

Somministrazione e direttiva 2008/104/CE.

Il (non) adeguamento dell'Ordinamento interno

di Paolo Coppola¹

Oggetto delle presenti riflessioni è il (difficile) rapporto tra direttiva 2008/104/Ce e D.lgs. n. 276/03 con riferimento al principio di uguaglianza non discriminazione ed alle misure ostative alla abusiva reiterazione delle missioni successive, previsti dalla direttiva medesima.

Si cercherà inoltre di fornire strumenti utili a verificare se il preteso adeguamento operato dal Legislatore delegato con il D.lgs. 2 marzo 2012 n. 24 presenti elementi di criticità.

La confusionaria disciplina interna lascia non pochi dubbi interpretativi, i quali devono essere verificati oggi (e, vedremo, come ieri) alla luce delle superiori disposizioni ordinamentali dell'Unione europea.

I problemi maggiori sono dati dal rapporto tra gli artt. 20, comma 3, 21 u.c., 22, comma 2, e 27 del D.lgs. n. 276/03, nonché dalla disciplina delle sanzioni².

Quanto al primo spetto, il grande equivoco normativo è costituito dalla circostanza che, nella somministrazione di lavoro, accanto al contratto di lavoro tra lavoratore ed agenzia, vi è il diverso contratto di lavoro tra somministrato ed agenzia (contratto di somministrazione) che potrebbe ben essere teoricamente nettamente separato dal primo.

Ed infatti una cosa sono le necessarie ragioni (scritte, art. 21, comma 1, lett. C) del ricorso alla somministrazione (*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*) e cosa diversa le ragioni del contratto di lavoro.

In realtà il legislatore interno, maestro nella poca chiarezza, ed oggi superatosi nel creare un quadro incoerente e del tutto avulso dal contesto europeo, ha

¹ Giudice del lavoro presso il Tribunale di Napoli. I presenti appunti sono stati predisposti in occasione della tavola rotonda "Appalto, codatorialità e somministrazione: alla ricerca del datore di lavoro" promossa da Agi, Md, Rgl, del 12 giugno 2013 presso la Corte d'Appello di Roma.

² In specie la applicabilità dell'art 32² del Collegato lavoro; problema che per ragioni di tempo si lascia al di fuori di questo intervento.

mescolato le due miscele, creando un complesso non solo non sistematico, ma non armonizzabile.

Infatti, pur nella assoluta preferenza per la somministrazione a tempo determinato, vi è un continuo richiamo alla disciplina del D.lgs. n. 368/01, afferente i contratti a termine. Così si statuisce che i contratti collettivi nazionali di lavoro possono prevedere *la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato ...in conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del Decreto Legislativo 6 settembre 2001, n. 368*³.

In maniera ancor più imprevedibile si dispone che *in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al Decreto Legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore (art 22 comma 2).*

In pratica dal quadro normativo emerge che il contratto di somministrazione deve essere causalmente giustificato (da *ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*) e che non è prevista alcuna misura specificamente volta ad evitare la sua reiterazione (o proroga).

Con riferimento al contratto di lavoro, il somministratore potrebbe assumere a sua volta a termine solo in presenza delle ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo, previste dall'art 1 del D.lgs. 368/01, così doppiandosi la causale della somministrazione (riferita all'utilizzatore) con una ulteriore causale del contratto di lavoro (riferita al somministratore), entrambe lessicalmente identiche. Appare chiaro che, ove si ritenga che l'art 1, comma 1, del D.lgs.

³ Il contratto di somministrazione riguarda i due imprenditori ed il D.lgs. 368/01 riguarda lavoratore e datore di lavoro: non si comprende il richiamo alla conformità tra soggetti del tutto diversi.

368/01 si applichi al rapporto di lavoro con l'agenzia di lavoro interinale⁴, la diversità dei soggetti del contratto farebbe propendere per una diversità ontologica della causale, diversa in fatto nei presupposti oggettivi per diversità delle esigenze del soggetto (somministrante o somministrato).

Si evincerebbe quindi che il contratto di lavoro a termine è regolamentato dal D.lgs. 368/01, con l'eccezione prevista (*esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4*).

Si potrebbe arguire quindi che la ragione del quadro normativo sarebbe da rinvenire nella circostanza che, ad avviso del legislatore interno, saremmo in pieno campo di applicazione della Direttiva 1999/70/CE.

Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con l'Ordinanza 15 settembre 2010, **procedimento C-386/09 Briot** aveva espresso analogo convincimento (cfr punto 36⁵).

Il lavoratore, sulla scorta del quadro normativo interno, potrebbe agire contro l'agenzia di lavoro interinale per la violazione dell'art 1 del D.lgs. n. 368/01, sulla scorta della genericità o insussistenza della giustificazione della apposizione del termine ai contratti di lavoro.

Da dirsi che tale impostazione non sembra esclusa dal successivo pronunciamento della C.g.u.e. in materia, pur non rientrando, per come vedremo, il rapporto di lavoro a termine, nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/Ce.

La causale del contratto di lavoro verrebbe inoltre a coinvolgere l'utilizzatore per scelta di diritto interno, riaffermata dalla modifica dell'art. 20, comma 4, ad opera

⁴ Detta applicabilità, non è però scontata. Infatti l'art 22, comma 2, sembra legittimare una sorta di automatismo: *In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e seguenti*. Quest'ultima opzione interpretativa ha l'oggettivo effetto di determinare una maggiore precarietà del lavoratore interinale, in assenza di misure ostative alla reiterazione del contratto di somministrazione.

⁵ Punto 36: *Occorre infine precisare che questa soluzione, giacché la Corte si pronuncia unicamente sull'applicabilità della direttiva 2001/23, non pregiudica la tutela di cui un lavoratore interinale quale il ricorrente nella causa principale potrebbe, all'occorrenza, beneficiare contro l'abusivo ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in virtù di altre disposizioni del diritto dell'Unione, segnatamente della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE...*

della L. 92/12 (*E` fatta salva la previsione di cui al comma 1-bis dell'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368*).

L'art. 20, comma 4, si riferisce alla causale della somministrazione (*La somministrazione di lavoro a tempo determinato é ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*) mentre l'art 1, comma 1-bis del D.lgs. 368/01 alla possibile a-causalità del primo ed unico contratto a termine.

La disposizione non ha esteso la a-causalità, prevista dall'art. 1, comma 1-bis del D.lgs. 368/01 per il contratto di lavoro, al primo ed unico contratto di somministrazione: ha fatto salva la previsione del primo ed unico contratto di lavoro a termine a-causale, completando la commistione dei piani tra i due contratti, riferendosi all'uno lì ove prevede per l'altro.

Nella confusione normativa creata dal legislatore, la misura di cui all'art 27⁶ del D.lgs. n. 276/03 potrebbe costituire misura aggiuntiva, atta a garantire l'obbligo di risultato imposto dalla direttiva non già 1999/70/Ce, ma 2008/104/Ce: la normativa avrebbe ritenuto, al fine di evitare la eccessiva flessibilizzazione, in maniera da evitare che occasioni di lavoro stabili i lavoratori fossero mantenuti in uno stato di precariato a tempo indefinito, di limitare l'approvvigionamento di manodopera attraverso il ricorso alla fornitura di manodopera: avrebbe imposto precisi e rigorosi limiti, ovvero solo *a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo* e con possibilità di contingentamento⁷.

⁶ Art- 27: 1. *Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.*

2. *Nelle ipotesi di cui al comma 1 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione.*

3. *Ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale é limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore.*

⁷ Art 20.

Si tratterebbe della misura obbligatoria di cui all'art 5, paragrafo 5, ultima parte della Direttiva 104⁸.

La normativa interna quindi prevenderebbe la possibilità di far valere le conseguenze della violazione dell'art 5 paragrafo 4, della direttiva 104 verso l'agenzia di lavoro interinale, oltre che verso l'utilizzatore.

Al fine di evitare la eccessiva flessibilizzazione, in maniera da impedire che, a fronte di occasioni di lavoro stabili, i lavoratori siano mantenuti in uno stato di precariato a tempo indefinito, le disposizioni interne limiterebbero l'approvvigionamento di manodopera attraverso il ricorso al lavoro "interinale": da qui la previsione di precisi e rigorosi limiti (solo *a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*), accompagnati dalla possibilità di contingentamento (art 20). Analoghi limiti sono previsti nel rapporto di lavoro con la agenzia di lavoro interinale, visti i richiami al D.lgs. n. 368/01.

Come si vedrà, invero, le ragioni del contratto di somministrazione ben possono riguardare lo specifico rapporto di lavoro in maniera del tutto identica al rapporto di lavoro a termine, con conseguente sostituzione soggettiva in un rapporto non già temporaneo, ma a tempo indeterminato in ragione della nullità del termine apposto al contratto di somministrazione.

Questa sembra la soluzione forse più corretta dopo la Sentenza Della Rocca della C.g.u.e..

Facendo un passo indietro, la impostazione della Ordinanza Briot poteva portare con se alcune conseguenze, non di poco momento, sul piano del diritto interno. Sarebbe stato sempre possibile stipulare contratti di somministrazione a tempo determinato, ma impossibile, al di fuori degli ambiti del D.lgs. n. 368/01 (salvo art. 5, ma anche 4⁹) per la agenzia di lavoro interinale assumere a termine: la

⁸ *Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva. Essi informano la Commissione di qualsiasi misura in tal senso.*

Chi scrive prima ipotizzava la sussistenza di analoga misura ostativa riferendosi però alla clausola 5 della Direttiva 1999/70/Ce.

⁹ L'art. 22, comma 2, seconda parte, del D.lgs. n. 267/03 prevede che "Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore". Non appare applicabile l'art 4, comma 1, del D.lgs. 368/01 (disciplina del contratto a termine) che

stessa avrebbe così dovuto assumere su di sé i rischi del mancato collocamento della manodopera.

Si trattava di impostazione fatta propria dalla ordinanza di rinvio pregiudiziale¹⁰, che avrebbe avuto effetti salvifici per gli utilizzatori; si basava sulla considerazione che la legislazione nazionale non pone limitazioni alla reiterazione di contratti di lavoro a termine per le agenzie di lavoro interinale¹¹ e che il lavoratore che si ritenga somministrato irregolarmente chiede sempre e soltanto la applicazione del meccanismo previsto dall'art. 27¹² e mai dell'art. 22, comma 2¹³ ovvero la applicazione della disposizione di cui all'art. 1, commi 1 e 2, del D.lgs. 368/01¹⁴ determinando in pratica che le conseguenze della illegittimità della somministrazione finiscono col ricadere sempre sul solo utilizzatore.

Nel quadro normativo interno le agenzie di lavoro interinale svolgono mera attività di intermediari nel rapporto di lavoro e possono non assumere alcun rischio d'impresa: la normativa interna consente di assumere a termine sempre in

prevede *“Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi la proroga è ammessa una sola volta e a condizione che sia richiesta **da ragioni oggettive** e si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato”*. Infatti nel caso di agenzia di lavoro interinale la ragione oggettiva relativa alla apposizione del termine al contratto di lavoro ed alla sua proroga non è necessaria, bastando la mera temporaneità del diverso contratto di somministrazione e (giustificato solo esso da esigenze tecniche organizzative o sostitutive) e la giustificazione solo della sua proroga.

La diversità dei piani tra i due contratti (di somministrazione, tra agenzia e somministrato; a termine tra lavoratore ed agenzia) non consente di ritenere applicabile l'art 4, comma 1, del D.lgs. 368/01.

¹⁰ Redatta da chi scrive.

¹¹ Seguendo la interpretazione indicata in nota 4.

¹² Art. 27. Somministrazione irregolare: 1. *Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.*

¹³ Art. 22, comma 2: *In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile...*

¹⁴ Art. 1 del D.lgs. n. 368/01 (*Apposizione del termine*): 1. *E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. 2. L'apposizione del termine e' priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1.*

relazione ad esigenze tecniche, organizzative o produttive dell'utilizzatore di talché il rischio della mancata collocazione della manodopera è in fatto quasi inesistente e la agenzia svolge attività di mero intermediario.

Di contro la collocazione della manodopera costituisce lo specifico oggetto della attività di impresa delle agenzie: il rischio imprenditoriale ad essa connesso non dovrebbe gravare sul lavoratore, attraverso la corrispondenza somministrazione a termine-contratto a termine (il contratto di somministrazione a termine non dovrebbe costituire di per sé sola valida ragione giustificatrice delle proroghe), e sull'utilizzatore che viene a subire le conseguenze della violazione delle disposizioni anti elusive.

Detta soluzione non sembra mutare sulla scorta del diritto interno, ma deve essere verificata alla luce della prima sentenza della C.g.u.e. che si occupa di somministrazione in maniera diretta.

L'Ordinanza Briot era lo spunto per la sua questione.

La C.g.u.e., con la Sentenza 11.04.2013 resa nel procedimento C-290/2012, Della Rocca, afferma:

36 ... dal quarto comma del preambolo dell'accordo quadro risulta espressamente che esso non si applica ai lavoratori a tempo determinato messi a disposizione di un'azienda utilizzatrice da parte di un'agenzia di lavoro interinale, poiché l'intenzione delle parti di tale accordo quadro era quella di concludere un analogo accordo relativo al lavoro interinale. È proprio la disciplina del lavoro interinale l'obiettivo della direttiva 2008/104 che, come emerge dai suoi considerando 5 e 7, è stata adottata dal legislatore dell'Unione dopo il fallimento dei negoziati tra le parti sociali in merito alla conclusione di detto accordo.

37 Si deve rilevare in proposito che l'esclusione prevista da detto preambolo dell'accordo quadro riguarda il lavoratore interinale in quanto tale, e non l'uno o l'altro dei suoi rapporti di lavoro, con la conseguenza che tanto il suo rapporto di lavoro con l'agenzia di lavoro interinale quanto quello sorto con

l'azienda utilizzatrice esulano dall'ambito di applicazione di tale accordo quadro.

- 38 *È certamente vero che, secondo la giurisprudenza della Corte, il preambolo di un atto dell'Unione non ha valore giuridico vincolante e non può essere fatto valere né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi né per interpretare tali disposizioni in un senso manifestamente contrario alla loro formulazione ...*
- 39 *Tuttavia, nella specie si deve necessariamente constatare che l'esclusione che compare nel preambolo dell'accordo quadro è riportata nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, secondo la quale soltanto il **rapporto di lavoro concluso «direttamente» con il datore di lavoro rientra nell'ambito di tale accordo quadro.***
- 40 *Inoltre, la somministrazione di lavoratori interinali costituisce una costruzione complessa e specifica del diritto del lavoro **che implica**, come risulta dai punti 32 e 37 della presente sentenza, **un duplice rapporto di lavoro** tra, da un lato, l'agenzia di lavoro interinale e il lavoratore interinale, e, dall'altro, quest'ultimo e l'impresa utilizzatrice, nonché **un rapporto di somministrazione** tra l'agenzia di lavoro interinale e l'impresa utilizzatrice. Orbene, l'accordo quadro non contiene disposizioni vertenti su questi aspetti specifici.*
- 41 *Al contrario, occorre constatare che l'articolo 1, paragrafo 3, lettera c), della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (GU 1997, L 18, pag. 1) dispone espressamente che detta direttiva si applica al distacco, operato da un'impresa di lavoro temporaneo, di un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice, ove esista un rapporto di lavoro tra l'impresa di lavoro temporaneo e il lavoratore temporaneo durante il periodo di distacco. Del pari, l'articolo 1, punto 2, della direttiva 91/383/CEE del Consiglio, del 25 giugno 1991, che completa le misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute durante il lavoro dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro*

interinale (GU L 206, pag. 19), precisa espressamente che tale direttiva si applica ai rapporti di lavoro interinale tra un'agenzia di lavoro interinale e il lavoratore interinale.

42 *Ne consegue che i rapporti di lavoro a tempo determinato di un lavoratore interinale messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice da un'agenzia di lavoro interinale non rientrano nell'ambito di applicazione dell'accordo quadro, e pertanto nemmeno in quello della direttiva 1999/70.*

Fin qui chiaro il contrasto con l'inciso della Ordinanza Briot. Peculiare il tentativo di affermare che tale contrasto non vi era. Sarebbe bastato affermare come la direttiva 104/2008/Ce mutava il contesto normativo rispetto la Ordinanza Briot. La Corte invece afferma che *tale conclusione non è affatto in contrasto con quanto dichiarato dalla Corte nella citata ordinanza Briot... la Corte si è limitata a precisare, al punto 36 della richiamata ordinanza, che tale soluzione non pregiudicava la tutela di cui un lavoratore interinale potrebbe, all'occorrenza, beneficiare contro l'abusivo ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato in virtù di altre disposizioni del diritto dell'Unione, segnatamente della direttiva 1999/70, né l'interpretazione che la Corte dovrà fornire di queste ultime.*

Francamente la pronuncia appare riduttiva: essa poteva costituire l'occasione per alcune prime puntualizzazioni.

La Commissione, nelle osservazioni scritte presentate nel procedimento Della Rocca, ha detto ben di più.

Ricordando come nell'accordo approvato con la direttiva 1999/70/Ce vi fosse una riserva per un separato accordo in relazione ai lavoratori interinali, come ricordato nel 5° considerando della direttiva 2008/104/Ce, rileva come *Gli Stati membri non escludono dall'ambito d'applicazione della presente direttiva i lavoratori, i contratti o i rapporti di lavoro unicamente per il fatto che riguardano lavoratori a tempo parziale, lavoratori a tempo determinato o persone che hanno un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale.*

Rileva ancora che l'art. 5, n. 2, prevede che *per quanto riguarda la retribuzione, gli Stati membri possono, previa consultazione delle parti sociali, prevedere una deroga al principio di cui al paragrafo 1 nel caso in cui i lavoratori tramite agenzia*

interinale che sono legati da un contratto a tempo indeterminato ad un'agenzia interinale continuano ad essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra. A contrario se ne trae la conseguenza che il rapporto a tempo determinato con l'agenzia di lavoro interinale è disciplinato da detta direttiva.

È estremamente rilevante il parallelo con la direttiva 1999/70/Ce :

*Non mancano poi della direttiva 2008/104/Ce disposizioni di tenore sostanzialmente analogo a quelle dell'accordo quadro, che rendono superflua l'applicazione di queste ultime. **Basti citare in proposito l'art 5, n. 5¹⁵ della direttiva 2008/104/Ce che impone agli stati membri di adottare misure per prevenire il ricorso abusivo a missioni successive**, disposizione che riproduce nella sua essenza il contenuto della clausola 5 dell'accordo quadro relativa a misure dirette a prevenire il ricorso abusivo a più contratti di lavoro a termine successivi.*

Detta argomentazione è di spunto per ulteriori riflessioni.

Le misure che devono adottare gli Stati membri sono finalizzate ad evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva.

Diciamo subito che la normativa interna non contiene alcuna misura direttamente volta ad impedire le missioni successive.

Le missioni successive (parallelo con i contratti a tempo determinato successivi) dunque sono una tipologia delle elusioni delle disposizioni della direttiva e delle abusive applicazioni dell'art. 5, per come si evince dall'uso dell'espressione "in particolare". Chiaro dunque che, per cogliere gli obblighi a carico dello Stato è necessario comprendere le disposizioni dell'articolo 5 da non eludere e comprendere come le missioni successive potrebbero eludere dette disposizioni.

Preliminarmente vi è da rilevare che la direttiva potrebbe non essere applicabile al solo lavoro tramite agenzia di lavoro interinale, ma anche quando vi è solo

¹⁵ *Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva. Essi informano la Commissione di qualsiasi misura in tal senso.*

impresa utente; art 1 comma 2¹⁶: *La presente direttiva si applica alle imprese pubbliche e private che sono agenzie di lavoro interinale o imprese utilizzatrici che esercitano un'attività economica con o senza fini di lucro.* Basterebbe quindi la sola presenza dell'utilizzatore.

In realtà che la disciplina si riferisca ai soli "interinali" (non quindi ad esempio al distacco) si evince dalle definizioni (art 2): ai fini della direttiva, infatti l'"*impresa utilizzatrice*" è: *qualsiasi persona fisica o giuridica presso cui e sotto il cui controllo e direzione un lavoratore tramite agenzia interinale presta temporaneamente la propria opera.*

Continuando con la a-tecnicità della direttiva, all'art. 2, ultimo paragrafo, è previsto: *gli Stati membri non escludono dall'ambito d'applicazione della presente direttiva i lavoratori, i contratti o i rapporti di lavoro unicamente per il fatto che riguardano lavoratori a tempo parziale, lavoratori a tempo determinato o **persone che hanno un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale.***

Invero l'ultima chiosa è chiaramente ripetitiva: se la direttiva disciplina il lavoro interinale è chiaro che non si può escludere ai lavoratori interinali la sua applicazione.

Il ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale può essere vietato o ristretto per *ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o **la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi*** (art 4). La disposizione chiaramente indica che l'abuso è un mal funzionamento del mercato del lavoro, perché contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro (15°

16 Articolo 1 (Ambito d'applicazione):

1. *La presente direttiva si applica ai lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale e che sono assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare temporaneamente e sotto il controllo e la direzione delle stesse.*

2. *La presente direttiva si applica alle imprese pubbliche e private che sono agenzie di lavoro interinale o **imprese utilizzatrici** che esercitano un'attività economica con o senza fini di lucro.*

3. *Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, possono prevedere che la presente direttiva non si applichi ai contratti o ai rapporti di lavoro conclusi nell'ambito di un programma specifico di formazione, d'inserimento e di riqualificazione professionali, pubblico o sostenuto da enti pubblici.*

considerata); la normalità è rappresentata dalla titolarità di rapporto di lavoro ed utilizzazione in capo allo stesso datore di lavoro.

Il Capo II è intitolato “Condizioni di lavoro e d’occupazione”¹⁷. Nel loro ambito la disposizione definisce il diverso e più restrittivo concetto di “Condizioni base di lavoro e d’occupazione”¹⁸. Queste ultime riguardano le condizioni di lavoro e d’occupazione previste da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi e/o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore nell’impresa utilizzatrice relative a:

- l’orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi;

- la retribuzione.

Per le condizioni base opera il principio di parità di trattamento con i lavoratori direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgerci il medesimo lavoro, con derogabilità della retribuzione in ipotesi di lavoratori somministrati a tempo indeterminato che continuino a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l’altra.

Per le altre condizioni di lavoro non base è possibile che i CCNL prevedano modalità alternative rispetto alla impresa utilizzatrice, ma nel rispetto della protezione globale dei lavoratori tramite agenzia interinale.

Ne deriva che:

- 1) l’orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi sono inderogabili;
- 2) la retribuzione è derogabile nel solo limitatissimo caso di lavoratori somministrati a tempo indeterminato che continuino a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l’altra;

¹⁷ Concetto che si ritrova in numerose direttive quali quelle sull’orario di lavoro o sul rapporto di lavoro a termine.

¹⁸ Art 3, lett. F.

3) il resto è derogabile tramite accordi collettivi ma *nel rispetto della protezione globale dei lavoratori tramite agenzia interinale*. Invero dalla lettura del paragrafo 4 dell'art 5¹⁹ si evince che solo la contrattazione nazionale, di categoria o territoriale può prevedere la suddetta deroga, sembrando doversi escludere la contrattazione aziendale.

Esempio di non chiarezza è costituito dal paragrafo 5 dell'art. 5 (*Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva. Essi informano la Commissione di qualsiasi misura in tal senso*).

Posto che elusioni alle precedenti disposizioni dell'art. 5 non sembra possano mai derivare da *missioni successive*, non resta che ritenere che **la disposizione statuisca un divieto di reiterazione indiscriminata di missioni successive**.

L'art 3, lett. e) definisce "missione" come *il periodo durante il quale il lavoratore tramite agenzia interinale è messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice affinché presti temporaneamente la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa*: ne deriva che la missione deve essere naturalmente temporanea e la stabile adibizione del lavoratore è contraria alle previsioni della direttiva in esame (con buona pace della maggior parte delle ipotesi di somministrazione a tempo indeterminato di diritto interno).

L'art 9, paragrafo 2, reitera la previsione di cui alla clausola di non regresso²⁰ disponendo: *In nessun caso l'attuazione della presente direttiva costituisce una ragione sufficiente per giustificare una riduzione del livello generale di protezione dei lavoratori rientranti nel suo ambito d'applicazione. La sua attuazione lascia*

¹⁹ Art. 5, par. 4: *A condizione che sia garantito ai lavoratori tramite agenzia interinale un livello adeguato di protezione, gli Stati membri che non possiedono né un sistema legislativo che dichiari i contratti collettivi universalmente applicabili, né un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese simili in un determinato settore o area geografica possono, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di cui al paragrafo 1. Tali modalità alternative possono prevedere un periodo di attesa per il conseguimento della parità di trattamento*

²⁰ Prevista in numerose in materia come, ad esempio, la clausola 8 della direttiva 1999/70/Ce.

impregiudicati i diritti degli Stati membri e/o delle parti sociali, tenuto conto di eventuali cambiamenti della situazione, di emettere disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse da quelle che esistono al momento dell'adozione della presente direttiva, purché i requisiti minimi previsti dalla presente direttiva siano rispettati.

Ricordiamo che occorre valutare la «*reformatio in peius*» contemplata da tale clausola in rapporto al livello generale di tutela che era applicabile, nello Stato membro interessato, sia ai lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato successivi, sia a quelli con un primo ed unico contratto a tempo determinato, in rapporto all'insieme delle disposizioni di diritto interno di uno Stato membro relative alla tutela dei lavoratori in materia di contratti di lavoro a tempo determinato²¹.

Ne deriva che **il divieto di reformatio in peius opera nei due limiti del collegamento** con l'«applicazione» dell'accordo quadro, e avere ad oggetto il «livello generale di tutela».

Vi è **applicazione dell'accordo quadro in relazione ad** ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completino o modifichino le norme nazionali già adottate. Una normativa non potrebbe essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui la *reformatio in peius* che essa comporta non fosse in alcun modo collegata con l'applicazione dell'accordo quadro. Ciò avverrebbe qualora detta *reformatio in peius* fosse giustificata non già dalla necessità di applicare l'accordo quadro, bensì da quella di promuovere un altro obiettivo, da essa distinto come ad esempio garantire nel settore pubblico il rispetto dei procedimenti di assunzione tramite concorso²².

Vi è riduzione **del livello generale di tutela** Quando non riguarda una categoria circoscritta di lavoratori ovvero oppure siano idonee ad essere compensate dall'adozione di misure preventive dell'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a

²¹ Sentenza Kiriaki Angelidaki (C-378/07) della Corte di Giustizia del 23 aprile 2009, punto 121; sul punto altresì sentenza Mangold (C-144/04) della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 22 novembre 2005, punto 51.

²² Sentenza Kiriaki Angelidaki cit, punti 131 e 135.

*tempo determinato successivi, come un rafforzamento delle misure volte a prevenire l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, circostanze che spetta al giudice del rinvio verificare*²³.

Conseguentemente se dalle modifiche di cui al Decreto legislativo 2 marzo 2012, n. 24 (dichiaratamente *Attuazione della direttiva 2008/104/CE, relativa al lavoro tramite agenzia interinale*) deriva una riduzione del livello generale di tutela, vi è violazione della clausola 9.

Abbiamo ora tutti gli strumenti necessari per verificare la disciplina interna sub specie di adattamento, mancato adattamento, violazione della clausola 9.

Preliminarmente le modifiche operate appaiono non supportate da delega certa (cfr L. 96/10 e Corte cost. Sent. 44/08). E così, se per i pulcini²⁴ o per le navi frigorifero²⁵ il legislatore delegante qualcosa ha previsto (una lettura della legge delega è auspicabile di modo ché, infine, gli operatori del diritto del lavoro possano abbandonare uno stato di perenne indignazione, per abbandonarsi in una quieta rassegnazione), è rimasto del tutto indifferente al mercato del lavoro.

Proprio questa indifferenza e la limitata possibilità di modifica delegata a fini di solo e stretto adattamento, senza possibilità di regresso della tutela, visti i fini dichiarati, contenuti anche nell'art 9 della direttiva, gettano più di un'ombra di incostituzionalità su alcune disposizioni introdotte o modificate dal legislatore delegato, quali ad esempio:

²³ Sentenza Kiriaki Angelidaki cit, punti 146 e 145.

²⁴ Art. 30. (Disposizioni per l'applicazione dei regolamenti (CE) n. 1234/2007 e n. 617/2008 in materia di commercializzazione per le uova da cova e i pulcini di volatili da cortile).

²⁵ Art. 48. (Riconoscimento delle navi officina e navi frigorifero nonché modifica all'articolo 1 del decreto legislativo 19 novembre 2008, n. 194).

- art 20, commi 5-ter e 5-quarter²⁶; di contro probabilmente, in ragione dell'art. 2 della direttiva, è l'intera somministrazione a tempo indeterminato ad essere vietata dalla stessa;
- modifica dell'art 23, comma 1²⁷. Il legislatore (non) delegato non ha proprio colto la pur palese differenza tra condizioni di lavoro e condizioni base di lavoro, le prime per normativa europea derogabili (art 5, par 3²⁸) e le seconde inderogabili o scarsissimamente derogabili (art 5, par 4²⁹). Le prime, per diritto interno, non sembrano derogabili vista la indicata probabile assenza di delega (art. 77 della Costituzione; cfr. Corte costituzionale, Sent. n. 44/08). In ogni caso per tutte le condizioni di

²⁶ 5-ter. Le disposizioni di cui al comma 4 non operano qualora il contratto di somministrazione preveda l'utilizzo:

a) di soggetti disoccupati percettori dell'indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti normali o ridotti, da almeno sei mesi;

b) di soggetti comunque percettori di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno sei mesi. Resta comunque fermo quanto previsto dei commi 4 e 5 dell'articolo 8 del decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 1988, n. 160;

c) di lavoratori definiti "svantaggiati" o "molto svantaggiati" ai sensi dei numeri 18) e 19) dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008.

Con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, si provvede all'individuazione dei lavoratori di cui alle lettere a), b) ed e) del n. 18) dell'articolo 2 del suddetto regolamento (CE) n.

800/2008.

5-quarter. Le disposizioni di cui al primo periodo del comma 4 non operano nelle ulteriori ipotesi individuate dai **contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali** stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro.

²⁷ 1. I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte (periodo precedente abrogato ed introdotto quello che segue) Per tutta la durata della missione presso un utilizzatore, i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a condizioni di base di lavoro e d'occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte. Restano in ogni caso salve le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 24 giugno 1997, n. 196. (D.L.vo n. 24/2012).

²⁸ Par 3: *Dopo aver consultato le parti sociali, gli Stati membri possono accordare loro, al livello appropriato e alle condizioni da essi previste, l'opzione di mantenere o concludere contratti collettivi che, nel rispetto della protezione globale dei lavoratori tramite agenzia interinale, possono stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale, diverse da quelle di cui al paragrafo 1.*

²⁹ Par 4: *A condizione che sia garantito ai lavoratori tramite agenzia interinale un livello adeguato di protezione, gli Stati membri che non possiedono né un sistema legislativo che dichiari i contratti collettivi universalmente applicabili, né un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese simili in un determinato settore o area geografica possono, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di cui al paragrafo 1. Tali modalità alternative possono prevedere un periodo di attesa per il conseguimento della parità di trattamento.*

lavoro (non solo le base: cfr art 5 par 3 e 4) si deve garantire la protezione globale. Con riferimento alle condizioni base, in assenza di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese simili in un determinato settore o area geografica, è possibile, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione. **L'Ordinamento interno già prevedeva una misura efficace a tali fini (quindi non modificabile) costituita dal vecchio comma 1 dell'art. 23³⁰** (altro travisamento della delega).

Insomma al Legislatore interno non basta una prima declatoria di assenza di delega (Corte costituzionale, Sentenza 44/08), caparbiamente persevera nei suoi errori³¹, creando un quadro normativo a forte rischio di illegittimità costituzionale.

La direttiva 2008/104/Ce porta novità in relazione ai rapporti tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro?

Vi è subito da rilevare che la direttiva non presuppone né un contratto di somministrazione né, soprattutto, un diverso contratto di lavoro. In particolare nelle definizioni è "lavoratore tramite agenzia interinale" *il lavoratore che sottoscrive un contratto di lavoro o **inizia un rapporto di lavoro** con un'agenzia interinale, al fine di essere inviato in missione presso un'impresa utilizzatrice per prestare temporaneamente la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa.*

La costruzione giuridica della compresenza di due contratti (somministrazione e lavoro) è tutta di diritto interno. Anzi la C.g.u.e. (Sentenza Della Rocca, cit., punto 40) ha espressamente affermato, come detto, che la somministrazione di lavoratori

³⁰ Art 23, comma 1, precedente formulazione: *I lavoratori dipendenti dal somministratore hanno diritto a un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.*

³¹ Né invero, in assenza della benché minima previsione normativa sulla scorta della quale poter ipotizzare una delega diversa dal mero recepimento, pare che la Corte costituzionale possa trovare, ove sollecitata, una via d'uscita come ha fatto con la Sentenza n. 107/13.

*interinali costituisce una costruzione complessa e specifica del diritto del lavoro **che implica**, come risulta dai punti 32 e 37 della presente sentenza, **un duplice rapporto di lavoro** tra, da un lato, l'agenzia di lavoro interinale e il lavoratore interinale, e, dall'altro, quest'ultimo e l'impresa utilizzatrice, nonché **un rapporto di somministrazione** tra l'agenzia di lavoro interinale e l'impresa utilizzatrice.*

Nell'ipotesi in cui il diritto interno opti per la non vietata soluzione del doppio contratto è possibile ipotizzare che esistano limiti europei nel rapporto tra i due contratti?

A tale seconda domanda si dovrebbe dare una risposta affermativa.

In particolare il contratto di lavoro non trova nel contratto di somministrazione la mera sua occasione, il suo presupposto, ovvero un collegamento negoziale unilaterale (così, semplificando, la disciplina interna). Di contro il collegamento è bilaterale ed estremamente forte: la somministrazione crea un rapporto di lavoro duplice e quindi riguarda necessariamente uno specifico lavoratore con un collegamento negoziale bilaterale tra i due contratti (o addirittura sarebbe mutuabile lo schema del contratto trilaterale, pur a formazione progressiva): il contratto di somministrazione trova il suo oggetto e la sua causa nel rapporto di lavoro.

Il paragrafo 5 dell'art. 5 prevede che bisogna *prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva*: si tratta della temporaneità, requisito ripetuto ossessivamente dall'art. 3, paragrafo 1, lettere b-e.

L'art. 5, paragrafo 5 o ha riferimento alla missione dello specifico lavoratore, che così diviene l'oggetto stesso della somministrazione e, quindi, del relativo contratto, ovvero fa riferimento alle missioni successive dei lavoratori in genere (contratti non strettamente collegati).

Tale ultima ipotesi interpretativa rende di fatto il ricorso alla somministrazione molto difficile³²: infatti nella verifica della elusività delle missioni successive

³² Pur essendo detta lettura aderente ai principi espressi dalla C.g.u.e. nella sentenza resa dalla Corte di Giustizia nel procedimento C-586/10 Bianca Küçük contro Land Nordrhein-Westfalen, punto 40: spetta a dette autorità esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso

concreto, prendendo in considerazione, segnatamente, il numero di detti contratti successivi stipulati con la stessa persona **oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro**, al fine di escludere che i contratti o i rapporti di lavoro a tempo determinato, sebbene palesemente conclusi per soddisfare un'esigenza di personale sostitutivo, siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro (v., in tal senso, ordinanza del 12 giugno 2008, Vassilakis e a., C-364/07, punto 116, nonché sentenza Angelidaki e a., cit., punto 157). Anche se la valutazione della ragione obiettiva addotta deve fare riferimento al rinnovo dell'ultimo contratto di lavoro concluso, l'esistenza, il numero e la durata di contratti successivi di questo tipo conclusi in passato con lo stesso datore di lavoro possono risultare pertinenti nell'ambito di questo esame globale.

41 Al riguardo, è giocoforza constatare che il fatto che il numero o la durata dei contratti a tempo determinato siano oggetto di misure preventive contemplate dalla clausola 5, punto 1, lettere b) e c), dell'accordo quadro CTD **non comporta che tali elementi non possano avere alcuna incidenza** ³²nell'ambito della valutazione delle ragioni obiettive previste da detta clausola 5, punto 1, lettera a), e addotte per giustificare il rinnovo di contratti successivi a tempo determinato.

42 ... una siffatta interpretazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CTD non osta in alcun modo alla scelta dei mezzi che questa disposizione lascia agli Stati membri. (CHE DEVONO GARANTIRE IL RISULTATO)

43 Infatti, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dall'insieme delle misure adottate in forza della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CTD, è necessario, **anche in presenza di una ragione obiettiva che giustifica, in linea di principio**, il ricorso a successivi contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, che le autorità competenti prendano in considerazione, ove occorra, tutte le circostanze sottese al rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro, poiché **queste circostanze possono rivelare indizi di un abuso che detta clausola mira a prevenire.**

.....

50 Il mero fatto che un'esigenza di personale sostitutivo possa essere soddisfatta attraverso la conclusione di contratti a tempo indeterminato non comporta che un datore di lavoro che decida di ricorrere a contratti a tempo determinato per far fronte a carenze temporanee di organico, sebbene queste ultime si manifestino in modo ricorrente, se non addirittura permanente, agisca abusivamente, in violazione della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro CTD e della normativa nazionale che la recepisce (Ndr: ciò vale per il diritto dell'unione, ma è una conclusione di dubbia conformità con il diritto interno ove vige il principio della indisponibilità del tipo negoziale, stante la previsione del contratto a tempo indeterminato con part time verticale, la cui causa contrattuale svolge la funzione economico sociale di soddisfare le esigenze cicliche come quelle stagionali).

.....

56 Si deve quindi risolvere la prima questione dichiarando che la clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro CTD deve essere interpretata nel senso che l'esigenza temporanea di personale sostitutivo, prevista da una normativa nazionale come quella controversa nella causa principale, può, in linea di principio, costituire una ragione obiettiva ai sensi di detta clausola. Il solo fatto che un datore di lavoro sia obbligato a ricorrere a sostituzioni temporanee in modo ricorrente, se non addirittura permanente, e che si possa provvedere a tali sostituzioni anche attraverso l'assunzione di dipendenti in forza di contratti di lavoro a tempo indeterminato non comporta l'assenza di una ragione obiettiva in base alla clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro CTD, né l'esistenza di un abuso ai sensi di tale clausola. Tuttavia, nella valutazione della questione se il rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato sia giustificato da una ragione obiettiva siffatta, le autorità degli Stati membri, nell'ambito delle loro rispettive competenze, devono prendere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, compresi il numero e la durata complessiva dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi in passato con il medesimo datore di lavoro (Ndr: quindi anche di di altri lavoratori, punto 40).

elusive bisognerebbe avere riguardo e tener conto di tutte le missioni precedenti di tutti i lavoratori impegnati e non del singolo.

Ove sia scartata la seconda tesi, al fine di non reprimere la somministrazione entro limiti angusti, non resta che la prima.

Ed allora deve concludersi che si tratta di contratti/rapporti strettamente connessi, per cui la misura ostativa che deve essere prevista dal diritto interno, può essere, per diritto europeo, la medesima che coinvolge lo speculare e corrispondente rapporto di lavoro (nell'ordinamento italiano quindi il contratto di lavoro).

Non resta a questo punto che prendere atto che già il contratto di somministrazione deve contenere la misura per *prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva* (argomentando dalla sentenza Küçük).

Misure ostative conformi, il cui contenuto minimo non è esplicitato dall'art. 5, sono certamente quelle di cui alla clausola 5 della direttiva 1999/70/Ce, stante la identità di scopo (prevenire la frammentazione dei rapporti, salvaguardare in definitiva le tutele previste per un rapporto di lavoro stabile) e similitudine di rapporti (temporanei entrambi).

In assenza di misure ostative interne che impediscano la reiterazione dei contratti di lavoro in ragione della abusività delle missioni successive, si può procedere avvalendosi solo della interpretazione conforme.

Le conseguenze in tema di interpretazione dell'art. 20, comma 4, del D.lgs. n. 276/03³³ non abbisognano di molte spiegazioni.

L'unica misura ostativa adottata dall'ordinamento interno può essere rinvenuta nella causalità della somministrazione, da interpretarsi in maniera simile (o forse identica) a quanto previsto per il contratto di lavoro a termine, nella assenza di alcuna altra disposizione che possa costituire misura ostativa

³³ La somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore. E' fatta salva la previsione di cui al comma 1-bis dell'articolo 1 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.(ultimo periodo aggiunto da Legge 28 giugno 2012 n. 92 (c.d. Riforma Mercato del Lavoro) o da Legge 7 agosto 2012 n. 134 (c.d. Decreto Sviluppo)

alla reiterazione delle missioni nel rapporto utilizzatore/lavoratore³⁴. Dalla causalità della prima utilizzazione in rapporto con la causalità delle successive è “misurabile” la eventuale abusività delle missioni successive.

Detta interpretazione trova l'autorevole avallo, come detto, della Commissione, che ha colto la corrispondenza tra la direttiva 1999/70/Ce e la direttiva 2008/104/Ce in specie sul versante sanzionatorio (*l'art 5, n. 5³⁵ della direttiva 2008/104/Ce.. impone agli stati membri di adottare misure per prevenire il ricorso abusivo a missioni successive, disposizione che riproduce nella sua essenza il contenuto della clausola 5 dell'accordo quadro ...*).

Se l'interprete interno avesse avuto la capacità di distaccarsi dallo storico bagaglio culturale di avversione alla intermediazione di manodopera, la lettura della direttiva 2008/104/Ce sarebbe stata ben più agevole.

Forse della stessa sono possibili altre letture conformative all'Ordinamento europeo: quella qui proposta è una semplice prima lettura critica circa le possibili conseguenze di una interpretazione adeguatrice della normativa interna, che potrebbe, in fatto, recare difficoltà ad imprenditori rei solo di essersi fidati del legislatore.

Altre letture meno problematiche saranno anche possibili, ed in questo senso questi veloci appunti vogliono essere solo uno stimolo ad un dibattito che, arricchendosi potrà offrire diverse soluzioni ed aiutare, anche chi scrive, a formarsi una diversa idea, ma resta una domanda: il legislatore non poteva forse risolvere a monte problemi che troveranno soluzioni a valle solo quando la frittata sarà fatta? Non sarebbe forse il caso di re intervenire sulla normativa per offrire

³⁴ Le altre misure si applicano solo al rapporto tra lavoratore ed agenzia ex art 22: *In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4 all'articolo 5, commi 3 e seguenti.*

³⁵ *Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva. Essi informano la Commissione di qualsiasi misura in tal senso.*

doverose soluzioni anticipate alle possibili disfunzioni? Evidentemente non se ne ha la capacità.