

La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*

Maria Dolores Ferrara

1. La parabola dell'adozione della Direttiva 2008/104/Ce: la fase negoziale.	122
1.1. La fase "legislativa".	123
2. Dalla fonte europea alle leggi nazionali: una necessaria rilettura degli obiettivi della Direttiva 2008/104/Ce.	124
3. Il campo di applicazione e le restrizioni al lavoro tramite agenzia interinale.	126
4. La parità di trattamento tra tendenza uniformante e spirito derogatorio.	131
4.1. Le deroghe alla parità di trattamento.	134
5. La prevenzione degli abusi e le missioni successive: la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea <i>Della Rocca</i> .	137

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 101/2013

1. La parabola dell'adozione della Direttiva 2008/104/Ce: la fase negoziale.

L'adozione di una comune regolamentazione in materia di lavoro tramite agenzia interinale nell'ambito dell'Unione europea è stata il frutto di un cammino molto accidentato, caratterizzato da numerose criticità che hanno reso problematico anche la fase di trasposizione negli ordinamenti nazionali. La Direttiva 2008/104/Ce, adottata il 19 novembre 2008 dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione europea, disciplina il lavoro tramite agenzia interinale. Si è giunti alla sua approvazione attraverso due fasi, il tentativo negoziale e l'intervento legislativo vero e proprio. La ricostruzione del processo di approvazione non si impone solo per completezza espositiva, ma in questo ambito è più che mai necessaria poiché dal tormento *iter* si ricavano le difficoltà che ancora oggi persistono nell'implementazione interna. Prima di questa gestazione bifasica l'obiettivo di regolare questa forma di impiego è stato sempre presente nell'agenda delle istituzioni europee, pur se è mancato il necessario pragmatismo per giungere a soluzioni condivise. Si tratta di una lunga storia che ha inizio con la Risoluzione del 18 dicembre 1979 in materia di ristrutturazione del tempo di lavoro⁽³¹⁷⁾, ma che si è sviluppata nel corso degli anni sotto l'influsso dei diversi approcci politici e dei limiti istituzionali che hanno condizionato le politiche sociali europee.

Hanno segnato un'indubbia svolta le novità introdotte dapprima dall'Accordo sulla politica sociale, allegato al Protocollo c.d. "sociale" al Trattato di Maastricht del 1992, e poi dal Trattato di Amsterdam del 1997 (articoli 138 e 139 TCe, oggi articoli 154 e 155 TfUe). All'esito di queste significative modifiche si apre un'intensa stagione di concertazione e dialogo sociale alla ricerca di soluzioni condivise per la disciplina dei contratti di lavoro atipici all'insegna però di una rilevante differenza di metodo rispetto al passato; si decide, infatti, di regolamentare separatamente i diversi contratti atipici, ossia il lavoro a tempo determinato, il lavoro a tempo parziale e il lavoro tramite agenzia interinale.

In relazione a questo ultimo contratto si è aperta nel 2000 una prima fase "negoziale"⁽³¹⁸⁾ in cui la ricerca del consenso sulle soluzioni da adottare è stata affidata in prima battuta alle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro.

Le speranze di successo erano numerose. Questo *modus operandi*, del resto, aveva dato esiti positivi in occasione degli accordi-quadro sui congedi parentali del 3 giugno 1996, sul lavoro a tempo parziale del 6 giugno 1997 e sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999, conclusi dalle organizzazioni intercategoriale a livello europeo (UNICE, CEES e CEP)⁽³¹⁹⁾. Nonostante i precedenti favorevoli, il negoziato in materia di lavoro interinale presentava peculiarità proprie rispetto ad altre esperienze, in primo luogo sul piano dei soggetti. Rispetto agli altri accordi in materia di lavoro atipico, al negoziato sul lavoro tramite agenzia interinale vi partecipava, da lato dei datori di lavoro, non solo l'Unione delle Confederazioni delle Industrie della Comunità Europea (UNICE,

⁽³¹⁷⁾ Risoluzione del Consiglio delle Comunità europee del 18 dicembre 1978, in *GU Cee*, C 2/1 del 4 gennaio 1980. Per un'approfondita ricostruzione si veda M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2012, 236; ed inoltre L. ZAPPALÀ, *Legislative and Judicial Approaches to Temporary Agency Work in EU Law*, in K. AHLBERG ET AL., *I. Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, Brussels, P.I.E., 2008, 156.

⁽³¹⁸⁾ Nel 1995 la Commissione europea lanciò una consultazione delle parti sociali ai sensi dell'art. 3 dell'Accordo sulla politica sociale, allegato al Protocollo "sociale" del Trattato di Maastricht del 1992, che segnò l'avvio del dialogo sociale in materia di contratti di lavoro atipici.

⁽³¹⁹⁾ Come è risaputo, questi accordi sono stati trasfusi rispettivamente nelle Direttive 1996/34/Ce, 1997/81/Ce, 1999/70/Ce.

oggi Business Europe) e il Centro Europeo delle Imprese a Partecipazione Pubblica (CEEP), ma anche la Confederazione Internazionale delle Agenzie di Lavoro Temporaneo (CIETT), oltre ovviamente la Confederazione Europea dei Sindacati (CES) in rappresentanza degli interessi dei lavoratori. Nell'ambito del CES, inoltre, si distingueva un certo protagonismo della Federazione Uni-Europa, rappresentativa dei lavoratori del settore dei servizi, che durante le trattative ha siglato una dichiarazione congiunta con il CIETT in cui si poneva l'accento sul ruolo positivo del lavoro tramite agenzia interinale nel mercato del lavoro e del dialogo sociale di settore. Sebbene questa dichiarazione poteva essere interpretata come il segnale di una possibile intesa a livello settoriale, di fatto ha rappresentato l'inizio della fine dei negoziati, non essendo condivisa nei suoi contenuti di principio dall'ETUC che, invece, avrebbe voluto marginalizzare l'uso di questo contratto⁽³²⁰⁾.

La frammentazione dovuta alle opposte posizioni tra organizzazioni dei lavoratori e quelle datoriali sui nodi cruciali della regolamentazione (restrizioni all'uso del lavoro interinale, parità di trattamento tra i lavoratori dell'agenzia e quelli alle dirette dipendenze dell'utilizzatore) e le divergenti vedute all'interno della stessa compagine rappresentativa dei lavoratori hanno causato numerose tensioni e compromesso il buon esito del negoziato⁽³²¹⁾.

A contribuire al fallimento sono state anche cause esterne al negoziato e tra queste la grande diversità dei regimi nazionali e l'ambigua posizione della Commissione europea che, per mezzo del suo servizio legale, durante il teso negoziato ha sostenuto che l'introduzione della regola della parità di trattamento equivaleva a regolare il profilo della retribuzione in questo settore e, pertanto, sarebbe stata in violazione del regime delle competenze⁽³²²⁾.

1.1. La fase "legislativa".

I negoziati sono falliti nel maggio 2001, ma le diverse soluzioni proposte per districare la complessa matassa sono state la pietra angolare da cui la Commissione europea ha ripreso i lavori per la redazione della Direttiva in materia di lavoro tramite agenzia interinale attraverso la procedura legislativa ordinaria di co-decisione del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea ai sensi dell'art. 251 TCe (oggi art. 294 TfUe): si è aperta una seconda fase conclusasi con la presentazione di una bozza di Direttiva il 28 novembre 2002, frutto anche dell'elaborazione degli emendamenti presentati dal Parlamento all'originaria proposta adottata dalla Commissione il 20 marzo 2002⁽³²³⁾. Il lavoro tramite agenzia interinale è stato un *dossier* aperto fino al 2008, allorquando si è arrivati all'adozione della Direttiva 2008/104/Ce del 19 novembre 2008.

La seconda fase legislativa è stata pervasa da spinte opposte che, interagendo, hanno provocato per molti anni la paralisi in Consiglio. Da un lato, vi erano Paesi, come Germania, Regno Unito e Svezia secondo cui difettavano disposizioni finalizzate a liberalizzare il ricorso a questo istituto in grado di compensare il dirompente effetto del principio della parità di trattamento tra i lavoratori dell'utilizzatore e quelli in missione. Dall'altro, altre delegazioni sostenevano convintamente

⁽³²⁰⁾ Si veda l'approfondita narrazione delle diverse tappe del negoziato in K. AHLBERG, *A story of a failure – But also a success*, in K. AHLBERG ET AL., I. *Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, cit., 200.

⁽³²¹⁾ Per un'analisi del dialogo sociale settoriale avutosi in occasione del negoziato per la redazione della Direttiva in materia di lavoro tramite agenzia interinale si veda B. BERCUSSON, *Lesson from transnational labour regulation from case study of temporary agency work*, in K. AHLBERG ED ALTRI, *Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, cit., 341.

⁽³²²⁾ In tal senso K. AHLBERG, *A story of a failure – But also a success*, cit., 217.

⁽³²³⁾ Si confronti la Proposta modificata di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei COM (2002) 701 def. del 28 novembre 2002.

l'introduzione della parità di trattamento, come ad esempio Belgio, Francia e Spagna, promuovendo l'introduzione della nozione di lavoratore comparabile e, allo stesso tempo, guardando con sospetto la possibilità di derogare al suddetto principio. Anche dopo gli emendamenti del Parlamento approvati dalla Commissione che pure avevano eliminato alcune materie del contendere (come ad esempio il riferimento alla nozione di lavoratore comparabile), la trattativa in Consiglio è proseguita a fasi alterne, condizionata anche dall'attivismo o meno delle diverse Presidenze dell'Unione europea avvicendatesi in questi anni. Un forte incentivo alla ricerca di una soluzione si è avuto nel 2004 con l'ingresso di 10 nuovi Stati membri nell'Unione europea per i quali si prevedevano, nella fase iniziale di adesione, restrizioni in tema di libera circolazione dei lavoratori, ma non quelle in tema di libera prestazione di servizi; attraverso il lavoro tramite agenzia, dunque, i nuovi membri avrebbero potuto facilmente aggirare le limitazioni in tema di circolazione dei lavoratori in assenza di regole minime di tutela stabilite dall'ordinamento europeo in materia di lavoro interinale⁽³²⁴⁾. La grande lacerazione prima tra le parti sociali e poi nel Consiglio ruotava intorno alla questione fondamentale se marginalizzare o normalizzare questa tipologia contrattuale: da questa scelta essenziale sarebbero dipese le diverse opzioni normative in relazione alla tutela delle condizioni di lavoro, della parità di trattamento e delle sue possibili deroghe. L'ultimo atto di questa storia ultraventennale comincia durante la Presidenza portoghese dell'Unione europea nel 2007 a cui si deve un'intensificazione della pressione sugli Stati membri per il raggiungimento di un accordo. La situazione si è sbloccata nel maggio 2008, quando nel Regno Unito è stato raggiunto un importante accordo tra Governo e parti sociali sull'implementazione del principio di parità di trattamento soltanto in favore dei lavoratori assunti tramite agenzia interinale che svolgono una missione superiore a 12 settimane (*qualifyng period*). Con il via libera delle parti sociali, diventava agevole ottenere il consenso di uno Stato che aveva sempre manifestato grande contrarietà al progetto di armonizzazione delle regole in questo settore, consenso che poco dopo è stato raggiunto nel giugno 2008 in Consiglio e, nell'ottobre 2008, nel Parlamento europeo su un testo di Direttiva che aveva subito nel lungo periodo di elaborazione numerosi cambiamenti, ma che è stata adottata definitivamente il 19 novembre 2008.

2. Dalla fonte europea alle leggi nazionali: una necessaria rilettura degli obiettivi della Direttiva 2008/104/Ce.

Ai sensi dell'art. 11 della Direttiva 2008/104/Ce, il 5 dicembre 2011 è scaduto il termine per adottare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative attuative della fonte sovranazionale. Al tempo in cui si scrive e a quanto consta⁽³²⁵⁾, in 19 Paesi⁽³²⁶⁾ sono state emanate misure per implementare i principi della fonte eurounitaria; in due Stati⁽³²⁷⁾, invece, non si è proceduto all'adozione di una normativa *ad hoc*, ritenendo quella esistente già attuativa dei principi europei.

⁽³²⁴⁾ Si confronti T. VAES, T. VANDENBRANDE, *Implementing the new temporary agency work Directive*, Leuven, Hoger Institute voor de Arbeid, in <https://hiva.kuleuven.be/resources/pdf/publicaties/R1268.pdf>.

⁽³²⁵⁾ Per una dettagliata analisi sullo stato di implementazione si veda I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, European Trade Union Institute, Report n. 125, 2012.

⁽³²⁶⁾ Austria, Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Ungheria, Italia, Irlanda, Lettonia, Lituania, Malta, Olanda, Portogallo, Romania, Spagna e Regno Unito.

⁽³²⁷⁾ Francia e Polonia.

In alcuni Paesi⁽³²⁸⁾ il processo di trasposizione è ancora *in itinere*, pendendo anche una procedura di infrazione da parte della Commissione ai sensi dell'art. 258 TfUE; in altri⁽³²⁹⁾ non è ancora stato avviato o è in fase di discussione tra le parti sociali⁽³³⁰⁾. Soltanto in tre Stati⁽³³¹⁾, tuttavia, l'attuazione della Direttiva colma un vuoto normativo, non essendoci una previgente legislazione nazionale; nei restanti ordinamenti già esistevano disposizioni regolanti, pur se con notevoli difformità, lo speciale rapporto triangolare tra l'agenzia di lavoro, l'utilizzatore delle prestazioni lavorative e il lavoratore in missione. La caratteristica delle legislazioni o, dove assenti, delle prassi nazionali è la grande diversità delle soluzioni per disciplinare il fenomeno. Si tratta, in primo luogo, di differenze sul piano della fonte di regolazione che, nella maggior parte dei Paesi, è la legge, ma in altri, come Svezia e Danimarca, è la contrattazione collettiva, in altri ancora è il mercato e, di tanto in tanto, i principi della giurisprudenza del lavoro, come ad esempio Regno Unito. La diversità è stata una concausa dello stallo dei negoziati per l'evidente difficoltà di trovare soluzioni di compromesso, anche se è stato un fattore mai celato, ma anzi sempre apertamente dichiarato, figurando, fin dalla prima bozza, nei *consideranda* della Direttiva, laddove si afferma che il ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia interinale, la posizione giuridica, lo *status* e le condizioni di impiego dei lavoratori sono caratterizzati da una grande diversità (*considerando* n. 10). Questo fattore è alla base delle difficoltà riscontrate nel processo di trasposizione all'interno degli ordinamenti nazionali e potrebbe giocare un ruolo importante anche nella successiva interpretazione da parte della Corte di Giustizia dell'Unione europea che, proprio a causa delle rilevanti difformità, potrebbe appiattarsi su soluzioni minimali di tutela o prediligere comportamenti di *self-restraint*. La precarietà dei risultati interpretativi, dovuta alla grande diversità di regolamentazione, può essere evitata attraverso una ponderazione e un bilanciamento degli obiettivi della Direttiva medesima. Già con riferimento alla bozza del 2002 è stato acutamente posto in evidenza⁽³³²⁾ che la Direttiva in questione fonde due finalità tra loro, se non proprio opposte, concorrenti: la finalità occupazionale e la finalità sociale, intendendosi con la prima l'obiettivo di creare e mantenere occupazione attraverso la regolamentazione delle forme di accesso al lavoro e la flessibilizzazione delle stesse; con la seconda, il perseguimento di una sempre maggiore tutela dei lavoratori attraverso la creazione di una rete di diritti minimi inderogabili e di ostacoli all'uso distorto dell'istituto (si veda art. 2 e *consideranda* 9, 11 e 12 della Direttiva 2008/104/Ce). Allo stesso tempo convivono disposizioni di "*hard law*", contenenti cioè norme imperative (anche se soggette a deroghe), come quelle correlate al divieto di discriminazione o alla nullità di clausole che vietano l'assunzione dei lavoratori interinali da parte dell'impresa utilizzatrice (con lo scopo di favorire la stabilizzazione dei lavoratori precari), con disposizioni di "*soft law*", che prevedono principi generali adattabili in maniera flessibile da parte delle legislazioni nazionali, come quella in materia di revisione delle restrizioni al lavoro interinale.

Ferma restando la correttezza di queste osservazioni, credo tuttavia che il testo finale imponga ulteriori puntualizzazioni in merito alle sue finalità. Un attento esame dell'*iter* legislativo e dei

⁽³²⁸⁾ Svezia, Cipro e Danimarca.

⁽³²⁹⁾ Lussemburgo.

⁽³³⁰⁾ Slovenia e Slovacchia.

⁽³³¹⁾ Bulgaria, Danimarca e Regno Unito.

⁽³³²⁾ Si confronti L. ZAPPALÀ, "*La flessibilità nella sicurezza*" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo tra "*hard law* e *soft law*", in *DLRI*, 2003, n. 1, 77 e ss; IBIDEM, *Transnational Soft Regulation of Temporary Agency Work and Adaptability Policies. A future of Guidelines with No Rights?*, in K. AHLBERG ET AL., *I. Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, cit., 168 ss.

relativi documenti pone in luce un dato, ossia che dall'accordo politico tra i rappresentanti degli Stati e dalla conseguente posizione comune sul testo della Direttiva, raggiunta in occasione del Consiglio di Lussemburgo del 9-10 giugno 2008, è emersa, come fattore di novità, la finalità antielusiva a cui il processo di armonizzazione deve tendere. In questa occasione, come in precedenza detto, il Consiglio ha raggiunto un accordo politico che doveva assicurare l'equilibrio tra la protezione dei lavoratori interinali e la necessaria flessibilità con riferimento all'uso e alle condizioni di tutela. Fin dall'inizio della fase negoziale era sembrato evidente che questo fosse il nodo, per cui appariva scontato che l'accordo doveva essere trovato su questo punto attraverso la ponderazione tra principio di parità di trattamento e relative deroghe. Rappresentava, invece, una novità l'inserimento di un nuovo paragrafo 5 nell'articolo 5 nel testo della Direttiva ai sensi del quale gli Stati adottano le misure necessarie per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente Direttiva. Pur se sono infelici la sua collocazione nell'articolo che stabilisce la parità di trattamento e la sua formulazione, questo nuovo paragrafo valorizza in modo marcato che, accanto alle finalità occupazionali e di tutela delle condizioni di lavoro, l'armonizzazione delle normative avviene in forma antiabusiva, specificando in modo inequivocabile il vizio che deve essere represso, ossia l'abusiva successione di missioni a cui vengono di volta in volta adibiti i lavoratori. Rinviando l'esame di questo profilo nell'ultimo paragrafo, va in questa sede chiarito che l'obiettivo di contrastare i fenomeni di precarizzazione del lavoro ha un'applicazione trasversale, contribuendo alla promozione di un'occupazione di qualità e alla tutela delle condizioni dei lavoratori. Durante i lunghi anni di elaborazione della Direttiva, del resto, la strategia europea in materia sociale e di politiche occupazionali si è assestata sugli obiettivi di *flexicurity* che impongono di promuovere politiche in grado di coniugare l'allentamento dei vincoli contrattuali con il rafforzamento delle tutele nel mercato⁽³³³⁾.

3. Il campo di applicazione e le restrizioni al lavoro tramite agenzia interinale.

L'ambito applicativo della Direttiva 2008/104/Ce è caratterizzato da confini mobili e da definizioni aperte che ne favoriscono a mio avviso interpretazioni ampie. Se dal lato dei soggetti datoriali non sorgono particolari dubbi ermeneutici, riferendosi alle imprese pubbliche e private che sono agenzie di lavoro e alle imprese utilizzatrici che esercitano un'attività economica con o senza scopo di lucro (art. 1, par. 1), più problematico è il profilo della tipologia di rapporti o di contratti attraverso cui può essere impiegato il lavoratore interinale.

La Direttiva si applica ai lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto con un'agenzia interinale e che sono assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare temporaneamente e sotto il controllo e la direzione delle stesse (art. 1, par. 1). Da questa definizione e dalle nozioni di "agenzia interinale" (art. 3, par. 1, lett. b) e di "lavoratore tramite agenzia interinale" (art. 3, par. 1, lett. c) si desume con certezza che il datore di lavoro è l'agenzia, ma con meno convinzione può dirsi che i rapporti o i contratti di lavoro attraverso cui può essere impiegato il lavoratore debbano essere soltanto di lavoro subordinato *standard*. L'assenza di un'espressa qualificazione della tipologia di rapporto che deve intercorrere tra l'agenzia e il lavoratore consente di affermare che, in

⁽³³³⁾ Si veda in particolare il Libro Verde della COMMISSIONE EUROPEA, *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708 def. su cui, tra i tanti, si veda AA.VV., *Il libro verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, in *q. Riv.*, 2007, n. 4, 951 ss.; ma anche la comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA, *Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza*, COM (2007) 359 def., del 27 giugno 2007, su cui tra i tanti, AA.VV., *La flexicurity in Europa. Quale modernizzazione del diritto del lavoro?*, in *DLM*, 2007, n. 3, 453 ss.

linea teorica, la fornitura di lavoro autonomo è un'ipotesi non vietata dalla fonte europea ma che, allo stesso tempo, anche questi rapporti potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione delle norme di tutela sancite dalla fonte europea, se il lavoratore gode di una qualche protezione nell'ordinamento nazionale, come spesso accade per i lavoratori parasubordinati. Nella Direttiva sul lavoro interinale, come in altre direttive sul lavoro atipico, la definizione di lavoratore è di tipo sussidiario, essendo rimessa ai legislatori nazionali (è lavoratore "qualsiasi persona che nello Stato membro interessato è protetta in qualità di lavoratore nel quadro del diritto nazionale del lavoro", art. 3, par. 1, lett. a). Già da qualche anno, tuttavia, si applica la tecnica della definizione sussidiaria in modo più restrittivo, limitando il potere degli Stati di escludere dalle garanzie le figure di lavoratore subordinato *atipico o non standard* ⁽³³⁴⁾.

Rispetto alle Direttive 97/81/Ce e 99/70/Ce, nella Direttiva del 2008 si fa a mio avviso un ulteriore balzo in avanti, poiché non si rinvia soltanto alla nozione di lavoratore (a tempo determinato o a tempo parziale) contenuta nelle legislazioni nazionali, ma si indica che il destinatario delle disposizioni è il "lavoratore protetto". La fonte europea si disinteressa del vincolo tra l'agenzia e il lavoratore e si concentra sullo *status* di protezione che, a qualsiasi livello, il legislatore nazionale conferisce ai prestatori di lavoro. Più modernamente di quanto accade negli ordinamenti nazionali, la fonte europea tenta di superare la dicotomia nei rapporti di lavoro tra lavoro autonomo e lavoro subordinato e si concentra sulla condizione di protezione dei lavoratori che consente l'attribuzione di un ulteriore *plafond* di tutele, ossia quelle contenute nella Direttiva.

In senso ancora più ampio in un altro articolo non si parla nemmeno più di lavoratore (che per i fini della Direttiva significa "lavoratore protetto", come detto), ma di "persona". Gli Stati, infatti, non possono escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva medesima non solo i lavoratori (ossia le persone che sono protette in questa qualità nel quadro del diritto nazionale, art. 1, par. 1, lett. a), ma in generale tutte le "persone", ossia anche i lavoratori che non hanno uno *status* di lavoratore protetto negli ordinamenti interni, che hanno semplicemente un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale (art. 3, par. 2). La possibilità di estensione dell'ambito di applicazione soggettivo anche ai lavoratori parasubordinati, del resto, è agevolata dal fatto che le funzioni datoriali di controllo e di direzione, per espressa indicazione della fonte europea, sono poste a carico dell'impresa utilizzatrice, disinnescando in parte le delicate questioni connesse alla titolarità del potere di direttivo e di controllo.

Dalla lettera di queste norme mi sembra che si intenda apprestare una tutela che travalichi lo *status* di lavoratore subordinato e che può interessare qualsiasi "persona" che ha un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia. E se questa interpretazione può non avere un grande impatto nelle legislazioni nazionali dove si consente soltanto la fornitura di lavoratori subordinati, come ad esempio l'Italia, la Spagna o la Francia, più rilevante è l'effetto di questa interpretazione nei Paesi, come il Regno Unito, dove normalmente l'agenzia di lavoro interinale può reclutare i lavoratori con *contract of employment*, *contract for workers* e *contract for services*, ossia con contratti che vanno da quello subordinato a quello autonomo *tout court* in tutte le rispettive declinazioni e sfumature intermedie.

⁽³³⁴⁾ Si veda S. GIUBBONI, *La nozione europea di subordinazione*, in S. SCIARRA, *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 50. Più in generale S. BORELLI, *La nozione di "lavoratore" e l'efficacia dell'art. 39 del Trattato CE*, in RIDL, II, 225.

Sotto altra prospettiva, l'estensione o l'opposta tendenza alla marginalizzazione di questa tipologia contrattuale sono dinamiche che la Direttiva tenta di disciplinare attraverso il principio generale secondo cui i divieti e le restrizioni sono giustificati soltanto da ragioni di interesse generale che investono, in particolare, la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del lavoro e la prevenzione degli abusi (art. 4, par. 1; *considerando* n. 18). L'esistenza di restrizioni è sottoposta al riesame da parte degli Stati o delle parti sociali se queste limitazioni sono fissate nei contratti collettivi (art. 4, par. 2 e 3), fermi restando i requisiti nazionali in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di lavoro interinale (art. 4, par. 4). Anche in questo caso ci sono i presupposti per interpretazioni ampie, giacché le ragioni che legittimano l'imposizione delle restrizioni mi sembrano ampie e ricognitive delle diverse tipologie di limitazioni già presenti negli ordinamenti europei. Non mancano, tuttavia, aspetti problematici.

Pur se dalla formulazione letterale si dovrebbe evincere che le restrizioni e i divieti assumono un carattere eccezionale⁽³³⁵⁾, l'obbligo imposto non ha come obiettivo una revisione *tout court* della materia, ma una deregolamentazione selettiva e misurata in grado di contemperare flessibilità e sicurezza senza pregiudicare il buon funzionamento del mercato del lavoro⁽³³⁶⁾.

La lettera dell'art. 4, par. 2, consente di avallare un'interpretazione "mite" dell'art. 4, par. 1 della Direttiva, poiché in capo agli Stati e alle parti sociali si pone un mero obbligo di "revisione" e non di abolizione delle suddette limitazioni, pur se è oggettivamente complessa questa operazione in ragione della diversità dei mercati del lavoro, delle economie nazionali e delle caratteristiche della forza lavoro. Allo stato attuale, infatti, risulta che in molti Paesi⁽³³⁷⁾ sono in corso trattative tra le organizzazioni datoriali e i sindacati dei lavoratori su questo punto. Si tratta di un tema che incide fortemente sulla regolazione, sull'uso e sulla conseguente diffusione di questa tipologia contrattuale e ciò spiega le difficoltà di "rivedere" l'eventuale presenza di vincoli. Ad eccezione del Regno Unito, dove non sussistono significative restrizioni⁽³³⁸⁾, negli altri Stati membri esistono diverse limitazioni rispetto alle quali è stata attivata o è in corso l'attività di revisione. Tra le più comuni spiccano le disposizioni che impongono un obbligo di motivazione a fondamento della legittima instaurazione della relazione triangolare, che vietano l'uso del lavoro tramite agenzia interinale in alcuni settori o nelle imprese dove non si rispettano le norme a tutela della salute e sicurezza, che inibiscono il ricorso a questo contratto per sostituire i lavoratori in sciopero o nelle imprese in cui si è proceduto a licenziamenti per motivi oggettivi e a sospensioni del lavoro; esistono, infine, norme che impongono limiti di durata della missione o che restringono la possibilità di missioni successive. Come è facilmente intuibile si tratta di un novero assai ampio di ipotesi

⁽³³⁵⁾ In tal senso F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet Giuridica, Torino, 2010, 593 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, in R. FOGLIA, R. COSIO, *Il Diritto del Lavoro nell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2011, 408.

⁽³³⁶⁾ Così L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, cit., 167.

⁽³³⁷⁾ Sul punto si veda più diffusamente I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 33.

⁽³³⁸⁾ Nel Regno Unito esiste il divieto di impiegare i lavoratori interinali per sostituire lavoratori in sciopero (*regulation 7, The Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* del 2003).

rispetto alle quali si dovrà di volta in volta vagliare la compatibilità con i principi europei e, in particolare, la loro attitudine a soddisfare ragioni di interesse generale che investono la tutela dei lavoratori, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza, il buon funzionamento del mercato e la prevenzione di abusi.

Sul punto, a mio avviso, il criterio che dovrebbe guidare l'attività di revisione è quello di valutare se alla base dell'ipotetica restrizione sussista o meno un interesse generale. Pur se la Direttiva 2008/104/Ce tipizza espressamente le ragioni che possono indurre gli Stati a mantenere i divieti e le restrizioni⁽³³⁹⁾, penso che questo elenco non sia esaustivo, potendo "in particolare" (così dice la lettera dell'art. 4, par. 1, e del *considerando* n. 18), ma non solo, riguardare le prescrizioni in materia di salute e sicurezza, il buon funzionamento del mercato e la prevenzione di abusi.

La limitazione dei vincoli al fine di favorire la diffusione del lavoro interinale, infatti, non dipende soltanto dal restringimento della nozione di "ragioni di interesse generale", ma dalla concreta attività di sussunzione delle restrizioni e dei divieti nelle ragioni tipizzate dalla Direttiva.

Rispetto alla sommaria elencazione delle limitazioni esistenti negli Stati membri in precedenza fatta, ritengo che non sia contraria alla Direttiva 2008/104/Ce l'imposizione di un obbligo di motivazione a fondamento del ricorso al lavoro tramite agenzia interinale, poiché questo regime svolge una chiara funzione antielusiva e di contrasto agli abusi anche al fine di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro. Per questa ragione è a mio avviso coerente con il dettato della fonte sovranazionale la normativa italiana che ammette la somministrazione di lavoro a tempo determinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (art. 20, co. 4, decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003).

Credo, invece, che si ponga il problema in relazione alle norme nazionali che impongono un'elencazione tassativa di ipotesi in cui è autorizzata la fornitura di lavoro tramite agenzia interinale, come accade, ad esempio, nell'ordinamento francese e spagnolo⁽³⁴⁰⁾.

Similmente potrebbero non superare il vaglio di compatibilità le disposizioni nazionali che autorizzano il ricorso al lavoro interinale solo in taluni settori o per determinate attività o che ne vietano l'uso in alcuni settori in forza di una presunta lesività di un interesse generale. È questo il

⁽³³⁹⁾ Ciò differenzia la Direttiva in commento da quella sul lavoro a tempo parziale 97/81/Ce che nel recepire il relativo accordo quadro stabilisce un generale obbligo degli Stati e delle parti sociali di identificare ed eventualmente eliminare gli ostacoli di natura giuridica o amministrativa che possono limitare le possibilità di lavoro a tempo parziale (clausola 5) sulla cui precettività è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sentenza *Michaler* del 24 aprile 2008, cause riunite C-55/07 e 56/07, in *GU Ue*, C-142 del 7 giugno 2008. Sul punto L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, cit., 167.

⁽³⁴⁰⁾ In questi Paesi il lavoro interinale è ammesso a fronte di specifiche ragioni: attività stagionali o quelle per le quali in certi settori è consuetudine non ricorrere a contratti a tempo indeterminato (art. L. 1251-6, n. 3, *Code du Travail*), realizzazione di un'opera o un servizio determinato (art. 15, co. 1, lett. a), *Estatuto de los Trabajadores*), esigenze di mercato che determinano un incremento temporaneo dell'attività d'impresa (*accroissement temporaire de l'activité de l'entreprise*, art. L. 1251-6, n. 2, *Cod. Trav. e las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos*, art. 15, co. 1, lett. b), *Est. Trab.*), per ragioni sostitutive (*interinidad por sustitución o propia*, art. 15, co. 1, lett. c), *Est. Trab.*; art. L. 1251-6, n. 1, n. 4, n. 5 *Cod. Trav.*). Per una analisi comparata in materia di giustificazioni e divieti mi si consenta di rinviare a M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, Amon, Padova, 2012, 1 e ss. Per una recente ricostruzione del dibattito in tema di trasposizione della Direttiva 2008/104/Ce si veda, per il diritto d'Oltralpe, S. ROBIN-OLIVIER, *A French reading of Directive 1008/104 on temporary agency work*, in *European Labour Law Journal*, 2010, n. 3, 398 e ss, e per la Spagna nella stessa rivista e fascicolo, A. GUAMAN, *Temporary agency work directive and its transposition in Spain*, 414 e ss.

caso, ad esempio, dell'ordinamento italiano in materia di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato in cui, come è noto, si autorizza l'uso di questa tipologia contrattuale in determinati settori e attività⁽³⁴¹⁾, dell'ordinamento tedesco dove persistono divieti di utilizzare il lavoro interinale in alcuni settori, come l'edilizia⁽³⁴²⁾ o il trasporto per scopi commerciali⁽³⁴³⁾.

Sotto questo profilo, a quanto consta, non pare esserci stata una drastica revisione delle restrizioni; ma quando ciò accaduto si è probabilmente travalicato il contenuto della Direttiva. È il caso della Spagna, dove con la *ley* n. 35 del 17 settembre 2010 e prima ancora con il *real decreto-ley* n. 10 del 16 settembre 2010, si è intervenuto in modo marcatamente deregolativo in relazione ai divieti posti a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (art. 8, lett. b), *ley* n. 14/1994), anche se la stessa Direttiva 2008/104/Ce considera queste limitazioni presuntivamente sorrette da ragioni di interesse generale e, dunque, legittime. Non si demanda più alla disciplina regolamentare il compito di individuare le attività particolarmente pericolose per la salute dei prestatori di lavoro, ma se ne fornisce una tassativa indicazione nella seconda disposizione addizionale alla legge n. 14/1994, come introdotta dalla legge n. 35/2010, elencazione che è molto più esigua rispetto agli elenchi dei precedenti decreti. Per tutti gli altri settori non più tassativamente indicati, entro il 31 marzo 2011 gli accordi collettivi interprofessionali o i contratti collettivi nazionali di categoria potevano porre ulteriori restrizioni all'uso dei contratti di lavoro interinale: dopo questa data è diventato di fatto possibile ricorrere liberamente in questi settori al lavoro interinale nel rispetto delle necessarie misure preventive a tutela della salute e sicurezza conformemente alla normativa vigente in materia. Pur se è evidente l'effetto deregolativo delle nuove disposizioni spagnole che potrebbero essere anche in contrasto con la clausola di non regresso di cui all'art. 9, par. 2, della Direttiva del 2008, mi sembra che la revisione di questi divieti serva a evitare che vi sia una restrizione oggettiva fondata sul presupposto che un certo settore sia presuntivamente più pericoloso di altri e non sulla considerazione dell'esistenza di effettive condizioni di lavoro rischiose per i lavoratori interinali.

Anche in Italia si registra la tendenza a liberalizzare l'uso della somministrazione di lavoro. Mi riferisco in particolare ai recenti interventi che hanno ampliato i casi in cui è possibile concludere contratti di somministrazione a tempo indeterminato⁽³⁴⁴⁾, consentito di stipulare, a determinate condizioni, contratti di somministrazione a termine "acausali"⁽³⁴⁵⁾, e, infine, limitato la portata dei

⁽³⁴¹⁾ Art. 20, co. 3, lett. da a) a i-ter), decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003.

⁽³⁴²⁾ Si veda § 1b, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*. Sul punto, in particolare, K. AHLBERG, *Germany: "Premature Implementation" of Draft Directive – In spite of Resistance in the Council*, in K. AHLBERG ET AL., *I. Transnational labour regulation. A case study of temporary agency work*, cit., 126.

⁽³⁴³⁾ Si veda § 1(2), n. 3, *Güterkraftverkehrsgesetz*.

⁽³⁴⁴⁾ È ora possibile ricorrervi anche nei casi sanciti dalla contrattazione aziendale, in tutti i settori produttivi, pubblici e privati, per l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e sostegno alla famiglia (art. 20, co. 3, lett. i) e 1bis), d.lgs. n. 276/2003, introdotti dall'art. 2, commi 143 e 142, legge n. 191 del 23 dicembre 2009; in tutti i settori produttivi in caso di utilizzo da parte del somministratore di uno o più lavoratori assunti con contratto di apprendistato (art. 20, co. 3, lett. 1ter), d.lgs. n. 276/2003, introdotto dall'articolo 1, comma 17 bis, legge 28 giugno 2012, n. 92).

⁽³⁴⁵⁾ Nel caso di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità (art. 20, comma 5bis, introdotto dall'articolo 2, comma 142, l. n. 191/2009; in tal caso si deroga all'obbligo di giustificazione anche nel caso di contratti di somministrazione a tempo indeterminato), di soggetti disoccupati percettori dell'indennità di disoccupazione o, in generale, di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno sei mesi, o nell'ipotesi di lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati secondo le disposizioni europee (art. 20, comma 5ter dell'art. 20, d.lgs. n. 276/03, introdotto dall'art. 4, comma 1, lett. c), decreto legislativo n. 24 del 2 marzo 2012); nelle altre ipotesi sancite dai contratti

divieti posti dall'ordinamento italiano a tutela del buon funzionamento del mercato del lavoro e a difesa del lavoro stabile⁽³⁴⁶⁾.

Più delicata è invece la questione se siano da considerarsi "restrizioni" e, come tali, oggetto della revisione da parte degli Stati o delle parti sociali le disposizioni nazionali che impongono limiti temporali alla missione o restrizioni alla successione di missioni. Rinviando la trattazione specifica di questo aspetto nell'ultimo paragrafo, mi limito per adesso a rilevare che si tratta di norme presenti in alcuni Paesi⁽³⁴⁷⁾ in cui si trova sintetizzato e plasticamente espresso il contrasto tra gli opposti obiettivi della Direttiva: la liberalizzazione del lavoro internale per incentivare l'occupazione, la tutela delle condizioni di lavoro e l'operatività di sistemi antielusivi e di lotta agli abusi.

4. La parità di trattamento tra tendenza uniformante e spirito derogatorio.

Il principio di parità di trattamento, secondo cui le condizioni di base e di lavoro e di occupazione dei lavoratori assunti tramite agenzia interinale devono essere almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgere le medesime mansioni (art. 5, par. 1, comma 1 e *considerando* n. 14), rappresenta il cuore della regolamentazione, il fulcro del dibattito e delle divergenze nelle due fasi di adozione del testo, il muro portante delle condizioni di tutela assicurate ai lavoratori. Il contrasto tra le parti sociali e nel seno del Consiglio sussisteva su vari aspetti; in particolare si discuteva se la parità fosse soltanto sul piano del trattamento economico o anche normativo, se dovesse applicarsi dal primo giorno di missione oppure dopo un certo periodo, se le parti collettive potevano stabilire condizioni in deroga al principio di parità e se era possibile derogare alla parità retributiva nel caso di impiego a tempo indeterminato alle dipendenze dell'agenzia. Si trattava di posizioni discordanti che, di fatto, si sono tramutate in altrettante deroghe al principio della parità sancito dalla Direttiva 104/2008/Ce.

Pur se si utilizza la tecnica della regola e dell'eccezione e si tipizzano gli ambiti della comparazione, il principio della parità di trattamento costituisce un'importante conquista sia perché appare sufficientemente ampio e garantista nella sua formulazione sia perché impatta su una situazione complessiva, normativa e fattuale, caratterizzata da una forte discontinuità di cui, come in precedenza ricordato, è ben consapevole il legislatore europeo (si veda *considerando* n. 10).

Si è detto che la parità di trattamento tra lavoratori dell'utilizzatore e lavoratori dell'agenzia, così come concepita nella fonte sovranazionale, appare abbastanza ampia, poiché si riferisce, in

collettivi nazionali, territoriali e aziendali sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori (art. 20, comma 5^{quater}, introdotto dall'articolo 4, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 24/2012). Infine la c.d. riforma Fornero attuata dalla legge n. 92 del 2012 ha esteso alla somministrazione di lavoro la regola dell'acausalità del primo contratto a termine di durata non superiore a 12 mesi, concluso fra un datore di lavoro o un utilizzatore e un lavoratore, per lo svolgimento di un qualunque tipo di mansione nel caso di prima missione (art. 1^{bis}, decreto legislativo n. 368 del 6 settembre 2001, introdotto dall'art. 1, comma 9, lett. b, l. 92/2012 e richiamato dall'art. 20, co. 4, d.lgs. n. 276/2003). Per una disamina sui conseguenti problemi interpretativi mi si consenta di rinviare a M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, cit., 33 e ss.

⁽³⁴⁶⁾ La legge finanziaria 2010 (art. 2, comma 142, l. n. 191/2009), modificando l'art. 20, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 276/2003, ha limitato l'estensione del divieto in virtù del quale è vietato ricorrere alla somministrazione di lavoro nelle imprese che nei sei mesi precedenti hanno effettuato licenziamenti collettivi o sospensioni di orario di lavoro, divieto che ora non si applica per sostituire i lavoratori assenti, per assumere lavoratori in mobilità e nel caso di contratti di somministrazione con durata iniziale inferiore a tre mesi.

⁽³⁴⁷⁾ Come Spagna, Francia, Romania. Sul punto I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 33 e ss.

generale, alle condizioni di base di lavoro e di occupazione previste da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi e da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore presso l'utilizzatore (art. 5, par. 1, comma 1) relativamente alla retribuzione, all'orario di lavoro, al lavoro straordinario, alle pause, ai periodi di riposo al lavoro notturno, alle ferie e ai giorni festivi (art. 3, lett. f). Nonostante si dica che la parità di trattamento riguardi le condizioni di base del lavoratore, frettolosamente nell'articolo sulle definizioni (art. 3, lett. f) se ne precisa però il contenuto, di guisa che appare difficile applicare questo principio a trattamenti non espressamente contemplati in questo elenco.

Nel secondo comma del primo paragrafo dell'articolo 5 alcune condizioni e alcuni obiettivi hanno una tutela rafforzata. Quando si deve proteggere le donne in stato di gravidanza o in periodo di allattamento, i bambini e i giovani, oppure bisogna perseguire la parità tra uomini e donne e ogni azione volta a combattere qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o tendenze sessuali, il principio di parità di trattamento sancito nel primo comma del paragrafo 1 si applica a tutte le condizioni di lavoro e non soltanto a quelle indicate dall'art. 3, par. 1, lett. f). Diversamente, non si comprenderebbe il senso del secondo comma dell'art. 5, par. 1. Ad eccezione di queste ipotesi, in generale il principio di parità di trattamento è delimitato dall'elenco delle condizioni di impiego ivi indicate e così come è formulato parrebbe⁽³⁴⁸⁾ non risolvere le difficoltà interpretative che animano il dibattito dottrinario e giurisprudenziale nei Paesi in cui la parità, oltre all'aspetto economico, è riferita soltanto a determinati istituti del rapporto di lavoro, come accade ad esempio nell'ordinamento francese e spagnolo⁽³⁴⁹⁾.

A stemperare il possibile rigore di questa elencazione intervengono le successive disposizioni. Credo, infatti, che l'intero Capo II contenga la regola generale nelle sue diverse accezioni e declinazioni. Pur se, per certi aspetti, il principio della parità di trattamento sembra avere una conformazione di un divieto di discriminazione, poiché proibisce le differenziazioni fondate sulla diversa natura del modello di assunzione⁽³⁵⁰⁾, da un'interpretazione sistematica dell'intero Capo II mi sembra che la parità di trattamento sia l'estrinsecazione di un generale principio di eguaglianza sostanziale, connotato non solo dall'imposizione di divieti, ma anche da misure promozionali che gli Stati devono adottare per attuare questo obiettivo. La parità di trattamento non si esplica solo sul piano degli istituti contrattuali, ma ai sensi della Direttiva essa è declinata anche come parità di opportunità. Gli ordinamenti nazionali devono assicurare misure idonee affinché ai lavoratori sia assicurata la possibilità di accedere nell'ambito dell'impresa utilizzatrice alle attrezzature e alle

⁽³⁴⁸⁾ Il condizionale è d'obbligo, anche perché secondo quanto invece si legge nel rapporto del gruppo di esperti della Commissione, redatto come guida per gli Stati nella trasposizione della Direttiva, le condizioni di base di lavoro e di occupazione di cui all'art. 3, par. 1, lett. i) e ii) non costituiscono una lista esaustiva. Si veda EUROPEAN COMMISSION, EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS & INCLUSION, REPORT EXPERT GROUP, *Transposition of Directive 2008/104/EC on Temporary agency work*, August 2011.

⁽³⁴⁹⁾ Si pensi, per esempio, al regime applicabile in caso di istituti che prevedono termini di preavviso e al trattamento per malattia e infortunio. Con riferimento alla formulazione della normativa italiana persistono le perplessità correttamente avanzate in dottrina su un possibile contrasto con la fonte europea, in quanto l'art. 23, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, continua a subordinare la parità di trattamento ad un giudizio complessivo di equivalenza, mentre la Direttiva richiede un giudizio analitico di identità. Così F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 596 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 410 ed ivi le ulteriori questioni concernenti la compatibilità della norma italiana con la Direttiva.

⁽³⁵⁰⁾ Così L. ZAPPALÀ, *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo tra soft law e hard law*, cit., 97.

strutture collettive sempre che non vi siano ragioni oggettive⁽³⁵¹⁾ (art. 6, par. 4, quali i servizi di ristorazione, le infrastrutture di accoglienza dell'infanzia, i servizi di trasporto), affinché i lavoratori in missione abbiano le stesse *chance* di accesso all'impiego stabile, attraverso l'imposizione di obblighi di informazione sull'esistenza di posti vacanti (art. 6, par. 1) e il divieto di meccanismi che limitino o impediscano l'assunzione alle dirette dipendenze dell'utilizzatore (art. 6, par. 2 e 3). La promozione di questi obiettivi può essere affidata anche alle parti sociali, quando si tratta di coinvolgere le agenzie di lavoro interinale al fine di garantire ai lavoratori le stesse opportunità di formazione e l'accesso alle strutture di infanzia anche nei periodi che intercorrono tra una missione e l'altra (art. 6, par. 5, lett. a e b). Questa interpretazione ampia è avvalorata dalla considerazione che la parità di trattamento viene anche declinata sotto il profilo collettivo. Nell'impossibilità di trattare separatamente e compiutamente il tema della rappresentanza di interessi come regolata nella Direttiva 2008/104/Ce (art. 7) a causa dei limiti di spazio assegnati, le cui criticità sono state da me già affrontate in altra sede a cui rinvio⁽³⁵²⁾, va detto che, nonostante la complessiva scarsa considerazione delle dinamiche collettive sottese al lavoro tramite agenzia interinale⁽³⁵³⁾, il riconoscimento delle istanze rappresentative costituisce un'importante conquista e un'occasione da non perdere al fine di favorire il radicamento e la diffusione di una cultura delle pari opportunità in favore dei lavoratori in missione. La bontà di queste norme si apprezza non tanto sotto il profilo della promozione degli interessi collettivi, poiché si contemplanò scarni rimedi per colmare il congenito *deficit* di rappresentanza di questa categoria di lavoratori nei luoghi di lavoro, ma piuttosto sul piano della promozione delle istanze paritarie.

Nella lunga gestazione della Direttiva non è stata casuale, a mio avviso, la decisione di mutare la definizione da divieto di non discriminazione, contenuto nell'originaria bozza del 2002, in principio di parità di trattamento, quasi a volere rimarcare una visione più ampia degli obiettivi, repressivi ma allo stesso tempo promozionali, sottesi alle altre norme che traducono nelle diverse accezioni il generale principio di cui all'art. 5, par. 1.

Nella trasposizione interna il contenuto di questi ulteriori obblighi può dare luogo a non poche criticità. Nell'impossibilità di trattare in modo approfondito tutti i profili problematici di cui Capo II della Direttiva, qui mi limito a esaminare alcune criticità. Mi riferisco, in particolare, alla disposizione italiana che consente di derogare al divieto di clausole che vietano o impediscono l'assunzione del lavoratore presso l'utilizzatore al termine della missione se al lavoratore viene corrisposta un'adeguata indennità (art. 23, comma 9, d.lgs. 276/2003)⁽³⁵⁴⁾. Nella Direttiva, infatti, non pare esserci una facoltà di deroga sul punto anche in considerazione della funzione promozionale della parità di accesso al lavoro stabile che questa norma esplica, come ho appena ricordato.

⁽³⁵¹⁾ Le ragioni oggettive possono a mio avviso essere l'anzianità di servizio oppure, come accade nell'ordinamento italiano, anche la condizione dell'affiliazione ad associazioni o a società cooperative (art. 23, co. 4, d.lgs. n. 276/2003), poiché in questa ultima ipotesi si collega il beneficio ad una precisa scelta volontaristica che in assenza fa venire meno anche il beneficio stesso. In senso contrario ossia dell'incompatibilità di questa norma con il diritto europeo si veda P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 414.

⁽³⁵²⁾ M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, cit., 160 e ss.

⁽³⁵³⁾ Per una visione critica si veda anche F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 588 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 416.

⁽³⁵⁴⁾ Per un'ampia e particolareggiata ricostruzione in merito rinvio integralmente a P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, 413 e ss.

Dubbi di compatibilità con il modello europeo possono essere avanzati anche con riferimento alla disciplina inglese. Nell'ambito delle clausole che l'agenzia e l'utilizzatore possono liberamente concordare spicca il fenomeno del *transfer fee*. Era molto diffusa la prassi secondo cui il datore di lavoro utilizzatore, quando al termine del contratto commerciale assumeva il lavoratore direttamente (*temp-to-perm transfer*) o per mezzo di un'altra agenzia (*temp-to-temp transfer*), doveva pagare un corrispettivo all'agenzia con cui aveva stipulato la prima pattuizione commerciale. Successivamente questo fenomeno è stato disciplinato, stabilendo dei vincoli: all'utilizzatore deve essere data la possibilità di scegliere, alla scadenza del contratto, tra il prolungamento della missione per un periodo predefinito o il pagamento del corrispettivo. L'agenzia può addebitare il *transfer fee* solo se l'utilizzatore riassume il lavoratore entro 8 settimane dalla fine della missione o entro 14 settimane dell'inizio della missione. Trascorso un periodo superiore, possono essere attuate le operazioni di *transfer* senza che all'utilizzatore sia addebitato il costo del corrispettivo. Nonostante l'apprezzabile sforzo del legislatore inglese di regolare questo aspetto della relazione triangolare, si registra l'assenza di qualsivoglia regolamentazione in materia di durata della proroga o di limiti all'ammontare del *transfer fee*: queste questioni sono liberamente concordate dalle parti⁽³⁵⁵⁾. Mi sembra alquanto evidente che le clausole di *transfer fee* hanno l'effetto di scoraggiare l'assunzione di questi lavoratori al termine della missione da parte delle imprese utilizzatrici e, pertanto, potrebbero essere in contrasto con quanto stabilito nella fonte sovranazionale.

4.1. Le deroghe alla parità di trattamento.

La tendenza all'uniformità di trattamento in favore dei lavoratori in missione che complessivamente traspare dal Capo II della Direttiva subisce una drastica battuta d'arresto con l'introduzione di tre tipologie di deroghe al principio di cui all'art. 5, par. 1. Questo aspetto è stato controverso in sede di gestazione e resta tale anche in sede di trasposizione della fonte europea. Ad eccezione di pochi Stati membri⁽³⁵⁶⁾, negli altri Paesi⁽³⁵⁷⁾ esistono deroghe al principio di parità di trattamento oppure sono ancora in corso serrate trattative proprio su questo tema.

Preliminarmente va posto in evidenza che nel testo della Direttiva sono diventate "deroghe" le posizioni dei Paesi che hanno osteggiato il contenuto del principio della parità di trattamento.

La prima deroga è sancita dall'art. 5, par. 2 (in tal senso anche il *considerando* n. 15), in virtù della quale gli Stati membri possono, previa consultazione delle parti sociali, stabilire una deroga al principio di eguale trattamento nel caso in cui i lavoratori impiegati con un contratto a tempo indeterminato da un'agenzia interinale continuino a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra. Si tratta della c.d. *German derogation*, poiché riproduce la posizione

⁽³⁵⁵⁾ Si veda *regulation 10 Conduct of Employment Agencies and Employment Business Regulations* del 2003.

⁽³⁵⁶⁾ A esempio, Belgio, Polonia, Slovenia, Repubblica Ceca, Spagna, Francia, Lussemburgo. Si veda I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 37.

⁽³⁵⁷⁾ A titolo esemplificativo Regno Unito, Germania, Irlanda, Portogallo, Paesi Bassi, Germania, Austria, Svezia, Italia. Per alcuni ordinamenti le informazioni sono lacunose, poiché, pur se formalmente viene recepito il principio della parità di trattamento, nella pratica esso è di difficile attuazione. Come rilevato nel prezioso studio comparato di I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 41, nelle Repubbliche baltiche l'ammontare della retribuzione è un dato riservato e, quindi, non accessibile alle agenzie di lavoro interinale che di fatto potrebbero trovarsi a non sapere come effettivamente attuare questa regola.

della Germania sostenuta durante le trattative⁽³⁵⁸⁾. Dalla lettera di questa norma mi sembrano chiari due elementi: la deroga si applica solo al trattamento economico e solo se nei periodi di intervallo tra diverse missioni il lavoratore percepisce una retribuzione. In questi periodi resta fermo, a mio avviso, l'obbligo di rispettare la parità di trattamento in relazione agli altri profili delle condizioni di base e di lavoro. È chiaro che se si aderisce all'interpretazione dell'eshaustività della lista di cui all'art. 3, par. 1, lett. f), questa interpretazione potrebbe avere scarsa rilevanza, poiché nei periodi di inattività non si porrebbe il problema di assicurare la parità di trattamento con riferimento all'orario di lavoro, alle ore di lavoro straordinario, alle pause, ai periodi di riposo, al lavoro notturno, alle ferie e ai giorni festivi. La perdurante parità con riferimento alle altre condizioni di lavoro e d'occupazione in assenza missioni potrebbe avere una maggiore rilevanza se si considera non esaustiva l'elencazione delle condizioni indicate nell'art. 3, par. 1, lett. f): in tal caso dovrebbe valere il principio della parità negli intervalli di inattività in relazione a tutte le altre condizioni non contemplate nella lista, ma integranti il trattamento normativo goduto presso l'ultimo utilizzatore. In secondo luogo, si pone il problema dell'eventuale compatibilità con il testo della Direttiva delle norme nazionali che stabiliscono, in luogo della retribuzione, un'indennità o una retribuzione ridotta nell'intervallo tra diverse missioni.

La Direttiva parla di retribuzione e ciò dovrebbe indurre a pensare che la deroga sia possibile solo se al lavoratore inattivo sia corrisposta un trattamento retributivo e non una mera indennità quantitativamente inferiore a quella percepita durante la missione⁽³⁵⁹⁾. Credo, tuttavia, che proprio l'assenza di parametri e la semplice indicazione di una retribuzione, intesa in generale come trattamento economico, possa far pensare che siano compatibili le scelte adottate dalle legislazioni nazionali in cui il lavoratore in attesa di missione percepisce una retribuzione o un'indennità inferiore o in percentuale rispetto al trattamento ricevuto in missione⁽³⁶⁰⁾. Questa interpretazione mi sembra quella che maggiormente considera, da un lato, l'esigenza di non scoraggiare la creazione di lavoro stabile e, dall'altro, l'assenza della prestazione lavorativa in corrispondenza di una controprestazione economica nel periodo di inattività tra successive missioni.

La seconda deroga, nota anche come *Nordic derogation*, sancita dall'art. 5, paragrafi 4 e 5 (ma anche i *consideranda* 16 e 17), contempla la possibilità per gli Stati, previa consultazione delle parti sociali, di affidare ai contratti collettivi o, in assenza di un sistema che conferisca ai contratti efficacia generalizzata, di provvedervi direttamente, la possibilità di individuare modalità alternative al principio di parità di trattamento di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo 5. La possibilità di deroga, tuttavia, deve garantire la "protezione globale del lavoratore". La deroga si applica a tutte le condizioni di base e di occupazione sancite dalla Direttiva e non solo al trattamento retributivo come nel caso della *German derogation*. L'ampiezza di questa deroga dipende dalla

⁽³⁵⁸⁾ Questa definizione è usata da T. VAES, T. VANDENBRANDE, *Implementing the new temporary agency work Directive*, cit., 8. Va segnalato che la stessa deroga viene chiamata nel Regno Unito *Swedish derogation*, come anche ho indicato in un altro mio scritto più volte citato in questo contributo.

⁽³⁵⁹⁾ In tal senso F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 580 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 411.

⁽³⁶⁰⁾ Ad esempio Irlanda e Regno Unito. In questo ultimo ordinamento, infatti, è stata recentemente stabilita un'indennità in favore degli *agency workers* che stipulano un *permanent contract* con l'agenzia (reg. 10 (1) (c) (iii), *Agency Workers Regulations* del 2010). Questa indennità non può essere inferiore al 50% del trattamento economico percepito dal lavoratore nelle 12 settimane che precedono la fine della missione, se la sua durata è superiore alle 12 settimane, oppure non può essere inferiore al 50% del trattamento economico percepito durante la missione nel caso in cui questa ultima abbia una durata pari o inferiore a 12 settimane (reg. 11 (2), *Agency Workers Regulations* del 2010).

portata che viene attribuita all'obbligo di garantire una protezione globale dei lavoratori, costituendo, questa ultima precisazione, una "restrizione" alla deroga al fine di arginare prassi abusive.

Da una piana lettura della norma che tenga in debito conto la funzione di questa restrizione e che eviti di confinarla al piano della retorica giuridica, ritengo che le modalità alternative non possano comportare una deroga a tutte le condizioni di base di lavoro e di occupazione, ma si dovrà articolare la disciplina derogatoria nell'ambito dei singoli istituti e profili del contratto o del rapporto di lavoro, dovendo rispettare il livello globale di protezione: resta preclusa, a mio avviso, una deroga *in toto* al trattamento riservato ai lavoratori in missione in virtù del principio di eguale trattamento, prevalendo la dimensione paritaria rispetto a quella derogatoria. Non si ignora, tuttavia, che la formulazione della norma possa prestarsi ad opposte interpretazioni. Nei Paesi in cui manca un sistema che conferisca ai contratti efficacia generalizzata, il funzionamento di questa deroga appare più restrittivo in forza del rinvio ad un accordo con le parti sociali soltanto a livello nazionale⁽³⁶¹⁾. Non si trovano, invece, riferimenti al livello di contrattazione nel paragrafo 3 dell'art. 5, dove anzi si rinvia al "livello appropriato" la scelta degli Stati di demandare la concreta operatività del regime in deroga.

La terza e ultima deroga, la c.d. *British derogation*, contemplata nell'art. 5, par. 4, co. 2, ultimo periodo, consente che le modalità alternative possano consistere in un periodo di attesa per il conseguimento della parità di trattamento.

Da una prima ricognizione dello stato di attuazione delle deroghe al principio di parità di trattamento può rilevarsi che in alcuni Paesi, come la Germania e il Regno Unito, di fatto è attuata soltanto la deroga e non il principio generale con la facoltà di derogare ad esso in talune limitate circostanze.

Pur se per mezzo delle riforme *Hartz* del 2003 si introduce il principio della parità di trattamento in favore dei lavoratori in missione, la legge recepisce dalla bozza di Direttiva del 2002 la possibilità per i contratti collettivi di derogare a questo principio senza limiti, ossia senza sancire meccanismi in grado di salvaguardare il livello globale di protezione dei lavoratori⁽³⁶²⁾. Questa disposizione ha dato avvio in Germania ad una storia di contrattazione collettiva che è stata definita "pietosa"⁽³⁶³⁾, poiché è prevalsa una contrattazione di settore molto deregolativa con riferimento

⁽³⁶¹⁾ Si pone in proposito il problema della compatibilità dell'ordinamento italiano al dettato della Direttiva, laddove sancisce che i contratti collettivi applicati nell'impresa utilizzatrice possono stabilire le modalità ed i criteri per la determinazione e la corresponsione della retribuzione variabile connessa ai risultati produttivi raggiunti, concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa (art. 23, co. 4, d.lgs. n. 276/2003). Si tratta di una deroga in favore della contrattazione collettiva di qualsiasi livello senza rispettare il vincolo di consultazione e di accordo con le parti sociali a livello nazionale sancito in Direttiva. In tal senso F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 597 e P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, p. 410. È stata abolita, invece, la deroga al principio di parità di trattamento stabilita nei riguardi dei cosiddetti lavoratori "svantaggiati" al fine di incentivare l'assunzione e l'inserimento nel mercato del lavoro di queste categorie (art. 1, comma 10, lett. c), l. n. 92/2012).

⁽³⁶²⁾ Si veda § 3(1) n. 3 e § 9 n. 2, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG*. In merito B. WAAS, *A quid pro quo in temporary agency work: abolishing restrictions and establishing equal treatment. Lessons to be learned from European and German labor law?*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2012, n. 1, 47.

⁽³⁶³⁾ L'espressione in virgolette è di M. FUCHS, *Il ruolo del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nella crisi economica. L'esperienza tedesca*, Relazione AIDLASS, Bologna 16/17 maggio 2013, in www.aidlass.it.

ai livelli retributivi e alle condizioni di lavoro, a cui tra l'altro anche le grandi Confederazioni si sono adeguate, sicché ad oggi il principio di parità di trattamento resta appunto inattuato.

Parimenti nel Regno Unito nelle *Agency Workers Regulations* del 2010 si stabilisce il diritto degli *agency workers* alla parità di trattamento rispetto ai lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatore in relazione alle condizioni di impiego e di lavoro (reg. 5 (1)), ma ciò dal primo giorno di missione soltanto con riferimento al godimento delle strutture e delle attrezzature collettive (quali la mensa, l'asilo nido e i servizi di trasporto, reg. 12) e all'informazione sull'esistenza di posti vacanti nell'impresa utilizzatrice (reg. 13)⁽³⁶⁴⁾. In relazione, invece, al trattamento retributivo e normativo sussiste il diritto dei lavoratori in missione alla parità di trattamento soltanto dopo 12 settimane di lavoro presso lo stesso utilizzatore e nelle stesse mansioni (a *12 week qualifying period*, reg. 7 (1) (2)). La scelta di sottoporre a questa condizione l'operatività del principio dell'eguale trattamento è chiaramente finalizzata ad agevolare la conclusione di contratti di lavoro temporaneo di durata breve, molto diffusi nel Regno Unito, evitando di imporre in questi casi il costoso onere della parità. Sul piano interpretativo non mancano dubbi circa la portata del regime vigente nell'ordinamento inglese⁽³⁶⁵⁾. Il periodo di attesa come disciplinato nelle *Regulations* del 2010 costituisce il principio generale che si applica a tutti gli *agency workers* e non la deroga per alcune ipotesi, sicché può essere un regime che stride con le finalità "antidiscriminatorie" della Direttiva.

Pur non ignorando che i paragrafi 2, 3 e 4 della Direttiva possono essere interpretati non come deroghe ma come differenti declinazioni del principio di parità, ritengo, infatti, che la possibilità concessa agli Stati di fissare modalità alternative alla parità di trattamento resta una facoltà in deroga al principio generale e in quanto tale dovrebbe essere riferita, a mio avviso, ad ipotesi circoscritte.

5. La prevenzione degli abusi e le missioni successive: la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea *Della Rocca*.

Il tema della prevenzione degli abusi, soprattutto in relazione alle ipotesi di missioni successive, riveste un ruolo apparentemente da comparsa nella Direttiva 2008/104/Ce, ma può, in realtà, assumere in futuro la parte da protagonista.

L'art. 10, paragrafi 1 e 2, impone agli Stati membri l'obbligo, presente in molte direttive, di adottare misure idonee a garantire il corretto adempimento degli obblighi prescritti, attraverso adeguate procedure amministrative e giudiziarie, nonché un regime sanzionatorio che sia effettivo, proporzionato e dissuasivo (si veda anche *considerando* n. 21).

È stato al riguardo detto che l'articolo in questione sanziona l'abusivo utilizzo del lavoro interinale, da parte di soggetti non autorizzati, in deroga alle ipotesi di ricorso all'istituto previste dalla legge e alle norme di garanzia dei diritti dei lavoratori⁽³⁶⁶⁾. In merito, tuttavia, va detto che la Direttiva non disciplina i requisiti in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie, essendo questi profili anche esclusi dalla disposizione in materia

⁽³⁶⁴⁾ Si veda A. DAVIES, *The implementation of the Directive on temporary agency work in the UK: a missed opportunity*, in *European Labour Law Journal*, 2010, n. 3, 307 e ss.

⁽³⁶⁵⁾ In proposito mi si consenta di rinviare a M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, cit., 141 ss.

⁽³⁶⁶⁾ Si confronti P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 419.

di revisione delle restrizioni all'uso del lavoro interinale (art. 4, par. 4). Il regime sanzionatorio e le procedure amministrative/giudiziarie non si riferiscono a questo profilo, ma credo riguardino la parità di trattamento, nella sua ampia accezione come sopra indicata, e il problema della prevenzione degli abusi in relazione alle missioni successive, aspetto questo che, anche se un po' celato nel paragrafo 5 dell'art. 5, costituisce un'importante finalità della fonte sovranazionale. Non credo che questo articolo sia un residuo delle precedenti versioni della Direttiva⁽³⁶⁷⁾, poiché, come già detto, il paragrafo 5 nella sua attuale formulazione è stato inserito *ex novo* in occasione delle trattative tra gli Stati per l'adozione di un testo condiviso culminato con l'approvazione della posizione comune nell'ambito del Consiglio dell'Unione Europea del 9/10 giugno 2008⁽³⁶⁸⁾. Pur se infelice nella sua collocazione, il significato dell'articolo 5, paragrafo 5, mi sembra tutt'altro che oscuro⁽³⁶⁹⁾, soprattutto se letto in combinato con l'art. 10 della Direttiva.

Gli Stati devono sancire strumenti adeguati per prevenire l'abuso nel caso di missioni successive, stabilendo anche idonee sanzioni nel caso di violazione di questo regime restrittivo, al fine non solo di eludere il principio di parità di trattamento attraverso un uso distorto delle deroghe, ma anche al fine di rispettare il regime e le condizioni minime di protezione sancite dalla Direttiva. Ciò ovviamente non vuol dire che si proibisce la successione di missioni, ma si impone che i Paesi membri stabiliscano meccanismi di governo, al fine di evitare che una persona assunta nell'ambito di un rapporto di lavoro interinale sia mantenuta troppo a lungo in una situazione precaria e di maggiore fragilità. Nei Paesi in cui, ad esempio, si deroga al principio di parità imponendo un certo periodo di attesa⁽³⁷⁰⁾ potrebbe essere incompatibile con la Direttiva la mancata previsione di misure che tutelino i lavoratori nel caso di missioni inferiori al periodo di attesa e, dunque, esenti dall'obbligo della parità, ma che si ripetono frequentemente e abitualmente, con l'effetto di non garantire in concreto l'eguale trattamento.

Allo stesso modo difficilmente potrebbero superare il vaglio di compatibilità con l'art. 5, par. 5, le normative nazionali che non regolamentano il fenomeno delle missioni successive. Questo aspetto interessa particolarmente l'Italia, dove, a differenza di altri Paesi⁽³⁷¹⁾, come è noto, non esistono disposizioni legislative disciplinanti la successione di missioni, mancando nel decreto legislativo n. 276/2003 non solo norme che governano la successione di contratti di somministrazione a tempo determinato, intercorrenti tra l'impresa fornitrice e il medesimo utilizzatore, ma anche l'ipotesi, peraltro assai frequente nella pratica, di successione di distinti contratti per prestazioni di lavoro in somministrazione a termine stipulati dall'impresa fornitrice e dal lavoratore.

Né possono essere adattati i principi sanciti per i contratti a tempo determinato. Nell'estendere la disciplina del lavoro a termine ai contratti di lavoro a tempo determinato in somministrazione

⁽³⁶⁷⁾ Così F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 585.

⁽³⁶⁸⁾ Mette in risalto questa novità il comunicato stampa relativa alla seduta del Consiglio in esame (si veda il comunicato stampa C/08/166 in http://europa.eu/rapid/press-release_PRES-08-166_it.htm?locale=FR).

⁽³⁶⁹⁾ Parla di disposto "oscuro" P. LAMBERTUCCI, *La Direttiva comunitaria n. 104/2008 relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 412.

⁽³⁷⁰⁾ È questo il caso del Regno Unito, anche se nelle *Agency Workers Regulations* del 2010 sono state sancite modalità di calcolo del *qualifying period* a tutela di talune situazioni protette come, ad esempio, la gravidanza o la malattia. Sul punto A. DAVIES, *The implementation of the Directive on temporary agency work in the UK: a missed opportunity*, cit., 314. Più in generale E. MCGAUGHEY, *Should agency workers be treated differently?*, in *Law Society Economy Working Papers*, w.p. n. 7, 2010, in www.lse.ac.uk.

⁽³⁷¹⁾ Ad esempio, Francia, Spagna, Lussemburgo, Romania dove si stabiliscono limiti di durata delle missioni oppure vincoli alle ipotesi di successione. Per una visione generale I. SCHÖMANN, C. GUEDES, *Temporary agency work in the European Union. Implementation of Directive 2008/104/EC in the Member States*, cit., 34.

il legislatore del 2003 ha precisato che sono escluse le norme che regolano la successione di contratti ai sensi dell'art. 5, commi 3 e seguenti del decreto n. 368/2001 (art. 22, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003), sempre che il contratto di lavoro in somministrazione non rientra nell'ambito di una successione di contratti a termine. In tal caso è prevista una durata massima complessiva di trentasei mesi riferita, a prescindere dagli intervalli, a tutti i contratti a termine, comprensivi di proroghe e rinnovi, anche se svolti in regime di somministrazione, intercorsi ovviamente con lo stesso datore di lavoro e per lo svolgimento di mansioni equivalenti, a pena di conversione automatica in contratto a tempo indeterminato (art. 5, co. 4bis, d.lgs. n. 368/2001). Affinché si applichi il meccanismo restrittivo del limite massimo di 36 mesi non sono sufficienti solo periodi di somministrazione, ma occorre almeno un periodo di lavoro a termine, poiché questo limite riguarda il lavoro a termine e non anche la somministrazione, permanendo, dunque, una sostanziale carenza di regole per prevenire abusi nel caso di successione di diversi contratti di lavoro in somministrazione.

Né questa lacuna può essere colmata dalle norme della contrattazione collettiva⁽³⁷²⁾, trattandosi di meccanismi sanzionatori che non hanno una portata generale in quanto previsti da fonti collettive e che, pertanto, non risolvono il problema della compatibilità della normativa italiana con quanto prescritto dalla fonte europea.

La regolazione del fenomeno delle missioni successive in funzione antiabusiva conduce a mio avviso anche ad un'altra conclusione. Seppure dal tenore della fonte sovranazionale si può escludere l'esistenza del limite della temporaneità delle esigenze giustificatrici quale elemento caratterizzante della fattispecie⁽³⁷³⁾, la necessità di evitare abusi nella successione di missione inevitabilmente comporta anche che l'esigenza a fondamento del ricorso alla somministrazione di lavoro debba essere temporanea quando riguarda lo stesso lavoratore e le stesse mansioni e quando lo svolgimento della missione coincide per intero con la prestazione lavorativa pattuita nel contratto di lavoro a termine in somministrazione. Ciò vuol dire che il dibattito sulla temporaneità delle esigenze che legittimano la somministrazione di lavoro a tempo determinato, accesosi soprattutto in alcuni Paesi come l'Italia⁽³⁷⁴⁾, potrebbe trovare una soluzione nel senso appena descritto se si tengono in debito conto le norme della Direttiva. Il controllo sulla temporaneità delle giustificazioni è, quindi, compatibile con la normativa europea, poiché è in ogni caso uno strumento di contrasto agli abusi in vista di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro, obiettivo, questo, espressamente tutelato e che anzi eccezionalmente legittima restrizioni nell'uso del contratto (art. 4, par. 1, Direttiva 2008/104/Ce).

La valorizzazione dell'art. 5, par. 5, in funzione antielusiva pare oggi una scelta necessaria data anche la recente posizione assunta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce sul contratto a tempo determinato ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale. Si tratta della pronuncia dell'11 aprile 2013 relativa alla causa C-290/12, *Della Rocca contro Poste Italiane S.p.A.*

⁽³⁷²⁾ Si veda, ad esempio, i meccanismi di stabilizzazione sanciti dal Contratto Collettivo Nazionale delle Agenzie di somministrazione di lavoro del 24 luglio 2008 (art. 43, co. 2).

⁽³⁷³⁾ In tal senso F. PANTANO, *Il lavoro tramite agenzia interinale*, cit., 595.

⁽³⁷⁴⁾ Sul punto mi permetto di rinviare a M.D. FERRARA, *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'esperienza europea*, cit., 17 e ss.

Poiché *ratione temporis* la fattispecie controversa non può essere risolta con i principi della Direttiva del 2008, i giudici di Lussemburgo affermano che i rapporti di lavoro a tempo determinato di un lavoratore interinale messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice da un'agenzia di lavoro non rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce e del relativo accordo quadro. La pronuncia origina dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte ai sensi dell'art. 267 TfUE dal Tribunale di Napoli e avente ad oggetto, in primo luogo, la questione dell'estendibilità del campo di applicazione della Direttiva 1999/70/Ce anche ai rapporti di lavoro a termine tra i lavoratori somministrati e l'agenzia di somministrazione ovvero al rapporto tra l'agenzia e l'utilizzatore. Nell'ordinanza di remissione, inoltre, il Tribunale di Napoli rimetteva alla Corte la doppia delicata questione di vagliare la compatibilità con la disciplina europea sul contratto a termine (in particolare con la clausola 5, comma 1, lett. a) della norma che consente l'apposizione del termine e la sua reiterazione sulla base delle esigenze generali dell'utilizzatore, slegate dallo specifico rapporto di lavoro, e del meccanismo secondo cui le conseguenze dell'abuso sono poste a carico dell'utilizzatore che resta soggetto terzo.

Su questi ultimi due aspetti, che rappresentano il cuore del regime restrittivo sotto il profilo causale del contratto di somministrazione a termine e del relativo apparato sanzionatorio, purtroppo, i giudici non si sono pronunciati, avendo statuito che la Direttiva in tema di contratto a termine non si applica al lavoro interinale e ritenendo, dunque, superfluo pronunciarsi sulle altre questioni contenute nell'ordinanza di remissione. Nella sentenza *Della Rocca* traspare un certo *self-restraint* a intervenire sulla materia, non solo in relazione all'esito della decisione ma anche perché, data l'inapplicabilità *rationes temporis* della Direttiva 2008/104/Ce, non vi è in sentenza alcun riferimento, neanche per inciso, agli strumenti antielusivi per contrastare l'abusiva reiterazione di missioni successive, tra cui l'art. 5, par. 5, in essa contenuti.

Nel merito poi la Corte si limita ad applicare una stretta interpretazione letterale della Direttiva del 1999 e del relativo accordo quadro. Sia nel preambolo dell'accordo quadro sul lavoro a termine sia nella clausola 3, punto 1, si afferma che soltanto il rapporto di lavoro concluso direttamente con il datore di lavoro rientra nell'ambito di applicazione di tale accordo quadro. Del resto, osserva la Corte, quando il legislatore ha inteso operare un'estensione delle norme anche ai lavoratori assunti tramite agenzia di lavoro interinale, ciò è stato fatto espressamente (Direttive 96/71/Ce sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e 91/383/Cee in materia di salute e sicurezza dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a tempo determinato o un rapporto di lavoro interinale. Nonostante i riferimenti letterali richiamati dalla Corte, qualche considerazione in merito può essere svolta.

Il campo di applicazione dell'accordo quadro (clausola 2, punto 1) viene delimitato solo in relazione ai lavoratori a tempo determinato con un contratto di assunzione o un rapporto di lavoro disciplinato dalla legge, dai contratti collettivi o dalla prassi in vigore di ciascuno Stato membro. Rileva, quindi, solo l'esistenza di un contratto o di un rapporto a termine, non essendoci alcuna espressa esclusione dei lavoratori a tempo determinato dell'agenzia interinale. Quando, invece, al punto 2 della clausola 2, si è voluto dare la possibilità agli Stati di stabilire eccezioni in relazione ad alcune categorie di contratti o di rapporti, ciò è stato fatto espressamente: nell'elenco, infatti, non compaiono i lavoratori a tempo determinato dell'agenzia, ma solo i rapporti di formazione, di inserimento, di riqualificazione professionale e di apprendistato.

Ma vi è di più. L'attrazione del contratto a termine del lavoratore assunto dall'agenzia nella disciplina legale del contratto a tempo determinato *tout court* viene fatta dallo stesso legislatore

italiano che, come è noto, rinvia per la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato alle norme sul contratto a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 in quanto compatibili.

Pur riconoscendo l'oggettiva complessità dei quesiti posti nell'ordinanza di remissione del Tribunale di Napoli sulla legittimità e sul modo per adattare il contenuto dell'accordo quadro sul lavoro a termine alla fattispecie della somministrazione, mi sembra che la Corte abbia scelto la strada meno impegnativa sul piano interpretativo, che tuttavia non tiene in conto che l'ordinamento italiano appresta una disciplina più favorevole con riferimento al campo di applicazione delle norme in materia di contratto a termine, ambito esteso anche al contratto di lavoro in somministrazione. La trasposizione nell'ordinamento interno delle conclusioni a cui sono giunti i giudici in questa pronuncia potrebbe costituire un regresso rispetto alla disciplina vigente nell'ordinamento interno e probabilmente in contrasto con la clausola 8 del più volte menzionato accordo quadro. Ciò a maggiore ragione se si considera che è in atto nell'ordinamento italiano un progressivo processo di osmosi tra le due tipologie contrattuali: si pensi ad esempio all'ipotesi del contratto a termine acausale (art. 1, comma 1bis, d.lgs. n. 368/2001) o, come già ricordato, alla previsione dei limiti alla successione dei contratti a termine (art. 5, comma 4bis, d.lgs. n. 368/2001). Si tenta in questo modo di rendere compatibile la disciplina del contratto a tempo determinato con il rapporto di servizio tra lavoratore somministrato a tempo determinato e l'impresa utilizzatrice⁽³⁷⁵⁾.

Sebbene nella sentenza *Della Rocca* la Corte ridimensioni la portata delle conclusioni espresse nell'ordinanza *Briot* del 15 settembre 2010, C-386/09, i giudici compiono un evidente passo indietro nella definizione delle tutele dei lavoratori a tempo determinato assunti dalle agenzie di lavoro interinale rispetto alle posizioni in precedenza assunte, avendo invece paventato nella citata ordinanza, anche se per inciso, che il lavoratore interinale avrebbe potuto beneficiare di altre disposizioni del diritto dell'Unione contro l'abusivo ricorso a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, tra cui la Direttiva 1999/70/Ce (punto 36 della citata ordinanza *Briot*).

Si tratta di un passo indietro che preoccupa soprattutto in vista della probabile futura chiamata in causa della Corte di Giustizia in merito al contenuto e alla portata vincolante dell'art. 5, par. 5, della Direttiva 2008/104/Ce.

⁽³⁷⁵⁾ In tal senso V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, Torino, 2013. Sulle relazioni tra le due discipline si veda anche V. DE STEFANO, *La nuova Direttiva sul "lavoro tramite agenzia interinale" e le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione di lavoro: una comparazione con la disciplina del lavoro a termine*, in *ADL*, 2010, n. 4-5, 893.