotto il profilo delle possibili tecniche anti-abusive utilizzabili.

The article draws inspiration from the recent decision of the Court of Justice of the European Union on temporary agency work to analyze its implications on the national system by exploring the possibilities for anti-abusive techniques of protection.