

Somministrazione, appalti e PNRR

di S. Galleano - 2 Dicembre 2024

1. Oggetto della somministrazione

Qualche doverosa premessa prima di venire all'argomento dell'incontro.

Il contratto di somministrazione di lavoro è un particolare rapporto, che si caratterizza per il coinvolgimento di tre soggetti:

- un'agenzia per il lavoro (somministratore);
- un'impresa, un professionista o, come nel caso di somministrazione di lavoratori domestici, un privato cittadino (utilizzatore);
- il lavoratore (somministrato).

Con tale contratto, un'impresa somministratrice, appositamente autorizzata dallo Stato, fornisce ad un terzo soggetto un proprio dipendente assunto a termine o a tempo indeterminato, affinché svolga sotto la direzione del primo e per un tempo determinato la propria attività lavorativa (cd. missione), riducendo così gli oneri economici e normativi derivanti dall'assunzione piena del lavoratore (RICCI, *La somministrazione di lavoro dopo la riforma*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, ESI, 2004, 121).

Il fatto che il lavoratore venga assunto da un soggetto (agenzia di somministrazione, titolare dell'obbligazione retributiva e contributiva e del potere disciplinare) diverso da quello che effettivamente utilizzerà la prestazione di lavoro (impresa utilizzatrice, titolare del potere direttivo e di controllo) costituisce l'elemento caratterizzante di tale tipologia contrattuale.

L'attività di somministrazione non può essere svolta da chiunque ma è riservata solo alle "agenzie per il lavoro" iscritte in un apposito albo informatico tenuto presso l'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL). Gli estremi del provvedimento di autorizzazione, quindi, costituiscono uno degli elementi fondamentali da indicarsi nel contratto di somministrazione che deve essere stipulato, a pena di nullità, in forma scritta.

La somministrazione di lavoro può avvenire per qualsiasi categoria di lavoratori subordinati (ovvero operai, impiegati, quadri e dirigenti). I lavoratori somministrati hanno nei confronti dell'impresa utilizzatrice gli stessi doveri dei lavoratori dipendenti.

2. Cenni storici

La necessità di trovare personale da utilizzare da parte di soggetto imprenditoriale nasce con il sorgere dell'organizzazione sociale finalizzata alla coltivazione o alla produzione dei beni.

Dopo il periodo in cui l'uomo sapiens si dedicava solo alla caccia, non vi era un problema organizzativo se non nei momenti di attività, con l'affermarsi della società agricola il problema viene risolto in ambito familiare: la mano d'opera è costituita dai figli, impiegati nella stessa attività (FRANGIPANE, *Un frammento alla volta. Dieci lezioni di archeologia*, Il Mulino, 2023, 39 e segg.).

Con l'affermarsi delle aggregazioni, urbane e degli imperi, la classe dominante, tenendo per sé le attività comando e più remunerative, risolve il problema con divisione in classi. A Roma i patrizi svolgevano le attività più rilevanti, mentre i plebei erano commercianti, contadini e artigiani a cui non erano riconosciuti tutti i diritti e i *clientes*, uomini che in cambio di prestazioni lavorative ad un patrono ottenevano sostentamento e protezione. Nell'ordine equestre invece erano compresi quei cittadini che in origine potevano permettersi un cavallo con cui combattere nella cavalleria e che negli anni della Repubblica si distinsero per la loro ricchezza (CARCOPINO, *La vita quotidiana a Roma*, Universale Laterza, Bari 1971; ENRICO PAOLI, *Vita romana* – Oscar Mondadori, 2005).

La complessità delle nuove forme sociali che imponevano l'utilizzo di vasta mano d'opera, anche per le costruzioni, senza particolari specializzazioni, ha poi reso necessario il ricorso alla schiavitù, cui spesso era anche finalizzata la guerra ed è stata per secoli una forma di reperimento della mano d'opera sino al secolo XIX, passando per la servitù della gleba medioevale e il lungo periodo della forzata immigrazione dall'Africa per l'avvio dell'economia, soprattutto agricola, del nuovo continente americano (PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, *La tratta degli schiavi. Saggio di storia globale*, Il Mulino, 2010).

Con l'avvio della rivoluzione industriale e l'affermarsi dei diritti sociali, dopo un primo periodo di traslazione dei contadini che avevano perso i diritti sui campi aperti poterono e trovarono lavoro nella nascente industria, nasce la necessità di reperimento della mano d'opera sul mercato e, di conseguenza gli intermediari che gestivano le offerte di lavoro nelle nascenti industrie (FILOSA, *Lavoro e industria 4.0: come il lavoro è cambiato nel corso del tempo e come esso si presenta al giorno d'oggi*, Tesi di laurea Luiss, capp. 1 – 1.3, reperibile su http://tesi.luiss.it/28954/1/222911_FILOSA_NICOLA.pdf).

Di seguito, con l'evoluzione della coscienza di classe, l'avvio al lavoro viene gestito, in Europa anche dalle leghe bracciantili e le Camere del lavoro, nonché, in Italia, da alcune organizzazioni cattoliche (LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante e altri saggi sul lavoro e la cultura nel Medioevo*, Einaudi, 2000).

3. La disciplina moderna

Con l'inizio del nuovo secolo, OIL nella conferenza del 1919 riconosce il collocamento come strumento principale della regolazione dell'accesso al lavoro con una dichiarazione poi recepita in Italia con il R.D. 30 dicembre 1923 n. 3158 che abroga tutte le leggi recenti, agevolando il ruolo delle organizzazioni del partito fascista nell'avviamento al lavoro (DE FELICE, *Mussolini il fascista. Vol. 2: L'organizzazione dello Stato fascista (1925-1929)*, Einaudi, 2019).

Con la convenzione 88/1948 l'OIL ribadisce la gestione pubblica del collocamento e con la Convenzione 264/1949 mette al bando le agenzie private. Ciò nonostante, soprattutto in America e, successivamente in Inghilterra, queste ultime continuano ad operare, soprattutto per le professionalità più ricercate e per la maggiore efficienza imprenditoriale.

Col mutamento di costumi e le esigenze delle nuove realtà produttive, nel 1997, con la convenzione 181, l'ONU prende ufficialmente atto dell'utilità delle agenzie di collocamento privato, prevedendone però il riconoscimento e controllo da parte del potere pubblico, la gratuità del servizio per la parte lavoratrice e la cooperazione con le strutture statali.

L'attività delle originarie agenzie di collocamento si è poi estesa all'attuale gestione dei rapporti di lavoro collocati presso le aziende che avevano necessità in via temporale e anche continuativa (staff leasing).

4. La disciplina nazionale

Nel primo dopoguerra la L. 264/1949 istituisce il collocamento statale (che sostituisce le Camere del lavoro, operanti dopo la caduta del regime).

La legge 83/1970 disciplina il collocamento nell'agricoltura (già regolato dal d.lgs. 929/1947).

Con la L. 300/70 (artt. 33 e 34) si modificano le modalità della chiamata numerica (poi ampliata con le leggi 56/1987 e 223/1991).

Con la sentenza della CGCE Hoefner dell'aprile 1991 (in causa C-41/90, in *RIDPC*, 1992, 1322 con nota di TASSONE) la Corte di giustizia liberalizza il mercato del collocamento anche al privato. Successivamente rende la pronuncia "Jobs centre" del dicembre 1997 (C-55/96) che liberalizza anche in Italia il collocamento privato (sulla quale v. l'ampia ricostruzione di ICHINO, sul sito pietroichino.it, che di quella vicenda è stato il protagonista). Si supera così la regolazione del fenomeno sino ad allora ricondotto alla legge 1369/1960 sull'appalto, e viene approvata la L. 196/1997 e, indi, la più compiuta disciplina della legge Biagi, d.lgs. 276/2003, più volte modificata sino al recente intervento di cui al d.lgs. 81/2015 che abroga la legge sull'appalto di mano d'opera del 1960.

5. Somministrazioni e appalto – differenze

Attese le non poche correlazioni tra i due istituti occorre tenere ben presente le differenze tra appalto e somministrazione.

L'appalto si caratterizza per la riferibilità del potere datoriale in capo all'appaltatore, essendo la prestazione inserita nella fase lavorativa oggetto dell'appalto, fermo restando il potere di controllo dell'appaltante.

Più in particolare, l'appalto si differenzia «*dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto*» e, se una o più forme di direzione aziendale risultano fare capo all'appaltante, l'appalto si presenta non genuino (Cass. 17627/2023, su cui GALLEANO, *Il punto sulle condizioni di liceità dell'appalto di manodopera e le differenze tra appalto e somministrazione*, in rivistalabor.it, 14.9.2023), soprattutto nei casi di appalti endoaziendali e labour intensive.

Con la somministrazione si verifica quindi una scomposizione del potere datoriale: la direzione dell'attività del prestatore è rimessa all'utilizzatore, al somministratore resta il potere disciplinare e la titolarità del rapporto.

6. La somministrazione nei paesi europei

Il Trattato CEE, Stipulato a Roma nel 1957, all'art. 117 parlava di «miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro», rinviando al mercato.

La Direttiva CEE 1991/383 sul lavoro tratta anche delle agenzie interinali in materia di salute e sicurezza (art. 7, informazioni e 8 responsabilità).

Nel frattempo, dopo il 1989, anno della approvazione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (Avvenuta a Strasburgo l'8 e il 9 dicembre 1989 sulla quale v.: BIFULCO, CARTABIA, CELOTTO, *L' Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, il Mulino, 2001), il diritto al lavoro, il diritto di associazione e di negoziazione collettiva e il diritto alla sicurezza sociale e all'assistenza sanitaria, trovano concretezza con l'approvazione delle Direttive sul lavoro, in primis quella 91/383/CEE del 25 giugno 1991 che reca, tra l'altro, anche disposizioni applicabili ai lavoratori tramite agenzia interinale in materia di sicurezza e salute sul lavoro.

Per quanto attiene l'avviamento al lavoro, nell'ambito europeo viene inizialmente mantenuto un regime tendenzialmente pubblico del collocamento sino alla citata sentenza Hoefner che dichiara incompatibile con gli artt. 59 e 90 del Trattato CEE il diritto esclusivo statale del collocamento al lavoro.

Sin dall'inizio, il settore della somministrazione è sempre stato uno dei più contrastati in ragione della complessità del settore.

La particolarità di tale tipologia di lavoro è rinvenibile nel concorrere di più rapporti all'interno di quello trilaterale costituito dalla somministrazione e, precisamente, quello del lavoratore con l'agenzia somministratrice e quello con il datore utilizzatore, che si accompagnano al corrispondente contratto tra i due soggetti datoriali (§ 40 della sentenza Della Rocca, del 11.04.2013, C-290/12).

L'accordo quadro poi inserito nella Direttiva n. 70 del 1999 sul contratto a termine fu concepito inizialmente per regolare anche il fenomeno somministrazione (considerando n. 3 della Direttiva 1999/70). Successivamente si decise di abbandonare tale impostazione, rinviando la regolamentazione ad una successiva intesa.

Intesa che fu mai possibile raggiungere sicché, nove anni dopo, il Consiglio e il Parlamento europeo, su proposta della Commissione, approvarono la Direttiva 2008/104 nella quale, richiamate tutte le precedenti direttive approvate e, in particolare, anche quella sul lavoro a tempo determinato, si disciplina la fattispecie, cercando di coniugare i plurimi aspetti del fenomeno somministrazione.

Sulla "doppia anima" della Direttiva si innestano le differenze con il lavoro a tempo determinato sulle quali, come vedremo, si sono sviluppate le pronunce che hanno seguito l'approvazione della disciplina europea (RATTI, *Natura temporanea del lavoro tramite agenzia e limiti derivanti dal diritto europeo*, in *RIDL*, 2021, 100).

7. Le finalità della Direttiva 2008/104

Queste le principali finalità della Direttiva:

1. Considerare le nuove forme di organizzazione del lavoro, al fine di combinare flessibilità, sicurezza e capacità di adattamento e per cogliere le opportunità della globalizzazione (considerando 9);
2. Adattamento alle diverse condizioni di lavoro nell'Unione (considerando 10);

3. Strumento per la creazione di opportunità di lavoro (considerando 11);
4. Parità di trattamento (considerando 14, art. 5.1);
5. Ribadire in ogni caso che la forma comune del rapporto è quella a tempo indeterminato (considerando 15).
6. Possibilità, comunque, di deroghe delle condizioni di lavoro (cons. 16, art. 5.4) e temporanee deroghe al principio di parità di trattamento (considerando 17), fermo restando il livello di tutela globale;

Sulla scorta di tali premesse, la Direttiva dispone:

- a. La sua applicazione ai lavoratori che hanno un rapporto di lavoro con agenzia interinale, assegnati presso un utilizzatore ove operano temporaneamente sotto il suo controllo (art. 1.1);
- b. Regolare i rapporti con la finalità di creare nuovi posti di lavoro (art. 2);
- c. Riesame delle restrizioni che non siano giustificate per la tutela dei lavoratori per ragione di salute e sicurezza o per il buon andamento del mercato al fine di liberalizzare l'utilizzo dell'istituto, con le parti sociali (art. 4);
- d. Garantire la parità di trattamento (anche retributivo, salvo che non siano retribuiti nei periodi di non lavoro), con possibilità di deroga, anche solo temporanea, di concerto con le parti sociali (art. 5);
- e. Evitare ogni abuso nella reiterazione di missioni successive (art. 5.5.)
- f. Assicurare la formazione garantita ai dipendenti dell'utilizzatore anche ai lavoratori interinali eventualmente tramite l'agenzia e tenerli informati dei posti che si liberano presso il datore dove operano, senza chiedere compensi in merito (art. 6);
- g. Gli stati membri devono adottare misure «effettive, proporzionate e dissuasive» ai fini che le agenzie interinali e le imprese utilizzatrici si adeguino agli scopi della direttiva (art.9) e a garantirne l'attuazione (art.10)

Dunque, la direttiva, definita la «cenerentola» (BRONZINI, *Il lavoro in somministrazione e le tutele dell'unione. Ribadite dalla Corte di giustizia le finalità antiabusive*, in *LDE*, 2/2022), presenta aspetti ambivalenti, a tratti «ambigui» (GIUBBONI, *Somministrazione di lavoro e tecniche antiabusive alla prova del diritto dell'Unione europea*, in *RIDL*, 1/2021), risultando altalenante tra due esigenze:

- La prima: garantire la libertà nel mercato del lavoro in una realtà complessa e variegata come quella europea, attraverso uno strumento atipico che si andava imponendo nelle realtà produttive dei singoli paesi;
- La seconda: assicurare livelli minimi di garanzia per i lavoratori pur assicurando la necessaria flessibilità per le aziende e favorire la stabilizzazione di rapporti attraverso un accesso facilitato a posti di lavoro che si creavano sul mercato.

Come vedremo, l'intervento della Corte di giustizia riporterà questo strumento nell'ambito di una accentuazione delle tutele per il lavoratore.

Il percorso non è però breve: qui ne ricorderemo velocemente tre pronunce principali.

Il primo è la sentenza Della Rocca del 11 aprile 2013 (C-290/12) che sancisce la non applicabilità delle sanzioni previste dalla direttiva 1999/70 sul contratto a termine. La Corte precisa che mentre la Direttiva 1999/70 sul lavoro a termine avrebbe una funzione «antagonista» della legge rispetto al mercato, tendendo a «imporre autoritativamente il beneficio della stabilità del posto di lavoro» (clausola 5, punto 2, lett. B, direttiva 1999/70), quella sulla somministrazione sarebbe diretta «soltanto a predisporre le condizioni affinché questo beneficio possa essere un possibile effetto virtuoso dei meccanismi spontanei che si intendono favorire» (così: EMILIANI, *Il lavoratore somministrato “in quanto tale”, quale figura emblematica del “terzo capitalismo”*, in *DRI*, fasc. 3, 2013). La Direttiva viene così interpretata come un prima conferma della tendenza a valutare con maggiore interesse l'esigenza di flessibilità e elasticità dell'economia, nell'ottica di aumentare il volume globale dell'occupazione.

Il secondo passo è la sentenza ATK dell'11 aprile 2015 (C-553/16), nella quale si ridimensiona l'impostazione liberista iniziale, stabilendo, su richiesta di un sindacato finlandese che, non è obbligo degli Stati membri vietare restrizioni nell'utilizzo della somministrazione. Resta comunque in capo allo Stato membro un onere di riesame (e qui, dunque, il primo limite) al fine di verificare se eventuali divieti o restrizioni imposti al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale siano necessari ai sensi dell'art. 4.1 a fini di tutela dei lavoratori.

Il successivo passo è costituito dalla sentenza Betriebsrat del 17 novembre 2016 (C-216/15) nella quale si controverte sulla legittimità dell'utilizzo di infermieri da parte di un'associazione (formalmente) costituita senza scopi di lucro. Il sindacato sosteneva che le mansioni infermieristiche alle quali costoro venivano adibiti, erano da considerarsi una somministrazione irregolare. La Corte condivide la tesi del sindacato, affermando che la fattispecie rientra nel campo di applicazione della Direttiva e dunque, l'utilizzo senza limiti di tale personale contrasta con gli scopi della Direttiva.

Ma il cuore del problema viene affrontato più recentemente, con due sentenze e riguarda la finalità di agevolare l'inserimento nel lavoro dei dipendenti somministrati e la temporaneità dell'istituto.

Vediamone i punti più rilevanti.

8. La sentenza della Corte di giustizia JH del 14 ottobre 2020 (C-681/18)

Il Tribunale di Brescia viene investito del ricorso di un lavoratore somministrato utilizzato ininterrottamente, tramite agenzia interinale, dal 3 marzo 2014 al 30 settembre 2016 in mansioni operaie di addetto al tornio presso l'azienda KG.

Cessato il rapporto, il lavoratore si è rivolto al giudice chiedendo fossero dichiarati illegittimi i contratti di somministrazione e che venisse accertata l'esistenza di un rapporto di lavoro direttamente con l'azienda somministrata e che questa fosse condannata a riassumerlo. Ha anche formulato una questione di pregiudizialità per ritenuto contrasto della normativa nazionale con la Direttiva 2008/104, segnatamente con l'art. 5, paragrafo 5 (che all'epoca, prima dell'approvazione delle misure di cui al decreto dignità, lasciava senza limiti temporali la somministrazione).

Il Tribunale di Brescia, con ordinanza 16 ottobre 2018, condividendo le osservazioni della parte ricorrente, sollevava la richiesta questione pregiudiziale nei seguenti termini: «Se l'articolo 5, paragrafo 5, [della direttiva 2008/104] debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione del decreto legislativo n. 276/2003, come modificato dal decreto-legge n. 34/2014, che: a) non prevede limiti alle missioni successive del medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice; b) non subordina la legittimità del ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo del ricorso alla somministrazione stessa; c) non prevede il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva propria dell'impresa utilizzatrice quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro».

Istruito il procedimento, l'Avvocato generale Eleanor Sharpston ha reso le sue conclusioni in data 24 aprile 2020 (GALLEANO, *Il lavoro precario avanti la Corte di giustizia. Un laboratorio europeo per la tutela del lavoro*, in *europeanrights.eu*, 04.06.2020, § 9, pagg. 17 e segg.), conclusioni che sono in gran parte state accolte dalla Corte.

La quale richiama tutte le considerazioni che si sono sinora illustrate, ribadendo la duplice funzione della Direttiva, ovvero la possibilità di creare nuovi posti di lavoro favorendo la flessibilità che consente lo strumento della somministrazione e, comunque, anche la tutela delle condizioni del lavoratore, anche in termini di parità di trattamento (GALLEANO, *Corte di giustizia, seconda sezione, C-311/21 del 15 dicembre 2022, somministrazione e parità di trattamento economico: termini e condizioni*, in *rivistalabor.it*, 11.02.2023).

La Direttiva si propone pertanto anche di consentire ai lavoratori somministrati nell'impresa l'accesso ad un impiego stabile: ed infatti l'art. 6, andando al concreto, prevede espressamente l'obbligo di informazione ai lavoratori impiegati come somministrati delle posizioni lavorative che si rendono disponibili in azienda.

Nella vicenda JH, il Tribunale di Brescia chiede chiarimenti all'esito della sentenza Sciotto (GALLEANO, *Effetti collaterali della sentenza Sciotto: il TAR Lazio solleva in CGUE l'annoso problema della stabilizzazione dei ricercatori universitari*, in *europeanrights.eu*, articoli, 13.05.19), sulla base del principio, più volte applicato dalla Corte, che il giudice nazionale «nell'ipotesi in cui una direttiva non possa produrre effetti diretti nel giudizio principale, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza, prendendo in considerazione tutte le norme del diritto nazionale mediante tutti i metodi di interpretazione ad esso riconosciuti, per conseguire il risultato perseguito dalla direttiva».

La sentenza Sciotto (del 25.10.2018 in causa C-331/17) era intervenuta disponendo che, in caso di abuso nell'utilizzo dei contratti a termine, la «clausola 5 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, in forza della quale le norme di diritto comune disciplinanti i rapporti di lavoro, e intese a sanzionare il ricorso abusivo a una successione di contratti a tempo determinato tramite la conversione automatica del contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato se il rapporto di lavoro perdura oltre una data precisa, non sono applicabili al settore di attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, qualora non esista nessun'altra misura effettiva nell'ordinamento giuridico interno che sanzioni gli abusi constatati in tale settore».

La pronuncia sembrava contraddire la giurisprudenza precedente della Corte che aveva costantemente affermato che la clausola 5.2 della Direttiva non era di applicazione diretta (e infatti il dictum della Sciotto è poi stato chiarito, sul punto, nella sentenza sugli insegnanti di religione del 13 gennaio 2022, C-282/19).

Sulla scorta dell'apparente apertura circa la diretta applicabilità della clausola 5 affermata nella sentenza Sciotto (in realtà fondata sulla ritenuta discriminazione con situazioni analoghe: §71 sentenza) quindi, poiché i rapporti di JH si erano svolti quando non vi era alcuna misura contenitiva nell'utilizzo dei contratti di somministrazione, il Tribunale di Brescia chiede alla Corte se, ove sussista l'abuso, sia consentita o meno la costituzione diretta del rapporto con l'utilizzatore.

La risposta della Corte, sotto questo profilo, è duplice. Nella sentenza viene infatti ribadita la doppia finalità della Direttiva che, ai sensi dell'art. 2, è diretta in primis a stabilire un quadro normativo non discriminatorio, trasparente e proporzionato a tutela dei lavoratori utilizzati tramite l'agenzia interinale. In secondo luogo, tiene conto della diversità dei mercati del lavoro, con particolare attenzione alla necessità di tutelare lo sviluppo di lavori flessibili, con la finalità di agevolare le opportunità di occupazioni stabili (§ 40 sentenza).

Questo duplice obiettivo, apparentemente contraddittorio, trova una sua sintesi in una normativa finalizzata alla flessibilità, individuando comunque un filo conduttore, costituito dal preservare il concetto di temporaneità, come suggerito dall'Avvocato generale Sharpston (v. § 72 conclusioni), facendo leva sull'obbligo di leale cooperazione derivante dall'art. 4 del TUE e sul principio di interpretazione conforme al diritto dell'Unione.

Gli Stati membri, quindi, si devono attivare al fine di evitare il ricorso abusivo al lavoro a mezzo di agenzie interinali (art. 5.5) e, in particolare, evitare il ricorso a personale somministrato per sopperire ad esigenze di personale permanenti da parte dell'utilizzatore, di fatto elusivi dello scopo della direttiva.

Tale obiettivo, in ogni caso, non giustifica il ricorso a specifici strumenti antielusivi, come la limitazione del numero di missioni o un obbligo di indicazione delle ragioni oggettive che giustifichino il ricorso a personale somministrato (§ 42).

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

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

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

Il secondo, che «missioni successive assegnate allo stesso lavoratore tramite agenzia interinale presso la medesima impresa» rischiano di eludere «l'essenza stessa» delle finalità della

Direttiva e costituiscono «un abuso di tale forma di rapporto di lavoro», compromettendo «il voluto equilibrio realizzato dalla Direttiva tra la flessibilità per i datori di lavoro e la sicurezza dei lavoratori a discapito di quest'ultima».

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

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

La Corte demanda quindi al giudice investito della controversia, il compito di valutare le contrapposte esigenze tra le due parti in causa, tenendo peraltro conto di una serie di fattori contingenti legati allo specifico mercato del lavoro.

Nel caso dell'Italia, l'intervento correttivo effettuato con il decreto dignità del 2018 ha restituito alcune certezze, rendendo più agevole il compito del giudice italiano (GIUBBONI, *cit.*).

9. La sentenza della Corte di giustizia NP del 17 marzo 2022 (C-232/20)

L'articolo 1 del Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (legge tedesca relativa alla messa a disposizione di manodopera, AÜG), del 3 febbraio 1995 disponeva che le agenzie interinali dovessero disporre, per l'esercizio delle loro attività di una specifica autorizzazione delle autorità tedesche, che la messa a disposizione dell'impresa utilizzatrice dovesse avere carattere temporaneo e che la stessa fosse in regola con le disposizioni in materia di previdenza sociale ed alle altre norme disciplinanti i rapporti di lavoro, pena la revoca dell'autorizzazione.

In mancanza di autorizzazione, il contratto di lavoro si intendeva concluso tra il lavoratore somministrato e l'azienda utilizzatrice.

Nel febbraio 2017, l' AÜG viene riformato, prevedendo una durata massima della somministrazione che, superato il 36° mese si intende trasformato in contratto a tempo indeterminato con l'ente utilizzatore, salvo il consenso del lavoratore alla prosecuzione e un maggiore periodo stabilito dai contratti collettivi.

L'art. 19, § 2, dell' AÜG prevedeva però che «I periodi di missione anteriori al 1° aprile 2017 non sono presi in considerazione nel calcolo della durata massima della missione», come più sopra stabiliti.

Il primo quesito posto alla Corte, apparentemente formale, è in realtà di non poca importanza. Il giudice tedesco chiede se l'espressione «temporaneamente» utilizzato dall'art. 1 della

Direttiva debba riferirsi anche all'ipotesi nella quale il lavoratore sia impiegato su un posto di lavoro permanente e non occupato per sostituzione.

La Corte risponde chiarendo che il termine *«non ha lo scopo di limitare l'applicazione del lavoro interinale a posti non previsti come permanenti o che dovrebbero esser occupati per sostituzione»*. Il termine, dunque, si riferisce alle modalità della messa a disposizione del lavoratore presso l'impresa e non il posto di lavoro da occuparsi presso quest'ultima.

La Direttiva, infatti (§ 33, sentenza), lascia liberi gli Stati membri di regolare o meno i casi idonei a giustificare l'utilizzo dei lavoratori tramite agenzia interinale, limitandosi a prevedere l'introduzione di limiti minimi di garanzia (art. 9,2 della Direttiva, che prevede il mantenimento di requisiti minimi per il mantenimento delle tutele stabilite dalla Direttiva).

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

Ancora, (§ 35), il legislatore europeo ha previsto che vengano adottate misure necessarie per evitare il ricorso al lavoro abusivo in violazione dell'art. 5.5. Ne consegue che non è imposto *«di subordinare il ricorso al lavoro interinale all'indicazione di ragioni»* oggettive per l'uso legittimo di tale tipologia di contratto, né (§ 36) che il lavoratore debba occupare solamente un posto, presso l'azienda utilizzatrice, che presenti carattere di temporaneità.

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

Con la seconda questione, il giudice tedesco chiede se il diritto dell'Unione imponga che, qualora si ritenga che la messa a disposizione di un lavoratore avviato dall'Agenzia interinale debba necessariamente essere di natura temporanea e se, la violazione di tale condizione, imponga l'accoglimento della domanda di costituzione di un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice.

Qui la Corte, conformemente alla sua giurisprudenza, riformula il quesito del giudice (§ 52), nel senso che si chiede *«in sostanza, se l'articolo 1, § 1, e l'articolo 5, § 5, della direttiva 2008/104 debbano essere interpretati nel senso che costituisce un ricorso abusivo all'assegnazione di missioni successive a un lavoratore tramite agenzia interinale il rinnovo di siffatte missioni sullo stesso posto presso un'impresa utilizzatrice per una durata di 55 mesi»*.

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

Nell'ipotesi in cui lo Stato non si avvalga di tale facoltà, è compito dei giudici nazionali stabilirla caso per caso *«alla luce di tutte le circostanze pertinenti, che comprendono in particolare le specificità del settore (v., in tal senso, sentenza del 18 dicembre 2008, Andersen, C-306/07, EU:C:2008:743, § 52) e garantire, come ha rilevato l'avvocato generale, (...), al paragrafo 46 delle sue conclusioni, che l'assegnazione di missioni successive a un lavoratore temporaneo non sia volta a eludere gli obiettivi della direttiva 2008/104, in particolare la temporaneità del lavoro tramite agenzia interinale»*.

E qui la Corte ricorda le condizioni individuate nei § da 69 a 71 della sentenza JH e che si sono sopra ricordati, ovvero (1) la durata della missione, valutata a seconda delle circostanze del mercato, (2) l'effettiva compromissione dell'equilibrio tra l'esigenza della flessibilità delle aziende utilizzatrici con la tutela del lavoratore e (3) l'utilizzo del medesimo lavoratore nel corso di missioni successive.

Ne consegue che l'utilizzo del lavoratore per 55 mesi potrà essere valutata, in concreto, come ricorso abusivo alla somministrazione a seconda delle valutazioni del giudice sulla base dei criteri sopra indicati.

La Corte ritiene poi di affrontare preliminarmente la quarta questione che viene interpretata nel senso che il giudice remittente chiede se la Direttiva osti a che la durata della somministrazione possa essere presa in considerazione solo a partire da una certa data ai fini della valutazione sulla effettiva temporaneità e, nel caso, se il giudice possa disapplicare la relativa norma.

In primo luogo, si ribadisce come la Direttiva non imponga agli Stati membri *«di prevedere una durata oltre la quale la missione non può essere considerata avvenuta temporaneamente»* (§ 68). Si rileva poi che dall'esame degli scopi della direttiva, è inibito che si possa privare *«di effetto utile la tutela offerta dalla direttiva 2008/104 ad un lavoratore tramite agenzia interinale che, a causa della durata della sua missione presso un'impresa utilizzatrice, considerata nel suo complesso, sia stato oggetto di una messa a disposizione che non può più essere considerata avvenuta «temporaneamente», ai sensi di tale direttiva»* (§ 74). Ovviamente, come di rito, spetterà al giudice nazionale stabilire se tale ipotesi effettivamente ricorra.

Quanto invece alla possibilità di disapplicare una normativa di tal tipo e, segnatamente, quella di cui è causa, secondo la quale il termine massimo esclude la computabilità dei periodi anteriori ad una certa data (che peraltro, nella specie, risultano essere stati svolti senza soluzione di continuità con i successivi), la Corte dapprima precisa (§ 79) che, ove il giudice non intraveda la possibilità di interpretare in modo conforme a quello eurounitario il diritto nazionale, non potrà che disapplicare *«all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposi-*

zione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (sentenza del 18 gennaio 2022, Thelen Technopark Berlin, C-261/20, punto 30, e giurisprudenza citata)».

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

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

Con la terza questione, poi, «*il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 10, paragrafo 1, della direttiva 2008/104 debba essere interpretato nel senso che, in assenza di disposizioni di diritto nazionale dirette a sanzionare l'inosservanza di tale direttiva da parte delle agenzie di lavoro interinale o delle imprese utilizzatrici, il lavoratore tramite agenzia interinale può trarre dal diritto dell'Unione un diritto soggettivo alla costituzione di un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice»*.

Il giudice tedesco osserva infatti che la legge nazionale ha previsto la possibilità di costituzione di un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice solo al superamento del 36° mese di impiego come somministrato, ma solo a partire dal 1° aprile 2017, data di modifica della legge nazionale sul lavoro somministrato.

Sulla scorta della soluzione data ai quesiti precedenti è agevole individuare la risposta anche al terzo. Ribaditi gli obblighi degli Stati membri di adeguarsi a quanto disposto dalle Direttive, resta che, se anche un lavoratore di un'agenzia interinale possa far valere la natura abusiva del suo utilizzo presso l'azienda utilizzatrice «*non può, alla luce della giurisprudenza richiamata al § 79 (ma forse la Corte si riferisce, più propriamente, al § 81) della presente sentenza, trarre dal diritto dell'Unione un diritto soggettivo alla costituzione di un rapporto di lavoro con tale impresa»*.

La soluzione, come già ritenuto più volte dalla Corte. Resta dunque quella dell'azione sulla base della nota sentenza Francovich (§ 99: in *FP*, 1992, I, 349 con nota di ROMAGNOLI) che riconosce il diritto al risarcimento del danno.

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

Il diritto europeo tiene in massima considerazione il ruolo della contrattazione collettiva, consentendo alla stessa, quale istituzione più vicina alle realtà territoriali e ai settori lavorati-

vi di competenza, di intervenire, salvo che non vi sia una violazione di disposizioni vincolanti delle direttive e non venga vanificato lo scopo della normativa europea.

Molte delle stesse direttive, del resto, come già si è cennato, consistono proprio nel recepimento di accordi raggiunti tra le associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro.

10. I principi generali sulla scorta dell'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia

Gli stati membri si devono quindi vegliare al fine di evitare il ricorso abusivo al lavoro tramite agenzia con personale somministrato per sopperire ad esigenze permanenti da parte dell'utilizzatore (pur senza un obbligo di fissare un limite del numero di missioni o di indicazione di ragioni oggettive che giustificano l'utilizzo del lavoratore: § 42 sentenza NP).

In particolare, gli organi dello stato membro, giudici compresi, si devono attivare:

- a. Tenendo conto dell'esigenza di tenere presente l'obiettivo di flessibilità conciliandolo con il principio che la forma comune del rapporto è a tempo indeterminato (considerando 15);
- b. La linea guida è l'art. 5.5 e 1.1 che stabiliscono la temporaneità dell'utilizzo dei lavoratori somministrati (ma vedi ancora il considerando 15 sulla prevalenza del lavoro a tempo indeterminato).

Come si è visto, la Corte ha fatto un salto di qualità.

Da un lato è riuscita a sintetizzare, con un ragionamento chiaro e comprensibile i due, apparentemente inconciliabili, interessi in gioco, la flessibilità e la tutela del lavoro.

Ma ancor è più interessante è l'indicazione che viene data al giudice nazionale, incaricato dalla Corte di applicare il principio generale di effettività, mettendo in campo tutta la sua esperienza e intelligenza per trovare la soluzione in un compromesso ragionevole – così come nel caso dell'accomodamento ragionevole a tutela dei soggetti deboli – non mancando di indicare anche alcuni elementi guida nell'esame dei fatti di causa che dovranno essere valutati dal giudice.

La sanzione scelta dal legislatore nazionale in caso di violazione dei principi della direttiva come poi interpretata dalla Corte di giustizia è stata originariamente quella di prevedere la costituzione di un rapporto di lavoro con l'effettivo utilizzatore.

Questa scelta era stata sospesa dal decreto Poletti (Jobs act) e reintrodotta dopo il decreto dignità del 2018. Oggi è tuttora in vigore, pur con i contenimenti previsti dal decreto lavoro del governo Meloni, appena approvato e che ora vedremo.

11. Differenza tra pubblico e privato.

La disciplina della somministrazione nel nostro paese è identica tra pubblico e privato. Anzi, va detto che la temporaneità nell'utilizzo dell'istituto nel pubblico era già sancita soprattutto dalla norma generale di cui all'art. 36 del d.lgs. 165/2001.

C'è però una particolarità che differenzia i due settori. Come si è visto, il duplice obiettivo consiste sia nell'esigenza di flessibilità per le imprese che nella creazione di posti di lavoro, finalità, quest'ultima, che trova espressa previsione (art. 6, par. 1, direttiva) secondo il quale

l'utilizzatore, è onerato di rendere noti al lavoratore utilizzato i posti di lavoro che si rendono vacanti.

Ma se ciò ha un senso nel settore privato, dove la costituzione di rapporti di lavoro è ben possibile nell'accordo delle parti, tanto non è ipotizzabile nel settore pubblico del nostro paese, posto il noto divieto di costituzione di rapporti di lavoro pattizio sancito dall'art. 36 d.lgs. 165/2001, in attuazione dell'art. 97 Cost.

Questo è vero anche per il contratto a termine (anch'esso considerato uno strumento di possibile accesso al lavoro) dove pure è impensabile per il divieto di assunzione/conversione del rapporto, escluso a priori dalla nota sentenza 89/2003 sul contratto a termine.

In conseguenza dei ben noti abusi operati nel settore, però, nell'ultimo ventennio anche a seguito dei ripetuti interventi della Corte di giustizia, si sono succedute ben tre stabilizzazioni (legge Prodi nel 2006, dopo la sentenza Marrosu e Sardino del 7 settembre 2006, C-53/04), D'Alia nel 2011 (dopo l'ordinanza Papalia del 12 dicembre 2013, C-50/13) e Madia (dopo la sentenza Mascolo del 26 novembre 2014, C-22/13). Senza contare quelle settoriali che non staremo a ricordare per il gran numero, tra le quali spicca comunque la recente dei giudici onorari di fine 2021 (dopo le sentenze UX del 16 luglio 2020, C-658/18 e PG del 7 aprile 2022, C-236/20).

Procedure però non estendibili alla somministrazione, a detta della Consulta (GALLEANO, Corte costituzionale n. 250/2021: *legittima l'esclusione del lavoratore somministrato dalle procedure di stabilizzazione previste dalla legge Madia*, in *rivistalabor.it*, 4.3.2022), che si pronuncia su una rimessione del Tribunale di Massa dalle procedure di stabilizzazione della legge Madia. Si noti che nella specie la questione era stata posta perché nella causa, ove si chiedeva il solo risarcimento, il legale rappresentante dell'amministrazione, aveva dichiarato la disponibilità a stabilizzare il ricorrente (che operava da diversi anni come autista) utilizzando la Madia. Di qui la rimessione da parte del Tribunale.

Va sul punto detto che la Corte costituzionale giustifica l'esclusione sul fatto che, l'assunto a termine è scelto dall'amministrazione, mentre il somministrato è inviato da un terzo, ovvero dal somministratore.

Vale però la pena di ricordare il principio dell'imputabilità a tutti gli effetti del rapporto all'effettivo utilizzatore, anche se pubblico, è pacifico in caso di abuso ed esplicitamente stabilito da Cass., 446/2021 (punti 28-34), con conseguente contraddizione con quanto affermato da C. cost., 250/2021, soprattutto nei casi nei quali la somministrazione duri per un periodo rilevante.

Viene quindi meno in radice nel settore pubblico del quale qui si discute uno degli scopi della Direttiva 2008/104, con conseguente sbilanciamento di tutta la normativa, che proprio sulla finalità di agevolare le opportunità di occupazioni stabili basava il bilanciamento degli interessi delle parti (sentenza JH, § 40).

Soluzioni? Come detto l'art. 6, par. 1 della Direttiva prevede l'obbligo di informare i lavoratori dei posti disponibili, disposizione direttamente applicabile verticalmente nei confronti della PA (ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *giustiziainsieme*, 3.2.2021).

Se si considera che l'abuso nell'utilizzo dei contratti precari si concretizza decorso il terzo anno senza l'indizione del concorso (Cass., 18698/22, a seguito di CGUE 13 gennaio 2022, C-282/19, sugli insegnanti di religione), si pone seriamente il problema dell'inadempienza dello Stato italiano al disposto della Direttiva. Il sistema si può trovare, al fine di contemperare gli obblighi nascenti dalla Direttiva e il divieto di cui all'art. 97 Cost, come, ad esempio, la possibilità di prevedere concorsi riservati o riconoscimento di titoli aggiuntivi ai fini di un concorso, proporzionati ai periodi di avvenuta somministrazione.

12. Tutele nazionali tra velleità e concreto utilizzo dello strumento nel settore pubblico.

Il fenomeno della somministrazione di lavoro, volendo sorvolare su forme atipiche, come il cd. caporalato, tuttora esistente nell'ambito agricolo (MAGLIONE, *Lo sfruttamento dei lavoratori dal caporale al datore di lavoro*, in *rivistalabor.it*, 25.02.24) ma non solo, soprattutto in alcune regioni, in Italia era regolato sin dal 1949 dal collocamento pubblico e la somministrazione era ricondotta alla disciplina dell'appalto regolata dalla legge 1369/60.

L'eventuale irregolarità dell'appalto comportava la riconduzione del rapporto in capo al committente

Diverso, ovviamente per il pubblico, dove la sanzione resta – o meglio, viene rinvenuta – solo con la sentenza 5072/2016 (dopo la sentenza Mascolo del 2014) che stabilisce il diritto ad una (piccola) quota risarcimento obbligatorio, poi esteso anche alla somministrazione irregolare e ferma comunque, a mio avviso, la piena applicabilità al rapporto irregolare dell'art. 2126 cc. al rapporto.

Quanto al risarcimento ex art. 32, rimane poi che, secondo i principi più volte ribaditi dalla Cassazione, questo spetta una sola volta nella vita lavorativa (Cass., 16/02/2023, n. 4960, punto 5.3). Il principio vale anche in caso di somministrazione, dove gli abusi possono ripetersi più volte nella vita lavorativa e con più amministrazioni?

La somministrazione si intreccia comunque ancora con l'appalto, soprattutto laddove ci si trovi di fronte ad i fenomeni di prevalenza del solo fattore lavoro e in ambienti ad alta computerizzazione (CAPURRO, *Il vaglio di legittimità in appalti labour intensive in contesti informatizzati*, in *rivistalabor.it*, 23.05.23).

In tal senso, ricordiamo, tra i tanti casi di abuso da parte di enti pubblici dei quali si è occupata la magistratura, la sentenza del 15.3.2023 del Tribunale di Roma (GALLEANO, *Appalto di manodopera da parte di una ASL in una interessante sentenza del Tribunale di Roma*, in *rivistalabor.it*, 26.06.23), che riguarda un caso di «cessione in outsourcing di operatori di sportello e infoline per il servizio integrato cui afferiscono i servizi scelta e revoca del medico, esenzioni e invalidità civile, CUP, front e back office». La controversia riguardava il servizio di prenotazione delle prestazioni da parte degli utenti appaltato ad un privato. Il giudice rileva che l'appalto è puramente virtuale e che i lavoratori, pur formalmente dipendenti dell'appaltatore, erano in realtà eterodiretti dai funzionari ASL, con conseguente imputabilità del rapporto alla ASL.

Ricordiamo anche Cass. 13982/2022 (GALLEANO, *Cassazione n. 13982: gli effetti delle recenti sentenze della Corte di giustizia sulla legittimità della somministrazione nella pubblica amministrazione*, in *rivistalabor.it*. 23.07.22) che tratta di una somministrazione che va

dal maggio 2004 al luglio 2010, con 8 contratti, molti con più proroghe per lavori di gestione di pratiche immobiliari dell’Inps, anche ritenuta palesemente illegittima per la sua durata.

Sempre la Cassazione, ordinanza 3768/22 (GALLEANO, *Appalto illegittimo con ente pubblico: il rapporto non può essere costituito con l’appaltatore*, in *rivistalabor.it*, 13.11.2022), che conferma l’illegittimità di un appalto per l’attività di guardabarriere della Circumvesuviana, dove i relativi addetti operavano secondo le precise indicazioni e dei controlli (e per fortuna, diciamo noi, per gli ignari utenti) date dai funzionari della linea tranviaria.

Ancora, il Tribunale di Teramo (GALLEANO, *Tribunale Teramo, sentenza n. 71/2023: come si decide una causa sulla somministrazione di lavoro applicando correttamente la normativa europea*, in *rivistalabor.it*, 22.05.2023), che parimenti decide sull’illegittimità di una somministrazione che riguardava l’operatività di un dipendente di una società in house di un comune abruzzese, utilizzato “*per incrementi temporanei su attività straordinarie*”, dal 30.09.17 al 30.06.20. con diverse società interinali, in realtà impiegato nell’ordinaria manutenzione della rete fognaria del territorio e che cessava il rapporto per incidenti sul lavoro che lo avevano reso inabile (non, dunque, per il venir meno delle dedotte attività “straordinarie”).

Come si vede, un quadro frastagliato, in merito al quale diviene difficile trovare soluzioni, posto che la sostanziale libertà degli enti pubblici nella gestione del personale e l’impossibilità di applicare sanzioni efficaci (quelle nei confronti dei dirigenti o degli amministratori, come è ben noto, sono del tutto ipotetiche). Sarebbe opportuno, quindi, un intervento legislativo che rendesse più efficaci le misure limitative nel ricorso alla somministrazione nei casi in cui non vi siano esigenze temporanee.

13. Appalti e PNR

Gli abusi nell’utilizzo degli appalti – e, a cascata, nell’utilizzo della somministrazione, cui le imprese, stante l’urgenza e la specialità dei lavori che ne conseguono, saranno costretti a ricorrere – potrebbe essere favorita dall’attuazione del PNR, attese le progressive liberalizzazioni operate a seguito della necessità di sveltire le procedure e i tempi stretti previsti dal Piano effettuata dalle recenti modifiche del codice degli appalti (d.lgs. 36/2023), soprattutto con riferimento ai subappalti, dove la somministrazione di mano d’opera è una regola di fatto.

Va poi segnalato, in tema, che recentemente il Governo è intervenuto con il decreto PNR (19/2024), con diverse misure, con le quali si è cercato di temperare questo rischio. Vediamole negli aspetti principali.

In primo luogo, sull’appalto, circa il quale, l’art. 29 del d.lgs. 276/2003, che distingue tale istituto dalla somministrazione, sottolineando la rilevanza anche del solo potere organizzativo e direttivo dei lavoratori utilizzati (labour intensive), si integra la norma con un art. 29 bis, prevedendo che sia “*corrisposto un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale maggiormente applicato nel settore e per la zona il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto*”. Non si prevede, quindi, l’applicazione dell’intero contratto collettivo ma soltanto del relativo trattamento economico.

Per come è stata impostata, questa previsione non pare entrare in conflitto col principio di libertà sindacale di cui all'art. 39 Cost. in quanto, come si può notare, non è diretta a estendere ex lege ed erga omnes l'efficacia dei contratti collettivi quanto, piuttosto, a indicare le condizioni economiche che l'appaltatore ed il subappaltatore deve applicare al personale impiegato nei lavori.

E tanto sembrerebbe utile per quanto riguarda gli aspetti economici.

Restano però tutta una serie di problemi e, tra i tanti, sinteticamente:

1. Il codice dei contratti fa riferimento all'applicazione del contratto collettivo stipulato dalle associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale, mentre la nuova norma, come detto, lo limita al "*trattamento economico complessivo*" previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale maggiormente applicato nel settore e per la zona il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto, rischiando così di creare disomogeneità territoriali;
2. E chi stabilisce quale sia quello maggiormente applicato nel settore e nella zona? Di quest'ultima, poi, poco si sa e non risulta che l'Inps sia in grado di fornire lumi sul punto;
3. Se in una zona è applicato di un contratto e in una zona limitrofa ne viene applicato un altro che prevede un trattamento complessivo inferiore è legittimo che ci si trovi di fronte a lavoratori diversamente retribuiti pur svolgendo il medesimo lavoro?

Come si vede, la somministrazione costituisce comunque tuttora una metodologia di utilizzo del personale che necessita di una regolazione più attenta, che si presenti, soprattutto nel settore pubblico, conforme alle finalità della normativa unionale.

Sergio Galleano, avvocato in Milano