

Cass. 22861/2022: come si affronta il problema della reiterazione dei contratti di somministrazione in violazione del principio della temporaneità stabilito dal diritto europeo nonostante l'intervenuta decadenza ex art. 32 L. 183/10

Sergio Galleano

Avvocato giuslavorista in Milano e Roma

1. Il caso specifico esaminato dalla Cassazione – 2. Qualche breve cenno sulla somministrazione - 3. La somministrazione nel diritto europeo. – 4. La normativa nazionale – 5. Le pronunce della Corte di giustizia – 6. La decadenza ex art. 32 L. 183/2010 – 7. La sentenza in commento - 7. La soluzione della Corte di cassazione -8. Conclusioni

1. Il caso specifico

Un lavoratore, utilizzato con plurimi contratti quale lavoratore somministrato presso un'officina pressofusioni per un periodo che va dal 4.2.2008 al 7.1.2016, si era rivolto al Tribunale di Brescia chiedendo che fosse dichiarata la nullità dei contratti di somministrazione e che fosse accertata la costituzione di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore, con condanna al risarcimento del danno.

Il ricorso veniva rigettato, a quanto si legge nella sentenza, poiché il Tribunale ha ritenuto che fosse decorso il termine di decadenza dei singoli contratti stabilito dall'art. 32, comma 4, lett. d), della legge 183/2010, termine che non doveva ritenersi sospeso in ragione della successione degli stessi e nonostante che tra i vari contratti non fossero decorsi i 60 giorni previsti per l'impugnazione, salvo per quanto riguarda l'ultimo, impugnato in data 9 maggio 2016.

La Corte di appello, con decisione del 16.10.2019, condivideva la pronuncia di primo grado in punto decadenza per mancata impugnazione e riteneva anzi legittimo anche l'ultimo contratto, concluso nel vigore del d.lgs. 81/2015, che non richiedeva l'indicazione di causali giustificative o limiti nella durata dei contratti e nel numero di proroghe e di rinnovi. In ogni caso, le modalità di svolgimento dei contratti non erano contrarie neppure alla normativa precedente, poiché la durata di ciascun contratto era inferiore all'anno e, dunque, gli stessi non risultavano essere stati stipulati in frode alla legge.

La Corte di merito escludeva inoltre che fosse configurabile un profilo di non conformità del diritto interno alla normativa europea, a nulla rilevando la questione di interpretazione sollevata dal Tribunale di Brescia con ordinanza 16.10.18, pendente avanti alla Corte di giustizia¹, vertendo la causa sull'unico contratto esaminato e non sottoposto alle decadenze di cui all'art. 32.

Nel giudizio di cassazione, il lavoratore aveva contestato la sentenza per due motivi: il primo concerneva la violazione della Direttiva 2008/104 sulla somministrazione,

¹ Poi conclusasi, come vedremo più avanti, con la sentenza JH del 14 ottobre 2020.

poiché la Corte di merito non aveva tenuto conto della complessiva durata delle missioni (oltre 96 mesi) nella quale si inseriva l'unico contratto ritenuto ritualmente impugnato, il secondo riguardava la violazione di una norma contrattuale collettiva.

La Corte accoglie il primo motivo, assorbito il secondo.

2. Qualche breve cenno sulla somministrazione

Il problema dell'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro è sorto - non appena l'organizzazione economica ha iniziato ad assumere rilevanza con la formazione di strutture organizzate, dapprima di natura agricola e poi di produzione - attraverso forme che hanno seguito lo sviluppo della società, passando dalla schiavitù alle condizioni familiari e, successivamente, alle corporazioni².

Con l'affermarsi della rivoluzione industriale, dei sistemi di comunicazione e con la nascita delle organizzazioni dei lavoratori, a cavallo tra l'800 ed il 900, il compito di gestire la domanda e l'offerta di lavoro, oltre che passare nelle mani di nuovi operatori professionali, venne assunto dalle prime organizzazioni sindacali (leghe bracciantili e Camere del lavoro³, peraltro sostituiti nel nostro paese, in periodo fascista, dai sindacati nazionali del partito⁴).

Nel frattempo, a livello internazionale, con una raccomandazione sulla disoccupazione adottata nel corso della prima conferenza dell'O.I.L., tenutasi a Washington nel 1919, veniva riconosciuta l'importanza del collocamento come pubblico servizio e si invitavano gli Stati membri a emanare norme per proibire la creazione di agenzie private.

In Italia, con d.lgs. 17 novembre 1918, n. 1911 e il r.d. 19 ottobre 1919, n. 2214, si registrava il primo intervento dello Stato con l'erogazione di contributi a favore di comuni che istituivano uffici di collocamento e commissioni di avviamento al lavoro. Nel 1923, ratificata la citata raccomandazione O.I.L. sulla disoccupazione, si provvedeva, con r.d. 30 dicembre 1923, n. 3158, ad abrogare tutte le leggi precedenti in materia, per adeguarne il contenuto alla raccomandazione della conferenza⁵.

Dopo la Seconda guerra mondiale l'OIL approva le prime regole sull'avviamento al lavoro: la Convenzione 88/1948 demandava agli stati l'onere di gestire il collocamento e la Convenzione 264/1949 mette al bando le agenzie private di mediazione a pagamento.

Nonostante le raccomandazioni dell'OIL, però, nel dopoguerra in America continuano ad operare, agevolate anche dalla progressiva professionalizzazione dei lavoratori, le agenzie private di collocamento, che presto sorgono anche nel Regno Unito. I

2 Sul punto v. R. Fossier, *Il lavoro nel medioevo*, Einaudi, 2002, pag. 106 e segg. A pag. 44 e segg. l'Autore fa cenno anche a lavoratori che, nel medioevo si offrivano sui mercati pubblici a Firenze e Marsiglia a chi cercava maestranze.

3 Enciclopedia del diritto, *Collocamento dei lavoratori*, VII, Giuffrè 1960; AA.VV., *Una storia lunga un secolo. Lega Braccianti CGIL di Mezzano 1901-2001*, A. Longo editore, 2013; M. Bonaccini, R. Casero, *La Camera del Lavoro di Milano dalle origini al 1904*, Sugarco 1975. V. anche, in sintesi, P. Ichino, *I servizi al mercato del lavoro*, su pietroichino.it.

4 Vedine in merito, con cenni bibliografici, C. Schwarzenberg, *Il sindacalismo fascista*, Mursia, 1972 e su: https://www.collettiva.it/copertine/italia/2021/03/29/news/il_fascismo_e_l_odio_per_i_lavoratori-961470/.

5 In particolare, U. Coletta, *Il collocamento: origini e finalità*, In Enciclopedia del diritto, cit.,

mutamenti sociali e di costumi porteranno l'OIL ad una revisione della sua posizione sul punto, che vedrà l'approvazione della Convenzione n. 181 del 1997 nella quale, pur riconoscendo l'utilità delle agenzie private di collocamento, se ne fisseranno i termini: riconoscimento e controllo da parte del potere pubblico, gratuità del servizio per la parte lavoratrice e cooperazione con le strutture pubbliche.

Da tempo, l'attività delle originarie agenzie di collocamento non si è limitata solo all'attività di intermediazione tra il datore di lavoro e il prestatore per l'accesso al lavoro, ma si è estesa anche alla gestione del rapporto di lavoro presso i soggetti che hanno necessità e che si rivolgono alle agenzie per trovare il lavoratore di cui hanno necessità, utilizzandolo senza assumerlo, attraverso lo strumento della somministrazione o lavoro interinale (termine quest'ultimo che caratterizzava la somministrazione di natura temporanea)⁶.

Ciò ha comportato che il legislatore ha dovuto regolare il fenomeno di una fattispecie caratterizzata da una certa complessità, in ragione della necessità di preservarne la natura temporanea e coniugare i contrapposti interessi tra l'esigenza di tutela dei lavoratori e il bisogno di flessibilità nel settore del lavoro che si incentrano nell'istituto.

3. La somministrazione nel diritto europeo

In Europa, nel Trattato istitutivo della Cee la dimensione sociale del lavoro è inizialmente demandata al mercato: l'art. 117 recita che «gli Stati membri convengono sulla necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso», ma si aggiunge che tale miglioramento discenderà in primo luogo dal funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzazione dei sistemi sociali. Solo nel caso in cui l'automatismo di mercato non operasse, potranno servire le «procedure previste dal Trattato» e il «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative».

Soltanto nel 1989⁷, a seguito della approvazione⁸ della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori⁹, che prende spunto dalla la Convenzione

⁶ In generale, sulla somministrazione V.: S. Giubboni in *Somministrazione di lavoro e tecniche anti-abusive alla prova del diritto dell'Unione europea*, in Ridl, n. 1/2021, p. 27 ss.; M. D. Ferrara, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto «dignità»*, Riv. It. Dir. Lav., 2019, I, pp. 227 ss.; L. A. Cosattini, «Decreto dignità»: sulla somministrazione di lavoro a tempo determinato modifiche rilevanti, Lav. Giur., 2018, pp. 1096 ss.; A. Maresca, *Contratto di lavoro e somministrazione a termine: il regime transitorio nel decreto dignità*, Arg. Dir. Lav., 2018, pp. 1012; M. D. Ferrara, *La Direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, Dir. Rel. Ind., 2014, pp. 111 ss.; W. Falco, *Temporaneità delle esigenze produttive e divieto di reiterazione delle missioni*, Riv. It. Dir. Lav., 3, 2014, pp. 539 ss.; F. Pantano, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in F. Carinci – A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 570 ss.; G. Canavesi, *Livelli essenziali delle prestazioni e servizi per l'impiego. Brevi note su competenze, nodi normativi, strumenti regolatori*, Dir. relaz. ind., fasc.2, 2009, pag. 333, § 2.

⁷ Ma la Commissione si era già mossa sin dal 1984 con la «proposta modificata di direttiva del Consiglio in materia di lavoro interinale e di contratti di lavoro a tempo determinato» (6 aprile 1984, COM(84) 159 def): v. S.P. Emiliani, *Il lavoratore somministrato "in quanto tale", quale figura emblematica del "terzo capitalismo"*, Dir. relaz. ind., fasc. 3, 2013, pag. 835, § 1.

⁸ Avvenuta a Strasburgo l'8 e il 9 dicembre 1989.

⁹ R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il Mulino, 2001; S. Borelli, A. Guazzarotti, S. Lorenzon, *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Jovene 2012; P. Alessia, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: diritti fondamentali?*, Rivista di Diritto Internazionale, fasc. 4, 2014, pag. 1148 <https://dejure.it/>.

europea dei diritti dell'uomo del 1950¹⁰ e dalla Carta sociale europea varata nel 1961¹¹, il diritto al lavoro, il diritto di associazione e di negoziazione collettiva e il diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sanitaria, trovano concretezza con l'approvazione delle Direttive sul lavoro, in primis quella 91/383/CEE del 25 giugno 1991 che reca, tra l'altro, anche disposizioni applicabili ai lavoratori tramite agenzia interinale in materia di sicurezza e salute sul lavoro.

Per quanto attiene l'avviamento al lavoro, nell'ambito europeo viene all'inizio mantenuto un regime tendenzialmente pubblico del collocamento sino alla sentenza della Corte di giustizia Hoefner¹² dell'aprile 1991, che dichiara incompatibile con gli artt. 59 e 90 del Trattato CEE il diritto esclusivo del collocamento al lavoro, nei limiti in cui «si estende ad attività di collocamento di personale direttivo di aziende» e «l'ufficio pubblico per l'occupazione non è manifestamente in grado di soddisfare la domanda esistente sul mercato per questo tipo di attività». La sentenza della Corte apre la via alla liberalizzazione del sistema.

Già si è cennato che il settore della somministrazione è sempre stato uno dei più contrastati in ragione della complessità del settore.

La particolarità di tale tipologia di lavoro è rinvenibile nel concorrere di più interessi all'interno del rapporto trilaterale costituito dalla somministrazione e, precisamente, quello del lavoratore con l'agenzia somministratrice e quello con il datore utilizzatore, che si accompagnano al corrispondente contratto tra i due soggetti datoriali¹³.

Il destino della somministrazione era all'inizio legato a quello dei contratti a termine¹⁴, essendo sempre stato pacifico che la somministrazione (*rectius*: il lavoro interinale) fosse strutturalmente temporanea, ancorché quella a tempo indeterminato (comunemente denominata anche *staff leasing*), seguisse il medesimo schema giuridico.

10 Sulla quale v. U. Villani, *Dalla dichiarazione universale alla convenzione europea dei diritti*, Cacucci editore, 2015.

11 Alla Cedu si affianca, nell'ambito del Consiglio d'Europa, il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS o ECSR), anch'esso con sede a Strasburgo, che può essere adito a tutela dei diritti nascenti dalla Carta sociale europea siglata a Torino nel 1961 e rivista a Strasburgo nel 1996. La Carta riconosce i diritti umani e le libertà e stabilisce un meccanismo di controllo per garantirne il rispetto da parte degli Stati, attraverso la possibilità per le ONG e le OOSS di presentare reclami che portano ad un parere del Comitato che poi viene sottoposto all'attenzione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che ha poteri di controllo sull'applicazione della Carta. Per approfondimenti si rinvia al sito Coe.int. Sul punto, in generale, v. F. Perrone, *La forza vincolante delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione CGIL c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti*, su lavorodirittieuropa.it, 23.03.20 e F. Buffa, *Licenziamenti illegittimi: la pronuncia del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *Questione giustizia*, 27.04.20 e, per un altro caso specifico, S. Galleano, *Non c'è pace per la scuola italiana: anche il Comitato europeo dei diritti sociali contesta la politica e la giurisprudenza italiana sui precari della scuola. E la Commissione europea riapre una procedura di infrazione per tutto il precariato nel pubblico impiego*, su questa rivista, 01.03.21.

12 Sentenza Hoefner/Elser del 23.04.1991 in causa C-41/90, EU:C:1991:161, in Riv. it. dir. pubbl. comunit. 1992, 1322 con nota di Tassone.

13 Cfr., sul punto, il § 40 della sentenza Della Rocca, del 11.04.2013, C-290/12, EU:C:2013:235 e M. Tiraboschi, (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento di azienda*, Giuffrè, 2006, 59 e segg.

14 Sul punto v. A. Riccio, *La temporaneità del lavoro tramite agenzia*, Dir. rel. Ind., fasc. 3, 2021. Pag. 941; R. Romèi, *Rapporti di lavoro atipici*, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra (a cura di), *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, Monduzzi, 1996, 455 ss.; L. Zappalà, *I lavori flessibili*, in S. Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, 2010, 133 ss., spec. 136 ss.

Quest'ultima tipologia è caratterizzata da una forma di flessibilità occupazionale di medio-lungo periodo: tale contratto si differenzia da quello della somministrazione a tempo determinato per un preciso elemento: non ha una scadenza predefinita e viene utilizzata per far fronte ai picchi di lavoro inaspettati e di durata non prevedibile. In linea generale, può essere accompagnata anche da un rapporto a tempo indeterminato con l'agenzia somministratrice e riguarda professionalità più accentuate. In tale tipologia di rapporto, il lavoratore è quindi più garantito, sia per la professionalità della prestazione che per la garanzia della durata del rapporto con il somministratore¹⁵.

Nel 1999, quanto si pose il problema di regolamentare in sede europea le varie tipologie di lavoro diverse da quello a tempo indeterminato, la predisposizione dell'accordo quadro, poi inserito nella Direttiva n. 70 del 1999 sul contratto a termine, fu concepito inizialmente per regolare anche il fenomeno della somministrazione¹⁶. Successivamente si decise di abbandonare tale impostazione, come si legge nel preambolo all'accordo quadro allegato alla Direttiva sul rapporto a termine¹⁷ rinviandone la regolamentazione ad una successiva intesa.

Intesa che non fu poi possibile raggiungere¹⁸, sicché la materia venne regolata, solo nove anni dopo con la Direttiva 2008/104 nella quale, richiamate tutte le precedenti direttive approvate e, in particolare, anche quella sul lavoro a tempo determinato, si disciplina la fattispecie, cercando di coniugare i due aspetti del fenomeno somministrazione.

Da un lato, infatti, si ribadisce che lo scopo della Direttiva è quella di garantire le condizioni di vita dei lavoratori tramite agenzia interinale che nell'unione «sono caratterizzati da una grande diversità» (considerando n. 10).

Dall'altro (considerando n. 11) si pone l'accento sulle finalità sociali della somministrazione, considerato uno strumento, che «contribuisce (...) alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato». La Direttiva, infatti (considerando n. 15) chiarisce che la forma comune dei rapporti lavorativi è il contratto a tempo indeterminato.

15 L. Calcaterra, *Lo staff leasing dall'ostracismo alla liberalizzazione*, RIDL, fasc.4, 2016, pag. 579.

16 Vedi il considerando n. 3 della Direttiva 1999/70.

17 Dove è scritto che «Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato, ad eccezione di quelli messi a disposizione di un'azienda utilizzatrice da parte di un'agenzia di lavoro interinale. È intenzione delle parti considerare la necessità di un analogo accordo relativo al lavoro interinale». E nella Direttiva 2008/10104, il 5° considerando così si esprime: «Nel preambolo dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 le parti firmatarie hanno dichiarato che intendono valutare la necessità di un accordo analogo per il lavoro tramite agenzia interinale e hanno deciso di non inserire i lavoratori tramite agenzia interinale nella direttiva sul lavoro a tempo determinato».

18 V. il considerando 7 della Direttiva 2008/114; v. anche A. Riccio, op. cit., §3 e 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 contratto a termine*, in ADL, 2010, n. 4-5, p. 403.

Su questa "doppia anima" della Direttiva¹⁹ si innestano le differenze con il lavoro a tempo determinato sulle quali, come vedremo, si sono sviluppate le pronunce che hanno seguito, definendola, l'approvazione della disciplina europea.

4. La normativa nazionale

Nel primo dopoguerra, la legge 264/1949 istituisce gli uffici di collocamento, sostituendosi alle Camere del lavoro che avevano nel dopoguerra ripreso il controllo dell'avviamento al lavoro. Con la legge 11 maggio 1970, n. 83 venne disciplinato il collocamento speciale in agricoltura e con lo statuto dei lavoratori, artt. 33 e 34, si modificarono le modalità della chiamata numerica. Seguirono la legge 28 febbraio 1987 n. 56 e la legge 23 luglio 1991 n. 223, con le quali venne ampliata la possibilità delle richieste nominative²⁰.

Dopo la pronuncia Hoefner del 1991, con la sentenza della Corte di Lussemburgo Job centre²¹ del dicembre 1997, anche in Italia il sistema monopolistico dell'avviamento al lavoro viene smantellato e, progressivamente, iniziano ad operare le agenzie interinali, così giungendo, in sede legislativa, al pacchetto Treu, legge 196/1997, che supera la regolazione del fenomeno sino ad allora ricondotta dalla legge 1369/1960 all'appalto illecito di mano d'opera²² e che, nel regolare il lavoro interinale, operava attraverso l'autorizzazione amministrativa e l'individuazione di "causali", una figura speciale, distinta da quelle regolate in via generale dal codice e dalle leggi speciali.

L'operazione viene poi portata a compimento dalla legge Biagi, d.lgs. 276/2003 che, abrogando la legge del 1960, ridefinisce la materia (e quella dei contratti atipici) regolando in modo compiuto l'istituto (estendendolo anche alle pubbliche amministrazioni), stabilendo i limiti della utilizzazione del lavoratore e sanzionando gli abusi con la possibilità di richiedere la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore in caso di loro violazione.

La materia sarà poi oggetto di diversi interventi, in linea del resto con la tendenza involutiva circa le garanzie del lavoratore affermatasi dopo la crisi economica del 2008²³, dapprima ad opera della legge Fornero (92/2010²⁴) e poi con l'eliminazione

19 Così Riccio, op. cit., § 3 ed ivi ampi richiami in dottrina e Ratti, *Natura temporanea del lavoro tramite agenzia e limiti derivanti dal diritto europeo*, RIDL, fasc. 1, 2021, pag. 100

20 Per una più ampia ricostruzione v. Corazza, L., *Il contratto di lavoro e la costituzione del rapporto*, in *Il lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Tratt. Bessone, Torino, 2007, 202; S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*

21 Sentenza Job centre coop a r.l. del 11.12.1997 in causa c. 55/97, EU:C:1997:603, in Giust. civ. 1998, I,1459 con nota di Contandi e Foro it. 1998, IV, 247 con nota di di Via. V. Anche P. Ichino, op. cit. che ripercorre l'intera vicenda nei particolari (con toni un po' autoreferenziali, ancorché giustificati, essendo in prima persona il promotore del contenzioso).

22 Su cui v. G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione vietata*, RTDPC, 1965, 23.

23 Sul punto v. anche le considerazioni di S.P. Emiliani, op. cit., dove, citando L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigma di mercato*, Ed. Scientifiche, 2010 e altri autori i quali, riprendendo anche M Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège del France (1978-1979)*, Feltrinelli, 2005, 125, parlano di «temperie culturale» del capitalismo.² con riferimento alla Direttiva 1999/70 e di «frutto ormai maturo del capitalismo.³» con riferimento alla Direttiva 2008/124, con particolare accento sulla necessità del mercato concorrenziale «rispetto agli imperativi dell'economia».

24 Su cui v. G. Zilio Grandi, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in M. Brollo (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam 2012, p. 1306; R. Romei, *La somministrazione di lavoro dopo le recenti riforme*, DRL, 2012, n. 4, p. 969).

dell'obbligo di indicare le ragioni oggettive della conclusione del contratto di somministrazione a termine ad opera dell'art. 34 del d.lgs. 81/2015 (jobs act²⁵) e la durata massima delle somministrazioni. Misure, queste, poi in parte reintrodotte dal D.L. 87/2018 (cd. Decreto dignità²⁶) attraverso a modifica dell'art. 34 che ha nuovamente previsto limiti alla durata massima del contratto (con obbligo di causale dopo i primi 12 mesi) e alle proroghe del contratto (rinviando, sul punto, alla contrattazione collettiva).

Un aspetto rilevante della nuova normativa è che in taluni casi di irregolarità della somministrazione è prevista la possibilità che il lavoratore illegittimamente somministrato possa chiedere la costituzione di un rapporto con l'utilizzatore (mancanza di forma scritta, inesistenza del contratto tra somministratore e utilizzatore, ecc.²⁷) o il risarcimento del danno in caso di illegittimo utilizzo da parte di una pubblica amministrazione²⁸.

5. Le pronunce della Corte di giustizia.

La prima pronuncia della Corte di giustizia sulla somministrazione è resa nella causa Della Rocca²⁹, su sollecitazione del Tribunale di Napoli poneva la questione della applicabilità al lavoro tramite agenzia delle disposizioni in tema di lavoro a termine contenute nella direttiva 1999/70 e, in particolare, della sua clausola 5, par. 1.

La Corte conferma la non applicabilità della Direttiva 1999/70, peraltro con riferimento ad un periodo temporale dei fatti della causa principale nel quale la Direttiva 2008/114 non era ancora entrata in vigore.

La sentenza costituisce quindi una conferma circa la tendenza a valutare con maggiore interesse l'esigenza di flessibilità e elasticità dell'economia, nell'ottica di aumentare il volume globale dell'occupazione. Tanto si persegue anche con la fornitura di lavoro temporaneo che consente di cogliere le opportunità offerte dalla globalizzazione e, nello stesso tempo, favorire l'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro³⁰.

Insomma, come correttamente affermato³¹, mentre la Direttiva 1999/70 sul lavoro a termine avrebbe una funzione «antagonista» della legge rispetto al mercato, tendendo

25 Sul quale, dava la vastità della materia, si rinvia a S. Giubboni, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, 2020, ed ivi ampi richiami.

26 Sul quale v. S. Giubboni in *Somministrazione di lavoro e tecniche anti-abusive alla prova del diritto dell'Unione europea*, cit.

27 Cfr. art. 38, commi 1 e 2 del d.lgs. 81/2015 che dispone: «1. In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione di lavoro è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore. 2. Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui all'art. 31, commi 1 e 2, art. 32 e art. 33, comma 1, lett. a), b), c) e d), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione»

28 Su cui v. S. Galleano, *Cassazione n.13982/2022: gli effetti delle recenti sentenze della Corte di giustizia sulla legittimità delle somministrazioni nella pubblica amministrazione*, Labor, aggiornamenti, 25.07.22.

29C. giust. 11 aprile 2013, C-290/12, Della Rocca, sulla quale v. S.P. Emiliani, op. cit.; F. Bassetti, *Il lavoro in somministrazione: la fornitura di personale e la disciplina del rapporto di lavoro*, in DLRI, 2014, n. 142, p. 210 ss.

30 V. L. Zappalà, *I lavori flessibili*, in S. Sciarra, (a cura di), *Manuale di diritto europeo*, Giappichelli, 2010, 133; F. Pantano, *il lavoro tramite agenzia interinale*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Vol. IX, Utet, 2010; B. Caruso, C. Massimiani, *Prove di democrazia in Europa: la flessicurezza nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione europea*, WP CSDLE2008, n. 59, 9 e segg.

31 S.P. Emiliani, op. citata, § 5.

a «imporre autoritativamente il beneficio della stabilità del posto di lavoro» (clausola 5, punto 2, lett. B, direttiva citata³²), quella sulla somministrazione sarebbe diretta «soltanto a predisporre le condizioni affinché questo beneficio possa essere un possibile effetto virtuoso dei meccanismi spontanei che si intendono favorire». Si tratta di un'impostazione che verrà poi in parte temperata.

Ed infatti, nella successiva sentenza AKT³³ un tribunale finlandese chiede alla Corte se la limitazione nell'utilizzo di personale somministrato prevista dal contratto collettivo osti all'art. 4.1 della Direttiva.

La Corte esclude che la norma invocata vieti restrizioni nell'utilizzo del lavoro interinale da parte dei contratti collettivi e 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 articolo 4, paragrafo 1.

La Corte comincia così a fissare dei limiti a tutela dei lavoratori.

Nella sentenza Betriebsrat³⁴ un'associazione (formalmente) costituita senza scopi di lucro, forniva personale aderente all'associazione stessa ad una clinica infermieristica per lo svolgimento delle medesime mansioni. Si trattava, all'evidenza, di una somministrazione di lavoro che aveva trovato l'opposizione del Consiglio di azienda.

Il giudice del lavoro tedesco rimettente, investito del ricorso del datore di lavoro finalizzato a far dichiarare legittimo l'utilizzo dei lavoratori inviati dall'associazione, chiedeva alla Corte se fosse dichiarato ingiustificato il rifiuto dei rappresentanti dei lavoratori, non essendo il personale inquadrabile come lavoratore subordinato in qualità di aderente all'associazione.

L'esito della causa era scontato tenuto conto dell'ormai granitica giurisprudenza della Corte in tema di lavoro subordinato, secondo la quale «la caratteristica essenziale di un rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in cambio delle quali percepisca una retribuzione³⁵».

La Corte chiarisce così che «l'articolo 1, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2008/104/CE (...), dev'essere interpretato nel senso che rientra nell'ambito di applicazione di tale direttiva la messa a disposizione, da parte di un'associazione senza fini di lucro, a fronte di un rimborso, di uno dei suoi membri a favore di un'impresa utilizzatrice per erogarvi, a titolo principale e sotto la direzione di quest'ultima, una prestazione lavorativa retribuita, quando tale membro sia tutelato a detto titolo nello Stato membro interessato».

32 In tal senso, v. infra, anche la sentenza Sciotto della Corte.

33 Sentenza AKT, 11. 04. 2015 in causa C-533/16.

34 Sentenza Betriebsrat del 17.11.2016, in causa C-533/13.

35 Vedi, tra le molte, le sentenze Fenoll del 26 marzo 2015, c-316/13, EU:C:2015:200; § 27 e segg.; Union syndicale Solidaires Isère, C-428/09, EU:C:2010:612, § 28; Neidel, C-337/10, EU:C:2012:263, § 23; Association de médiation sociale, sentenza del 15 gennaio 2014, C-176/12; Sibilio, 15.03.2012, causa C-157/11, EU:C:2012:148.

Di maggior rilevanza è poi la sentenza JH³⁶. Qui il giudice rimettente, il Tribunale di Brescia, investito del ricorso di un lavoratore somministrato utilizzato ininterrottamente, tramite agenzia interinale, dal 3 marzo 2014 al 30 settembre 2016 in mansioni operaie di addetto al tornio presso l'azienda KG, aveva chiesto al giudice italiano la costituzione di un rapporto con l'impresa utilizzatrice.

Il Tribunale di Brescia, con ordinanza 16 ottobre 2018, aveva sollevato la questione pregiudiziale, osservando come in Italia, dopo la legge Fornero e il jobs act, di fatto non vi fossero più tutele contro la temporaneità del lavoro somministrato, essendo stati eliminati i termini massimi di durata e dei rinnovi e l'obbligo di specificare le ragioni oggettive. Il tribunale di Brescia chiede chiarimenti alla Corte di giustizia, anche all'esito della sentenza Sciotto³⁷, sulla base del principio, pacifico secondo la giurisprudenza della Corte, che «nell'ipotesi in cui una direttiva non possa produrre effetti diretti nel giudizio principale, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale mediante tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti, per conseguire il risultato perseguito dalla direttiva»³⁸.

E la sentenza Sciotto era intervenuta disponendo che, in caso di abuso nell'utilizzo dei contratti a termine, in assenza di misure sanzionatorie equivalenti nell'ordinamento nazionale, il giudice poteva procedere alla conversione del rapporto. Sulla scorta dell'apparente apertura circa la diretta applicabilità della clausola 5 affermata nella sentenza Sciotto (in realtà fondata sulla ritenuta discriminazione con situazioni analoghe: §71 sentenza), poiché i rapporti di JH si erano svolti nella quasi totalità nel periodo tra il jobs act e il decreto dignità, ovvero quando non vi era alcuna misura contenitiva nell'utilizzo dei contratti di somministrazione, il Tribunale di Brescia chiede alla Corte se, ove sussista l'abuso, sia consentita la costituzione diretta del rapporto con l'utilizzatore.

La pronuncia sembrava contraddire la giurisprudenza precedente della Corte che aveva costantemente affermato che la clausola 5.2 della Direttiva 1999/70 non era di

36 Sentenza JH del 14 ottobre 2020 in causa C-681/18 sulla quale v., in particolare, L. Ratti, op. cit.; S.P. Emiliani, op. cit.; T. Zappia, op. cit.; C. Pesce, *Disciplina europea del lavoro interinale: tutele dei lavoratori e competenze nazionali. Nota a sentenza della Corte di giustizia UE del 14 ottobre 2020, causa C-681/18, KG*, Il diritto dell'Unione europea, Giappichelli, 16.11.2020; A. Carbonelli, *Disciplina europea del lavoro interinale: tutele dei lavoratori e competenze nazionali. Nota a sentenza della Corte di giustizia UE del 14 ottobre 2020, causa C-681/18, KG*, lavorodirittieuropa.it, 1° settembre 2021; E Sena, *La Corte di Giustizia si pronuncia su missioni successive e prevenzione degli abusi nella somministrazione*, Massimario di giurisprudenza del lavoro, fasc. 1/2021; M.L. Lepore, F. Fanizzi, *Temporaneità della somministrazione di lavoro: protezione del lavoratore e tecniche anti-abusive dopo l'intervento della CGUE*, *Questione giustizia*, 16.04.21.

37 Sentenza Sciotto, del 25.10.2018 in causa C-331/17, EU:C:2018:859, V. De Michele, *La sentenza Sciotto della Cgue e la conversione a tempo indeterminato nel pubblico impiego nel dialogo con la Consulta*, su europeanrights.eu, articoli 15.11.2018; S. Galleano, *Effetti collaterali della sentenza Sciotto: il TAR Lazio solleva in CGUE l'annoso problema della stabilizzazione dei ricercatori universitari*, su europeanrights.eu, articoli, 13.05.19.

38 Così R. Cosio, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento complesso*, su europeanrights.eu, articoli, 20/06/2014, cap. 3.

applicazione diretta³⁹ (e infatti il dictum della Sciotto è poi stato chiarito, sul punto, nella sentenza sugli insegnanti di religione del 13 gennaio 2022⁴⁰).

Istruito il procedimento, l'Avvocato generale Eleanor Sharpston ha reso le sue conclusioni in data 24 aprile 2020⁴¹, conclusioni che sono in gran parte state accolte dalla Corte.

La quale ribadisce innanzi tutto la duplice funzione della Direttiva, ovvero la possibilità di creare nuovi posti di lavoro favorendo la flessibilità che consente lo strumento della somministrazione e, comunque, anche la tutela delle condizioni del lavoratore, sia in termini di parità di trattamento che la possibilità di accedere a dei posti di lavoro disponibili (articolo 2). Sotto quest'ultimo profilo, la Direttiva ha quale scopo quello di garantire ai lavoratori somministrati nell'impresa l'accesso ad un impiego stabile: ed infatti l'art. 6, andando al concreto, prevede espressamente l'obbligo di informazione ai lavoratori impiegati come somministrati di essere notiziati delle posizioni lavorative che si rendono disponibili in azienda.

Per quanto attiene la richiesta di conversione del rapporto, la risposta della Corte, sotto questo profilo, è negativa. Nella sentenza viene infatti evocata la doppia finalità della Direttiva che, ai sensi dell'art. 2, è finalizzata a stabilire un quadro normativo non discriminatorio, trasparente e proporzionato a tutela dei lavoratori utilizzati tramite l'agenzia interinale e, nello stesso tempo, tiene conto della diversità dei mercati del lavoro, con particolare attenzione alla necessità di tutelare lo sviluppo di lavori flessibili, con la finalità di agevolare le opportunità di occupazioni stabili (§ 40 sentenza).

Questo duplice obiettivo, apparentemente contraddittorio, trova una sua sintesi in una normativa finalizzata alla flessibilità, individuando comunque un filo conduttore, costituito dal preservare il concetto di temporaneità, come suggerito dall'Avvocato generale Sharpston⁴² nelle sue conclusioni, facendo leva sull'obbligo di leale cooperazione derivante dall'art. 4 del TUE e sul principio di interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

Gli Stati membri, quindi, si devono attivare al fine di evitare il ricorso abusivo al lavoro a mezzo di agenzie interinali (art. 5.5) e, in particolare, evitare il ricorso a personale somministrato per sopperire ad esigenze di personale permanenti da parte dell'utilizzatore, di fatto elusivi dello scopo della direttiva, ciò comunque non giustifica il ricorso a specifici strumenti antielusivi, come la limitazione del numero di missioni o un obbligo di indicazione delle ragioni oggettive che giustificano il ricorso a personale somministrato (§ 42).

39 Cfr. Corte costituzionale, sentenza 187/2016, § 11 della motivazione, che cita la sentenza 15 aprile 2008, in causa C-268/06, *Impact*, nonché la sentenza

Angelidaki del 23 aprile 2009, nelle cause riunite da C-378/07 a C-380/07.

40 Sentenza del 13.01.22 in causa C-282/19, sulla quale v. E. Tarquini, *Gli insegnanti di religione precari davanti alla Corte di Giustizia: di una "costante ricapitolazione"*, *Questione giustizia*, 4 aprile 2022; V. De Michele, *La sentenza della Corte di giustizia sugli insegnanti di religione*, *europeanrights.eu*, 15.1.22.

41 Sulle quali v. S. Galleano, *Il lavoro precario avanti la Corte di giustizia. Un laboratorio europeo per la tutela del lavoro*, *europeanrights.eu*, 04.06.2020, §9, pagg. 17 e segg.

42 § 72 delle conclusioni.

Ciò non di meno, il compito degli organi degli Stati membri, giudici compresi, sono tenuti a cooperare per il raggiungimento di tale obiettivo. In particolare, il giudice nazionale, investito dell'esame del caso, dovrà tenere conto che il considerando 11 della Direttiva è finalizzato a conciliare l'obiettivo di flessibilità nell'utilizzo di personale da parte delle imprese, conciliandolo con il considerando 15 che precisa che la forma comune dei rapporti di lavoro e il contratto a tempo indeterminato. La linea guida nell'esame della fattispecie resta l'art. 5.5 che stabilisce la temporaneità dell'utilizzo dei lavoratori somministrati.

Ciò chiarito, la valutazione del giudice dovrà tenere conto di tre fattori (§ da 69 a 71).

Il primo sarà quello di valutare se le missioni successive del medesimo lavoratore presso la stessa impresa sono tali da far ritenere irragionevole qualificarle come «temporanee», il che potrebbe denotare un ricorso abusivo a missioni successive.

Il secondo, che «missioni successive assegnate allo stesso lavoratore tramite agenzia interinale presso la medesima impresa» rischiano di eludere «l'essenza stessa» delle finalità della Direttiva e costituiscono «un abuso di tale forma di rapporto di lavoro», compromettendo «il voluto equilibrio realizzato dalla Direttiva tra la flessibilità per i datori di lavoro e la sicurezza dei lavoratori a discapito di quest'ultima».

Infine, terzo elemento, il giudice dovrà tenere conto che la mancanza di una ragione oggettiva che giustifichi l'impiego continuo di personale inviato dall'impresa interinale da parte di un'azienda, soprattutto ove ciò avvenga con l'utilizzo del medesimo lavoratore e tenuto conto delle particolari fattispecie esaminate, può far ritenere che una o più disposizioni della Direttiva siano state violate.

Pertanto, conclude la Corte, non osta alla Direttiva e, in particolare, all'art. 5.5, una normativa nazionale che non limita il numero di mansioni successive presso lo stesso datore di lavoro da parte di un'agenzia di lavoro interinale e che non impone l'indicazione di ragioni oggettive (di natura tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva) per il ricorso al lavoro somministrato. È invece contrario alla Direttiva che uno Stato membro non adotti misura alcuna allo scopo di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia interinale e che non preveda alcuna misura finalizzata ad evitare l'assegnazione del medesimo lavoratore con missioni successive tramite agenzia interinale al fine di eludere gli scopi della Direttiva.

Come si vede, la Corte demanda al giudice investito della controversia, il compito di valutare le contrapposte esigenze tra le due parti in causa, tenendo peraltro conto di una serie di fattori contingenti legati allo specifico mercato del lavoro: un compito impegnativo e di non poco spessore, soprattutto laddove il legislatore nazionale degli Stati membri si sia sottratto a regolare la materia tenendo conto della situazione specifica locale.

Nel caso dell'Italia, il successivo intervento correttivo effettuato con il decreto dignità del 2018 ha restituito alcune certezze, rendendo più agevole il compito del giudice italiano.

L'ultima sentenza è la NP del 17.03.22⁴³.

Nel febbraio 2017, l'AÜG⁴⁴ tedesco viene riformato, prevedendo una durata massima della somministrazione che, superato il 36° mese si intende trasformato in contratto a tempo indeterminato con l'ente utilizzatore, salvo il consenso del lavoratore alla prosecuzione e un maggiore periodo stabilito dai contratti collettivi prevedendo però che i periodi che «I periodi di missione anteriori al 1° aprile 2017 non sono presi in considerazione nel calcolo della durata massima della missione», come più sopra stabiliti.

Il primo quesito posto alla Corte, apparentemente formale è in realtà di non poca importanza. Il giudice tedesco chiede se l'espressione «temporaneamente» utilizzato dall'art. 1 della Direttiva debba riferirsi anche all'ipotesi nella quale il lavoratore sia impiegato su un posto di lavoro permanente e non occupato per sostituzione. La Corte risponde chiarendo che il termine «non ha lo scopo di limitare l'applicazione del lavoro interinale a posti non previsti come permanenti o che dovrebbero esser occupati per sostituzione». Il termine, infatti, si riferisce alle modalità della messa a disposizione del lavoratore presso l'impresa e non il posto di lavoro da occuparsi presso quest'ultima, posto che la Direttiva (§ 33, sentenza) lascia liberi gli Stati membri di regolare o meno i casi idonei a giustificare l'utilizzo dei lavoratori tramite agenzia interinale, limitandosi a prevedere l'introduzione di limiti minimi di garanzia (art. 9.2 della Direttiva, che prevede il mantenimento di requisiti minimi per il mantenimento delle tutele stabilite dalla Direttiva).

Inoltre (§ 34), il termine «temporaneamente» è utilizzato dall'art. 3 della Direttiva con riferimento all'Agenzia interinale, al lavoratore inviato da questa, all'impresa utilizzatrice e alla missione stessa: pare evidente che è il rapporto con l'agenzia utilizzatrice, sicché è il rapporto con quest'ultima che deve rivestire carattere «temporaneo».

Infine (§ 37), tali considerazioni non sono in contraddizione con gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva, i quali «mirano a stabilire un quadro normativo che tuteli i lavoratori tramite agenzia interinale che sia non discriminatorio, trasparente e proporzionato nel rispetto della diversità dei mercati del lavoro e delle relazioni industriali e a favorire lo sviluppo di forme di lavoro flessibili, la creazione di posti di lavoro e la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale» e, il perseguimento di tali obiettivi, «non esige che i lavoratori tramite agenzia interinale non possano essere assunti per coprire posti di carattere permanente e non occupati per sostituzione», poiché l'occupazione di una posizione lavorativa permanente da parte di un lavoratore inviato da un'agenzia interinale, può favorire la copertura definitiva di quel posto proprio dal lavoratore interessato.

Con la seconda questione, il giudice tedesco chiede se il diritto dell'Unione imponga che, qualora si ritenga che la messa a disposizione di un lavoratore avviato

⁴³ In causa C-232/20, EU:C:2022:196, sulla quale v. G. Bronzini, *Il lavoro in somministrazione e le tutele dell'unione. Ribadite dalla Corte di giustizia le finalità antiabusive*, LDE, 2/2022; S. Galleano, *Corte di giustizia 17.0322 C-232/20 – Ancora sulla temporaneità della somministrazione*, in LDE, 2/2022.

⁴⁴ Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung, legge sulla messa a disposizione di manodopera.

dall'Agenzia interinale debba necessariamente essere di natura temporanea e, se la violazione di tale condizione, imponga l'accoglimento della domanda di costituzione di un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice.

La Corte precisa, alla luce di quanto già stabilito nelle precedenti sentenze che si sono esaminate, che la Direttiva non impone in alcun modo la fissazione di un limite massimo della durata delle missioni né del numero delle stesse (§ 56): gli Stati membri sono quindi liberi di indicare la misura massima delle missioni e il limite della loro durata al fine di stabilire quando si verifica un abuso, con l'avvertenza che tali indicazioni debbono «necessariamente avere natura temporanea, vale a dire, secondo il significato di tale termine nel linguaggio corrente, essere limitata nel tempo».

Nell'ipotesi in cui lo Stato non si avvalga di tale facoltà, è compito dei giudici nazionali stabilirla caso per caso «alla luce di tutte le circostanze pertinenti, che comprendono in particolare le specificità del settore (v., in tal senso, sentenza del 18 dicembre 2008, Andersen, C-306/07, EU:C:2008:743, § 52) e garantire (...) che l'assegnazione di missioni successive a un lavoratore temporaneo non sia volta a eludere gli obiettivi della direttiva 2008/104, in particolare la temporaneità del lavoro tramite agenzia interinale».

E qui la Corte ricorda i § da 69 a 71 della sentenza JH e che si sono sopra ricordati, ovvero la durata della missione, valutata a seconda delle circostanze del mercato, l'effettiva compromissione dell'equilibrio tra l'esigenza della flessibilità delle aziende utilizzatrici con la tutela del lavoratore e l'utilizzo del medesimo lavoratore nel corso di missioni successive. Sulla base di tali criteri, il giudice nazionale dovrà valutare il periodo di somministrazione eseguito dal lavoratore NP presso la Daimler.

La Corte ritiene poi di affrontare preliminarmente la quarta questione che viene interpretata nel senso che il giudice remittente chiede se il fatto che la nuova legge nazionale escluda, con una disposizione transitoria, i periodi di lavoro interinale precedenti all'entrata in vigore di una siffatta normativa dal limite massimo di 36 mesi e, in caso di risposta affermativa, se, investito di una controversia che vede opposti esclusivamente privati, il giudice sia tenuto a disapplicare una siffatta disposizione transitoria.

La Corte, in primo luogo, ribadisce come la Direttiva non imponga agli Stati membri «di prevedere una durata oltre la quale la missione non può essere considerata avvenuta temporaneamente» (§ 68), ma rileva che dall'esame degli scopi della direttiva, è inibito prevedere che la nuova normativa possa privare «di effetto utile la tutela offerta dalla direttiva 2008/104 ad un lavoratore tramite agenzia interinale che, a causa della durata della sua missione presso un'impresa utilizzatrice, considerata nel suo complesso, sia stato oggetto di una messa a disposizione che non può più essere considerata avvenuta «temporaneamente», ai sensi di tale direttiva» (§ 74).

Ove poi il giudice non intraveda la possibilità di interpretare in modo conforme a quello eurounitario il diritto nazionale, non potrà che disapplicare «all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o

mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (sentenza del 18 gennaio 2022, Thelen Technopark Berlin, C-261/20, EU:C:2022:33, punto 30, e giurisprudenza citata)» (§ 79).

Rileva però la Corte, che tale principio deve tenere conto che una direttiva, ai sensi dell'art. 288, terzo comma, TFUE, ha carattere vincolante solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta (§ 81) e quindi, ancorché sia «chiara, precisa e incondizionata, la disposizione di una direttiva non consente al giudice nazionale di disapplicare una disposizione del suo diritto interno ad essa contraria se, in tal modo, venisse imposto un obbligo aggiuntivo a un soggetto di diritto (sentenza del 18 gennaio 2022, Thelen Technopark Berlin, C-261/20, EU:C:2022:33, § 32 e giurisprudenza ivi citata)», mentre l'Unione può sancire «in modo generale e astratto, con effetto immediato, obblighi a carico dei cittadini solo ove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti».

Pertanto, conclude la Corte, il giudice nazionale non può disapplicare la norma nazionale in una controversia come quella in discussione.

Con la terza questione, poi, il giudice del rinvio chiede, in sostanza se, in assenza di disposizioni di diritto nazionale dirette a sanzionare l'inosservanza della direttiva da parte delle agenzie di lavoro interinale o delle imprese utilizzatrici, il lavoratore tramite agenzia interinale può trarre dal diritto dell'Unione un diritto soggettivo alla costituzione di un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice.

Sulla scorta della soluzione data ai quesiti precedenti, ribaditi gli obblighi degli Stati membri di adeguarsi a quanto disposto dalle Direttive, resta che, se anche un lavoratore di un'agenzia interinale possa far valere la natura abusiva del suo utilizzo presso l'azienda utilizzatrice «non può, alla luce della giurisprudenza richiamata al § 79⁴⁵ della presente sentenza, trarre dal diritto dell'Unione un diritto soggettivo alla costituzione di un rapporto di lavoro con tale impresa».

La soluzione, come già ritenuto più volte dalla Corte, resta dunque quella dell'azione sulla base della nota sentenza Francovich⁴⁶ (§99) che riconosce il diritto al risarcimento del danno⁴⁷.

45 Ma forse la Corte si riferisce, più propriamente, al § 81.

46 Vedila in Foro padano 1992, I, 349 con nota di: Romagnoli; Giur. it. 1993, I,1,1585 con nota di: Antonioli Deflorian; V. Roppo, *La Responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito "costituzionale" del legislatore)*, in Contratto e Impresa Europa n.1/99, Padova, 1999; P. Mengozzi *Il Diritto Comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, 1997; M. Balboni, *Diritto al risarcimento e adeguamento retroattivo alle direttive non (correttamente) attuate*, Il Diritto dell'Unione Europea, n.4/98, Milano, 1998

47 Ma è bene non dimenticare l'accorato appello dell'Avvocato generale Gerard Hogan, conclusioni nella causa Randstad (C-497/20, EU:C:2021:725), sull'inadeguatezza del rimedio del risarcimento del danno ex Francovich. Si legge ai § 82-84: «[t]utto ciò richiama alla mente il caso della storia di Sherlock Holmes sul cane che non aveva abbaiato. In quest'ottica, è l'assenza generale di giurisprudenza al riguardo ad essere rivelatrice. Ciò può essere considerato di per sé come un indizio del fatto che tali errori e inadempimenti sono in pratica troppo facilmente giustificati e che, per molti soggetti i cui diritti dell'Unione non sono stati garantiti, un rimedio del tipo Francovich resta un'illusione piuttosto che una realtà. Si tratta di un'ulteriore ragione a sostegno della necessità di una nuova valutazione dei criteri «gravi e manifesti» di cui alla sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, affinché il diritto dell'Unione sia attuato con un adeguato grado di incisività da parte dei giudici degli Stati membri, sebbene occorra tener conto anche degli specifici fattori identificati dalla Corte nella sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513) in materia di responsabilità giurisdizionale, segnatamente della «specificità della funzione giurisdizionale», unitamente alle legittime esigenze della certezza del diritto. Orbene, la sentenza Francovich è, per così dire, un cane a cui deve essere consentito

Quanto al quinto quesito, che interrogava sulla compatibilità della norma nazionale che consente alla contrattazione collettiva di fissare periodi più lunghi per la stipulazione di contratti interinali senza che si applichi il principio del riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato con l'utilizzatore, anche qui, il responso della Corte è scontato.

Il diritto europeo tiene in massima considerazione il ruolo della contrattazione collettiva, consentendo alla stessa, quale istituzione più vicina alle realtà territoriali e ai settori lavorativi di competenza, di intervenire, salvo che non vi sia una violazione di disposizioni vincolanti delle direttive e non venga vanificato lo scopo della normativa europea.

Molte delle stesse direttive, del resto, consistono nel recepimento di accordi raggiunti tra le associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro.

6. La decadenza di cui all'art. 32 della legge 183/2010

La linea seguita dalla Corte di giustizia era stata già recepita dalla Suprema Corte italiana, con le sentenze 446/2021 e 13982/2022⁴⁸, entrambe rese nel settore del pubblico impiego, aveva esaminato la successione di contratti di somministrazione che violavano manifestamente i principi stabiliti in sede europea.

Nella sentenza in commento, però, la questione si complica perché il giudice di merito, come si è visto nello storico di lite, aveva ritenuto che la decadenza stabilita dall'art. 32 della legge 187/2010 (cd. Collegato lavoro), trovasse applicazione anche ai contratti di somministrazione conclusi prima dell'entrata in vigore della legge, così come stabilito dalla Cassazione nella sentenza 2420/2016, ponendosi in contrasto con quanto aveva affermato la Corte costituzionale nella sentenza 303/2011⁴⁹.

Ma non solo, La Corte, con più pronunce (*ex multis*, Cass. 8461/2017; 31153/2018), aveva ritenuto che i contratti di somministrazione dovessero essere impugnati nel termine di legge (60 giorni) dalla loro scadenza, indipendentemente dalla loro successione. Vero è che, nei casi esaminati nelle sentenze citate tra un contratto e l'altro era comunque decorso un certo lasso di tempo, comunque non superiore, come fatto valere dalla parte lavoratrice in causa, ai 60 giorni per l'impugnazione.

abbaiare, perché è proprio l'abbaiare che dovrebbe segnalarci che i diritti che la normativa dell'Unione ha inteso garantire e tutelare sono oggetto – talvolta silenziosamente – di violazioni ad opera di errori giurisdizionali nazionali. (...) A ciò si potrebbe aggiungere che, nel particolare contesto di una violazione in materia di appalti pubblici, sarebbe in certa misura incongruo che la direttiva 89/665 prevedesse una forma di responsabilità oggettiva per errori commessi dall'amministrazione aggiudicatrice, laddove al contempo la responsabilità per errori commessi dai giudici nazionali relativamente al controllo della procedura di aggiudicazione degli appalti dovesse restare a un livello [talmente elevato da scoraggiarne l'attivazione]. (...) Da parte mia, ritengo tuttavia che la normativa, in una certa misura, sia progredita dopo la sentenza del 30 settembre 2003, Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513). Alla luce della successiva entrata in vigore dell'articolo 47 della Carta, sono dell'avviso che, per le ragioni già esposte, occorra parimenti esaminare se l'errore giudiziario di cui trattasi fosse oggettivamente scusabile. In mancanza di tale esame, esiste un rischio reale che l'applicazione dei criteri della sentenza Brasserie dupêcheur e Factortame, tenda, in pratica, a rendere eccessivamente difficile il risarcimento del danno di cui alla sentenza Francovich con riferimento a errori giudiziari, di modo che le suddette condizioni che fondano la responsabilità potrebbero essere soddisfatte solo in circostanze del tutto particolari»: sono considerazioni che, a maggior ragione, valgono per la materia sociale della quale qui si tratta.

⁴⁸ Sulla quale v. S. Galleano, *Cassazione n.13982/2022: gli effetti delle recenti sentenze della Corte di giustizia sulla legittimità delle somministrazioni nella pubblica amministrazione*, Labor, aggiornamenti, 25 luglio 2022

⁴⁹ Su questo punto v. S. Galleano, *Corte costituzionale n. 250/2021: legittima l'esclusione del lavoratore somministrato dalle procedure di stabilizzazione della legge Madia*, in Labor, aggiornamenti, 4 marzo 2022.

Resterebbe dunque l'ipotesi nella quale la successione di contratti sia continua e senza interruzioni, anche se la Corte, con un principio stabilito per i contratti a termine, ma che potrebbe valere anche per quelli di somministrazione, ha già stabilito che anche in caso di successione ininterrotta di contratti rimane l'obbligo di impugnazione di ciascun contratto, salvo che non ci si trovi di fronte non a nuovi contratti ma al mero rinnovo del medesimo rapporto (Cass. 8038/2022⁵⁰), circostanza che, però, deve essere eccepita dal lavoratore.

Tale essendo allo stato la situazione, il primo motivo di ricorso per cassazione avrebbe dovuto essere rigettato, con conseguente conferma della sentenza della Corte di appello, non risultando, dalla lettura della sentenza in commento, che fosse stato eccepito il semplice rinnovo dei contratti.

7. La soluzione della Corte di cassazione

La sentenza in commento, ritenuta l'ammissibilità del primo motivo, riassume la legislazione in tema di contratto di somministrazione e rileva come il ricorrente non avesse impugnato la ritenuta decadenza ex art. 32 stabilita dalla Corte di merito (§8.1, considerato in diritto).

Rileva altresì che oggetto di causa è la normativa applicabile all'ultimo contratto (l'unico impugnato) e costituita dal d.lgs. 81/2015, senza che possano venire in rilievo le successive modificazioni di cui al D.L 78/2018 (decreto dignità, relative alla durata massima delle somministrazioni e all'esplicitazione delle ragioni oggettive che la giustificano) in quanto successive alla conclusione del contratto.

Ciò premesso, la sentenza ripercorre la normativa europea nei termini che si sono decritti sopra, con particolare riferimento le sentenze del 14 ottobre 2020, C-681/18 (JH) e del 17 marzo 2022 C-232/20 (PG), confermando che i dictum delle pronunce sono nel senso che spetta al giudice nazionale investito della controversia verificare, ove l'ordinamento interno non preveda misure efficaci per stabilire l'effettiva temporaneità della somministrazione, se «le missioni successive dello stesso lavoratore tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice conducano a una durata dell'attività, presso quest'ultima impresa, più lunga di quella che può essere ragionevolmente qualificata "temporanea", alla luce di tutte le circostanze pertinenti, che comprendono in particolare le specificità del settore, e nel contesto del quadro normativo nazionale, senza che sia fornita alcuna spiegazione obiettiva al fatto che l'impresa utilizzatrice interessata ricorre a una serie di contratti di lavoro tramite agenzia interinale successivi» (§17).

La verifica va effettuata secondo il principio della leale cooperazione del giudice nazionale nell'interpretazione dell'ordinamento interno con quello dell'Unione, che costituisce «la chiave di volta del sistema», attraverso lo strumento dell'«interpretazione conforme delle norme nazionali», il quale implica che il giudice

⁵⁰ Sulla quale v. C. Grassi, *Successione di contratti a termine con la pubblica amministrazione: necessità di impugnazione di ogni singolo contratto ex art. 32 Legge n. 187/2010, salvo che non venga dedotto che si tratta del rinnovo ininterrotto di un unico contratto*, Lpo, aggiornamenti, 26 aprile 2020.

«debba fare tutto ciò che rientra nelle sue possibilità (...) per pervenire ad una applicazione del diritto interno coerente con quello» della Direttiva» (§ 18.2)⁵¹.

L'interpretazione conforme è la linea guida da seguire, senza che il giudice si debba mettere alla ricerca dell'effetto diretto che la norma sovranazionale non ha, disapplicando quella nazionale; infatti: «[l]'ordine è, invece, opposto: di fronte ad una potenziale incongruità del sistema si impone al giudice la previa ricerca dell'interpretazione compatibile fra diritto interno e diritto dell'Unione, nell'ottica della compatibilità; solo qualora tale interpretazione risulti impossibile ci si muoverà alla ricerca della norma dotata di effetto diretto» (§ 18.4).

A fronte di una successione di contratti interinali che contrastino con il principio di temporaneità della somministrazione di lavoro, dunque, il giudice dovrà verificare se nell'ordinamento nazionale è rinvenibile una norma che garantisca un risultato finale coerente con la disposizione di cui all'art. 5.5 della Direttiva che «non può essere direttamente invocato dal lavoratore in rapporti orizzontali» (§21.4).

La Corte, si legge nella sentenza, ha già più volte individuato negli artt. 1344 e 1418 c.c., come strumenti utili «per evitare che, attraverso ripetute assunzioni a tempo determinato, sia possibile porre in essere una condotta che integri una frode alla legge, e quindi quale misura adeguata e idonea a prevenire abusi nel susseguirsi di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, affidando al giudice del merito il compito di desumere da "elementi quali il numero dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati, l'arco temporale complessivo in cui si sono succeduti e ogni altra circostanza fattuale che emerga dagli atti, l'uso deviato e fraudolento del contratto a termine" (v. Cass. n. 59 del 2015; Cass. n. 14828 del 2018)» (§ 24).

Ciò chiarito, la Corte precisa che la mancata indicazione da parte del legislatore nazionale, nel d.lgs. 81/2015 e, prima ancora, nel d.lgs. 276/2003, di un limite massimo alla durata (nel periodo dei fatti di cui è causa) dei contratti di somministrazione, non impedisce di considerare l'applicabilità delle norme citate, posto che la temporaneità della somministrazione costituisce requisito «implicito e immanente del lavoro tramite agenzia interinale» (§ 25).

Del resto, si ricorda (§ 22) che la Corte già in precedenza, «esaminando la somministrazione di lavoro, quale forma flessibile di lavoro richiamata dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 36, in relazione alla disciplina prima prevista dal D.Lgs. n. 276 del 2003, artt. 20 e ss., e, poi, dal D.Lgs. n. 81 del 2015, proprio alla luce dello scopo della Dir. n. 2008/104 finalizzato a fare sì che gli Stati membri si adoperino affinché il lavoro tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice non diventi una situazione permanente per uno stesso lavoratore, ha affermato come "la somministrazione a tempo determinato sia legittima anche nell'ambito della pubblica amministrazione, quando non sia tale da eludere la natura temporanea del lavoro tramite agenzia", aggiungendo che "l'interpretazione delle norme sulla

⁵¹ La Corte richiama, sul punto, la sentenza della Corte di giustizia Popławski del 24 giugno 2019 in causa C-573/17, sulla quale v. L.Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, giustizia insieme, 3 febbraio 2021.

somministrazione nel senso della temporaneità è l'unica conforme al diritto dell'Unione perché evita una contrarietà alla Direttiva sulla somministrazione come interpretata dalla Corte di Giustizia" e demandando al giudice del merito tale verifica in concreto, non potendo questi arrestarsi "all'affermazione dell'inesistenza di un limite temporale formalmente previsto"»⁵². Il principio era anche stato, negli anni precedenti con riferimento alla somministrazione tra privati (§22).

Nella specie, si rileva che la Corte di merito non aveva svolto alcuna indagine per verificare se «nel contesto del quadro normativo e nazionale e tenendo conto delle circostanze di specie se una delle disposizioni della Dir. n. 2008/104, venga aggirata, a maggior ragione laddove ad essere assegnato all'impresa utilizzatrice in forza dei contratti successivi in questione sia sempre lo stesso lavoratore tramite agenzia interinale» (§ 27.3).

L'applicazione di tali principi prescinde (e qui è il focus di novità della pronuncia) dalla ritenuta decadenza maturata ai sensi dell'art. 32 l. 183/2010 «dall'azione di costituzione o accertamento di un rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore».

La decadenza, spiega la Corte, è un istituto finalizzato ad interrompere lo stato di incertezza causato del soggetto titolare di un'azione che rimane inattivo, attivandolo ad agire ponendo così fine allo stato di indecisione derivante dall'inerzia, precludendogli la possibilità di agire oltre un certo termine.

A differenza della prescrizione, che opera in linea generale su tutti i diritti, la decadenza preclude l'esame della domanda solo nei casi specifici previsti da un'espressa norma legale, insuscettibile di una interpretazione estensiva o analogica⁵³.

La legge 183/2010 prevede espressamente l'obbligo di impugnazione anche nel caso in cui si chieda l'accertamento della costituzione di un rapporto in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto e tanto in relazione «alla costituzione o all'accertamento che sia l'effetto direttamente conseguente all'impugnazione di quello specifico contratto o rapporto».

Tanto non impedisce comunque che la decadenza dall'azione nei confronti dell'utilizzatore possa invece rilevare come fatto storico che il giudice può valutare, in via incidentale, «se la reiterazione delle missioni del lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice abbia oltrepassato il limite di una durata che possa ragionevolmente considerarsi temporanea, sì da realizzare una elusione degli obiettivi della Dir. n. 2008/104».

Tale interpretazione, sottolinea la Corte, è coerente con la sentenza NP del 17 marzo 2022 che, come si è visto, ha ritenuto non compatibile la normativa tedesca che impediva di tenere in considerazione la messa a disposizione dell'utilizzatore dei

⁵² Si richiama, ancora, S. Galleano, *Cassazione n.13982/2022: gli effetti delle recenti sentenze della Corte di giustizia sulla legittimità delle somministrazioni nella pubblica amministrazione*, cit.

⁵³ La Corte cita, sulla questione i suoi precedenti: «Cass. n. 3579 del 1995; Cass. n. 8700 del 2000; Cass. n. 2853 del 2006; Cass. n. 26845 del 2020; proprio in tema di decadenze introdotte dalla L. n. 183 del 2010 v., tra le altre, Cass. n. 30490 del 28/10/2021; Cass. n. 14236 del 2022». Va comunque detto che, come si è ricordato sopra (§ 6. e nota 47), la Corte, sostanzialmente, aveva comunque già effettuato un'interpretazione estensiva dell'art. 32 nel caso di decadenza dall'impugnazione dei contratti di somministrazione stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge 183/2010, prevista espressamente dalla legge dalla legge per i soli contratti a termine (art. 32, comma 4, lett. b).

periodi anteriori all'entrata in vigore anteriori al primo aprile 2017, ovvero alla data di entrata in vigore della normativa che fissava il periodo massimo di utilizzazione del somministrato.

Del resto, aggiunge la cassazione, citando la propria sentenza 18732/2013, già era stato ritenuto possibile fa valere in giudizio i danni subiti per il licenziamento ingiurioso indipendentemente dall'impugnazione del recesso.

Dunque, nella specie, il giudice di merito avrebbe dovuto prendere in considerazione anche i periodi somministrato per i quali si è verificata la decadenza per mancata impugnazione, al solo fine di accertare la violazione della Direttiva 104/2008.

Ne consegue la cassazione della sentenza a tal fine, con rinvio ad altra Corte di appello.

8. Conclusioni

La sentenza in commento si caratterizza per una soluzione che consente l'applicazione, in concreto, dei principi stabiliti dalla Direttiva 104/2008, nell'esame della quale la Corte di giustizia, nelle sue pronunce che si sono ricordate, non ha mai dimenticato la necessità di tutela dei lavoratori a fronte della natura strettamente liberista della Direttiva stessa, frutto di un compromesso che rischiava di comportarne la sostanziale inapplicabilità.

Ha, insomma operato, come rilevato, che «[s]petta, infatti, al Giudice investito della controversia comporre il delicato equilibrio delle contrapposte esigenze coinvolte. Si tratta di un ulteriore, concreto impulso alla formazione di quella specifica professionalità, ormai richiesta all'operatore del diritto, che non può prescindere dalla specifica conoscenza della legislazione e della giurisprudenza euro – unitaria, e dalla conseguente assunzione di responsabilità nel renderla efficace e vincolante anche all'interno degli ordinamenti nazionali⁵⁴»

La Corte di cassazione ha poi dovuto intervenire anche nel merito di una normativa nazionale che ha sempre destato non poche perplessità, soprattutto con riferimento all'obbligo di impugnazione di contratti di somministrazione e a termine, che spesso di concretizzano in una successione di rapporti, all'interno dei quali non è agevole inserire l'obbligo di impugnazione considerando il *metus* che caratterizza la posizione di debolezza del lavoratore.

Esempio lampante è la già citata sentenza 8032/2022 nella quale si stabilisce l'obbligo di impugnazione dei singoli contratti, ancorché successivi e senza interruzione, nel pubblico impiego, laddove è notorio che presso gli enti pubblici le assunzioni a termine successive si protraggono per anni a copertura di posizioni vacanti per mancanza dell'indizione di concorsi, sicché è "ordinario" l'intervento del legislatore di procedimenti di stabilizzazione⁵⁵.

54 M.L. Lepore, F. Fanizzi, *Temporaneità della somministrazione di lavoro: protezione del lavoratore e tecniche anti-abusive dopo l'intervento della CGUE*, *Questione giustizia*, 16.04.21.

55 Ben tre (anzi: quattro) sono state approvate nell'ultimo ventennio e ciascuna di esse è stata oggetto di proroga: dalle leggi Prodi del 1996 (frutto della sentenza Marrosu e Sardino del 7 settembre 2006 della Corte di giustizia sull'abuso dei contratti a termine pubblici), alla legge Letta del 2013 (conseguenza dell'Ordinanza Papalia del 12.12.2013), fino agli interventi legislativi di cui alla legge 107/2015 sulla scuola e al d.lgs. 75/2017, legge Madia su tutto il pubblico impiego

Sostenere, come ha fatto la Cassazione che non vi sarebbe *metus* all'impugnazione perché il lavoratore non può aspirare al posto di lavoro dove si accede solo con concorso, suona come una beffa, tanto più che, ordinariamente, le pregresse esperienze di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, sono comunque titolo anche nei concorsi pubblici e dunque pare evidente l'interesse del lavoratore al rinnovo del (o alla stipulazione di un nuovo) contratto.

La sentenza in commento potrebbe porre una argine a quella giurisprudenza, rivalutando i pregressi rapporti, ancorché non (necessariamente) impugnati, come fatto storico, certamente per quanto attiene il "danno comunitario" di cui alle Sezioni unite 5072/2016, soprattutto considerando si è dovuto superare l'obbligo del lavoratore di dimostrare la nullità dei singoli contratti, individuando la illegittimità della reiterazione al superamento del triennio per la mancata indizione del concorso⁵⁶.

La materia è dunque in continua evoluzione: ciò è una buona notizia, non senza dimenticare però che tanto avviene, come sempre, su *imput* della Corte di giustizia.

Roma, 10 settembre 2022

(entrambi conseguenza della sentenza Mascolo del 25.10.2014).

⁵⁶ Come stabilito nella ben nota, recente sentenza 18698/2022 della cassazione sugli insegnanti di religione.