



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Fabio Pantano

Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 72/2009



© Fabio Pantano 2009
Università di Bologna
fbpantano@gmail.com

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno¹

Fabio Pantano
Università di Bologna

1. La direttiva 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia interinale .	3
2. La fornitura di manodopera nella realtà produttiva europea e gli orientamenti del legislatore comunitario	5
3. L'intervento del legislatore comunitario sulla fattispecie interpositoria: la liberalizzazione delle restrizioni oggettive.....	7
4. La tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e la disciplina del rapporto di lavoro temporaneo: la parità di trattamento	13
5. Le deroghe	15
6. Il lavoro tramite agenzia e la sua funzione promozionale per l'occupazione stabile.....	24
7. La tutela delle condizioni di lavoro	27
8. La tutela collettiva dei lavoratori tramite agenzia interinale e i diritti di "rappresentanza"	28
9. Le misure di prevenzione degli abusi	32
10. L'impatto della disciplina comunitaria sull'interpretazione dell'art. 20, 1° c., d.lgs. n. 276/2003: verso la fine del divieto di interposizione?	34
11. Le ricadute della direttiva 2008/104/CE sulla regolamentazione interna del rapporto di lavoro.....	40
12. Il principio di parità di trattamento nel diritto interno	40

¹ Il presente contributo è destinato alla pubblicazione in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di) *Il Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Torino, Utet (in corso di pubblicazione).

13. Le clausole che impediscono la stabilizzazione del rapporto con l'utilizzatore	42
14. La rappresentanza collettiva dei lavoratori "somministrati" nel diritto interno	44
15. Il sistema sanzionatorio.....	50
Bibliografia.....	55

Fonti normative: d.lgs. 10.9.2003, n. 276 – d.lgs. 6.10.2004, n. 251 – l. 24.12.2007, n. 244 – l. 25.12.2007, n. 247 – direttiva 2002/14/CE (11.3.2002) – direttiva 104/2008/CE (19.11.2008).

1. La direttiva 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia interinale

Lo studio e l'analisi della fornitura di manodopera nell'ordinamento comunitario hanno ricevuto un radicale cambiamento di prospettiva in seguito all'emanazione della **direttiva 2008/104/CE** (19.11.2008) del Parlamento e del Consiglio «**relativa al lavoro tramite agenzia interinale**». Si tratta del primo intervento normativo organico del legislatore comunitario nella materia, finora rimessa alle determinazioni dei legislatori nazionali, peraltro con scelte assai diversificate (De Luca Tamajo 2007, 3 ss.).

La giurisprudenza comunitaria si era già pronunciata in tema di mediazione nel collocamento ed interposizione, stigmatizzando il divieto di intervento in tali ambiti per i soggetti economici privati (Corte Giust. 11.12.1997, causa C-55/96, *Job Centre II*, FI, 1998, IV, 41, con nota di Meliadò). Tuttavia, la stessa Corte di Giustizia aveva avallato la legittimità delle disposizioni nazionali indirizzate a «circoscrivere l'ambito di questa attività», giustificando, secondo parte della dottrina, la posizione di un divieto generalizzato di interposizione, con previsioni volte a garantire eccezioni in presenza di specifici e circoscritti presupposti (Carinci M.T. 2000, 34 ss.).

L'unico intervento del legislatore comunitario era stata la direttiva 91/383/CEE del Consiglio, recante misure volte a tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori aventi un rapporto di lavoro a durata determinata o un rapporto di lavoro temporaneo, il cui contenuto è lasciato invariato dalla direttiva 2008/104/CE. Con l'intervento normativo più recente, il legislatore comunitario affianca alle previsioni in materia di sicurezza un sistema organico di misure e principi di tutela delle posizioni giuridiche del prestatore di lavoro, non senza alcuni incisivi interventi sulla fattispecie interpositoria.

Come molti dei provvedimenti comunitari in materia di politica e regolamentazione sociale, la storia della direttiva 2008/104/CE è lunga e controversa (per una ricostruzione cfr. Mutarelli 2007, 567 ss.), soprattutto a causa delle rilevanti differenze presenti nei diversi ordinamenti degli Stati membri (Mutarelli 2007, 574). Il passaggio più significativo è stato la rinuncia delle parti sociali europee alla realizzazione di un accordo sul lavoro tramite agenzia interinale, avvenuta nel 21 maggio 2001 – già successivo ad un processo di consultazione avviato dalla Commissione il 27 settembre 1995 – che ha impedito l'adozione di un provvedimento fondato sulla procedura dell'art. 139 (155) Tratt. CE. Il processo di approvazione è così proseguito sul piano politico, secondo gli Orientamenti integrati per la Crescita e

l'Occupazione 2005-2008, dettati dal Consiglio a Lisbona nel marzo 2005, tesi a favorire contestualmente la flessibilità e la sicurezza occupazionale ed a ridurre la segmentazione del mercato del lavoro sulla base della procedura legislativa ordinaria disciplinata dall'art. 251 (294) Tratt. CE, in forza delle competenze attribuite al Consiglio dall'art. 137 (153) Tratt. CE (in generale sull'intervento del legislatore comunitario in materia di diritti sociali cfr. Carinci F., Pizzoferrato 2000, 281 ss.).

L'impronta dei principi dettati a Lisbona (Zappalà 2003a, 69 ss.), volti a combinare flessibilità e sicurezza attraverso la realizzazione «di nuove forme di organizzazione del lavoro e una maggiore differenziazione dei contratti» ed a «migliorare», per tale via, «la capacità di adattamento» dei lavoratori (9° considerando della direttiva 2008/104/CE) segna in modo decisivo l'impostazione della direttiva, peraltro non senza qualche incongruenza sia sul piano sistematico che su quello della politica del diritto. In particolare, spicca la valorizzazione, dichiarata nell'11° considerando, del lavoro tramite agenzia quale strumento per la conciliazione della vita privata e della vita professionale dei lavoratori dipendenti, laddove non di rado, soprattutto nelle realtà economiche più depresse, dietro all'utilizzo di tale modello negoziale si può celare lo sfruttamento di posizioni lavorative anche artificialmente precarie, con un impatto negativo sulle prospettive di benessere degli individui, delle famiglie e, di conseguenza, sulle possibilità di sviluppo del contesto produttivo e sociale. Se, in generale, il bilanciamento tra flessibilità e sicurezza è destinato a trovare il suo punto di equilibrio nella definizione di uniformi principi di tutela nel rapporto e nella liberalizzazione del ricorso al lavoro tramite agenzia quale strumento di promozione dell'occupazione stabile, per alcuni aspetti le istanze di «politica sociale» tendono ad essere sovrastate «dalla schiacciante presenza» di quelle legate alla «politica occupazionale» (v. Zappalà 2003a, 74). Ciò accade soprattutto rispetto alla tutela collettiva, dacché i lavoratori temporanei sono computati ai fini dell'accertamento delle soglie necessarie alla costituzione di organi di rappresentanza o tra i dipendenti dell'impresa utilizzatrice, ovvero tra quelli dell'agenzia, secondo le scelte dei legislatori nazionali. Al contrario, un'effettiva protezione degli interessi collettivi dei prestatori d'opera interinali richiederebbe la sponsorizzazione dell'influenza da essi esercitata sulle relazioni industriali di entrambe le realtà produttive, in quanto in entrambe la loro posizione comporta peculiari esigenze di tutela legate alle caratteristiche specifiche della prestazione lavorativa resa tramite agenzia. In tal senso, la prospettiva del legislatore comunitario, incentrata sullo spostamento nell'ambito del rapporto delle posizioni soggettive di tutela del lavoratore, è incompleta, in quanto priva di un elemento centrale sul piano sistematico per la

protezione degli interessi dei lavoratori, quale la promozione di una rappresentanza collettiva effettiva ed efficace.

2. La fornitura di manodopera nella realtà produttiva europea e gli orientamenti del legislatore comunitario

La direttiva 2008/104/CE è indirizzata alla costituzione di «un **quadro armonizzato a livello comunitario per la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale**» (23° considerando), sulla base del principio di sussidiarietà. L'intervento normativo del legislatore comunitario prende le mosse dalla «**grande diversità**» che **caratterizza la «posizione giuridica, lo status e le condizioni di lavoro dei lavoratori tramite agenzia»** nei differenti paesi dell'Unione europea (10° considerando). In effetti, la disciplina giuridica riservata dagli ordinamenti interni alla fornitura professionale di manodopera è assai diversificata. Tuttavia, vi sono alcuni tratti comuni, quanto meno se si tengono in considerazione i paesi dell'Europa occidentale, nella maggior parte dei quali il lavoro tramite agenzia riceve una specifica regolamentazione. In tali Stati trova applicazione il principio di parità di trattamento (Arrowsmith 2006, 17 ss.). Non manca, tuttavia, qualche rilevante eccezione (Speziale, 2009), tra cui spicca quella del Regno Unito, e che ha giustificato l'opposizione inglese all'adozione della direttiva (cfr. Mutarelli 2007, 574). I lavoratori temporanei sono quasi sempre considerati assunti dall'agenzia, pur prestando la propria attività sotto il potere direttivo ed organizzativo dell'impresa utilizzatrice. Fanno eccezione, per tale aspetto, il Regno Unito e l'Irlanda. In particolare, in quest'ultimo ordinamento i lavoratori tramite agenzia sono considerati assunti dall'impresa utilizzatrice (Arrowsmith 2006, 18). Permangono, tuttavia notevoli disparità, ad esempio per quanto attiene alla possibilità di stipulare contratti di lavoro a tempo indeterminato con le agenzie; i presupposti che autorizzano il ricorso al lavoro tramite agenzia; il sistema sanzionatorio.

Data l'ampia diversificazione delle discipline statali nella regolazione dell'interposizione e delle conseguenze giuridiche relative alla sua illegittima realizzazione, l'intervento normativo del legislatore comunitario è incentrato sulla regolazione del rapporto di lavoro, tramite la costituzione «di **un quadro normativo che tuteli i lavoratori tramite agenzia che sia non discriminatorio, trasparente e proporzionato**», appunto, «**nel rispetto della diversità dei mercati del lavoro e delle relazioni industriali**». Trova ampia applicazione il principio di **parità di trattamento**, nelle sue diverse declinazioni, il quale dovrebbe assicurare **un livello minimale di protezione ai lavoratori tramite agenzia** ed **evitare che alla creazione di maggiori spazi di**

flessibilità nelle forme negoziali per l'assunzione corrisponda un'effettiva precarizzazione del lavoro con un radicale abbassamento delle tutele. Tale previsione non è destinata ad avere un effetto dirompente negli ordinamenti dei Paesi membri dell'Europa occidentale, che, nella maggior parte dei casi, già garantiscono ai lavoratori tramite agenzia lo stesso trattamento economico e normativo rispetto ai lavoratori assunti presso l'utilizzatore.

Tuttavia, allo spostamento del baricentro dell'intervento regolativo operato dal legislatore comunitario verso l'armonizzazione della normativa sul rapporto di lavoro non è corrisposto un totale disinteresse per la fattispecie interpositoria. Al contrario, ad una prima lettura, le previsioni della direttiva 2008/104/CE non sembrano prive di effetti sulle norme che regolano le relazioni negoziali tra agenzia ed impresa utilizzatrice. Secondo le indicazioni del 18° considerando, «il miglioramento della base minima di tutela (...) dovrebbe essere accompagnato da un **riesame delle eventuali restrizioni o divieti imposti al ricorso al lavoro tramite agenzia interinale**». Dà attuazione a tale enunciazione l'art. 4, direttiva 2008/104/CE, secondo le cui disposizioni, restrizioni e divieti «sono giustificati soltanto da **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, § 1, direttiva 2008/104/CE). Il legislatore comunitario impone agli Stati membri di riesaminare «le restrizioni o i divieti sul ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di accertarne la fondatezza» (art. 4, § 2, direttiva 2008/104/CE). Restano ferme le norme sui «requisiti nazionali in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di lavoro interinale» (art. 4, § 4, direttiva 2008/104/CE).

Nonostante alcune difficoltà esegetiche, tale disposizione non è priva di impatto sull'assetto generale delle normative interne che regolano l'accesso al lavoro tramite agenzia, in quanto il legislatore comunitario sembra perseguirne una più estesa liberalizzazione. Limitazioni e divieti all'utilizzo della fornitura di lavoro costituiscono **specifiche eccezioni**, da giustificare sulla base di un numero preciso ed esaustivo di ragioni, al di fuori delle quali la fornitura di manodopera non può essere limitata.

3. L'intervento del legislatore comunitario sulla fattispecie interpositoria: la liberalizzazione delle restrizioni oggettive

Se, sulla base di una prima lettura, le disposizioni dell'art. 4, direttiva 2008/104/CE sembrano in grado di imporre un'incisiva liberalizzazione del ricorso al lavoro tramite agenzia, soprattutto per quei paesi caratterizzati da una regolamentazione più restrittiva (Contouris, 2009, 336), la loro reale portata innovativa deve essere indagata con prudenza e ponderazione. Infatti, come spesso accade nelle disposizioni di armonizzazione, l'ampia formulazione delle eccezioni e la loro indeterminatezza riduce l'influenza che in concreto le scelte del legislatore comunitario esercitano sugli ordinamenti interni.

In effetti, l'art. 4 è una disposizione complessa, destinata a tenere in considerazione istanze e situazioni di fatto spesso tra di esse assai discordanti e non sempre conciliabili. Se, da un lato, essa mira al contemperamento fra flessibilità e sicurezza auspicato negli Orientamenti integrati per la Crescita e l'Occupazione espressi a Lisbona, dall'altro, sconta la vischiosità degli ordinamenti interni rispetto ai processi di armonizzazione dei modelli negoziali per l'acquisizione di manodopera, connessa ai risvolti socio-culturali legati a tali fenomeni ed alla tradizionale diversificazione dei sistemi giuridici, produttivi e di relazioni industriali. Il risultato è una disposizione che, pur attivando un necessario processo di rivisitazione o, quantomeno, di verifica delle normative interne, imponendo la rimozione di «divieti» e «restrizioni» per il ricorso al lavoro tramite agenzie (per un'analisi delle tipologie di limiti apponibili al ricorso al lavoro tramite agenzia v. Carabelli 1999, 60 ss.), d'altra parte, prevede eccezioni che si prestano a letture assai lasche, tali da sminuire la portata della disposizione.

Un'impostazione sistematica non sembra consentire un'interpretazione estensiva delle eccezioni poste nella seconda parte dell'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE. Infatti, con l'espressione «ragioni di interesse generale» il legislatore comunitario non pare riferirsi alla necessità di tutelare l'interesse dei singoli ad un rapporto di lavoro stabile o la realizzazione delle posizioni creditorie del lavoratore all'interno del rapporto. Al contrario qui si trascende la dimensione individuale, per incidere su **interessi di carattere pubblico**, quali appunto **la tutela della sicurezza sul lavoro, la prevenzione degli abusi ed il funzionamento del mercato del lavoro**, che richiamano **la trasparenza e la correttezza delle dinamiche del sistema economico-produttivo**.

Peraltro, nell'assetto complessivo della direttiva, la tutela del lavoro all'interno del fenomeno interpositorio sembra tutta incentrata sulla previsione di livelli minimi uniformi di regolazione del rapporto, quali appunto il principio di parità di trattamento e la tutela della sicurezza (già assicurata dalla direttiva 91/383/CEE), nonché sulla disposizione dell'art. 4, § 4, che lascia «impregiudicati i requisiti nazionali in materia di regolazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di lavoro interinale». Infatti, da un lato sono previste posizioni creditorie a favore dei lavoratori temporanei, al fine di equiparare la loro condizione di tutela a quella dei lavoratori alla diretta dipendenza dell'impresa utilizzatrice; dall'altro, si pongono le premesse per la loro realizzazione assicurando, attraverso il mantenimento dei sistemi di autorizzazione, la solvibilità e la "serietà" professionale dei soggetti che svolgono l'attività interpositoria.

Si rileva che l'esigenza di creare un quadro normativo che preveda un adeguato livello di tutela ridimensiona la portata "deregolativa" dell'art. 4 della direttiva, che deve essere interpretata alla luce degli obiettivi della strategia europea per l'impiego (Zappalà 2003b, 13 ss.). Tale osservazione, per quanto corretta, non può tuttavia indurre a minimizzare, fino al punto da renderlo irrilevante sul piano positivo, un contenuto precettivo che emerge chiaramente dalla lettera del testo normativo, seppur con ampi margini di modulazione. Per di più che la creazione di un adeguato quadro di tutela dei lavoratori temporanei e la rimozione delle limitazioni di natura oggettiva al suo utilizzo non appaiono, alla luce sia dei considerando che del testo normativo, quali istanze contrapposte. Al contrario, essi sembrano costituire le due facce di una stessa medaglia. Infatti, la creazione di un *plafond* minimo di diritti previene l'utilizzo dei maggiori spazi di flessibilità quali strumenti di *dumping* sociale (sulla funzione del principio di parità di trattamento quale misura di prevenzione contro fenomeni di *dumping* sociale cfr. Barbera 2009, 23; Mutarelli 2007, 570; Speciale 2006, 15 ss.). La garanzia di diritti equiparabili a quelli dei lavoratori assunti in modo permanente ed alle dirette dipendenze dell'utilizzatore è intesa ad impedire un'incontrollata estensione dell'utilizzo del lavoro temporaneo soltanto al fine di ridurre i costi legati all'impiego di manodopera (sottolinea tale funzione del principio di parità di trattamento nel diritto interno Carinci M.T. 2008, 64). Nell'ottica del legislatore comunitario, il margine – comunque non eliminabile – di maggiore "convenienza" per l'imprenditore, legato alla possibilità di sottrarsi alla stabilità del rapporto a tempo indeterminato, è compensato dagli effetti di promozione dell'occupazione connaturati ad un ricorso più flessibile al lavoro tramite agenzia (cfr. Massimiani 2008, 12).

Il contemperamento tra le esigenze di flessibilizzazione del mercato del lavoro e di tutela del lavoro si realizza a discapito delle limitazioni di carattere oggettivo alla realizzazione della fattispecie interpositoria. Tale assetto è reso esplicito più volte dal legislatore comunitario. Ad esempio, nel 2° considerando, laddove, con riferimento all'art. 7 della Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori, si chiarisce come «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori della Comunità europea» debba avvenire mediante processi di armonizzazione in senso migliorativo della disciplina di forme di lavoro non *standard* quali quello a tempo determinato, temporaneo e stagionale. Peraltro, il 18° considerando, secondo la prospettiva esegetica qui enunciata, mette in diretta correlazione il «miglioramento della base minima di tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale» al riesame «delle eventuali restrizioni o divieti imposti al ricorso al lavoro tramite agenzia».

La scelta del legislatore comunitario per la liberalizzazione, quanto meno rispetto alle restrizioni oggettive di carattere causale, appare giustificata dalla funzione di catalizzare «la creazione di posti di lavoro» e la «partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato» (11° considerando), riconosciuta al lavoro tramite agenzia. Quindi, **la rimozione delle restrizioni causali** si giustifica per via della funzione positiva attribuita alla flessibilizzazione delle forme contrattuali ed, in particolare, al lavoro tramite agenzia quale **strumento di incentivazione dei livelli occupazionali**; essa non fa di tale forma di impiego un'alternativa al lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore, ma mira ad utilizzare il primo quale strumento per l'incremento del secondo. Non possono quindi essere condivise letture che giustificano il presunto parallelismo tra flessibilizzazione delle forme negoziali di assunzione e riduzione degli *standard* di protezione dei lavoratori subordinati.

Si rileva con esattezza che ai legislatori interni non è richiesta l'eliminazione tout court di tutte le restrizioni ed i divieti (Zappalà 2003b, 14). Tuttavia, la prospettiva adottata non è tanto quella di verificare se gli ordinamenti possiedono gli «anticorpi» necessari a «rendere il più alto livello di flessibilità tollerabile e coerente con la finalità di assicurare la qualità del lavoro» (Zappalà 2003b, 14). Semmai, è necessario che le restrizioni ed i divieti già esistenti non costituiscano impedimenti «ingiustificati» al ricorso al lavoro tramite agenzia in relazione agli interessi di carattere generale enunciati nell'art. 4, § 1.

Tale prospettiva appare corroborata dai recenti sviluppi nell'interpretazione del termine «*flexicurity*» nell'ambito dell'ordinamento comunitario, anche alla luce del recente rapporto

dell'*European Expert Group on Flexicurity* nominato dalla D.g. Occupazione, Affari sociali e pari Opportunità della Commissione europea. «Non si può più pensare ad una fase "uno" in cui si perseguono le strategie di flessibilità, e ad una fase "due" in cui la ottenuta flessibilità viene poi temperata o resa più mite dalle politiche di sicurezza»; al contrario, «le politiche devono ispirarsi all'una e all'altra filosofia e devono pertanto sincronizzarsi, anche perché perseguite sia nell'interesse dei lavoratori sia dei datori di lavoro» (Caruso, Massimiani 2008, 8 e 9; v. anche Massimiani 2008, 9 ss.). Se la «flessibilità dei mercati, delle organizzazioni lavorative e dei rapporti di lavoro» costituisce uno dei cardini delle politiche comunitarie ispirate al principio della «*flexicurity*», la stessa flessibilità non può essere guardata con timore e come un male indispensabile del quale bisogna contenere gli inevitabili effetti collaterali; quantomeno in tal modo essa non è vista dal legislatore comunitario, con inevitabili ricadute sul piano esegetico. L'accentuazione delle tutele nel rapporto e la loro equiparazione in via indipendente dalla natura del modello negoziale di assunzione, *standard* o *non standard*, costituisce la presa d'atto da parte del legislatore comunitario del fatto che la tutela del lavoratore non avviene sul piano dell'irrigidimento dei modelli di assunzione – quindi, per quanto attiene al lavoro tramite agenzia, nelle restrizioni causali di carattere oggettivo –, ma nella regolamentazione delle tutele attraverso la **definizione di posizioni giuridiche paritarie** (per un'analogia impostazione cfr. Speciale 2006, 51 ss.). Invece, un limite sostanziale alla piena operatività dei processi di liberalizzazione, connaturati a politiche sociali di *flexicurity*, risiede, per alcuni ordinamenti europei (tra i quali senz'altro quello italiano) nell'assenza di un sistema efficace di ammortizzatori sociali, in grado di assistere il lavoratore nelle fasi in cui resta privo di impiego (Caruso, Massimiani 2008, 12; Massimiani 2008, 13).

È alla luce di queste osservazioni che devono essere interpretate le giustificazioni enucleate dal legislatore comunitario, in particolare quella fondata sulla «tutela dei lavoratori tramite agenzia», che sembrerebbe riportare il profilo della protezione dei lavoratori temporanei nell'ambito della regolazione attribuita alla fattispecie interpositoria.

Non possono essere ritenute legittime limitazioni di carattere oggettivo, fondate su una aprioristica portata lesiva del lavoro tramite agenzia in sé e per sé rispetto alla tutela dei lavoratori. Tale questione è risolta sul piano sistematico dal legislatore comunitario spostando il baricentro della tutela sul rapporto e mantenendo comunque legittime le limitazioni di carattere soggettivo. Al contrario, appare valorizzata la **funzione antifraudolenta delle limitazioni**. In sostanza, il legislatore comunitario sembra autorizzare le restrizioni ed i divieti laddove siano

volti ad impedire la realizzazione di finalità elusive, per intaccare normative inderogabili di tutela del lavoratore. In tale prospettiva possono essere ricondotte alla «tutela dei lavoratori tramite agenzia», ad esempio, le disposizioni che dichiarano l'illegittimità di clausole (nel contratto con l'agenzia o nel contratto di lavoro) volte ad impedire l'assunzione del lavoratore interinale da parte dell'impresa utilizzatrice.

Né la disposizione dell'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE può essere interpretata in maniera troppo rigida. In particolare, non deve ritenersi che le eventuali limitazioni introdotte debbano essere ricondotte in maniera schematica ad una soltanto delle giustificazioni enucleate. Come nell'esempio cui si è appena fatto riferimento, una stessa previsione restrittiva può essere ricondotta, contestualmente, alla «tutela dei lavoratori», al «buon funzionamento del mercato del lavoro» ed alla «prevenzione di abusi». Le differenti giustificazioni non devono essere considerate come enunciazioni autonome indipendenti l'una dall'altra, ma quali differenti declinazioni di uno stesso principio, per il quale le limitazioni consentite sono quelle volte ad **impedire l'utilizzo fraudolento del lavoro tramite agenzia**.

Tale impostazione pare tutt'altro che peregrina, anche alla luce di alcuni orientamenti assunti da dottrina più o meno recente (Ratti 2009, 4 ss.; Corazza 2004, spec. 109 ss.; Lo Faro 2003, 67 ss.). Si è rilevato come la contemporanea realtà produttiva, sia a livello interno che internazionale, mal si presti ad essere incasellata nelle tradizionali rielaborazioni giuridiche del fenomeno interpositorio, tese ad accentuare l'«ineluttabile tensione tra il consolidato disvalore giuridico della interposizione e il sempre più affermato valore economico dell'esternalizzazione» (l'espressione è di Lo Faro 2003, 69). È proprio la rigida contrapposizione di derivazione civilistica, appalto di manodopera e interposizione [cfr. Carinci M.T. 2007, 1029 ss., che pure rileva dubbi sull'effettività della tutela posta dall'attuale sistema positivo rispetto a «contratti commerciali formalmente fra pari, che però garantiscono un'intensa integrazione giuridica (...) e stigmatizzano spesso una situazione di dipendenza economica fra le parti»; Benedetti 1965, 1492 ss.], a segnare il passo rispetto ad una realtà economica ormai caratterizzata dal massiccio utilizzo di processi di esternalizzazione ed internalizzazione ed ad essere messa in crisi, nel diritto interno italiano, dal legislatore, il quale valorizza la qualificazione formale data dall'autonomia individuale rispetto alla ricostruzione della fattispecie sulla base dei canoni interpretativi dell'art. 1362, 2° c., c.c., (cfr. Carinci F. 2007, 70, spec. con riferimento alla disciplina del trasferimento di ramo d'azienda posta all'art. 2112 c.c., come rinnovato dall'art. 32, d.lgs. n. 276/2003).

La dottrina sociologica (v., anche per ulteriori riferimenti, Salento 2006, 484, ss.), dimostra come si riveli fallace la valorizzazione dell'esercizio del potere direttivo per la distinzione tra appalto genuino ed interposizione (cfr. Speciale 2006, 36 ss; Scarpelli 2004, 151). Ciò per via dei fenomeni di «integrazione contrattuale» e di aggregazione dell'assetto proprietario o, comunque, del controllo sociale sulle imprese di uno stesso gruppo, tali da creare un'evidente scissione tra l'impresa che esercita i poteri formalmente riconosciuti al datore di lavoro – quindi anche il potere direttivo – e quella che gestisce l'«organizzazione» dell'attività produttiva (cfr. Speciale 2009, 8 ss.; Ratti 2009, 23 ss.; Corazza 2004, 91 ss.; Lo Faro 2003, 47 ss.).

Peraltro, alcuni orientamenti, oramai sempre più diffusi nella dottrina europea (Ratti 2009, 33 ss.; Freedland, Kountouris 2008, spec. 37 ss.; Freedland 2006, 9 ss.), spingono verso una rimodulazione del "paradigma" del contratto di lavoro subordinato attraverso l'elaborazione di modelli più flessibili, nei quali al centro della identificazione del sistema di regolamentazione si pongano la figura del prestatore di lavoro ed, in primo luogo, le sue esigenze di tutela, in via indipendente dalla natura del datore o dal numero dei soggetti tra i quali si divide l'esercizio dei poteri connessi a tale figura. Anche nel diritto interno italiano, come rilevato con un'immagine suggestiva, l'idea di un datore «ammesso ad un *self service*, dove lo stesso piatto "lavoro subordinato" viene cucinato in modo da poter essere condito in molte salse e mangiato al di fuori di un *menù* fisso, che preveda l'inserzione in una "impresa" o "azienda", intesa fisicamente», «destabilizza un punto fermo del diritto del lavoro, quello della coincidenza del titolare del contratto e dell'utilizzatore della prestazione» (Carinci F. 2007, 67 e 69). Quindi, la «dissociazione tra titolarità del rapporto di lavoro e sua effettiva utilizzazione» costituisce nell'attuale sistema economico un «carattere fisiologico delle attività produttive» (Speciale 2006, 35), ovvero «un elemento di sistema» (Barbera 2009, 18).

Si rileva, opportunamente, che, semmai, è il «susseguirsi senza posa di contratti temporanei» a costituire l'«"inferno" lavorativo ed esistenziale» che richiama forme intense di tutela sul piano positivo, non la disgiunzione tra datore di lavoro formale ed utilizzatore, che, al contrario, appare conforme ad esigenze di adeguamento dell'ordinamento ad un fisiologico processo di evoluzione del sistema economico-produttivo (Barbera 2009, 25). Quindi, è proprio nella preferenza per il lavoro a tempo indeterminato su quello a tempo determinato – oggetto sia di enunciazioni di principio (15° considerando), sia di specifiche previsioni normative (cfr. *infra*) nella direttiva 2008/14 – che può essere individuato un piano di convergenza tra le prospettive di tutela del prestatore di

opere nella disciplina del lavoro a termine e del lavoro temporaneo, comunitaria e nazionale.

Tali ricostruzioni pongono in crisi l'impostazione, ormai tradizionale in Italia, per la quale l'imputazione del rapporto grava su colui che utilizza la prestazione ed ogni deviazione da tale modello costituisce un'eccezione a tale regola generale, la quale potrebbe far protendere per un'interpretazione restrittiva dell'art. 4, direttiva 2008/104/CE (v. Speciale, 2009; 25; Carinci M.T. 2004, 13 ss.; Carinci M.T. 2000, 32 ss.; cfr. Mazzotta 1979, 265 ss.; cfr. la recente pronuncia della Corte di Cassazione, Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, *ADL*, 2007, 1011 ss., con nota di Carinci M.T.).

4. La tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e la disciplina del rapporto di lavoro temporaneo: la parità di trattamento

Nella direttiva 2008/104/CE, la riduzione delle restrizioni di carattere oggettivo è connessa all'individuazione di principi di tutela destinati a trovare applicazione nella disciplina del rapporto di lavoro. Di conseguenza, la maggior parte delle disposizioni della direttiva 2008/104/CE è dedicata alla regolazione di tali principi e, quindi, alla previsione di norme volte a disciplinare il rapporto, senza che questo debba far perdere di vista l'assetto complessivo dell'intervento regolativo.

Tra i principi di regolamentazione del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'agenzia assume rilievo preminente il **principio di parità di trattamento**, posto dall'art. 5 della direttiva (sul principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario cfr. Barbera 2007, XLII ss.). Secondo il § 1 di tale disposizione, «per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro». La declinazione di tale principio è chiara: si tratta dell'applicazione del principio di parità di trattamento tra lavoratori tramite agenzia e lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore a parità di mansioni.

L'individuazione di quali siano, in concreto, le condizioni che devono essere garantite in maniera paritaria ai lavoratori tramite agenzia ed ai dipendenti dell'utilizzatore richiede una lettura coordinata dell'art. 3, § 1, lett. f), direttiva 2008/104/CE e dell'art. 5, § 1, lett. a) e b) dello stesso art. 5. Infatti, la prima delle disposizioni citate fornisce la definizione di «**condizioni di base di lavoro e d'occupazione**» riferendola all'«**orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le**

pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi» ed alla «retribuzione». L'art. 5, § 1, specifica che, comunque, ai fini dell'applicazione del principio di parità di trattamento «devono essere rispettate a norma di quanto stabiliscono le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, i contratti collettivi e/o le altre disposizioni di portata generale,» «la **protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento e la protezione dei bambini e dei giovani; e la parità di trattamento fra 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».**

La lettura coordinata delle due disposizioni conduce ad una definizione molto ampia dell'ambito di applicazione del principio di parità di trattamento. Esso infatti va ad incidere su quasi tutti gli istituti del rapporto, a partire da tutti gli istituti legati, in senso lato, all'orario di lavoro ed alla retribuzione, comprese le sospensioni connesse allo svolgimento delle funzioni di cura all'interno del nucleo familiare (Gottardi 2003, 651 ss.; Miscione M. 2001).

Per la verità, si deve precisare che il principio di «parità di trattamento», così come inteso nella direttiva 2008/104/CE, ha la conformazione di un divieto di discriminazione (cfr. Zappalà 2003a, 97), in quanto proibisce le differenziazioni fondate sulla diversa natura del modello negoziale di assunzione. D'altra parte, non sarebbe concepibile una diversa interpretazione, dacché, data l'inesistenza nella maggior parte dei paesi europei, e nello specifico in Italia, di un principio di parità di trattamento per i lavoratori del settore privato, non è affatto detto che agli stessi lavoratori assunti alle dipendenze dell'utilizzatore siano concessi trattamenti economici e normativi eguali a parità di mansioni. Semmai, la differenza risiede probabilmente nell'onere della prova. Infatti, nel nostro caso, non deve essere richiesto al lavoratore di dimostrare l'intento discriminatorio, ma, al contrario, è il datore di lavoro (quindi l'agenzia) a dover motivare l'applicazione di un trattamento differente.

Inoltre, alla luce di tali osservazioni, appare ragionevole che il giudizio di comparazione avvenga non in relazione ai trattamenti in concreto applicati ai singoli lavoratori, ma rispetto al contratto di lavoro applicato nell'unità produttiva di riferimento. Infatti, soprattutto per quanto attiene ai trattamenti retributivi, l'eventuale discriminazione non può essere determinata in base ai trattamenti individuali riservati ai singoli che, nelle deroghe *in melius*, non possono essere tenuti in considerazione quale parametro di riferimento. Potrebbero sorgere problemi interpretativi laddove nell'unità produttiva di riferimento non

fosse applicato alcun contratto collettivo. Certo, anche in questo caso, è onere dell'agenzia dimostrare le motivazioni delle differenze nei trattamenti, partendo dalla presunzione *iuris tantum* di una "identità di trattamento" (*contra* Zappalà 2003a, 96). In tal caso, spetterebbe al giudice verificare quali tra i trattamenti attribuiti ai lavoratori siano riconosciuti *intuitu personae* ai prestatori d'opera in forza di specifiche caratteristiche di natura soggettiva.

5. Le deroghe

Accanto all'enunciazione, in forma ampia, del principio di parità di trattamento, il legislatore comunitario prevede ampie **possibilità di deroga**, sulla base di presupposti specificati in maniera più o meno precisa. Qui l'applicazione di una lettura restrittiva delle deroghe – anche laddove le clausole confezionate dal legislatore paiono più lasche – pare necessaria e, soprattutto, coerente con l'assetto generale della direttiva 2008/104/CE, che riversa quasi per intero sulle norme di regolazione del rapporto di lavoro il peso della tutela del lavoro tramite agenzia.

La prima deroga è contenuta nel § 2 dell'art. 5, ed attiene alla «retribuzione». In particolare, «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 a un'agenzia interinale continuino a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra». Tale previsione è "anticipata" nel 15° considerando, laddove si chiarisce, senza, per la verità, alcun effetto precettivo, che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro», aggiungendo poi che «nel caso dei lavoratori legati all'agenzia interinale da un contratto a tempo indeterminato, tenendo conto della particolare tutela garantita da tale contratto, occorrerebbe prevedere la possibilità di derogare alle norme applicabili nell'impresa utilizzatrice».

In primo luogo, occorre osservare che, alla luce dell'evidente interconnessione tra le due disposizioni, il principio espresso dalla prima parte del 15° considerando non richiama una presunta "normalità" del lavoro, per così dire, *standard* rispetto a quello *non standard*, riportando all'interno di tale ultima nozione anche il lavoro tramite agenzia. Al contrario il riferimento è proprio alla durata del rapporto in senso stretto, sancendo quindi una direttrice esegetica – ma anche normativa in quanto indirizzata agli Stati membri – di favore verso la costituzione di rapporti a tempo indeterminato con l'agenzia. Sembra quindi che con tale disposizione il legislatore comunitario riproponga nell'ambito del rapporto di lavoro tra agenzia e lavoratore lo stesso principio presente nella

direttiva 99/70/CEE sul lavoro a termine, peraltro avvalorando l'idea che un analogo rapporto regola-eccezione non valga nella diade lavoro *standard* e lavoro tramite agenzia.

Tale lettura dovrebbe indurre ad abbandonare quelle impostazioni interpretative secondo le quali, nell'ordinamento italiano, sussisterebbe un collegamento negoziale tra il contratto di somministrazione ed il rapporto di lavoro a termine alle dipendenze dell'agenzia (favorevole a tale impostazione è Ichino 2004, 291 ss.). Al contrario, la fornitura di manodopera dovrebbe "normalmente" avvenire attraverso l'invio di lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato, secondo quanto emerge dall'interpretazione sistematica della direttiva 2008/104/CE. La necessaria integrale applicazione della normativa sul lavoro a termine al rapporto tra lavoratore ed agenzia impone che la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia **giustificata in modo preciso**, con l'individuazione di **specifiche causali** che legittimino la deviazione dalla regola generale della prevalenza del rapporto a tempo indeterminato, le quali **non possono senz'altro coincidere con quelle dedotte nel contratto di somministrazione**. Per lo stesso ordine di ragioni, è lecito dubitare della legittimità di quelle disposizioni che autorizzano vistose deroghe, per il rapporto alle dipendenze dell'agenzia di lavoro interinale, alle restrizioni poste dal legislatore (sia quello comunitario, che quello interno) nell'utilizzo del lavoro a termine, specie per quanto attiene alla disciplina della proroga o alla reiterazione dei contratti (cfr. *infra*, § 10.2.9.2.).

L'art. 5, § 2, direttiva 2008/104/CE giustifica la facoltà di **deroga al principio di parità di trattamento in materia di «retribuzione» sulla base della posizione di più incisiva o «particolare tutela»** (15° considerando) **insita nel rapporto a tempo indeterminato**. La deroga è ammessa soltanto nel caso in cui i lavoratori siano «retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra». Qui l'elemento in grado di sollevare le maggiori incertezze è legato al significato da attribuire alla parola «retribuito»; in particolare, vi è da chiedersi se debba considerarsi tale il lavoratore che durante i periodi nei quali non è "in missione" riceva una mera indennità di disponibilità. La questione deve essere risolta in relazione alla legislazione interna e della contrattazione collettiva applicabile. È infatti evidente che in presenza di un'indennità di disponibilità quantitativamente assai ridotta in proporzione alla retribuzione comunemente percepita dal lavoratore durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, sulla base della propria professionalità e quindi delle mansioni in concreto svolte durante le missioni, non si può ritenere realizzata quella «particolare tutela», che, nella *ratio* sottesa all'art. 5, § 2, direttiva 2008/104/CE, giustifica il

trattamento derogatorio (per una diversa interpretazione v. Zappalà 2003a, 98).

Pare ragionevole ritenere che il riferimento all'eventualità che il lavoratore sia «retribuito» nel periodo in cui non è attribuito ad alcuna missione implichi che egli possa comunque **svolgere la propria attività lavorativa anche in favore dell'agenzia di somministrazione**, come ritenuto legittimo, peraltro, da parte della dottrina anche italiana (Ichino 2004, 292). È la stessa preferenza accordata dal legislatore comunitario al rapporto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'agenzia che induce a ritenere legittima tale eventualità. Non sarebbe ragionevole favorire tale forma di rapporto di lavoro limitando poi, nel suo ambito, la possibilità di svolgere in concreto la prestazione lavorativa, a detrimento anche del lavoratore. Inoltre, un siffatto approccio si porrebbe in contrasto con la ricerca di maggiori spazi di flessibilità per l'organizzazione del lavoro imposta dalla *flexicurity*.

L'art. 5, § 2, direttiva 2008/104/CE prevede che l'eventuale deroga al principio di parità di trattamento debba comunque essere preceduta dalla «consultazione delle parti sociali». La direttiva non pone ulteriori specificazioni su quali siano le organizzazioni da consultare. Si deve ritenere che sul punto sia attribuita piena discrezionalità ai governi degli Stati membri, secondo le proprie tradizioni e prassi di concertazione e dialogo sociale.

Elementi di incertezza possono sorgere anche in relazione a quali siano gli istituti del rapporto che possono costituire oggetto di deroga. L'art. 3, § 2, specifica che «la direttiva lascia impregiudicate le definizioni di retribuzione, contratto di lavoro, rapporto di lavoro o lavoratore, contenute nella legislazione nazionale». Quindi, è dubbio rispetto a quali elementi del trattamento economico del lavoratore il legislatore possa prevedere la non applicazione del principio di parità di trattamento. Ad esempio, l'ordinamento italiano non possiede una definizione univoca di retribuzione; tale nozione, deve essere dedotta dalla normativa specifica dell'istituto nel quale viene in considerazione, secondo le indicazioni esplicite in essa contenute o l'interpretazione sistematica. È quindi auspicabile che, in sede di adattamento, il legislatore nazionale fornisca una specifica definizione degli istituti del trattamento retributivo oggetto della deroga.

In ogni caso, la centralità delle tutele nel rapporto, nella direttiva 2008/104/CE, impone una lettura restrittiva di qualunque facoltà di deroga al principio di parità di trattamento concessa dal legislatore comunitario. Quindi, in relazione all'art. 5, § 2, **non possono essere ritenute ammissibili deroghe incisive riguardanti elementi fondamentali della retribuzione, quali l'applicazione dei**

trattamenti minimi tabellari garantiti dai contratti collettivi. Va infatti ricordato che, in via generale per quanto il principio non sia richiamato in modo specifico nella disposizione in commento, la direttiva deve comunque garantire ai lavoratori tramite agenzia interinale un «quadro normativo (...) che sia non discriminatorio, trasparente e proporzionato».

Una più ampia ed incisiva possibilità di deroga al principio di parità di trattamento è concessa dall'art. 5, § 3 il quale dispone che gli Stati membri possono, sempre dopo aver consultato le parti sociali, «accordare loro, al livello appropriato e alle condizioni da esse 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».

Come emerge *de plano* dalla lettera della disposizione, la facoltà di deroga qui disciplinata assume carattere alternativo e residuale rispetto a quelle previste per i lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato. Viene meno la situazione di maggior sicurezza propria del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, che, nella disposizione precedente, giustifica il trattamento differenziato. Tant'è che, in questo caso, la possibilità di introdurre la deroga è rimessa alla contrattazione collettiva. Peraltro, da tale previsione è lecito dedurre che nel caso dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dall'agenzia l'autorizzazione della deroga da parte della contrattazione collettiva non sia necessaria e la sua applicazione sia rimessa all'autonomia negoziale individuale. Ciò induce a qualche riflessione dubitativa. Infatti, per quanto la posizione del lavoratore a tempo indeterminato possa essere considerata "più tutelata", tale maggiore tutela non può essere ritenuta idonea ad attestare la genuinità dell'eventuale accettazione.

La direttiva rimette agli Stati membri la determinazione del livello di contrattazione adeguato per la previsione delle eventuali deroghe. Pare ragionevole ritenere che il livello più appropriato sia quello **decentrato territoriale**, che, come peraltro già rilevato in dottrina (Corazza 2004, 119), si presta maggiormente a confrontarsi con le peculiarità del lavoro tramite agenzia. Infatti, in base all'art. 5, § 3, tramite la contrattazione territoriale, potrebbero essere introdotte deroghe al principio di parità di trattamento volte ad incentivare l'aumento dei livelli occupazionali in zone particolarmente svantaggiate. Anche per il § 3 valgono le osservazioni proposte in generale per l'art. 5, ed in particolare per il § 2, in merito alla necessità di una lettura restrittiva delle deroghe al principio di parità di trattamento. Pertanto, non pare ipotizzabile l'attribuzione alla

contrattazione collettiva di una facoltà di deroga in bianco, al contrario si deve ritenere che il legislatore debba predefinire **ambiti e motivazioni a fronte dei quali l'autonomia collettiva possa prevedere trattamenti differenziati anche per i lavoratori tramite agenzia a tempo determinato**. In ogni caso, anche qualora il legislatore non preveda tali limitazioni per la contrattazione collettiva, quest'ultima dovrà porre restrizioni all'applicazione in concreto delle deroghe, definendo le «condizioni» in presenza delle quali esse possono divenire operative, come previsto in modo esplicito dall'art. 5, § 3, direttiva 2008/104/CE.

L'ambito delle deroghe previste da tale ultima disposizione è ben più ampio di quello previsto nella precedente. Qui differenziazioni possono essere previste in generale per le «condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale». Oltre alle norme sul trattamento retributivo **possono essere derogate quelle sul trattamento normativo** in relazione agli istituti legati all'orario, come declinati dall'art. 3, § 1, lett. f), punto i, della direttiva. Restano esclusi dalla deroga la regolamentazione attinente alla protezione delle donne in gravidanza e in periodo di allattamento e la protezione dei giovani e dei bambini, nonché quelle sulla parità di trattamento tra uomini e donne e le norme antidiscriminatorie, sia per quanto attiene ai divieti che alle azioni positive.

La previsione successiva, al § 4 dello stesso articolo, stabilisce che «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». La *ratio* della norma è evidente. Posto che il presupposto per gli interventi di flessibilizzazione rimessi alla contrattazione collettiva è l'esistenza di un sistema (di diritto positivo, giurisprudenziale o di prassi) che ne garantisca l'applicazione generalizzata, il legislatore comunitario vuole impedire che agli Stati privi di tali meccanismi giuridici sia preclusa la possibilità di derogare al principio di parità di trattamento, come declinato dal § 1 dell'art. 5. D'altra parte, se così non fosse, si creerebbe il **pericolo di dumping sociale a sfavore dei Paesi che non attribuiscono efficacia generalizzata al contratto collettivo**, incompatibili con i principi fondamentali del trattato.

Tuttavia, la disposizione presenta alcune difficoltà interpretative. In primo luogo, desta perplessità il riferimento ad un «livello adeguato di protezione», che dovrebbe essere comunque garantito ai lavoratori interinali. Se è chiaro il perché di tale previsione, non altrettanto soddisfacente è la soluzione proposta, con l'utilizzo di una clausola di significato impreciso e rimessa alla totale discrezionalità degli Stati membri e degli interpreti. Mentre nella deroga posta dal § 3 il mantenimento di uno *standard* accettabile di protezione dovrebbe essere assicurato dalla creazione di un equilibrato bilanciamento negoziale nell'esercizio dell'autonomia collettiva; nel caso del § 4, la previsione di un livello minimo di tutela è giustificata dalla discrezionalità dei legislatori nazionali nell'esercizio del potere derogatorio. Tuttavia, il riferimento all'«adeguatezza» del livello di protezione costituisce una formula vuota, dacché il legislatore comunitario non fornisce altri elementi per verificare quali siano, in concreto, i livelli di protezione adeguata. Infatti, il principio cardine su cui ruota l'impianto del sistema di tutela all'interno del rapporto di lavoro nella direttiva 2008/104/CE è proprio l'obbligo di parità di trattamento. In sostanza, a dar fede ai principi generali posti a fondamento della direttiva 2008/104/CE, un livello adeguato di protezione per i lavoratori tramite agenzia è proprio quello in cui sia rispettata tale previsione. Ciò detto, la disposizione apre un ampio margine all'intervento della Corte di Giustizia, la quale sarà chiamata a vagliare la legittimità delle disposizioni adottate dagli Stati membri alla luce dell'art. 5, § 4, con un ampio spazio di manovra condizionato dall'assenza di linee guida precise nella direttiva. La Corte dovrà tenere in considerazione l'esigenza di impedire che l'attuazione di tale disposizione introduca elementi di competizione al ribasso tra gli ordinamenti, a sfavore di quelli dotati di un sistema di applicazione generalizzata della contrattazione collettiva ed a detrimento dei livelli generali di protezione dei lavoratori tramite agenzia.

Non pare oggetto di dubbi rilevanti il contenuto delle «modalità alternative riguardanti le condizioni di base e di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di parità di trattamento». Si deve trattare di una serie di disposizioni e principi di tutela del lavoratore tramite agenzia relative agli istituti desumibili, così come per il § 3, dal disposto combinato dell'art. 5, § 1, e dall'art. 3, § 1, lett. f), della direttiva. Anche qui, non potranno subire deroghe le condizioni generali relative alla tutela delle donne in stato di gravidanza, in periodo di allattamento o alla protezione dei bambini e dei giovani e la normativa antidiscriminatoria.

Assai più oscura è la disposizione di chiusura dell'art. 5, § 4, alla luce della quale le «modalità alternative riguardanti le condizioni di base e di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di parità di trattamento

(...) possono prevedere un periodo di attesa per il conseguimento» della stessa. Pare che l'ampia possibilità di deroga attribuita agli Stati membri non in possesso di un sistema idoneo a garantire l'applicazione generalizzata della contrattazione collettiva si possa ridurre ad **una mera dilazione dell'entrata in vigore del principio di parità di trattamento.**

Invero, è comunque necessaria la previsione di una normativa transitoria di tutela per i lavoratori nel periodo di dilazione, corrispondente ad un «livello adeguato di protezione». Pur esercitando la facoltà di differire l'applicazione del principio di parità di trattamento, gli Stati membri interessati perverrebbero al risultato conclusivo di vedersi comunque preclusi spazi di flessibilità, utilizzati invece da quelli nei cui ordinamenti i contratti collettivi assumono efficacia generalizzata, ponendosi in una posizione di svantaggio sia sul piano della concorrenza tra ordinamenti che su quello della riduzione dei costi del lavoro per le proprie imprese. Pertanto, è da ritenere che il ricorso alla facoltà posta dall'ultima proposizione dell'art. 5, § 4, direttiva 2008/104/CE non sia destinata ad avere un ampio utilizzo negli ordinamenti nazionali.

Il secondo capoverso del § 4 stabilisce che le misure poste in essere dagli Stati membri in forza della facoltà di deroga del § 4 «sono conformi alla normativa comunitaria e sufficientemente precise e accessibili da consentire ai settori e alle aziende interessate di individuare e assolvere i loro obblighi». Se ne deduce che la deroga al principio di parità di trattamento **non può comunque comportare la modifica peggiorativa di condizioni di tutela del lavoratore conformi ad altre previsioni dell'ordinamento comunitario.** Inoltre, è richiamata l'esigenza di una normativa dettagliata, che definisca in modo preciso posizioni giuridiche debitorie e creditorie, talché siano soddisfatte le esigenze di certezza del diritto anche a favore di un corretto adempimento da parte del datore di lavoro.

È poi fatto proprio dal legislatore comunitario il principio della salvaguardia dei trattamenti normativi ed economici non peggiorativi previsti dalla eventuale contrattazione collettiva, di qualsiasi livello. Pertanto, la previsione di una specifica disciplina di tutela dei lavoratori tramite agenzia **non intacca la vigenza delle norme collettive migliorative già applicate ai lavoratori temporanei.**

Occorre infine porre l'attenzione sulla previsione, sempre contenuta nell'art. 5, § 4, 2° cpv., per la quale «gli Stati precisano se **regimi professionali di sicurezza sociale, inclusi i regimi pensionistici, i regimi relativi alle prestazioni per malattia o i regimi di partecipazione finanziaria dei lavoratori,** sono compresi nelle condizioni di base di lavoro e d'occupazione di cui al pr. 1», quindi

se sono soggetti all'applicazione del principio di parità di trattamento. Tale previsione è ricondotta a quella dell'art. 3, § 2, per la quale restano «impregiudicate le definizioni di retribuzione, contratto di lavoro, rapporto di lavoro o lavoratore, contenute nella legislazione nazionale».

Tale prescrizione ha una portata di notevole momento, con ripercussioni di rilievo sulla protezione dei livelli di tutela, soprattutto con riferimento ai sistemi pensionistici ed al trattamento spettante per i periodi di sospensione dovuti a malattia del lavoratore. Al contrario, la partecipazione azionaria dei dipendenti non raggiunge nella maggior parte dei paesi europei una diffusione tale da avere conseguenze di portata incisiva sull'assetto complessivo dei lavoratori tramite agenzia (Ghera 2003, 413 ss.).

L'attribuzione agli Stati della facoltà di ricomprendere o meno nel principio di parità di trattamento i trattamenti previdenziali o la retribuzione dei periodi di malattia è legata alle profonde differenze tra i sistemi pensionistici. L'applicazione generalizzata del principio di parità di trattamento potrebbe infatti imporre riforme con modifiche incisive sul sistema di raccolta dei contributi, ad esempio rispetto alla classificazione del modello di prelievo contributivo, laddove essa avviene in base alla categoria merceologica del datore di lavoro, che può essere differente per l'impresa utilizzatrice e l'agenzia.

Assai complessa e per certi versi oscura appare l'interpretazione dell'ultimo paragrafo dell'art. 5. Si prevede che «gli Stati adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare,» si aggiunge, «per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva». La natura delle previsioni contenute nell'art. 5 inducono a ritenere che le misure cui fa riferimento la prima parte della disposizione debbano essere indirizzate a **prevenire l'utilizzo abusivo delle deroghe al principio di parità di trattamento**. Tuttavia, alla luce del ruolo attribuito alla contrattazione collettiva, appare arduo prevedere quale possa essere il contenuto di tali misure preventive.

Il § 2 dell'art. 5 pone la possibilità di derogare al principio di parità di trattamento rispetto alla retribuzione dei lavoratori assunti dall'agenzia a tempo determinato. In proposito è difficile prospettare che gli Stati membri possano ritenersi obbligati a prevedere limitazioni di tipo causale alla stipulazione di un contratto a tempo indeterminato, al fine di evitare che essa avvenga con finalità elusive o fraudolente.

Rispetto alla deroga del § 3, l'eventuale applicazione di disposizioni antielusive conferma l'opportunità di prevedere limitazione causali, da parte dei contratti collettivi, per l'accesso al regime di tutela

derogatorio rispetto al principio di parità di trattamento. I legislatori interni dovrebbero quindi imporre un obbligo in tal senso in capo all'autonomia collettiva. L'idea non è peregrina, in quanto l'esplicitazione nel documento negoziale (ed eventualmente nel contratto di somministrazione) delle causali poste a fondamento della deroga consentirebbe il controllo giudiziale sulla genuinità delle giustificazioni adottate e la verifica sulla loro non genericità e vaghezza. Le sanzioni alle eventuali infrazioni potrebbero essere costituite dalla applicazione *ex tunc* dei trattamenti conformi al principio di parità di trattamento.

Più difficile è invece prevedere quale possa essere la ricaduta della norma antielusiva sulle deroghe consentite dal § 4 della stessa disposizione. Infatti, qui si prevede la costituzione di un regime di protezione specifico per i lavoratori tramite agenzia, alternativo all'applicazione del principio di parità di trattamento. Non pare che esso possa essere riservato soltanto ad alcune imprese, ma, al contrario, è logico ritenere che debba ricevere applicazione generalizzata. In sostanza, sulla base di un accordo sindacale (si deve ritenere di livello interconfederale), viene definito l'assetto regolativo delle posizioni giuridiche di tutela del lavoratore tramite agenzia con applicazione estesa a tutti i rapporti di lavoro temporaneo. In tale caso non vi è un ruolo dell'autonomia negoziale individuale nell'applicazione del regime derogatorio e non sussiste l'esigenza di disposizioni antifraudolente.

La previsione che desta maggiori perplessità è quella in cui viene esplicitata quale condotta fraudolenta da prevenire **la realizzazione di «missioni successive»**, appunto **«con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva»**. Non si comprende in che modo la realizzazione di più missioni successive possa consentire l'elusione del principio di parità di trattamento, dacché, il frazionamento delle missioni non esime l'agenzia dalla garanzia dei trattamenti normativi ed economici previsti per i periodi in cui la missione ha luogo. È pur vero che la disposizione non limita l'ambito oggettivo delle misure antieusive al principio di parità di trattamento, ma, al contrario lo estende a tutte le previsioni della direttiva 2008/104/CE. Tuttavia, anche a voler valorizzare tale elemento, non sembra potersi giungere ad una decisiva chiarificazione. In tal caso la norma andrebbe a sovrapporsi con altre previsioni della stessa direttiva. In primo luogo quella del § 1 dell'art. 4, che già prevede la possibilità per gli Stati membri di mantenere in vita «divieti» e «restrizioni» all'utilizzo del lavoro tramite agenzia laddove questi siano indirizzati alla «prevenzione di abusi». D'altra parte, anche a volersi ritenere che l'u. § dell'art. 5 faccia riferimento a misure antifraudolente diverse da «divieti» e «restrizioni», la disposizione dovrebbe essere letta come intesa a imporre la previsione di sanzioni per

la violazione degli obblighi imposti dalla direttiva ai soggetti coinvolti nella realizzazione della fattispecie interpositoria. Tuttavia, tali misure sono poste, peraltro in maniera più dettagliata, nell'art. 10.

Più realisticamente, il riferimento specifico alla successione di più missioni quale prassi fraudolenta, tale da richiedere specifiche previsioni repressive, pare **un residuo delle precedenti versioni della direttiva, non opportunamente adattato alle successive modifiche che il testo normativo ha subito nella sua assai lunga gestazione**. Infatti, l'art. 5, § 4, della versione originaria, presentata al Parlamento europeo dal Consiglio, aggiungeva, a quelle già previste nei §§ precedenti, un'ulteriore deroga che rimetteva agli Stati membri la facoltà di prevedere, riguardo alla retribuzione, che il principio di parità di trattamento non trovasse applicazione per il lavoratore temporaneo che svolgesse «un prestazione o una serie di prestazioni, presso la stessa impresa utilizzatrice, nell'ambito di un lavoro che, tenuto conto della sua durata o natura, può essere realizzato in un periodo che non superi le sei settimane».

6. Il lavoro tramite agenzia e la sua funzione promozionale per l'occupazione stabile

Le scelte normative operate con la direttiva 2008/104/CE poggiano su principi che costituiscono un assetto sistematico coerente, per quanto passibili di discussione sul piano della loro opportunità o delle scelte valoriali ad essi sottese. Nella ricerca di un equilibrio difficoltoso tra flessibilità delle forme di impiego, incentivazione dell'occupazione e conservazione e miglioramento della "qualità" del lavoro, il legislatore comunitario sposta il baricentro della tutela del lavoratore sul rapporto e imprime un spinta verso la liberalizzazione dell'utilizzo del lavoro tramite agenzia interinale, al fine di valorizzare la funzione di promozione occupazionale propria di tale modello di assunzione.

Sul piano logico tale impostazione presuppone comunque la prevalenza del rapporto a tempo indeterminato ed alle dipendenze dell'utilizzatore, dacché tutto l'impianto normativo è indirizzato alla promozione ed alla maggiore diffusione di impiego stabile. Tuttavia, su quello giuridico, la promozione del lavoro temporaneo sembra condurre il legislatore all'equiparazione delle due forme di impiego, dacché l'effetto dell'art. 4, direttiva 2008/104/CE non può che essere quello di una graduale rimozione delle limitazioni di carattere causale-oggettivo per il ricorso all'interposizione di manodopera.

Gli ordinamenti interni paiono destinati a vedere tramontare l'idea del lavoro tramite agenzia quale strumento eccezionale per l'acquisizione di manodopera, in forza della regola generale per la quale l'imposizione di

restrizioni e divieti costituisce **un'eccezione, giustificata sulla base degli interessi di carattere generale menzionati dall'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE.**

In coerenza con tale assetto complessivo, sono **poste disposizioni volte a favorire la creazione di impiego stabile ed alle dipendenze dirette dell'utilizzatore**, che proiettano sul piano giuridico positivo le linee di politica del diritto sottese all'intervento normativo.

L'art. 6, § 1, prevede che «i lavoratori tramite agenzia interinale sono informati dei posti vacanti nell'impresa utilizzatrice, affinché possano aspirare, al pari degli altri dipendenti dell'impresa, a ricoprire posti di lavoro a tempo indeterminato». Sono prescritte anche le modalità tramite le quali tali informazioni devono essere portate a conoscenza dei lavoratori, cioè «un avviso generale opportunamente affisso all'interno dell'impresa presso la quale e sotto il controllo della quale detti lavoratori prestano la loro opera».

La portata della disposizione non è di grandissimo momento, in quanto non pone alcun obbligo rispetto all'assunzione dei lavoratori tramite agenzia piuttosto che di nuova forza lavoro proveniente dall'esterno. Tuttavia, l'introduzione di una regola di trasparenza, consistente nell'obbligo di agevolare la conoscenza rispetto alla realizzazione di procedure di assunzione, facilita per il lavoratore la tutela delle proprie posizioni di interesse – giuridicamente tutelate o meno – anche sul piano della rappresentanza collettiva.

Ben maggiore rilievo assumono le previsioni poste al § 2 dello stesso articolo. A norma di tale disposizione, «gli Stati membri adottano le **misure necessarie affinché siano dichiarate nulle o possano essere dichiarate nulle le clausole che vietano o che abbiano l'effetto d'impedire la stipulazione di un contratto di lavoro o l'avvio di un rapporto di lavoro tra l'impresa utilizzatrice e il lavoratore tramite agenzia interinale al termine della sua missione**». Tale disposizione deve essere oggetto di interpretazione estensiva, in quanto strettamente connessa alla *ratio* che il legislatore comunitario attribuisce all'intero impianto regolativo del lavoro tramite agenzia (Zappalà 2003a, 88). Pertanto, la sanzione della nullità colpisce tutte le **clausole che, in concreto, producano l'effetto di precludere la stipulazione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore**. Anzi, lo stesso termine «impedire» («*prevent*», nel testo inglese) non va inteso come riferito alla assoluta preclusione rispetto alla stipulazione del contratto di lavoro. È sufficiente che quest'ultima sia resa più difficoltosa o, ad esempio, onerosa, al punto da rendere svantaggiosa per il lavoratore o per l'utilizzatore l'assunzione alle dipendenze di questo ultimo. Pertanto, devono essere considerate illegittime, ad esempio, le

clausole che dispongano il pagamento di penali eccessive a favore dell'agenzia nel caso in cui l'utilizzatore assuma il lavoratore temporaneo. Ragionando poi, secondo lo stesso indirizzo esegetico, si deve ritenere che la sanzione della nullità colpisca sia le clausole pattuite tra l'agenzia e l'utilizzatore che quelle apposte al contratto di lavoro.

L'art. 6, § 2, per espressa previsione del suo secondo punto, «lascia impregiudicate le disposizioni in virtù delle quali le agenzie di lavoro interinale ricevono un compenso ragionevole per i servizi resi all'impresa utilizzatrice in relazione alla missione, all'impiego e alla formazione dei lavoratori tramite agenzia». Tale disposizione fa salve le clausole del contratto di somministrazione che istituiscono un trattamento corrispettivo a favore dell'agenzia di lavoro interinale per l'attività svolta a favore dell'utilizzatore. I compensi devono essere **"ragionevoli"**, e deve ritenersi che la ragionevolezza vada intesa come **proporzionalità rispetto alle attività svolte dall'agenzia**, cui pare riferirsi la disposizione stessa. Si tratta del fatto stesso dell'invio di un proprio dipendente («missione»), dell'attività di selezione ed assunzione del personale («impiego») e delle attività di formazione ed aggiornamento del lavoratore («formazione»), le quali costituiscono il valore specifico del ricorso al lavoro tramite agenzia, cioè il nucleo essenziale delle funzioni legate alla gestione del personale, dei cui costi l'utilizzatore intende liberarsi tramite la loro esternalizzazione.

Alcune perplessità suscita la previsione dell'art. 6, § 3, della direttiva, a norma della quale «le agenzie di lavoro interinale non richiedono compensi ai lavoratori in cambio di un'assunzione presso un'impresa utilizzatrice o nel caso in cui essi stipulino un contratto di lavoro o avviino un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice dopo una missione nella medesima». A quanto emerge dal tenore letterale della disposizione (anche nel testo in lingua inglese), il suo ambito attiene ad eventuali corrispettivi per l'attività di intermediazione svolta dall'agenzia, o comunque il pagamento di una somma di danaro a favore dell'agenzia da parte del lavoratore nel caso in cui questi venga assunto dall'utilizzatore a conclusione di una missione, a titolo di ulteriore compenso per l'effetto di incentivazione all'assunzione stabile connesso alla realizzazione della fattispecie interpositoria. Resta esclusa dall'ambito del divieto la previsione di un corrispettivo per l'assunzione e per l'invio in missione, che costituisce tradizionalmente una misura di tutela del lavoratore e di garanzia contro un utilizzo abusivo e fraudolento dell'interposizione. Proprio per quest'ultimo motivo, le misure di tale contenuto poste dagli ordinamenti interni non devono comunque essere ritenute legittime in riferimento alle eccezioni al principio di

liberalizzazione del ricorso al lavoro tramite agenzia posto dall'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE.

Peraltro, la disposizione del § 3 sembra sovrapporsi a quella del § 2, o quanto meno rientrare nell'ambito, assai più generale, del divieto ivi posto. Talché, si potrebbe ritenere che la disposizione sia riferita soltanto alle clausole del contratto di somministrazione, mentre, per quanto attiene al contratto di lavoro, l'illegittimità delle clausole ostative dei processi di stabilizzazione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore sia limitata a quelle relative al pagamento di un corrispettivo a favore dell'agenzia di somministrazione. In sostanza, ad accogliere tale impostazione, resterebbero impregiudicati, ad esempio, eventuali patti di stabilità sottoscritti dal lavoratore con l'agenzia.

Tuttavia, tale lettura non è conforme all'impianto sistematico dalla direttiva 2008/104/CE. Infatti, per tale via si porrebbe un limite alla realizzazione di occupazione stabile tramite il ricorso al lavoro temporaneo – che invece il legislatore comunitario vuole valorizzare –, peraltro, sminuendo l'esigenza di tutela della posizione del lavoratore nel rapporto, che costituisce l'altro pilastro su cui si fonda la disciplina dell'interposizione di manodopera posta dalla direttiva. Appare più corretto interpretare la disposizione del § 3, come la specificazione di un divieto che, in chiave interpretativa, si sarebbe già potuto desumere dalla norma di portata più generale del § 2.

7. La tutela delle condizioni di lavoro

Alle disposizioni volte a "rafforzare" sul piano positivo la funzione di promozione dell'occupazione attribuita al lavoro tramite agenzia, il legislatore comunitario affianca, con l'art. 6, direttiva 2008/104/CE, in particolare al § 4, norme volte a favorire le condizioni di lavoro del lavoratore temporaneo assicurandogli l'accesso alle «attrezzature collettive» ed alla «formazione professionale» a condizioni paritarie rispetto a quelle garantite ai dipendenti dell'utilizzatore. Si prevede che, «fatto salvo l'art. 5, § 1, i lavoratori tramite agenzia interinale accedono, nell'impresa utilizzatrice, alle **strutture o alle attrezzature collettive** e, in particolare, ai **servizi di ristorazione**, alle **infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia** e ai **servizi di trasporto** alle **stesse condizioni dei lavoratori impiegati direttamente dall'impresa stessa, a meno che ragioni oggettive giustifichino un trattamento diverso**».

Tale disposizione appare un completamento del principio di parità di trattamento, posto dall'art. 5, § 1, direttiva 2008/104/CE, cui in effetti la disposizione fa riferimento "facendolo salvo". Infatti, non si prevede un livello minimo inderogabile per l'accesso alle «attrezzature collettive» ed

alla «formazione professionale», ma si impone la garanzia di tali servizi ed attività alle stesse condizioni previste per i «lavoratori impiegati direttamente dall'impresa stessa».

La clausola di salvezza posta all'inizio della disposizione attesta la sua natura residuale. Il § 4 dell'art. 6 è destinato a trovare applicazione soltanto laddove l'estensione delle prerogative garantite ai dipendenti dell'utilizzatore non sia già giustificata alla luce dell'applicazione del principio di parità di trattamento posto dall'art. 5. Anche in questo caso è prevista la possibilità di deroghe, in presenza di «ragioni oggettive», e l'eventuale differenziazione è rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, sulla base, però, di causali che, si deve ritenere, debbano essere ulteriormente specificate dai legislatori nazionali, per non rendere difficoltosa la verifica sulla legittimità del loro utilizzo.

8. La tutela collettiva dei lavoratori tramite agenzia interinale e i diritti di "rappresentanza"

La direttiva 2008/104/CE contiene disposizioni intese a rafforzare la rappresentanza collettiva dei lavoratori tramite agenzia. Tale scelta è conforme all'esigenza complessiva di rafforzare la tutela del prestatore di opere. Infatti, a tal fine non è sufficiente incidere soltanto sulle posizioni giuridiche soggettive, ma è necessario promuovere il peso nelle relazioni sindacali dei lavoratori temporanei spesso meno sindacalizzati, in parte a causa dell'instabilità dell'impiego, ma anche per una mancanza di attenzione delle organizzazioni sindacali nei confronti delle esigenze di rappresentanza dei lavoratori *non standard* in generale. Tale esigenza è stata di recente sottolineata dalla dottrina, la quale ha rilevato come il riconoscimento dei diritti sindacali sia nei confronti del somministratore, che dell'utilizzatore rende effettivo «il potere di coalizione di autotutela dei lavoratori» ed ha sostenuto l'esigenza di interpretare le disposizioni di diritto interno in conformità a tale orientamento (Barbera 2009, 23; cfr. Speciale 2009, 7).

L'intervento promozionale del legislatore comunitario pecca di incisività. Tuttavia, come noto – e come, peraltro, è dato evincere anche dal tenore delle disposizioni in oggetto – l'intervento regolativo è reso assai disagevole dalle profonde differenziazioni tra le tradizioni socio-economiche e la regolazione giuridica dei diversi sistemi sindacali (cfr. Pantano 2007, 960 ss.).

La direttiva impone la predisposizione una specifica disciplina adottata in via diretta dal legislatore ed, in alternativa, l'adozione di misure volte a favorire l'intervento delle parti sociali agevolando la rappresentanza sindacale dei lavoratori temporanei, senza mai influire in concreto sull'effettivo assetto del sistema sindacale.

Si prevede che «gli Stati membri adottano le misure adeguate o favoriscono il dialogo tra le parti sociali, conformemente alle loro tradizioni e pratiche nazionali». L'intervento promozionale deve essere indirizzato a «migliorare l'accesso dei lavoratori tramite agenzia interinale alle opportunità di formazione e alle infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia nelle agenzie di lavoro interinale, anche nei periodi che intercorrono tra una missione e l'altra, per favorirne l'avanzamento della carriera e l'occupabilità» ed a «migliorare l'accesso dei lavoratori tramite agenzia interinale alle opportunità di formazione di cui godono i lavoratori delle imprese utilizzatrici». La *ratio* è connessa all'intento generale di migliorare le condizioni di lavoro e di vita dei lavoratori temporanei nonché la qualità del lavoro. Non a caso, tali previsioni si collocano nell'ambito dell'art. 6, dedicato, appunto ad «accesso all'occupazione, alle attrezzature collettive alla formazione professionale».

Non si deve trascurare il riferimento alla formazione, che valorizza l'esigenza di interventi volti a rafforzare la professionalità del lavoratore temporaneo, talché si mantengano elevate le sue possibilità di accedere a nuovi impieghi, laddove, a causa dell'instabilità del rapporto di lavoro tramite agenzia, subentrino periodi di disoccupazione involontaria.

Il legislatore comunitario impone la promozione del confronto sia rispetto all'agenzia che alle imprese utilizzatrici. In particolare, si vuole favorire la compensazione degli elementi, per così dire, di "disagio" legati all'assunzione tramite lavoro temporaneo, cioè la necessità di mantenere elevato il livello di professionalità del lavoratore, in modo che egli possa più facilmente rientrare nel mercato una volta concluso il rapporto, nonché migliorare la fruizione dei servizi collaterali allo svolgimento della prestazione lavorativa, sì da facilitare l'organizzazione della vita personale e familiare.

Pare ragionevole ritenere che le disposizioni dell'art. 6, § 5, impongano un preciso obbligo di intervento ai legislatori nazionali. Gli ampi margini di discrezionalità garantiti si giustificano in relazione alle diversità e, quindi, alle difficoltà di armonizzazione dei differenti sistemi sindacali. Non è da escludere la previsione di veri e propri obblighi di informazione e consultazione in favore delle organizzazioni sindacali, ad esempio sulla realizzazione delle strutture di accoglienza all'infanzia o sulla realizzazione di iniziative di formazione da parte delle agenzie e, per quanto attiene alla formazione, delle imprese utilizzatrici. Soprattutto, dovrebbe essere valorizzata la funzione del contratto collettivo aziendale, che per quanto attiene alla formazione nelle imprese utilizzatrici, appare lo strumento più idoneo per la realizzazione di un intervento efficace.

Le disposizioni appena esaminate sono in senso lato indirizzate ad intervenire sull'assetto delle relazioni sindacali, ma in maniera

funzionalizzata, con l'intento di promuovere la qualità della vita e del lavoro dei lavoratori temporanei. Invece, l'art. 7 della direttiva pone norme di carattere generale volte a regolare la «**rappresentanza dei lavoratori tramite agenzia interinale**», al fine di promuovere una maggiore centralità delle loro esigenze di tutela nell'assetto delle relazioni industriali dei paesi membri.

È evidente come i problemi di "sindacalizzazione" dei lavoratori tramite agenzia si fondino sullo sdoppiamento della figura datoriale, soprattutto sulla "instabilità" del collegamento tra il lavoratore ed il contesto lavorativo e produttivo nel quale egli svolge la propria prestazione. I fenomeni di esternalizzazione mettono in crisi il sistema fordista di rappresentanza collettiva, incentrato sul dato socio-economico della permanenza stabile dei lavoratori nello stesso luogo di lavoro, in via indipendente dalla realizzazione di un modello a "canale unico" o "doppio".

In verità, l'art. 7 affronta uno specifico elemento, peraltro di non poco momento, ma di carattere più generale rispetto alla specificità dei problemi di rilevanza nelle dinamiche sindacali dei lavoratori temporanei: la loro computabilità nelle soglie oltre le quali, secondo la normativa comunitaria e nazionale, vige l'obbligo per il datore di lavoro di consentire la costituzione degli organi di rappresentanza. Il legislatore comunitario attribuisce agli Stati membri la facoltà di stabilire se a tale finalità i lavoratori temporanei debbano essere computati tra i dipendenti dell'agenzia o tra quelli dell'impresa utilizzatrice, fermo restando l'obbligo della loro rilevanza nella verifica delle soglie dimensionali e, di conseguenza, la loro definitiva espulsione dal novero dei cc.dd. lavoratori trasparenti.

Il § 1 dell'art. 7 prevede che «i lavoratori tramite agenzia interinale sono presi in considerazione, alle condizioni stabilite dagli Stati membri, per il calcolo della soglia sopra la quale si devono costituire gli organi rappresentativi dei lavoratori previsti dalla normativa comunitaria e nazionale o dai contratti collettivi in un'agenzia interinale». D'altra parte, secondo il § successivo, «gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere, alle condizioni da essi definite, che i lavoratori tramite agenzia interinale siano presi in considerazione, in un'impresa utilizzatrice, come lo sono o lo sarebbero i lavoratori direttamente impiegati dall'impresa medesima per lo stesso periodo di tempo, per il calcolo della soglia sopra la quale si possono costituire gli organi rappresentativi dei lavoratori previsti dalla normativa comunitaria e nazionale e dai contratti collettivi». Infine, l'ultimo paragrafo della disposizione specifica che «gli Stati membri che si avvalgono della facoltà di cui al paragrafo 2 non sono tenuti ad applicare le disposizioni del paragrafo 1». In sostanza, laddove

venga dato rilievo ai lavoratori temporanei per il computo delle soglie nell'ambito dell'agenzia che li ha assunti, ciò non comporta in via necessaria che il fatto di svolgere in concreto l'attività lavorativa nell'impresa dell'utilizzatore attribuisca loro rilievo nelle dinamiche sindacali all'interno di tale realtà produttiva (Si sottolinea però come la direttiva lasci impregiudicata la possibilità di attribuire rilevanza ai lavoratori interinali in entrambe le realtà produttive; Countouris, 2009, 337).

Tale impostazione non è condivisibile, anzi costituisce una ingiustificata limitazione delle prerogative di natura collettiva riconosciute ai lavoratori temporanei rispetto a quelli assunti in forma stabile dall'impresa che ne utilizza la prestazione. Infatti, lo "sdoppiamento" della figura datoriale aumenta e, soprattutto, rende peculiari le esigenze di rappresentanza dei lavoratori temporanei. Il computo di questi ultimi nelle soglie dimensionali per la costituzione delle rappresentanze all'interno dell'agenzia è giustificato dal fatto che tali lavoratori fanno parte dell'organizzazione produttiva, anzi ne costituiscono il fulcro e la parte più rilevante. Tuttavia, ciò non esclude che, allo stesso tempo, lo svolgimento della prestazione presso l'utilizzatore influisca sulle esigenze di rappresentanza collettiva all'interno di quell'impresa.

La spinta liberalizzatrice rispetto all'utilizzo del lavoro temporaneo lascia presagire un incremento del suo utilizzo. È ragionevole ritenere che la rilevanza di tali lavoratori nell'organizzazione produttiva delle imprese sia destinata ad aumentare. Ciò rende ancora più evidente la necessità di adattare i modelli di rappresentanza sindacale dei lavoratori temporanei alle esigenze di tutela che gli sono proprie, anche attraverso meccanismi che consentano di tenerli in considerazione per la determinazione delle soglie dimensionali ai fini della costituzione delle rappresentanze collettive. D'altra parte, ciò non può comportare l'annullamento o l'irrilevanza degli stessi lavoratori temporanei nella definizione dei modelli di rappresentanza all'interno dell'impresa alle cui dipendenze essi sono assunti. In breve, è la scelta dell'alternativa tra computo nell'ambito dei dipendenti dell'agenzia o tra quelli dell'utilizzatore, così come posta dall'art. 7, direttiva 2008/104/CE, a non soddisfare le istanze di rappresentanza dei lavoratori temporanei, anche alla luce della *ratio* sottesa alla direttiva, che laddove richiama l'intensificazione delle tutele di tali lavoratori sul piano del rapporto, deve intervenire in maniera adeguata anche sul piano collettivo.

A chiudere il novero delle disposizioni sulla tutela collettiva dei lavoratori tramite agenzia è posto l'art. 8, dedicato alla «informazione dei rappresentanti dei lavoratori». Facendo salve le norme più restrittive in materia di informazione dei rappresentanti dei lavoratori già presenti nel

diritto comunitario ed in quello degli Stati membri (in particolare la direttiva 2002/14/CE), tale disposizione prevede che «l'impresa utilizzatrice è tenuta a **fornire informazioni adeguate sul ricorso a lavoratori tramite agenzia interinale** all'interno dell'impresa all'atto della presentazione dei dati sulla propria situazione occupazionale agli organi rappresentativi dei lavoratori, istituiti conformemente alla normativa comunitaria e nazionale».

Come noto, la previsione di norme sull'informazione e la consultazione dei lavoratori costituisce uno dei maggiori campi di intervento del diritto comunitario sulla disciplina del rapporto di lavoro negli ultimi anni, sia nelle imprese di livello transnazionale (v. Pantano 2007, 960 ss.; Corti 2006, 225 ss.) che in quelle di rilievo solo nazionale o locale (cfr. Lunardon 2008). In particolare, la direttiva 2002/14/CE istituisce «un quadro generale relativo all'informazione ed alla consultazione dei lavoratori».

L'art. 8 si limita a chiarire che le informazioni fornite dagli organi direttivi dell'impresa ai rappresentanti dei lavoratori devono comprendere anche i dati relativi all'utilizzo di lavoratori tramite agenzia interinale. **Non si tratta soltanto di dati numerici**, ma in generale anche di **informazioni sul tipo di attività svolte, sulle motivazioni che inducono all'utilizzo di tale strumento di impiego ed anche sulla progressiva stabilizzazione dei rapporti con tali dipendenti**, in conformità con la *ratio* della direttiva e con le scelte normative fondamentali del legislatore comunitario. La disposizione **non istituisce nuovi obblighi di informazione, ma specifica soltanto il contenuto di obblighi già previsti**. Ciò si evince dal suo tenore letterale, laddove si prevede che le informazioni debbano essere fornite «all'atto della presentazione dei dati sulla propria situazione occupazionale». Pertanto, le imprese che già restano escluse dai sistemi di informazione e consultazione, a causa dei loro livelli occupazionali, non sono coinvolte dall'applicazione dell'art. 8, direttiva 2008/104/CE.

9. Le misure di prevenzione degli abusi

La direttiva 2008/104/CE impone agli stati membri di prevedere «**misure idonee in caso di inosservanza della presente direttiva da parte di agenzie interinali o imprese utilizzatrici**». Devono «in particolare» essere previste «procedure amministrative o giudiziarie appropriate» per assicurare il rispetto degli obblighi derivanti dalla direttiva (art. 10 § 1, direttiva 2008/104/CE). Si precisa che le sanzioni devono essere «**effettive, proporzionate e dissuasive**» e che il loro «regime» è determinato dagli Stati membri (art. 10 § 2, direttiva 2008/104/CE). Inoltre, su questi ultimi grava l'obbligo di notificare le

sanzioni adottate alla Commissione entro il 5 dicembre 2011 e, comunque, di comunicare alla stessa eventuali loro modifiche.

La previsione di un sistema sanzionatorio effettivo e dissuasivo è conforme all'impianto generale della direttiva. L'introduzione di nuovi spazi di flessibilità attraverso la riduzione – se non l'eliminazione – di divieti e restrizioni al ricorso al lavoro tramite agenzia impone l'adozione di misure volte a garantire l'effettività delle posizioni soggettive di tutela dei lavoratori temporanei, sul piano individuale e collettivo, ed a **reprimere l'abusivo utilizzo del lavoro temporaneo come strumento di *dumping sociale*.**

Le previsioni della direttiva in materia di sanzioni comprendono nel loro ambito di applicazione anche quelle intese a colpire la realizzazione di fattispecie interpositive illegittime e non solo la violazione di norme a tutela delle posizioni giuridiche soggettive, individuali e collettive, dei lavoratori temporanei. Ciò è evidente per lo svolgimento dell'attività di fornitura da parte di soggetti non autorizzati. Si pensi all'appalto di servizi non genuino, che può consentire all'appaltatore di sottrarsi a regimi più onerosi per il datore di lavoro previsti per l'attività di somministrazione, ovvero può costituire uno strumento di esternalizzazione più appetibile sul piano economico laddove gli ordinamenti degli Stati membri prevedano per i lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore tutele meno intense e la possibilità di retribuzioni inferiori rispetto a quelli temporanei. Lo stesso dicasi per le previsioni in materia di forma del contratto di fornitura o di somministrazione, laddove esse siano indirizzate a favorire la realizzazione delle posizioni giuridiche soggettive del lavoratore temporaneo. Potrebbe dubitarsi dell'applicazione delle previsioni della direttiva 2008/104/CE in materia di sanzioni per la violazione dei requisiti obiettivi per la stipulazione del contratto di somministrazione o dei divieti. Tuttavia, si è già rilevato che, in forza dell'art. 4, la regolazione della fattispecie interpositiva non è estranea alla direttiva 2008/104/CE e, di conseguenza, anche in tale ambito è necessario che i sistemi sanzionatori posti dagli Stati membri colpiscano, ad esempio, la realizzazione di fattispecie interpositive con finalità fraudolente o elusive, con sanzioni corrispondenti ai principi posti dal legislatore comunitario.

L'art. 10, della direttiva lascia ampio spazio ai paesi membri sul «regime» delle sanzioni. Tale previsione è comprensibile, alla luce delle ampie differenze presenti tra gli Stati membri rispetto al tipo di conseguenze cui vanno incontro i soggetti che pongono in essere fattispecie interpositive illegittime. Si pensi a paesi quali la Grecia, l'Italia o l'Irlanda, nei quali è prevista la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato con l'utilizzatore o a paesi come il Lussemburgo, in cui il mancato rispetto dei limiti al rinnovo del rapporto con l'agenzia comporta

la costituzione con quest'ultima di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Tuttavia, la previsione per cui le sanzioni devono essere «effettive, proporzionate e dissuasive» presuppone la possibilità di un controllo anche incisivo della Corte di Giustizia sulle previsioni adottate. Seppure non vi sono prescrizioni sul tipo di sistema sanzionatorio, la discrezionalità degli Stati membri non è illimitata. In particolare, proprio la struttura triangolare dei rapporti sottesi al lavoro tramite agenzia, impone che **il peso dell'intervento affittivo sia distribuito in maniera ragionevole tra i soggetti che pongono in essere l'illecito**, sia rispetto alla solidità economica ed imprenditoriale, che al grado di colpevolezza, effettiva o presunta, nella sua realizzazione.

10. L'impatto della disciplina comunitaria sull'interpretazione dell'art. 20, 1° c., d.lgs. n. 276/2003: verso la fine del divieto di interposizione?

La lettura della direttiva 2008/104/CE e l'impostazione interpretativa prescelta incidono sulle ripercussioni che l'intervento del legislatore comunitario è in grado di produrre sugli ordinamenti dei Paesi membri. Da questo punto di vista, la disposizione più controversa e "sensibile" è quella dell'art. 4, che impone la revisione dei divieti e delle restrizioni relative al ricorso al lavoro tramite agenzia. In particolare, si pongono problemi di adattamento, quanto meno sul piano interpretativo, per quegli ordinamenti che prevedono regimi più restrittivi. Infatti, l'intento del legislatore è quello di **promuovere il ricorso al lavoro temporaneo** e, di conseguenza, **restringere ed eliminare in via progressiva le limitazioni al suo utilizzo**.

Occorre chiedersi quali conseguenze, alla luce di tali osservazioni, l'intervento del legislatore comunitario provochi nell'ordinamento italiano per la regolazione del lavoro temporaneo e, soprattutto, della fattispecie interpositoria nel suo complesso.

La fornitura di manodopera è oggi disciplinata nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 276/2003, al titolo III, capo I, rubricato «somministrazione di lavoro». L'art. 20 del decreto stabilisce che «il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato». Mentre nella versione originaria del decreto il contratto di somministrazione poteva essere stipulato sia a tempo indeterminato che determinato, nell'attuale formulazione (successiva agli interventi modificativi della l. n. 244/2007; su cui v. Carinci F., Miscione M. 2008) la somministrazione è «ammessa» soltanto se «a tempo determinato», «a

fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» (art. 20, 4° c., d.lgs. n. 276/2003).

Tale disciplina si è sostituita a quella prevista dalla l. n. 1369/1960, che poneva un divieto assoluto di interposizione per l'assunzione di manodopera; divieto sottoposto, dal 1997, alle eccezioni previste dalla l. n. 196/1997, la quale consentiva la fornitura di manodopera nei casi previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, per far fronte ad esigenze di organico dell'utilizzatore caratterizzate dall'attributo della "temporaneità" (cfr. Carinci M.T. 2008, 28 ss.; Carinci M.T. 2000, 1 ss.).

Il d.lgs. n. 276/2003 prevede, all'art. 85, 1° c., lett. c) e f), l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e degli artt. 1-11, l. n. 196/1997. Nondimeno, la dottrina prevalente ha ritenuto che si «postuli comunque, come in passato, un generale divieto di somministrazione di lavoro altrui» (Carinci M.T. 2004, 15). Tale impostazione riflette la convinzione radicata per la quale la corrispondenza tra il datore di lavoro e colui che utilizza la prestazione di lavoro costituisce la regola del rapporto di lavoro subordinato, come disciplinato dall'art. 2094 c.c., e, di conseguenza, qualsiasi norma che autorizzi una diversa conformazione della fattispecie assume carattere eccezionale (recentemente, e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. Carinci M.T. 2007, 1027 ss.). Non sono però mancate opinioni contrastanti, che avevano evidenziato l'inattualità del divieto di interposizione nell'assunzione di manodopera e l'insussistenza della sua presunta necessità sul piano teorico (Ichino 1999; Tiraboschi 1992, 83 ss.; De Luca Tamajo 1995, 418 ss.). Si rilevava che le rigide sanzioni poste dalla l. n. 1369/1960 comportavano un inopportuno effetto repressivo nei confronti dei fenomeni di "esternalizzazione" caratteristici del sistema economico produttivo postfordista. Inoltre, si sottolineava come la fattispecie "lavoro subordinato" non postulasse affatto l'accentramento di tutte le posizioni giuridiche soggettive del datore di lavoro; al contrario tale prospettiva non si porrebbe in contrasto con un'effettiva tutela dei lavoratori temporanei, dovendo questa realizzarsi con la garanzia di posizioni giuridiche di protezione all'interno del rapporto (Ichino 1999). Tale ultima impostazione è stata più di recente approfondita dalla dottrina, la quale ha sottolineato l'inefficacia delle impostazioni tradizionali nella ricerca di una interpretazione migliorativa per la tutela dei lavoratori temporanei (Corazza 2004, 10 ss.). Si rileva che «se è vero che non è più, o non è solo, l'organizzazione produttiva che esprime le capacità economiche di un'impresa, continuare ad allocare rischio e responsabilità laddove vi sia coordinamento diretto, temporale e spaziale, della prestazione, senza che vi sia necessariamente maggiore

solidità economica, può risultare del tutto inefficace in termini di tutela, ove si voglia preservare la stabilità del posto e la continuità del reddito» (Barbera 2009, 20). Quindi, la valorizzazione del criterio dell'effettiva utilizzazione finisce per costituire una finzione giuridica, fondata su un assunto per il quale la titolarità del rapporto di lavoro non è "scomponibile" tra più soggetti, non confortato dall'effettiva conformazione dei rapporti economici nelle moderne realtà produttive. Al contrario, l'esperienza comparatistica (Ratti 2009, 36 ss.; Corazza 2004, 65 ss.; Salomone 2005, 26; Esposito 2002, 50 ss.) dimostra che in altri ordinamenti giuridici l'emancipazione del rapporto di lavoro subordinato dal dogma della monodatorialità riceve una piena consacrazione giuridica e può garantire una migliore modulazione delle tutele, ponendo al centro non la fattispecie interpositoria, e la regolazione della "triangolazione" che ne costituisce il fondamento, ma le posizioni giuridiche di garanzia del prestatore d'opera.

È difficile negare che un simile approccio sia quello fatto proprio dal legislatore comunitario. Resta tuttavia da capire in che misura le disposizioni della direttiva 2008/104/CE siano in grado di influire in concreto sull'assetto regolativo della somministrazione e del lavoro somministrato.

Le previsioni della direttiva 2008/104/CE, nonché, soprattutto, l'assetto sistematico e la *ratio* di fondo che ad esse sono sottesi, **mettono in crisi l'idea della permanenza nel nostro ordinamento di un generale divieto nei confronti del ricorso all'interposizione.** Alla luce dell'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE, sono «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzia interinale» a dover essere giustificati e non il ricorso stesso. Di conseguenza, la regola è quella per cui la somministrazione costituisce un **normale strumento di assunzione di manodopera, salvo specifiche limitazioni previste dal legislatore** e giustificate sulla scorta dell'art. 4, § 1, **che assumono però carattere eccezionale.**

La stessa Corte di Cassazione dovrà tenere conto delle indicazioni del legislatore comunitario, che, secondo l'impostazione qui prospettata, impongono di rivedere l'orientamento in materia di recente assunto (cfr. Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, cit.). Alla luce dell'art. 4, direttiva 2008/104/CE è affatto controversa la permanenza nell'ordinamento interno del principio per il quale «il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro e prescindendosi da ogni indagine (...) sull'esistenza di accordi fraudolenti» (Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, cit., 1015). Soprattutto, il ripetuto richiamo alla necessaria funzione antielusiva delle restrizioni al ricorso al lavoro temporaneo e

l'impianto sistematico della direttiva 2008/104/CE pongono in dubbio che il divieto di interposizione operi «oggettivamente, prescindendo da un intento antifraudolento o simulatorio delle parti» (Cass. S.U. 26.10.2006, n. 22910, cit., 1015), laddove, al contrario, in assenza di limitazioni generali di carattere oggettivo, **è proprio la finalità fraudolenta che si pone alla base dell'illiceità del ricorso alla fornitura di lavoro altrui, nei casi eccezionali in cui questa riceva limitazioni.** Semmai, si dovrà discutere della natura assoluta o relativa di eventuali previsioni limitative.

Per tale via, lo stesso requisito della necessaria temporaneità delle ragioni che giustificano il ricorso alla somministrazione può essere revocato in dubbio. Infatti, sul piano teorico, l'idea per la quale al lavoro tramite agenzia sia connaturato il requisito della temporaneità deriva dalla sua presunta eccezionalità rispetto al lavoro alle dirette dipendenze del soggetto che utilizza la prestazione lavorativa (cfr. Scarpelli 2004, 152; ma per una lettura diversa v. Carinci M.T. 2008, 39, la quale pur ritenendo che il d.lgs. n. 276/2003 mantenga in vita il generale divieto di interposizione previsto dalla l. n. 1369/1960, sostiene che esso abbia fatto venire meno la necessaria temporaneità delle esigenze sottese al ricorso alla somministrazione). Tale interpretazione non trova più giustificazione alla luce delle recenti evoluzioni dell'ordinamento comunitario, alla luce delle quali le limitazioni del ricorso al lavoro tramite agenzia possono essere soltanto **eccezionali e giustificate in base ad una delle causali previste dall'art. 4, § 1, direttiva 2008/104/CE.** In ogni caso, i legislatori nazionali e gli interpreti devono tenere in considerazione la finalità promozionale di tale forma di assunzione della manodopera perseguita dalla direttiva, in forza del ruolo di catalizzatore dell'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro e, quindi, di incentivo all'incremento dei livelli occupazionali che il legislatore europeo gli attribuisce.

La logica che sembra trasparire dalla direttiva è quella per la quale attraverso il lavoro temporaneo sono moltiplicate le possibilità di conseguimento di un lavoro stabile. Da un lato, la liberalizzazione di tale forma di impiego **agevola l'uscita dallo stato di disoccupazione involontaria;** dall'altro, lo svolgimento della prestazione lavorativa presso l'utilizzatore **facilita la possibilità di stipulare un rapporto di lavoro stabile alle dipendenze di quest'ultimo.** Pertanto, se si impone la valorizzazione delle misure antielusive, volte ad impedire la stabilizzazione del rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore, **non può essere consentito un limite intrinseco alla fattispecie quale quello della temporaneità.**

L'art. 20, 4° c., d.lgs. n. 276/2001 prevede che «la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Nonostante il legislatore interno abbia specificato che tali ragioni giustificano il ricorso alla somministrazione «anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore», dottrina e giurisprudenza hanno continuato ad offrire una lettura restrittiva di tale clausola (Scarpelli 2004, 158; ritiene ancora permanere il requisito della temporaneità e la necessità da parte del datore di lavoro di giustificare il ricorso al lavoro temporaneo anche Ichino 2004, 288; *contra* Carinci M.T. 2008, 39 (esclude la permanenza in vigore del vincolo della temporaneità anche Chieco 2004).

Tale lettura omette di tenere in considerazione la previsione posta dal legislatore interno sulla riferibilità «all'ordinaria attività dell'utilizzatore» delle ragioni che giustificano la stipula del contratto di somministrazione. Né pare convincente l'obiezione per la quale possono esistere ragioni «riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» ma temporanee (si pensi ad esempio alla necessità di intensificare l'attività per un incremento transitorio della richiesta, senza che ciò comporti lo svolgimento di attività differenti da quelle ordinarie condotte dall'impresa). Così ragionando, la clausola in discussione sarebbe priva di qualsiasi portata innovativa, dacché tali fattispecie sarebbero comunque comprese nella previsione generale per la quale alla somministrazione si ricorre per ragioni di carattere «tecnico, produttivo o organizzativo».

Le indicazioni del legislatore comunitario inducono ad escludere l'esistenza del limite della temporaneità delle esigenze giustificatrici quale elemento caratterizzante della fattispecie negoziale. Al contrario, tutta l'impostazione della direttiva sembra indurre a ritenere che **è il lavoro (*rectius*, la missione) ad essere «temporaneo» e non le giustificazioni necessarie per il ricorso alla somministrazione**. Se il lavoro temporaneo deve costituire uno strumento di agevolazione dell'incontro della domanda e dell'offerta e quindi di promozione dell'occupazione stabile, secondo la logica cui si conforma l'intero provvedimento, sarebbe irragionevole la "sperimentazione" del lavoratore temporaneo su esigenze di organico che, per loro natura, sono destinate a venire meno, insieme quindi ai presupposti per la "auspicata" assunzione stabile alle dipendenze dell'utilizzatore.

Pertanto, alla luce della direttiva 2008/14/CE, **non paiono più giustificati orientamenti giurisprudenziali**, quali quelli espressi dalla più recente giurisprudenza di merito, **volti a valorizzare la "eccezionalità" del lavoro reperito tramite somministrazione rispetto al modello negoziale *standard* alle dipendenze**

dell'effettivo utilizzatore. Si afferma che «la somministrazione di lavoro a tempo determinato deve tendenzialmente essere effettuata nel rispetto delle norme di cui al d.lgs. n. 368/01» e che «in caso di somministrazione effettuata al di fuori di quelle condizioni, si deve ritenere sussistente un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore» (Trib. Milano 10.4.2007, n. 1235, *DPL*, 2007, 2091). A tali conclusioni si giunge sulla base dell'assunto – smentito dal legislatore comunitario – che «la somministrazione di lavoro costituisce un'evidente deroga ai principi affermati dal nostro ordinamento giuslavoristico». Tale impostazione valorizza l'interpretazione letterale e attribuisce all'espressione «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», contenuta sia nell'art. 21, 4° c., d.lgs. n. 276/2003, sia nell'art. 1, 1° c., d.lgs. n. 368/2001, un identico valore precettivo, smentito, però, dall'interpretazione sistematica, specie alla luce delle disposizioni comunitarie correlate. Infatti, «una cosa è (...) discutere dei limiti causali (e non) alla stipulazione di un contratto di lavoro a termine che deve confrontarsi con un assetto, anzitutto costituzionale, a tutela della stabilità dell'occupazione del lavoratore e di un altro grappolo di diritti della persona; altra cosa è discutere degli stessi limiti riferiti, questa volta, alla stipulazione di un contratto tra imprese, che si inserisce entro un sistema di rapporti tra soggetti paritari governati dalle regole proprie delle istituzioni economiche, a cominciare dalla libertà dell'art. 41 Cost.» (Chieco 2004, 16). Si aggiunga che mentre la direttiva 99/70/CE chiarisce che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro» (8° considerando), la direttiva 2008/14/CE non prevede l'eccezionalità del lavoro tramite agenzia rispetto al lavoro alle dipendenze dirette dell'utilizzatore, ma, al contrario, lo promuove attraverso un processo di progressiva liberalizzazione, indirizzato alla rimozione di «limitazioni» e «restrizioni» alla realizzazione delle fattispecie interpositorie.

Per tale via, il significato precettivo della disposizione che impone l'indicazione delle ragioni giustificatrici nel documento negoziale del contratto di somministrazione risulta modificato. La specificazione per iscritto non è più preordinata alla verifica da parte del giudice della legittimità delle ragioni sottese al ricorso alla somministrazione. La previsione della forma scritta *ad substantiam* (cfr. Trib. Bologna 8.2.2008) per l'indicazione delle ragioni di «carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» può assumere la funzione di una **norma di trasparenza**. Essa si concretizza nell'**obbligo di specificare le valutazioni sottese alla scelta gestionale** e consente **una più agevole verifica delle condotte fraudolente**, attraverso il confronto

tra quanto indicato nel documento negoziale e la concreta realizzazione del rapporto.

11. Le ricadute della direttiva 2008/104/CE sulla regolamentazione interna del rapporto di lavoro

Mentre alla regolazione della fattispecie interpositoria il legislatore comunitario indica una sola disposizione (l'art. 4), le altre previsioni della direttiva sono dedicate alla regolazione del rapporto, dacché l'ordinamento comunitario sposta su tale versante l'asse portante del regime di protezione dei lavoratori temporanei.

I principi fondamentali sui quali il legislatore comunitario ha incentrato la disciplina del rapporto di lavoro temporaneo ricevono in genere già applicazione nella legislazione interna, quanto meno nei paesi dell'Europa occidentale. La loro estensione o la modifica del loro regime – si pensi al principio di parità di trattamento – costituiscono ed hanno costituito uno dei punti più discussi nel dibattito sulla somministrazione e sulla tutela dei lavoratori somministrati. Tuttavia, l'analisi della normativa interna alla luce delle previsioni comunitarie può riservare qualche sorpresa, poiché in alcuni casi le previsioni del legislatore interno si rivelano meno restrittive sul piano delle tutele rispetto a quelle del diritto comunitario.

12. Il principio di parità di trattamento nel diritto interno

L'art. 23, 1° c., d.lgs. n. 276/2003, prevede che «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». Tuttavia, «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».

Anche tale disposizione pone alcune questioni rispetto alla sua compatibilità con le previsioni dell'art. 5, direttiva 2008/104/CE. Infatti, l'espressione «complessivamente non inferiore» ha un tenore differente da quella utilizzata dal legislatore comunitario, che fa riferimento a «condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori» «**almeno identiche**» tra i lavoratori temporanei e quelli alle dipendenze dell'utilizzatore. Le disposizioni comunitarie non sembrano ammettere un giudizio complessivo di equivalenza, vietando differenziazioni anche nella determinazione delle singole voci retributive. Non sono consentite differenze normative o retributive e non solo a tutela dell'interesse

specifico del lavoratore, ma anche al fine di impedire dinamiche concorrenziali fondate sul *dumping sociale* (cfr. Chieco 2004, 49).

Il legislatore del 2003 ha specificato che la comparazione deve essere riferita a **dipendenti che svolgano le stesse mansioni** («a parità di mansioni»). Anche qui occorre fare riferimento al trattamento contrattuale previsto per lavoratori che se assunti direttamente dall'utilizzatore svolgerebbero le stesse mansioni di quelli somministrati (cfr. Speciale 2006, 54; Ichino 2004, 299; *contra* Carinci M.T. 2008, 64; Chieco 2004, 19).

Il legislatore italiano estende il principio di parità a tutti i trattamenti normativi. Tale previsione parrebbe avere un ambito di applicazione più esteso rispetto a quello della direttiva, che invece utilizza l'espressione «condizioni di lavoro e d'occupazione», facendo riferimento ad un numero più ristretto di istituti (cfr. *supra*, § 10.2.5.). Di conseguenza, mentre per quanto ricade nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria il principio di parità di trattamento va inteso nel senso più restrittivo indicato dall'art. 5, § 1, per gli altri trattamenti normativi l'equivalenza può essere accertata sulla base di un giudizio complessivo, non senza un ampio margine di incertezza nell'applicazione. In ogni caso, la direttiva non consente revisioni peggiorative di trattamenti più favorevoli già applicati nell'ordinamento interno, per la clausola di non regresso dell'art. 9, § 2, della stessa direttiva.

Il 2° c. dell'art. 23, d.lgs. n. 276/2003 esclude l'applicazione del principio di parità di trattamento per i «contratti di somministrazione conclusi da soggetti privati autorizzati nell'ambito di specifici programmi di formazione, inserimento e riqualificazione professionale erogati, a favore dei lavoratori svantaggiati, in concorso con Regioni, Province ed enti locali ai sensi e nei limiti di cui all'articolo 13». La *ratio* della disposizione, indirizzata a favorire l'accesso al lavoro per soggetti particolarmente "svantaggiati", non elimina l'attrito con il principio di parità di trattamento, come declinato dal legislatore comunitario, il quale, appunto, non ammette deroghe se non quelle esplicitate dalla stessa direttiva 2008/104/CE, da intendersi sempre in modo restrittivo (già critico nei confronti di tale disposizione Speciale 2006, 29; ed in generale, nei confronti del ribasso delle tutele al fine di favorire l'occupazione, Del Punta 2001, 38).

Analoghe osservazioni valgono per il 4° c. della stessa disposizione, che **attribuisce ai** «contratti collettivi applicati dall'utilizzatore» la facoltà di stabilire «modalità e criteri per la determinazione e corresponsione delle erogazioni economiche correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti o collegati all'andamento economico dell'impresa» (cfr. Chieco 2004, 50;

Ichino 2004, 300). Come già rilevato, il principio di parità di trattamento va applicato a tutte le voci della «retribuzione», secondo la previsione dell'art. 3, § 1, lett. f), punto ii, direttiva 2008/104/CE, cui rinvia l'art. 5, § 1; né possono essere ammesse interpretazioni che riconducano tale eccezione alle deroghe giustificate dall'art. 5, § 3 della direttiva 1472008/CE, dacché, in tale caso il legislatore comunitario richiede che la previsione legislativa sia stata preceduta dalla consultazione delle parti sociali.

L'art. 23, § 4, d.lgs. n. 276/2003, stabilisce che «i lavoratori dipendenti dal somministratore hanno altresì diritto a fruire di tutti i servizi sociali e assistenziali di cui godono i dipendenti dell'utilizzatore addetti alla stessa unità produttiva, esclusi quelli il cui godimento sia condizionato alla iscrizione ad associazioni o società cooperative o al conseguimento di una determinata anzianità di servizio». Anche qui può sorgere qualche perplessità in merito alla compatibilità con il secondo periodo dell'art. 6, § 4, direttiva 2008/104/CE, che, come già sottolineato, costituisce un'ulteriore declinazione del principio di parità di trattamento. Infatti, parte di tali servizi rientra tra le «strutture» o «attrezzature collettive» cui fa riferimento il legislatore comunitario; di certo tale affermazione vale per le «infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia». Le eventuali limitazioni all'applicazione del principio di parità di trattamento in tali casi devono fondarsi su **«ragioni oggettive» che «giustificano un trattamento diverso»**. Non sembra potersi reputare tale il requisito della «anzianità», specie se riferito ai lavoratori temporanei che difficilmente possono maturarne un livello rilevante. Peraltro, resta oscuro se l'anzianità debba essere riferita alla durata della missione o al rapporto di lavoro. In tale ultima ipotesi sarebbe irragionevole la modulazione in base a tale criterio di prerogative legate in gran parte alla relazione con la struttura organizzativa dell'utilizzatore.

13. Le clausole che impediscono la stabilizzazione del rapporto con l'utilizzatore

La regola di un'interpretazione coerente con la *ratio* dell'intervento normativo del legislatore comunitario va applicata anche alle clausole che limitino od ostacolino l'assunzione del lavoratore temporaneo alle dipendenze dell'utilizzatore. Ciò pone in attrito con le previsioni comunitarie **l'art. 9, 8° c., d.lgs. n. 276/2003**, il quale dispone che la sanzione della nullità, prevista per «ogni clausola diretta a limitare, anche indirettamente, la facoltà dell'utilizzatore di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione» non trovi applicazione «nel caso in cui al lavoratore sia corrisposta una adeguata indennità, secondo

quanto stabilito dal contratto collettivo applicabile al somministratore». Infatti, la previsione comunitaria non prevede possibilità di deroga.

Per lo stesso motivo deve essere condivisa la lettura di chi ritiene di estendere la nullità alle clausole limitative dell'assunzione alle dipendenze dell'utilizzatore anche se apposte al contratto di lavoro, nonostante la disposizione interna sembri riferirsi al solo contratto di somministrazione (Ichino 2004, 313). Peraltro, la direttiva 2008/104/CE fa esplicito riferimento anche alle clausole sottoscritte dal lavoratore.

Inoltre, devono essere ritenute nulle le previsioni che ostacolino o rendano eccessivamente onerose le dimissioni del lavoratore temporaneo, laddove esse siano motivate dall'assunzione da parte dell'utilizzatore. In particolare, sembra incompatibile con le previsioni del diritto europeo l'inesistenza del potere di recesso in capo al lavoratore a termine, salvo voler ritenere che l'opportunità di stipulare un contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore costituisca una giusta causa di dimissioni, ai sensi dell'art. 2119 c.c. Mentre non pare di per sé in contrasto con l'art. 6, § 2, direttiva 2014/2008/CE la previsione del pagamento di un'indennità per il recesso anticipato, laddove di entità ragionevole e, di conseguenza, non tale da rendere eccessivamente onerosa per il lavoratore l'estinzione. In tal senso può essere ritenuto valido l'art. 31 C.c.n.l. per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro, in vigore dal 24 luglio 2008, il quale prevede il pagamento di una penalità per la risoluzione anticipata da parte dei lavoratori a tempo determinato commisurata al numero di giorni di missione non effettuati. La penale non è tale da «impedire» l'assunzione, limitandosi ad attribuire al lavoratore il pagamento di una somma volta ad indennizzare l'agenzia per il danno subito a seguito dell'estinzione anticipata del rapporto. Peraltro, «in caso di comunicazione preventiva del recesso anticipato, in misura pari al numero di giornate di penale imputabili, la stessa non viene applicata».

Anche per quanto attiene il rapporto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'agenzia la previsione di limitazioni al potere di recesso del datore rischia di entrare in conflitto con l'art. 6, § 2, direttiva 14/2008/CE. Infatti, sarebbe da ritenere illegittima la determinazione di un'indennità di mancato preavviso tale da rendere talmente oneroso il recesso da impedire la stipulazione del contratto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore.

Allo stesso tipo di verifica deve essere sottoposto l'art. 11, 2° c., d.lgs. n. 276/2003, il quale prevede che il divieto di oneri economici a carico dei lavoratori possa essere derogato dai «contratti collettivi stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale o territoriale (...) per specifiche categorie di lavoratori altamente professionalizzati o

per specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati o accreditati». Anche in questo caso la relativa disposizione della direttiva 2008/104/CE non prevede la possibilità di deroghe. Tuttavia il legislatore comunitario ha previsto il divieto di richiedere compensi da parte delle agenzie di lavoro interinale soltanto «in cambio di un'assunzione presso un'impresa utilizzatrice o nel caso in cui essi stipulino un contratto di lavoro o avviino un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice dopo una missione nella medesima agenzia interinale». Nulla si dice in merito all'eventuale compenso attribuito dai lavoratori all'agenzia per l'assunzione tramite contratto di lavoro temporaneo e non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva quello eventuale per l'attività di intermediazione. Quindi, soltanto in tali due ipotesi deve essere considerata valida la previsione dell'art. 11, 2° c., d.lgs. n. 276/2003, mentre non sono consentite deroghe da parte della contrattazione collettiva nei casi esplicitamente disciplinati dal legislatore comunitario.

Infine, qualche dubbio di legittimità, sotto analoghi profili, può essere sollevato in relazione all'art. 22, 2° c., d.lgs. n. 276/2003 nella parte in cui deroga alla disciplina posta dal d.lgs. n. 368/2001 sulla proroga e la successione di contratti a termine per i lavoratori temporanei utilizzati nell'ambito di una somministrazione a tempo determinato. Tale opzione normativa **facilita il mantenimento di occupazione non stabile anche in relazione ad esigenze organizzative che perdurano nel tempo**. In tali circostanze, la possibilità di prorogare o rinnovare i contratti a termine in maniera indiscriminata disincentiva l'assunzione a tempo indeterminato da parte dell'agenzia e, per quanto in via indiretta, consente all'utilizzatore di procrastinare l'eventuale assunzione a tempo indeterminato di un lavoratore del quale abbia appurato ed apprezzato la professionalità.

14. La rappresentanza collettiva dei lavoratori "somministrati" nel diritto interno

Le previsioni del legislatore interno in materia di rappresentanza sindacale dei lavoratori temporanei sono assai scarse e del tutto inadeguate a consentire la formazione di un sistema efficace di tutela degli specifici interessi collettivi dei lavoratori "somministrati". Tant'è che in alcuni punti il d.lgs. n. 276/2003 rischia, sotto tale profilo, di non dare un completo adattamento alla disciplina comunitaria, per quanto la stessa direttiva 2008/104/CE non preveda un sistema organico e compiuto. Una disciplina più dettagliata è rinvenibile nel C.c.n.l. 24.7.2008, che pare in qualche modo colmare le lacune della normazione primaria, esercitando il ruolo di adattamento alla realtà specifica delle relazioni industriali interne gli scarni principi del legislatore italiano ed ora di quello comunitario.

Per quanto, in linea di principio, è vero che il legislatore del 2003 ha aperto la strada a forme di «codatorialità» anche in materia di diritti sindacali (Barbera 2009, 23); alla generica previsione dell'art. 24, 1° c., d.lgs. n. 276/2003, per la quale «ai lavoratori delle società o imprese di somministrazione e degli appaltatori si applicano i diritti sindacali previsti dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni», non corrispondono disposizioni di adattamento agli specifici problemi della rappresentanza collettiva dei lavoratori tramite agenzia (Carinci M.T. 2008, 77 ss.).

In relazione all'impresa utilizzatrice il legislatore interno si limita a prevedere che «il prestatore di lavoro ha diritto a esercitare presso l'utilizzatore, per tutta la durata della somministrazione, i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici» (art. 24, 2° c.), senza disposizioni di dettaglio e, di conseguenza con un ruolo di integrazione attribuito alla contrattazione collettiva. In effetti, il C.c.n.l. 24.7.2008 ha delineato un sistema di rappresentanza collettiva dei lavoratori tramite agenzia; il quale si fonda sul «**rappresentante nazionale di agenzia**», il «**delegato sindacale territoriale**», il «**rappresentante sindacale in azienda**». Per l'art. 16, 1° c., lett. a), C.c.n.l. il «rappresentante nazionale di agenzia» costituisce la principale istanza rappresentativa dei lavoratori temporanei presso l'agenzia datrice di lavoro formale. Il numero dei componenti va da 3 a 9 secondo il numero dei dipendenti «*full-time*», con l'applicazione del principio *pro rata temporis* per i lavoratori a tempo parziale.

Il «rappresentante nazionale di agenzia» costituisce un soggetto di rappresentanza unitario, sul modello delle r.s.u., per esplicita previsione delle parti negoziali all'art. 16, 1° c. Di conseguenza, l'assenza di regole specifiche sulle modalità di individuazione dei membri induce a ritenere applicabili le disposizioni dell'accordo confederale del 1993, incluso l'istituto della riserva del terzo, a favore delle Oo.ss. che hanno sottoscritto il C.c.n.l.

Posta la natura «unitaria» del sistema di rappresentanza nelle agenzie, desta qualche perplessità la previsione, contenuta nella stessa disposizione, per la quale «le rappresentanze nazionali di agenzia svolgono, unitamente alle proprie organizzazioni, le attività negoziali proprie relative agli interventi nei confronti della medesima Agenzia di Somministrazione per l'applicazione dei contratti e delle norme in materia di lavoro e per l'applicazione dei diritti sindacali in genere». In primo luogo risulta ambiguo il riferimento alle Oo.ss. come «proprie» rispetto al rapporto con le rappresentanze, dacché la r.n.a., in quanto organismo unitario, dovrebbe essere svincolato da una rapporto preferenziale con

una o più organizzazioni sindacali. Deve ritenersi che il riferimento sia alle Oo.ss. che godono della riserva del terzo, pare di capire, con una implicita restrizione a tali organizzazioni della legittimazione a negoziare per la stipulazione del contratto collettivo aziendale.

Qualche dubbio interpretativo solleva anche la mancata specificazione del numero di componenti della rappresentanza nelle aziende con meno di 2000 dipendenti *full-time*. Ciò potrebbe indurre a ritenere che non sia prevista per le imprese di tale dimensione alcuna forma di rappresentanza dei lavoratori "somministrati" presso l'agenzia. In verità tale interpretazione lascerebbe un rilevante vuoto di rappresentanza, perché dipendenti di imprese di dimensione rilevante sarebbero privi di una rappresentanza collettiva presso il proprio datore di lavoro, con la conseguenza di un vuoto anche rispetto all'esercizio dei diritti di informazione e consultazione previsti dal d.lgs. n. 25/2007, attuativo della direttiva 2004/14/CE. Tuttavia, non possono essere condivise interpretazioni estensive, tali da forzare la volontà delle parti negoziale al punto da ipotizzare la costituzione di rappresentanze nazionali di agenzia di uno o due membri nelle imprese con meno di 2000 dipendenti. Quindi, nelle agenzie per il lavoro con meno di 2000 dipendenti l'unica forma di rappresentanza collettiva dei lavoratori "somministrati" è esercitata dai delegati sindacali territoriali, i quali, non sono costituiti nell'azienda, ma hanno una competenza territoriale di carattere regionale e provinciale. Inoltre, secondo l'art. 16, 1° c., lett. b), C.c.n.l. i «delegati sindacali territoriali sono nominati dalle singole organizzazioni firmatarie del presente Ccnl a livello regionale e provinciale». A tali organi sono attribuite «le funzioni di intervento nei confronti delle Agenzie di Somministrazione per l'applicazione dei contratti e delle norme in materia di lavoro e per l'applicazione dei diritti sindacali in generale, nell'ambito di un territorio provinciale, interprovinciale o regionale definito». Quindi, i delegati non possono esercitare in via diretta i diritti sindacali né svolgere funzioni negoziali, con l'irragionevole conseguenza che i lavoratori delle agenzie con meno di 2000 dipendenti somministrati resterebbero privati dell'esercizio di tali prerogative. In verità, deve ritenersi che, per effetto del richiamo generale dell'art. 24, 1° c., d.lgs. n. 276/2003, nelle imprese con meno di 2000 lavoratori "somministrati" questi ultimi possano costituire **rappresentanze sindacali aziendali** a norma dell'art. 19 st. lav., legittimate all'esercizio dei diritti sindacali del titolo III.

L'art. 16, 1° c., lett. c), istituisce invece il «**rappresentante sindacale aziendale**», che svolge «compiti di **intervento nei confronti delle ApL operanti nella specifica impresa utilizzatrice** e si **coordina con i delegati sindacali territoriali operanti sul suo**

territorio e con i delegati nazionali di agenzia» (da intendersi come i membri del rappresentante nazionale di agenzia). Tale organismo costituisce quindi l'istanza rappresentativa dei lavoratori "somministrati" presso l'impresa utilizzatrice, laddove questa impieghi «almeno 20 lavoratori in somministrazione contemporaneamente per più di tre mesi, anche di ApL diverse». Il rappresentante sindacale in azienda è un organismo di natura elettiva. Infatti, «le organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie possono organizzare elezioni di rappresentanti dei lavoratori nella misura di 1 rappresentante per ogni 20 lavoratori in somministrazione». Per quanto il primo periodo della disposizione in oggetto preveda che il rappresentante sindacale in azienda sia «eletto o nominato» tra i lavoratori somministrati dell'impresa utilizzatrice, il contratto non prevede procedure alternative all'elezione, pertanto non si vede per quali vie si possano nominare i rappresentanti ed, in assenza di nuove previsioni negoziali, quello elettorale sembra l'unico metodo di individuazione dei membri dell'organismo. Anche in questo caso deve ritenersi richiamato il sistema di elezione disciplinato dall'accordo interconfederale del 1993 sulle r.s.u.

Al fine di rendere effettiva la realizzazione delle rappresentanze, il C.c.n.l. prevede che le agenzie debbano fornire alle organizzazioni sindacali firmatarie «informazioni sul numero delle aziende utilizzatrici in cui si è verificata la situazione di presenza contemporanea di almeno 20 lavoratori in somministrazione per più di 3 mesi».

L'art. 16, 1° c., lett. c), C.c.n.l. prevede una serie di disposizioni più dettagliate sul funzionamento di tale rappresentanza e di prerogative per i lavoratori che fanno parte dell'organismo. Per questi ultimi è prevista la facoltà di rimanere in carica fino ai 24 mesi successivi alla fine della missione.

Cercando di risolvere una questione assai discussa in giurisprudenza, le parti negoziali collettive hanno previsto che **le organizzazioni sindacali possano revocare il mandato dei rappresentanti «nominati»**, dandone comunicazione all'agenzia; tuttavia tale clausola non può ritenersi immune da eventuali rilievi sulla sua validità (cfr. Cass. 12.8.2000, *MGL*, 2000, 1140).

Nel C.c.n.l. sono poi previste norme che regolano il godimento di diritti sindacali. In particolare, l'art. 18 – rubricato «Assemblea» – pare dare attuazione all'art. 24, 3° c., d.lgs. n. 276/2003, a norma del quale «ai prestatori di lavoro che dipendono da uno stesso somministratore e che operano presso diversi utilizzatori compete uno specifico diritto di riunione secondo la normativa vigente e con le modalità specifiche determinate dalla contrattazione collettiva». La norma negoziale prevede per i «lavoratori in somministrazione» uno specifico diritto di riunirsi

dentro le sedi dell'agenzia o presso locali dell'utilizzatore appositamente da questo apprestati dietro specifica richiesta della stessa agenzia. A tale assemblea, anche laddove si svolga presso uno degli utilizzatori stipulanti contratti di somministrazione con l'agenzia, possono partecipare tutti i dipendenti di quest'ultima, proprio perché, benché ciò non sia esplicitamente previsto dal testo negoziale, esso deve essere ritenuto quale attuazione dello specifico diritto di riunione disciplinato dal d.lgs. n. 276/2003. Peraltro, lo stesso art. 18 C.c.n.l. disciplina separatamente la partecipazione dei lavoratori "somministrati" alle assemblee indette per i dipendenti dell'utilizzatore.

La rappresentanza nazionale di agenzia è inoltre titolare di **diritti di informazione e consultazione** in relazione ad una serie di questioni legate all'andamento economico dell'impresa; alla sua situazione economica; all'andamento della situazione occupazionale, in particolare alle trasformazioni dei rapporti di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato ed alle misure anticipatrici da adottare in caso di minaccia; alle decisioni che possono comportare cambiamenti di rilievo in materia di organizzazione del lavoro e di contratti di lavoro, soprattutto in relazione ai licenziamenti ed ai trasferimenti di azienda. A tali previsioni si aggiungono quelle poste in via esplicita dal legislatore nazionale. L'art. 24, 4° c., d.lgs. n. 276/2003 prevede che «l'utilizzatore comunica alla rappresentanza sindacale unitaria, ovvero alle rappresentanze aziendali e, in mancanza, alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale: a) il numero e i motivi del ricorso alla somministrazione di lavoro prima della stipula del contratto di somministrazione; ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità di stipulare il contratto, l'utilizzatore fornisce le predette comunicazioni entro i cinque giorni successivi; b) ogni dodici mesi, anche per il tramite della associazione dei datori di lavoro alla quale aderisce o conferisce mandato, il numero e i motivi dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati». Tali previsioni sono volte a garantire il controllo sindacale sul ricorso alla somministrazione al fine di evitare comportamenti fraudolenti o abusivi. Peraltro, possono essere considerate quali attuazione nell'ordinamento interno delle disposizioni dell'art. 8, direttiva 2008/104/CE, che impongono agli Stati membri di prevedere obblighi di informazione a favore delle rappresentanze dei lavoratori proprio con tale finalità, facendo salvi i diritti di coinvolgimento derivanti da altre previsioni di diritto interno o comunitario. Al contrario, **le norme poste dalla contrattazione collettiva attengono all'interesse dei lavoratori somministrati a vigilare, tramite le proprie rappresentanze**

sindacali, sull'andamento dell'impresa somministratrice, pertanto, vanno ricondotte al d.lgs. n. 25/2007.

Se considerate nel loro assetto complessivo, le norme di diritto interno e quelle poste dall'autonomia negoziale collettiva costituiscono un sistema di rappresentanza dei lavoratori "somministrati" abbastanza organico, soprattutto grazie al contributo del C.c.n.l. 24.7.2008, in grado di soddisfare gran parte delle prescrizioni – peraltro scarse – della disciplina in materia posta dal legislatore comunitario.

La contrattazione collettiva ha previsto, in effetti, un sistema di rappresentanza ben più dettagliato di quello definito dal legislatore. Peraltro, è apprezzabile la creazione di un "**doppio binario**", con organismi rappresentativi sia presso l'utilizzatore, che presso l'agenzia. Se mai stupisce **l'accentramento del sistema di rappresentanza nell'ambito dell'agenzia**, fondato su un unico organo, con l'attribuzione della gestione delle questioni sindacali specifiche dei lavoratori "somministrati" ai delegati sindacali territoriali, strettamente legati alle organizzazioni sindacali firmatarie del C.c.n.l., e quindi dotati di una legittimazione di tipo "discendente".

Qualche lacuna e, di conseguenza, la necessità di norme di adattamento va rilevata rispetto agli obblighi posti dal legislatore comunitario all'art. 6, § 5, che impone la previsione di misure che favoriscano il dialogo tra le parti sociali in relazione all'accesso per i lavoratori tramite agenzia alle «opportunità di formazione», ed alle «infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia nelle agenzie di lavoro interinale» (v. *supra*, § 10.2.5.3.). Se, infatti, su tale aspetto si registrano degli interventi del C.c.n.l. (v. art. 6, «commissione pari opportunità», e art. 14, «diritto allo studio e alla formazione»), al contrario, **non vi sono previsioni del legislatore interno.**

Desta poi non poche perplessità di carattere sistematico il fatto che organismi di rappresentanza e diritti di natura sindacale la cui realizzazione pone **obblighi collaborativi in capo all'impresa utilizzatrice** siano regolate e disciplinate **nell'ambito di un contratto collettivo sottoscritto da associazioni di categoria delle agenzie di somministrazione**. Non si vede infatti come l'impresa utilizzatrice, la cui associazione di riferimento non avrà sottoscritto il contratto collettivo di cui si invoca l'applicazione, debba ritenersi obbligata a consentire l'esercizio da parte delle organizzazioni sindacali o dei singoli lavoratori dei diritti ivi previsti. Deve ritenersi, allora, che la sottoscrizione del C.c.n.l. da parte delle organizzazioni delle agenzie per il lavoro comporti un **vincolo implicito a richiedere dall'impresa utilizzatrice un rinvio al contratto collettivo nel contratto di somministrazione**. In tal caso si potrebbe ipotizzare un ricorso ex art. 28 stat. lav. nei confronti

dell'utilizzatore, la cui legittimazione passiva per tale azione è riconosciuta dalla più recente giurisprudenza di merito (Trib. Milano 6.7.2007, *D&L*, 2007, 1053, con nota di Cordedda).

Connesso con il tema della rappresentanza sindacale è quello della computabilità dei lavoratori somministrati per l'applicazione delle norme di legge e di contratto collettivo. In materia, ha efficacia **l'art. 22, d.lgs. n. 276/2003**, il quale esclude per tali finalità i lavoratori "somministrati" dall'organico dell'utilizzatore, salvo che per le norme «relative alla materia dell'igiene e della sicurezza sul lavoro». Alla luce di tale norma deve ritenersi che i lavoratori somministrati debbano essere però computati nell'organico dell'agenzia di somministrazione, almeno per quanto attiene alle soglie per la costituzione delle rappresentanze collettive. Tale interpretazione appare coerente con le previsioni della direttiva 2008/104/CE, la quale, per tale finalità, impone ai legislatori nazionali di prevedere la computabilità dei lavoratori temporanei nell'organico dell'agenzia ovvero dell'utilizzatore (art. 7). Di conseguenza, la legislazione comunitaria non fornisce indicazioni in relazione al computo dei lavoratori "somministrati" ai fini dell'applicazione delle altre normative di legge e di contratto collettivo, ad esempio, quelle relative alla tutela contro il licenziamento invalido.

In tale ambito le scelte operate dal legislatore comunitario e nazionale non paiono coerenti con l'esigenza di garantire ai lavoratori somministrati una tutela effettiva, sia rispetto alle posizioni giuridiche di natura collettiva, che individuale. Una modulazione ragionevole delle tutele imporrebbe di computare i lavoratori tramite agenzia nell'organico dell'utilizzatore o dell'agenzia stessa a seconda delle finalità perseguite dalla normativa da applicare. È irragionevole che il legislatore interno tuteli l'interesse dei lavoratori somministrati a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici, senza però computare tali lavoratori laddove debba essere individuata la soglia per l'applicazione dell'istituto (cfr. Carinci M.T. 2008, 77).

15. Il sistema sanzionatorio

L'analisi del sistema sanzionatorio per la stipulazione di contratti di somministrazione illegittimi rinvia a scelte interpretative fondamentali sulla natura della fattispecie interpositiva. Le risposte attribuite all'interrogativo sull'esistenza o meno di un divieto generale di interposizione, anche successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, comportano differenti letture rispetto al modo in cui opera la sanzione della costituzione di un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze dell'utilizzatore.

Il legislatore comunitario non offre indicazioni precise, salvo prevedere l'adozione di **sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive»**. Tuttavia, proprio alla luce delle scelte regolative di fondo della direttiva 2008/104/CE appare possibile, in conclusione, condurre alcune brevi osservazioni in merito ai rapporti tra la disciplina europea e le previsioni contenute nel d.lgs. n. 276/2003 sul sistema sanzionatorio.

L'assetto posto in essere dal legislatore interno con il d.lgs. n. 276/2003 è incentrato sulla figura della **somministrazione irregolare**, disciplinata dall'art. 27. È irregolare la somministrazione posta in essere al di fuori dei limiti dell'art. 20 dello stesso decreto, attinenti all'individuazione dei soggetti legittimati a stipulare ed alle causali, ovvero quella in cui non siano indicati nel documento negoziale alcuni degli elementi del contratto indicati dall'art. 20, lett. a), b), c), d), e). In tali casi «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». Invece, **l'art. 21, 4° c.**, del decreto, prescrive la sanzione della **nullità** per il contratto di somministrazione stipulato senza la forma scritta e prescrive, in maniera esplicita, che in tale evenienza «i lavoratori sono **considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore**». Si aggiunga che, prima dell'intervento modificativo del d.lgs. n. 251/2004, tale ultima previsione trovava applicazione anche nel caso di mancata indicazione nel documento negoziale di quegli stessi elementi per i quali ora trova applicazione l'istituto della somministrazione irregolare, disciplinato dall'art. 27.

Infine, l'art. 28 disciplina l'istituto della «**somministrazione fraudolenta**», prevedendo che «quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, somministratore e utilizzatore sono puniti con una ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione», facendo salve le sanzioni penali ed amministrative dell'art. 18, d.lgs. n. 276/2003, per la stipulazione di contratti di somministrazione da parte di soggetti non autorizzati o con gli stessi e, comunque, per il mancato rispetto dei limiti legislativi previsti.

L'assetto posto in essere dal legislatore è senza dubbio assai complesso e comporta non pochi problemi interpretativi. Ciò che più interessa verificare in questo contesto è se le previsioni poste dal legislatore interno siano compatibili con quelle della direttiva 2008/104/CE, ovvero se le indicazioni provenienti dal legislatore

comunitario inducano ad una variazione delle impostazioni esegetiche fin qui assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie.

Molti tra commentatori della prima stesura del d.lgs. n. 276/2003 (precedente al decreto correttivo n. 251/2004) hanno evidenziato la sostanziale continuità dell'attuale regime con il precedente (Salento 2006, 477; Mazzotta 2006, 162; 97; Scarpelli 2004, 97). In particolare, l'esigenza di coerenza sistematica induce la dottrina a minimizzare le differenziazioni del diritto positivo ed a valorizzare al contrario l'univocità del sistema sanzionatorio per il contratto di somministrazione stipulato al di fuori dei limiti posti dal legislatore, affermando che la sanzione civilistica inferta dall'ordinamento è sempre quella radicale della nullità (Chieco 2004, 57). Tale impostazione richiama la permanenza nell'ordinamento del generale divieto di interposizione di manodopera e, di conseguenza, la riemersione del contratto di lavoro in concreto sussistente con l'effettivo utilizzatore della prestazione una volta rilevata la nullità del contratto di somministrazione illecito, anche nell'ipotesi di somministrazione irregolare prevista dall'art. 27, con la conseguenza che, in tale caso come in quello della nullità regolato all'art. 20, la sentenza del giudice è di accertamento e non costitutiva (Carinci M.T. 2004, 166 ss.; Carinci M.T. 2008, 83).

Sembra che il rinnovato contesto imponga di rivedere alcune delle considerazioni sulle quali tale impostazione trova fondamento. L'orientamento verso la liberalizzazione della fattispecie interpositoria – che emerge dalle scelte del legislatore comunitario – non giustifica più la permanenza nell'ordinamento dell'idea del divieto generalizzato nel ricorso alla somministrazione. Al contrario pare corretto affermare la liceità del ricorso al lavoro tramite agenzia all'interno di limiti posti dal legislatore con finalità antifraudolente; limiti che costituiscono però **un'eccezione alla regola di una sostanziale equiparazione tra le due forme di reperimento della prestazione lavorativa.**

D'altra parte, altra dottrina aveva già intravisto nell'assetto regolativo posto dal legislatore interno, precedente all'intervento comunitario, la possibilità di una tale orientamento esegetico (Ichino 2004, 317 ss.). Si era infatti sottolineato come la lettera dell'art. 27, 1° c., d.lgs. n. 276/2003 potesse configurare una fattispecie di invalidità differente dalla nullità, assimilabile alla annullabilità di diritto comune, per quanto con efficacia retroattiva. Infatti il legislatore attribuisce soltanto al lavoratore la facoltà di impugnare il rapporto di somministrazione illegittimo, chiedendo al giudice la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore «con effetto dall'inizio della somministrazione». Tale teoria sarebbe stata avvalorata dalla circostanza che, laddove il legislatore ha ritenuto di definire forme più rigide di

invalidità l'ha fatto in maniera esplicita, prevedendo la nullità del contratto di somministrazione stipulato non per iscritto. Si rilevava però, allo stesso tempo, come a deporre a sfavore di questa tesi militasse la previsione della stessa sanzione per la mancata indicazione nel documento negoziale degli elementi del contratto indicati alle lett. e a, b, c, d. ed e dello stesso art. 21 (Ichino 2004, 318). Vi è che tali condizioni sono venute meno con l'intervento del d.lgs. n. 251/2004, che ha ridotto **alla sola mancanza della forma scritta i casi di nullità del contratto di somministrazione, secondo le previsioni dell'art. 1325 c.c.; mentre la nullità della somministrazione fraudolenta può essere dedotta dai principi del diritto comune.**

Quindi, nell'attuale assetto normativo, soprattutto alla luce delle previsioni della direttiva n. 2008/104/CE, pare del tutto ragionevole ritenere che **i casi di nullità sostanziale** del contratto tra agenzia ed utilizzatore siano limitati alla **mancanza della forma scritta** ed alla **somministrazione fraudolenta**, e che **in tutti gli altri casi la somministrazione «irregolare» sia annullabile, con la peculiarità dell'efficacia ex tunc della pronuncia, secondo le prescrizioni dell'art. 27, d.lgs. n. 276/2003** (concorde Carinci F. 2004, LXXXVIII).

Le ricadute sul rapporto legate alla nullità della somministrazione sono quelle previste dall'art. 21, 4° c., cioè «i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore», ed è ragionevole ritenere che tale previsione trovi applicazione anche per la somministrazione fraudolenta, in conformità agli orientamenti delle previsioni comunitarie che indirizzano i legislatori interni verso la persecuzione dei comportamenti elusivi, piuttosto che verso la limitazione dell'accesso al lavoro tramite agenzia *tout court*.

La previsione della nullità radicale è quindi comminata nell'attuale sistema soltanto per i casi in cui è comprovato l'intento fraudolento, ovvero laddove la realizzazione della fattispecie interpositoria avvenga senza il rispetto delle prescrizioni formali dettate dal legislatore, in relazione a quelle finalità di carattere generale connesse al buon funzionamento del mercato del lavoro, cui lo stesso legislatore comunitario fa riferimento, e che trascendono l'interesse del singolo. Per la somministrazione fraudolenta la nullità del contratto di somministrazione si desume dalle regole di diritto comune. In particolare l'art. 1344 c.c. commina la sanzione del contratto fraudolento per via dell'illiceità della causa (Chieco 2004, 61). Negli altri casi la costituzione di un rapporto alle dipendenze dell'utilizzatore è rimessa alla scelta del lavoratore, che «può» richiederla al giudice, ma laddove l'azione non sia esercitata l'invalidità non è impugnabile da soggetti terzi, compresi gli enti previdenziali. Peraltro, tale impostazione non può essere considerata

una "imprecisione terminologica", dacché previsioni di questo genere sono rinvenibili anche rispetto ad altri istituti del d.lgs. n. 276/2003. Si pensi all'art. 79, il quale dispone che «gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari», impedendo all'ente previdenziale la riqualificazione per la ridefinizione degli oneri contributivi (*contra*, Scarpelli 2004, 159 ss.).

Se mai, occorrerebbe interrogarsi sulla ragionevolezza e, soprattutto in questa sede, sulla compatibilità di tale regime sanzionatorio con l'art. 10, 2° c., direttiva n. 2008/104/CE, laddove impone agli stati membri l'adozione di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive». Il legislatore interno fa **ricadere per intero sull'utilizzatore le conseguenze sanzionatorie di carattere civilistico** connesse alla realizzazione della fattispecie interpositoria illecita (cfr. Barbera 2009, 27). È invece di tutta evidenza il ruolo svolto dall'agenzia, che nella maggior parte dei casi è anche in possesso di conoscenze tecniche maggiori per valutare la liceità o meno del contratto stipulato (cfr. Ratti 2009, 11 ss.). Se tale regime poteva essere giustificato nel contesto economico-produttivo in cui si calava la l. n. 1369/1960, nel quale il datore interposto costituiva un soggetto economico fittizio, privo di una propria consistenza economico-imprenditoriale (cfr. Carinci M.T. 2008, 21 ss.; Salento 2006, 450), il mutato contesto impone una incisiva revisione, con un'efficace sistema di tutela dei lavoratori e di repressione delle condotte abusive. Appare condivisibile l'idea di una differenziazione del regime sanzionatorio a seconda della consistenza economica dei due soggetti imprenditoriali coinvolti, con l'imputazione del rapporto a quello di maggiore "rilevanza" e, soprattutto, che è in grado di esercitare sull'altro un maggiore condizionamento delle scelte gestionali (cfr. Corazza 2004, 88 ss.; Speciale 2006, 35 e 47 ss.). Altrettanto irragionevole appare la distribuzione delle sanzioni penali ed amministrative. Infatti, non è coerente e proporzionata con la ridefinizione del sistema operata dal legislatore comunitario la concentrazione delle conseguenze più pesanti, anche su tale piano, nell'ambito della realizzazione della fattispecie interpositoria illecita. Al contrario, il sistema sanzionatorio dovrebbe essere ricalibrato, con una più incisiva repressione di condotte elusive delle tutele nell'ambito del rapporto, soprattutto rispetto alla violazione del principio di parità di trattamento ed alle pratiche volte ad impedire o ostacolare la stabilizzazione del rapporto. In relazione alla illecita stipulazione del contratto di somministrazione, le previsioni più

repressive, con un uso incisivo di previsioni di natura penale, dovrebbero essere concentrate sulla somministrazione fraudolenta, e, comunque, anche in questo caso con una modulazione delle sanzioni sulla base delle circostanze effettive nella realizzazione dei comportamenti incriminati e del ruolo svolto dai soggetti coinvolti.

Bibliografia

- Arrowsmith J., 2006, *Temporary agency work in an enlarged European Union*, Dublin, European foundation for the improvement of living and working conditions;
- Barbera M., 2007, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio; innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, I;
- 2009, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, relazione svolta in occasione del XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLASS, *In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro - Articolazione e trasformazioni*, Catania, 21-23 maggio 2009;
- Benedetti G., 1965, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *RTDPC*, I, 1492;
- Carabelli U., 1999, *Flessibilizzazione e destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia e in Europa*, in Liso F., Carabelli U. (a cura di), *Il lavoro temporaneo. Commento alla l. n. 196/1997*, Franco Angeli, 33;
- Carinci F., 2000, «*Costituzione*» europea e diritti sociali fondamentali, in *LD*, 2000, 281; ss.
- 2004, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Miscione M., Ricci M. (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano;
- 2007, *Diritto privato e diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino;
- Carinci F., Miscione M., 2008, *Il collegato lavoro 2008*, Ipsoa, Milano;
- Carinci F., Pizzoferrato A., 2000, «*Costituzione*» europea e diritti sociali fondamentali, *LD*, 281;
- Carinci M.T., 2008, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino;
- 2007, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione etitolare di tutte le posizioni di*

- diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico, ADL, 2007, 1019 ss.;*
 2004, *La somministrazione di lavoro altrui*, in Carinci M.T., Cester C. (a cura di) *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in Carinci F. (coordinato da) *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano;
 2000, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo. Lavoro negli appalti. Art. 2127*, Giuffrè, Milano;
- Caruso B., Massimiani C., 2008, *Prove di democrazia in Europa. La Flessicurezza nel lessico ufficiale e nella opinione europea*, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT;
- Chieco P. 2004, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT;
- Countouris N., Horton R., 2009, *The temporary agency work directive: another broken promise?* In *Industrial law journal*, 329;
- Corazza L., 2004, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Cedam, Padova;
- Corti M., 2006, *L'esperienza dei comitati aziendali europei dall'interno: un confronto fra Italia e Regno Unito*, in *RIDL*, 1, 225;
- Del Punta R., 2001, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 3;
- De Luca Tamajo R., 2007, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *RIDL*, 1, 3;
 1995, *Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interinale*, in *RIDL*, 1, 417;
- Esposito M., 2002, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli;
- Freeldland M., 2006, *From the contract of employment to the personal work nexus*, in *ILJ*, 1;
- Freeldland M., Kountouris N., 2008, *Toward a comparative theory of the contractual construction of personal work relations in Europe*, in *ILJ*, 49;
- Ghera E., 2003, *Azionariato dei lavoratori e democrazia economica*, in *RIDL*, 1, 413;
- Gottardi D., 2003, *Maternità, [aggiornamento]*, in *DDP comm.*, Utet, Torino, 651;
- Ichino P., 1999, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul diritto del lavoro*, relazione introduttiva alle Giornate di studio AIDLASS di Trento, 4-5 giugno 1999, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 203;

- 2004, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli M. (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna;
- Lo Faro A., 2003, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, 2003 (dattiloscritto);
- Lunardon F., 2008, *Informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori: D. Lgs. 6 febbraio 2007, n. 25*, Ipsoa, Milano;
- Massimiani C., 2008, *Flexicurity and decent work in Europe: can they co-exist?*, WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT;
- Mazzotta O., 1979, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano;
- 2006, *Somministrazione di lavoro e subordinazione: chi ha paura del divieto di interposizione?*, in Mariucci L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Il Mulino, Bologna, 157;
- Miscione M., 2001, (a cura di) *I congedi parentali*, Ipsoa, Milano;
- Mutarelli M.M., 2007, *Il lavoro tramite agenzia: modelli di disciplina in Europa*, DLM, 2007, 567 ss.;
- Pantano F., 2007, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione della società europea*, in ADL, 960;
- Ratti L., 2009, *Agency Work and the Idea of Dual Employership: A Comparative Perspective*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT;
- Salento A., 2006, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni. Teorie organizzative*, in DLRI, 441;
- Salomone R., 2005, *Lavoro somministrato tramite agenzia e qualificazione della fattispecie contrattuale: la giurisprudenza inglese scopre il co-datore?*, in RIDL, II, 20;
- Scarpelli F., 2004, *Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, Roma;
- Speziale V., 2009, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, relazione svolta in occasione del XVI Congresso nazionale di diritto del lavoro AIDLASS, *In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro - Articolazione e trasformazioni*, Catania, 21-23 maggio 2009;
- 2006, *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in RGL, I, 3;
- Tiraboschi M., 1992, *Il lavoro temporaneo in Italia*, in DRI, 83;
- 2000, *L'intermediazione privata: un mercato ancora poco trasparente*, in DPL, 657;

Zappalà L., 2003°, *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *DLRI*, 69 ss.;
2003b, *The regulation of temporary work in the light of flexicurity: between soft law and hard law*, *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*;