



TRIBUNALE DI NAPOLI
SEZIONE LAVORO
REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice di Napoli in funzione di Giudice del lavoro dott. Paolo Coppola all' udienza dell'8.2.11, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa n. 16528/10 R.G.

tra

Coppola Gennaro, rapp.to e difeso dall'avv. Michele Cuoco in virtù di procura apposta a margine del ricorso introduttivo, ed elett.te dom.to presso lo studio di questi in Napoli, c.so Novara n.43

RICORRENTE

contro

S.p.a. Almaviva Contact, in persona del l.r.p.t., rapp.ta e difesa dall'avv. Maurizio Marazza, Marco Marazza e Mario de Mathia, ed elett.te dom.ta presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, c.so Vittorio Emanuele n. 122/C, giusta procura a margine della memoria di costituzione

RESISTENTE

OGGETTO: rapporto di lavoro.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato il 14.4.10 l'istante conveniva in giudizio la S.p.a. Almaviva Contact, esponendo:

- di aver lavorato alle dipendenze della INTERIM 25 s.p.a. dall'1.7.05 al 31.7.05, inviato presso la utilizzatrice COS MED S.p.a., come addetto al call center, la sede di Napoli, Centro Direzionale, Is F”;
- che era stato inquadrato nel 3° livello CCNL telecomunicazioni, con un part time a 20 ore;
- che detto contratto, in forza di 4 proroghe, era continuato fino al 16.1.07;
- che in forza di nuovo contratto stipulato il 24.2.07, per il periodo 26.2.07-3.4.07 con la Iterim 25, aveva prestato la propria opera presso la COS COMMUNICATION SERVICE S.p.a., stessa sede, mansioni ed inquadramento,

- orari e tipologia di contratto part time;
- che detto contratto era stato prorogato 4 volte, fino al 10.1.08;
 - che la COS COMMUNICATON SERVICE era stata incorporata per fusione dalla COS MED, che aveva quindi variato la propria denominazione in Almaviva Contact;
 - che in forza di nuovo contratto del 31.1.08 era stato nuovamente assunto dalla INTERIM 25 per il periodo 1.2.08/31.3.08 ed inviato a prestare la propria opera, con medesime mansioni, ed in genere tipologia di impiego, presso la convenuta;
 - che il contratto era stato prorogato 4 volte fino al 19.10.08;
 - che con nuovo contratto del 31.10.08 era stato nuovamente assunto dalla INTERIM 25, cui era poi subentrata la Trenkwalder S.r.l. a seguito di acquisizione per affitto di ramo di azienda, per il periodo 3.11.08/18.1.09, ed inviato a prestare la propria opera, con medesime mansioni, ed in genere tipologia di impiego, presso la convenuta;
 - che il contratto era stato prorogato 5 volte fino al 15.12.09;
 - che con contratto del 15.12.09 era stato nuovamente assunto, questa volta dalla Lavoro doc S.p.a., per il periodo 16.12.09/31.12.09 ed inviato a prestare la propria opera, con medesime mansioni, ed in genere tipologia di impiego, presso la convenuta;
 - che il contratto di somministrazione tra INTERIM e COS MED era stato motivato da *punte di più intensa attività*, quello tra ITERIM e COS COMMUNICATION SERVICE era stato motivato da *punte di più intensa attività*, quello tra INTERIM ed Almaviva Contact era stato motivato da *punte di più intensa attività che non è possibile soddisfare con l'organico della unità produttiva*, quello tra soc. Lavoro Doc e Almaviva Contact era stato motivato da *incremento temporaneo dei volumi di traffico telefonico sulla commessa Vodafone 190 nella misura del 2% non gestibile con il normale assetto organizzativo*;
 - che, il 31.12.09, gli era stato comunicato che la società utilizzatrice non aveva intenzione di prorogare il contratto;
 - che il 14.1.10 aveva impugnato il contratto di somministrazione;
 - che i motivi di ricorso alla somministrazione a tempo determinato erano generici ed insussistenti, considerata anche la circostanza che i contratti erano estremamente ravvicinati;

- che non era stato rispettato il limite quantitativo di cui all'art 17 del CCNL Telecomunicazioni, tra manodopera occupata a tempo indeterminato e somministrata.
- che quindi la somministrazione era irregolare ovvero nulla, con nullità del termine e diritto all'inquadramento nel III livello CCNL Telecomunicazioni, con orario di lavoro part time a 20 ore, dall'1.7.05, ovvero dal 15.12.09.

Tanto premesso, invocata la tutela di cui agli artt 20, 21 e 27 del DLgs 276/03, chiedeva che questo Giudice volesse, accertata la irregolarità, ovvero nullità, invalidità o illiceità, costituire inter partes un rapporto di lavoro, ovvero dichiarare ed accertare sussistente inter partes un rapporto di lavoro per come individuato in premessa, nonché condannarsi la convenuta al pagamento delle retribuzioni infratemporalmente maturate dal 31.12.09 all'effettivo ripristino del rapporto lavorativo. In via subordinata chiedeva dichiararsi la nullità inefficacia del recesso, con tutela reale e vittoria spese, con distrazione.

La convenuta Almoviva Contact S.p.a. si costituiva tempestivamente in giudizio, con memoria depositata il 5.11.10, esponendo:

- che, in forza del contratto di appalto con la società Vodafone del servizio 190 (gestito anche da altri appaltatori), gestiva un volume minimo di affari, oltre una ulteriore quota di attività assegnata discrezionalmente dalla committente, per un volume fino al 30% dei contatti garantiti;
- che quindi questa punta di più intensa attività era eventuale, non programmabile ed imprevedibile;
- che quindi era nella oggettiva impossibilità a fare luogo a forme di impiego stabili;
- che solo il 20 del mese precedente ogni trimestre Vodafone comunicava i contatti telefonici che potevano essere assegnati, imponendo una flessibilità fino al 30%;
- che un ulteriore aggiornamento dei contatti programmato era effettuato dalla committente entro il 20 del mese, per il mese successivo;
- che erano previste penali in ipotesi di mancata evasione di almeno il 95% delle chiamate riversate sul servizio 190 e facoltà di risoluzione del contratto da parte del committente;
- che pertanto si era dotata di un organico stabile, idoneo a fare fronte alla media del volume dei contatti garantiti ed aveva fatto ricorso al lavoro tramite agenzia solo per fare fronte alle punte di più intensa attività eccedenti il minimo

- garantito;
- che tra tali punte erano da annoverare le promozioni attivate da Vodafone, ovvero incremento di richieste del mercato o anche diversa distribuzione del flusso tra i diversi outsourcer;
 - che erano attività non pianificabili, perché dipendenti da strategie aziendali della committente;
 - che quindi rinnovi e proroghe dipendevano solo dai continui cambiamenti di previsioni della committente, con incrementi temporanei e non prevedibili del volume di traffico telefonico;
 - che con riferimento al primo contratto Vodafone aveva comunicato l'逼近arsi del periodo estivo, con promozione Summer Card ed incremento del traffico telefonico (incremento poi avvenuto con passaggio da 55300 chiamate garantite a 71350);
 - che anche per le proroghe del I contratto erano stati comunicati incrementi, poi effettivamente avvenuti;
 - che anche con riferimento al secondo contratto e successivi Vodafone aveva comunicato un incremento del traffico telefonico;
 - che anche per le proroghe dei successivi contratti erano stati comunicati incrementi, poi effettivamente avvenuti (indicava gli incrementi ed il minimo garantito);
 - che nel novembre 2009 Vodafone aveva comunicato che il traffico telefonico notturno sarebbe stato in buona parte riversato su altri outsourcer, restando alla convenuta la gestione di un volume di traffico estremamente ridotto;
 - che quindi la causale, sufficientemente specificata nei contratti, era altresì sussistente;
 - che la causale stessa non doveva essere temporanea e non doveva essere oggetto di specifica individuazione del ricorso al lavoro somministrato;
 - che la mancata specificazione dei motivi non era sanzionata con la nullità;
 - che la eventuale violazione del DLgs 276/03 poteva determinare al più che l'istante poteva considerarsi alle dipendenze della convenuta per il solo periodo di lavoro effettivo (Cass n. 2488/08);
 - che la prova della violazione della clausola di contingentamento (violazione dei limiti quantitativi) spettava all'istante;
 - che il contingentamento non operava quando la somministrazione era effettuata

- per punte di più intensa attività;
- che in ogni caso la violazione del limite percentuale refluiva solo nell'ambito delle relazioni tra le parti sociali;
 - che le non contestate proroghe erano legittime;
 - che l'istante non aveva messo a disposizione le sue energie lavorative per il periodo antecedente il tentativo di conciliazione e che, in ogni caso, doveva essere sottratto l'aliunde perceptum e l'istante doveva fornire prova di essersi attivato per trovare nuova occupazione.

Tanto premesso concludeva per il rigetto della domanda e vittoria spese.

Alla udienza dell'8.2.11 questo Giudice pronunciava sentenza.

Il contratto di somministrazione di lavoro, previsto dagli artt 20 e seguenti del DLgs 276/03, è ammesso a termine unicamente (art 20 comma 3) *a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore.*

I contratti collettivi nazionali di lavoro possono prevedere *la individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinatoin conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del Decreto Legislativo 6 settembre 2001, n. 368.*

Nel caso di specie i contratti di somministrazione (contratti tra utilizzatrice ed agenzia di lavoro interinale) sono a termine, quindi si applica il predetto comma 3 dell'art 20. nel caso di specie l'art 17 del CCNL non ha previsto limiti quantitativi nel caso di esigenze tecniche, organizzative o produttive al di fuori dei limiti ivi indicati, tra cui non rientra l'ipotesi di cui è causa.

Quanto ai requisiti del contratto di somministrazione, lo stesso è *stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi:....c) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20.*

Detta informazione è comunicata *per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore* (art 21 u.c.).

In caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al Decreto Legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni

caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore (art 22 comma 2).

La natura ostativa dell'art 27.

Da quanto detto si evince agevolmente che il contratto di somministrazione a termine è regolamentato dal DLgs 368/01, con l'eccezione prevista (*esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4 del DLGS 368/01*). Si è quindi nel pieno campo di applicazione della Direttiva 1999/70/CE, per come per altro ricordato dalla stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con l'Ordinanza 15 settembre 2010, procedimento C-386/09 Briot (cfr punto 36: *Occorre infine precisare che questa soluzione, giacché la Corte si pronuncia unicamente sull'applicabilità della direttiva 2001/23, non pregiudica la tutela di cui un lavoratore interinale quale il ricorrente nella causa principale potrebbe, all'occorrenza, beneficiare contro l'abusivo ricorso ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, in virtù di altre disposizioni del diritto dell'Unione, segnatamente della direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, 1999/70/CE....*).

L'istante quindi poteva agire contro l'agenzia di lavoro interinale per la violazione dell'art 1 del DLgs 368/01, sulla scorta della già allegata genericità della giustificazione della opposizione del termine ai contratti di lavoro.

Ai sensi della clausola 1, lett b) della direttiva 1999/70/CE gli Stati devono *creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato*. In quest'ottica, ai sensi della clausola 5 *per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a:*

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;*
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi;*
- c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*

L'obbligo per gli stati non cessa con la adozione di una di dette misure minime, ma è un obbligo di risultato, per cui *nella esecuzione dell'obbligo comunque deve essere garantita l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi* (cfr Sentenza Sentenza Kiriaki Angelidaki (C-378/07) della Corte di Giustizia del 23 aprile 2009 punti 94 e 95 e nel medesimo senso [Sentenza 4 luglio 2006, proc.](#)

C-212/04 Adeneler e a. punto 101). *È tenuto a garantire il risultato imposto dal diritto comunitario, come risultante non soltanto dall'art. 249, terzo comma, CE, ma anche dall'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, letto alla luce del suo diciassettesimo 'considerando' (v., in tal senso, sentenza Adeneler e a., cit., punto 68, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 87).*

In quest'ottica sicuramente la misura di cui all'art 27 del DLgs 276/03 costituisce misura aggiuntiva atta a garantire l'obbligo di risultato imposto dalla direttiva in parola. Infatti la normativa, al fine di ostare alla abusiva flessibilizzazione ed evitare che, in presenza di occasioni di lavoro stabili, i lavoratori fossero mantenuti in uno stato di precariato a tempo indefinito, ha limitato l'approvvigionamento di manodopera attraverso agenzie di lavoro interinale. Il legislatore ha perciò imposto precisi e rigorosi limiti, ovvero la necessaria sussistenza di *ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo* e con possibilità di contingentamento (art 20). Si tratta con palese evidenza di misura aggiuntiva a quelle obbligatorie di cui alla clausola 5 della Direttiva.

Ne costituiscono riprova l'obbligo di indicazione nel contratto, stipulato in forma scritta *de i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20* e che detta informazione debba essere comunicata *per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore* (art 21 u.c.).

La conseguenza prevista dalla legge è l'aggiunta di ulteriore soggetto verso cui fare valere la violazione degli obblighi indicati: l'utilizzatore (art 27, comma 1: *quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione*). La ratio è ovvia: l'occasione di lavoro stabile non è nella attività di impresa della agenzia di lavoro interinale, ma del somministrato che, in assenza di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo temporanee, ha fatto un ricorso abusivo al lavoro a termine, per il tramite della agenzia di lavoro interinale.

Così ricostruita la ratio della normativa appare evidente la conseguenza: la sostituzione soggettiva in un rapporto non già temporaneo, ma a tempo indeterminato in ragione della

nullità del termine apposto al contratto di somministrazione (altrimenti se il contratto dovesse intendersi risolto alla scadenza del termine la normativa non avrebbe alcuna efficacia ostativa ed anti elusiva). La riprova è nell'art 23 che prevede che il trattamento economico e normativo dei prestatori di lavoro utilizzati e di quelli della impresa utilizzatrice debbano essere complessivamente non inferiori. Non vi è chi non veda come non vi sarebbe mai alcun interesse ad agire nell'azionare la tutela di cui all'art 27, ove la conseguenza consistesse in un rapporto di lavoro alle dipendenze della impresa utilizzatrice a tempo determinato, visto che non sarebbe ipotizzabile alcuna conseguenza giuridicamente apprezzabile, stante l'art 23.

Siccome una disposizione normativa deve essere interpretata in maniera che abbia un senso e viste le evidenti finalità di cui agli artt 20, 21 e 27 (attuazione della Direttiva 1999/70/CE), è evidente che l'art 27 presuppone le conseguenze di cui all'art 22, ovvero la applicazione del DLGS 368/01 e della declatoria di nullità del termine ivi prevista.

Tanto premesso è quindi evidente che, nella interpretazione dell'art 20, comma 3, (*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore*) si debba fare riferimento alla medesima espressione di cui all'art 1, comma 1, del DLGS 368/01: l'espressione deve quindi essere interpretata in modo identico alla omologa prevista dall'art 1, comma 1, DLgs 368/01.

Sulla interpretazione dell'art 1 del DLgs 368/01

L'onere di specificazione e quindi il giudizio conseguente, deve avere ad oggetto il momento della stipula del contratto di somministrazione (ciò che accade nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro può avere una rilevanza solo indiziaria, ma certamente non riguarda l'onere di specificazione, che è anteriore allo svolgimento del rapporto di lavoro, ed il successivo giudizio), il luogo di lavoro, le mansioni da svolgere e la situazione aziendale in quello specifico contesto. L'onere di specificazione potrebbe in ipotesi anche essere apprezzato in maniera più elastica in contesti aziendali complessi, ma in ogni caso devono essere giudizialmente allegare provate le specifiche esigenze in relazione al lavoratore: detta allegazione e prova non risulta in atti. In particolare non è dato comprendersi come la assunzione specifica dell'istante sia casualmente collegata a *punte di più intensa attività*.

La soluzione non muta in ipotesi di unità produttive di rilevanti dimensioni, per le quali è

ben possibile fare riferimento all'intero ambito, verificando la sussistenza di preventivabili esigenze organizzative temporanee che legittimano l'assunzione a termine, ma proprio la sempre maggiore ampiezza dell'ambito organizzativo considerato può deporre nel senso della stabilità della esigenza per come sarà dato evidenziare nel prosieguo.

Detta conclusione trova espressa conferma nella Direttiva 1999/70/CE (d'ora in avanti Direttiva), in conformità alla quale deve essere interpretata la normativa interna (C.G.U.E., Sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer e a.).

La Direttiva prevede (Clausola 5) che *per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e **in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori**, una o più misure relative a:*

- a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;
- b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato *successivi*;
- c) *il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.*

Deve rilevarsi come la misura relativa alla durata massima dei contratti o rapporti di lavoro e la misura relativa al numero dei rinnovi riguardino la singola posizione lavorativa, per cui anche la misura ostativa causale (*ragioni obiettive*) non può che riguardare il singolo contratto o rapporto: infatti se il legislatore comunitario non ha mutato il terminale della valutazione, non appare corretto riferirsi a ambiti valutativi diversi. Ove detto argomento logico non basti, deve rilevarsi come in questo senso si sia espressa da tempo la C.G.U.E.. Infatti la stessa ha affermato che *il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, non consente di stabilire criteri*

oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto (Causa C-212/04, Sentenza Adeneler+vari, del 4.7.06, punto 76; detto principio è stato riaffermato in seguito costantemente come nelle Sentenze Del Cerro Alonso, punto 55, Kiriaki Angelidaki, punto 100, nonché l'ordinanza Vassilakis e a., punto 93): appare quindi evidente che la causalità della proroga e del primo contratto non attengono alla generalizzata assumibilità a termine in un dato contesto, ma allo specifico contratto, la cui causalità serve altresì a *verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale*.

Così determinato l'ambito della causalità, deve rilevarsi come non siano possibili differenziazioni basate sulla struttura societaria. Infatti al legislatore era consentito solo *tenere conto delle esigenze di settori e/o categorie specifiche di lavoratori* (non di una particolare situazione societaria, in ristrutturazione ovvero in sperimentazione di nuovi sistemi produttivi) nella previsione delle misure ostative e non prevedere un diverso regime della prova.

Appare quindi chiaro che l'oggetto della prova debba essere sempre lo stesso, sia che si tratti di piccolo imprenditore che di società con centinaia di migliaia di dipendenti. Anzi deve rilevarsi come **il rispetto formale delle misure di prevenzione di cui alla clausola 5 è estremamente semplice per società di rilevanti dimensioni, bastando escludere dal circuito del precariato dell'impresa il primo lavoratore ed introdurne un altro**. Di detta possibilità deve tenersi conto essendo obbligo dello Stato membro (e per esso del Giudice) impedire l'elusione delle finalità della Direttiva, espressamente codificata nella clausola 1, lett b: prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato (*nell'applicare le norme del diritto nazionale volte*

proprio a recepire tale direttiva, interpretarle quanto più possibile in modo da consentirne un'applicazione conforme agli scopi di quest'ultima (v., in questo senso, Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 e C-403/01, nonché sentenza 13 luglio 2000, causa C-456/98, Centrosteeel, punti 16 e 17). Né è sostenibile che, una volta adottata la normativa di recepimento non sia necessario (o addirittura non sia legittimo) dare rilievo alla finalità anti elusiva, considerato che gli Stati membri nondimeno restano tenuti a garantire il risultato imposto dal diritto comunitario, così come risulta non solo dall'art. 249, terzo comma, CE, ma anche dall'art. 2, primo comma, della direttiva 1999/70, letto alla luce del diciassettesimo 'considerando' di quest'ultima (Sentenza Adeneler e a., punto 68, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 87): infatti nella esecuzione dell'obbligo comunque deve essere garantita l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi (sentenza Kiriaki Angelidaki e a., punti 94 e 95 e sentenza Adeneler e a., punto 101).

Ne deriva che proprio in relazione a imprese di rilevanti dimensioni, ove la elusione della finalità della direttiva appare oggettivamente più semplice l'onere di allegazione e prova deve essere più puntuale ed a carico del datore di lavoro, essendo particolarmente difficile, se non impossibile, per il lavoratore, conoscere e provare la struttura aziendale e la insussistenza delle ragioni per cui egli è stato assunto a termine.

La fattispecie concreta di cui è causa

Venendo alla fattispecie concreta il ricorso deve essere accolto in relazione al primo contratto, per cui non è necessario procedere all'esame degli ulteriori contratti.

Nel caso di specie non vi è specificazione sufficiente delle ragioni da valutarsi con le puntualizzazioni di cui al paragrafo precedente. Le stesse, come detto, sono oggetto di un obbligo di specificazione proprio in ragione dello stretto collegamento evidenziato tra art 20, comma 3, DLgs 276/03 e art 1, comma 1, DLgs 368/01 per cui sono assolutamente applicabili i principi già espressi dalla Cassazione in materia. In particolare costituisce arresto giurisprudenziale assolutamente condivisibile quello per il quale *l'apposizione di un termine al contratto di lavoro, consentita dall'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che devono risultare*

*specificate, a pena di inefficacia, in apposito atto scritto, impone al datore di lavoro l'onere di indicare in modo **circostanziato e puntuale**, al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonchè **l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto**, le circostanze che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle esigenze del datore di lavoro, nell'ambito di **un determinato contesto aziendale**, la prestazione a tempo determinato, sì da rendere evidente la specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata a realizzare e la utilizzazione del lavoratore assunto esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata ed in stretto collegamento con la stessa (Cass. Civ. Sez. L, Sentenza n. 10033 del 27/04/2010).*

Infatti le stesse sono così indicate: *punte di più intensa attività*, senza alcuna indicazione atta ad indicare perché vi sarebbero punte di più intensa attività, non fronteggiabili con la organizzazione imprenditoriale, considerato che ogni attività commerciale, ogni attività di impresa, è caratterizzata da un andamento del mercato ed una richiesta di prestazioni non stabile: proprio nel rischio di mancato collocamento del prodotto, ovvero nel mancato guadagno e nella possibilità di perdite, consistente il rischio imprenditoriale tipico. Non è specificato il contesto aziendale ed in particolare la forza lavoro occupata a tempo indeterminato alle dirette dipendenze della convenuta ed il numero di interventi ordinari (minimo garantito), nonché la probabile fluttuazione ed il numero di lavoratori non a tempo indeterminato alle dipendenze della convenuta, con i quali si intendeva sopperire alla esigenza aziendale non fronteggiabile.

Inoltre anche in punto di prova la convenuta non ha dedotto elementi sufficienti. Infatti, anche a voler ritenere tutto quanto dalla stessa dedotto e che addossare al lavoratore interinale il rischio derivante dalle fluttuazioni del mercato (nello specifico contatti smistati dalla committente) possa costituire ragione di fornitura di manodopera a termine, deve osservarsi che la prova doveva verteere sulla circostanza che l'istante, unitamente agli altri lavoratori somministrati ed ai lavoratori a termine, fosse necessario per coprire la sola fluttuazione del mercato, rispetto al minimo garantito. Doveva quindi provare:

- 1) forza lavoro a tempo indeterminato atta a coprire il minimo garantito;
- 2) conseguenzialmente forza lavoro temporanea acquisita per fare fronte alle fluttuazioni rispetto al minimo garantito.

Nel caso di specie, in mancanza di prova sul punto (la prova verteva solo sulle oscillazioni, ma non sul numero di dipendenti a tempo indeterminato occupati), non può ritenersi che la stessa abbia acquisto forza lavoro, tra cui l'istante, per fare fronte alle punte di più intensa

attività, non essendo dedotto prima ed offerta prova poi, circa la forza lavoro a tempo indeterminato in essere e la sua idoneità a fare fronte alla ordinaria attività.

Non resta quindi che dichiarare la illegittimità del contratto di somministrazione del 30.6.05 e per l'effetto, costituire tra l'istante e la convenuta un rapporto di lavoro come operaio III livello CCNL Telecomunicazioni, part time a 20 ore, dall'1.7.05.

Sulle conseguenze economiche

Non appare applicabile alla fattispecie l'art 32, comma 5, della legge 183/10, ovvero la quantificazione forfettaria del danno. In merito deve ricordarsi che detta disposizione prevede che nei casi di conversione dei contratti a tempo determinato spetta al lavoratore a titolo di risarcimento del danno unicamente una indennità omnicomprensiva compresa tra le 2.5 e le 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto avuto riguardo ai criteri di cui all'art 8, l. 604/66, ovvero *avuto riguardo alla dimensione dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro ed al comportamento delle parti*. Sul punto deve rilevarsi come detta indennità appaia riferirsi solo al rapporto di lavoro a termine di cui al DLgs 368/01 da un punto di vista sistematico perché l'art 32 in particolare si riferisce alla fattispecie di cui è causa solo con riferimento alla decadenza di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo (cfr comma 4) e non con riferimento alla indennità "risarcitoria" di cui al successivo comma 5: quest'ultima si riferisce testualmente esclusivamente al rapporto di lavoro a tempo determinato. D'altro canto il già indicato obbligo di interpretazione conforme delle disposizioni interne con il diritto della Unione europea depone in maniera incontrovertibile in tal senso. Infatti in linea generale una indennità di tale specie da un lato non ha un carattere efficace e dissuasivo da garantire la piena effettività di dette misure preventive (Sent Kiriaki Angelidaki punto 161 e v., in tal senso, sentenze Adeneler e a., punto 105; Marrosu e Sardino, punto 49, e Vassallo, punto 34, nonché ordinanza Vassilakis e a., cit., punto 123) e, dall'altro, non è atta ad *eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario* (Sentenza Kikiaki Angelidaki, punto 170). Infatti l'abuso si può eliminare solo creando una situazione del tutto analoga a quella

che vi sarebbe stata ove l'abuso non fosse stato posto in essere, ovvero il contratto di lavoro fosse stato stipulato ab initio a tempo indeterminato. Il contratto a tempo indeterminato avrebbe dato luogo al pagamento delle retribuzioni per cui l'indicata disposizione, che forfettarizza il danno, in maniera del tutto avulsa dal rapporto di lavoro ed in particolare dal tempo decorso dalla messa a disposizione delle energie lavorative, appare essere in radicale contrasto con la Direttiva 1999/70/CE ed in particolare con l'obbligo di effettività ed equivalenza. Residua la possibilità di interpretare la sanzione di cui all'art 32 come aggiuntiva e non sostitutiva rispetto alle retribuzioni infratemporalmente maturate. In particolare dovrebbe ritenersi che le retribuzioni infratemporalmente maturate riguardino un aspetto non risarcitorio, ma di adempimento della obbligazione retributiva, cui il datore di lavoro sarebbe comunque tenuto, essendo la prestazione del lavoratore divenuta impossibile causa decorso del tempo, fatto ascrivibile alla sola responsabilità del datore di lavoro: il danno forfettizzato riguarderebbe quindi un danno ulteriore, biologico, morale, alla vira di relazione, esistenziale, alla professionalità. Detta interpretazione troverebbe conferma nell'art 50 della legge 183/10, che prevede che, ove si accerti la natura di rapporto di lavoro subordinato in relazione ad un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, il datore di lavoro è tenuto ad indennizzare il prestatore di lavoro con una indennità compresa tra le 2.5 e le 6 mensilità di retribuzione avuto riguardo ai medesimi criteri di cui all'art 32. La terminologia adoperata è più ampia: l'indennizzo non è infatti limitato al risarcimento del danno (come nell'art 32), ma copre ogni situazione, per cui è lecito argomentare che residuino aspetti che, nell'ipotesi di cui all'art. 32, non cadono sotto la "mannaia" indennitaria.

Tanto premesso deve considerarsi però che tutta la giurisprudenza ha, costantemente, ritenuto che le retribuzioni infratemporalmente maturate, siano dovute a titolo risarcitorio per cui si deve ritenere che il legislatore, con l'art 32, comma 5, abbia inteso riferirsi anche alle stesse.

Da ciò ne deriva che una interpretazione conforme e costante rispetto alla applicazione dell'art 32, comma 5, in generale imponga di ritenere che lo stesso non si applichi al rapporto di lavoro a temine marittimo e che detta interpretazione si rafforzi ove si abbia riguardo alla circostanza che il comma 7 (applicazione alle cause in corso) appare contraria al diritto della UE (artt 47 Carta di Nizza, art II-47 Trattato di Lisbona, art 47 Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea; cfr Sentenze FuB, c-429/09, Carpenter, C-60/00, Caballero, C-442/00, Kucukdeveci, C-555/07, sulla efficacia orizzontale dei principi fondamentali dell'UE) ed all'art 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (infra CEDU), ratificata e resa esecutiva con la legge n. 848/55. Infatti, con riferimento all'art 6 CEDU, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha costantemente affermato (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo quinta Sezione UNEDIC c. FRANCIA, ricorso n. 20153/04, Sentenza 18 dicembre 2008) *che se, in principio, al potere legislativo non è impedito regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni a portata retroattiva, i diritti derivanti da leggi in vigore, il principio della prevalenza del diritto e la nozione del processo equo sanciti dall'art. 6 vengono si oppongono, salvo che nel caso di motivi imperativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione nella giustizia allo scopo di influire sulla conclusione giudiziaria della causa (sentenze Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis c. Grecia, 9 dicembre 1994, § 49, serie A n. 301-B, National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, 23 ottobre 1997, § 112, Raccolta delle sentenze e decisioni 1997-VII e Zielinski e Pradal e Gonzalez et al. c. Francia [GC], nn. 24846/94 e da 34165/96 a 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII).*

Ne deriva che, a maggior ragione, deve interpretarsi, per quanto possibile, nel senso della limitazione della operatività dell'art 32, comma 7, per cui detta interpretazione è l'unica conforme ai principi dell'Ordinamento della UE ed alla Costituzione della Repubblica (art

117).

Parte ricorrente risulta abbia messo a disposizione della convenuta le proprie energie lavorative solo il 18.1.10, data in cui è pervenuta alla convenuta la impugnativa del rapporto de qua. È evidente che tale atto, il primo di messa a disposizione delle proprie energie lavorative, determina una situazione di mora accipiendi della convenuta, datrice di lavoro, ed il diritto alle retribuzioni da tale data a quella di proposizione della domanda (Cass. civ., Sez.lav., 17/10/2001, n.12697) nonché il diritto alla regolarizzazione contributiva e previdenziale.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, contrariis reiectis, così provvede:

- 1) dichiara la illegittimità del contratto di somministrazione del 30.6.05 e per l'effetto, costituisce tra l'istante e la convenuta un rapporto di lavoro come operaio III livello CCNL Telecomunicazioni, part time a 20 ore, dall'1.7.05;
- 2) condanna la convenuta al pagamento in favore del ricorrente delle retribuzioni infratemporalmente maturate dal 18.1.10 e fino la riammissione in servizio con interessi legali e rivalutazione monetaria sulle somme ricapitalizzate di anno in anno dal dì del dovuto all'effettivo soddisfo;
- 3) condanna la convenuta alla regolarizzazione della posizione contributiva e previdenziale per il periodo di cui al capo 2);
- 4) Condanna la convenuta al pagamento delle spese di giudizio della ricorrente che si liquidano in €. 1800,00, oltre IVA e CPA, se dovute, con distrazione in favore dell'avv. Michele Cuoco.

NAPOLI, lì 8.2.11.

IL GIUDICE
(Dott. Paolo Coppola)