REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI GENOVA

SEZIONE LAVORO

Il Giudice,

Dott.ssa Maria Ida Scotto ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa da D'A.Ma.

residente a Ge.

elettivamente domiciliato in Ge., Via n. (omissis)

presso l'avv. Gi.Ge.

che lo rappresenta e difende per mandato a margine del ricorso introduttivo

ricorrente

contro

Pe.Vi. Sedente in Ge.

elettivamente domiciliata in Ge., Via (omissis)

presso l'avv. Gi.Pe. che lo rappresenta e difende per mandato in atti

convenuto

Fallimento So. A.R.L.

convenuto contumace

Il Giudice Monocratico - Sezione del Lavoro

in persona della dott.ssa Maria Ida Scotto

pronuncia la seguente sentenza, dando lettura della motivazione e del dispositivo ai sensi dell'art. 429 co. 1 c.p.c.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Rilevato che con ricorso depositato in data 26 giugno 2007 la sig. Ma.D'A., premesso di aver essere stata socia lavoratrice della cooperativa sociale Am. a r.l. (di seguito, in breve, la Cooperativa) e di aver lavorato con mansioni di assistente agli anziani presso la residenza protetta "Vi.", di proprietà della società Pe. S.n.c. (di seguito, in breve, Vi.), fino a quando con lettera in data 7 maggio 2007 era stata licenziata dalla cooperativa per cessazione dell'attività aziendale, conveniva in giudizio il Fallimento Co. a r.l. e Pe. S.n.c. chiedendo:

- accertarsi e dichiarasi la nullità e/o illegittimità del contratto di appalto di servizi e/o di fornitura di personale eventualmente stipulato tra Vi. e la Cooperativa, difettando i requisiti tipici di tale contratto, dovendo piuttosto parlarsi di un'ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare;

- accertarsi e dichiararsi l'irregolarità e/o nullità e/o il carattere fraudolento del rapporto di somministrazione tra Vi. e la Cooperativa e conseguentemente la sussistenza di un rapporto di lavoro tra la ricorrente e Vi. a far data dal 20 novembre 2004;

- accertarsi e dichiararsi l'illegittimità e/o inefficacia del recesso operato dalla Cooperativa con lettera in data 7 maggio 2007;

- condannarsi conseguentemente Vi. alla riassunzione o reintegra della ricorrente ed al risarcimento del danno pari alle retribuzioni non corrisposte dal 7 novembre 2007 fino all'effettiva reintegrazione nel posto di lavoro;

- condannarsi infine Vi. alla corresponsione della somma lorda di Euro 39.517,27, dedotto il percepito, a titolo di mensilità indirette e differite, lavoro straordinario, indennità per ferie e permessi, lavoro notturno, indennità di mancato preavviso, oltre TRF;

rilevato che il Fallimento Co. s.c. a r.l., pur se ritualmente citato, non si costituiva in giudizio e veniva pertanto dichiarato contumace;

rilevato che si costituiva, invece, ritualmente in giudizio Vi., contestando la sussistenza la fondatezza delle domande e chiedendone pertanto la reiezione;

MOTIVAZIONE

Le domande sono fondate e devono essere accolte.

Devono essere qui richiamate le argomentazioni che hanno condotto all'accoglimento del ricorso ex art. 700 c.p.c. che ha preceduto l'odierno giudizio di merito.

Deve premettersi che non è in contestazione tra le parti che la ricorrente, formalmente socia lavoratrice della Cooperativa Am. s.c. a r.l. (oggi fallita), abbia lavorato presso la residenza protetta per anziani Vi.Sa., gestita dalla società Vi.

Neppure sono in contestazione le mansioni svolte dalla ricorrente, ovvero la cura dell'igiene e della pulizia personale degli ospiti della casa di riposo, la distribuzione dei pasti ed in generale l'assistenza materiale agli anziani.

Tali mansioni non sono state smentite da Vi.

Sostiene peraltro la ricorrente che la fattispecie dovrebbe essere qualificata come un'ipotesi di somministrazione di manodopera, da ritenersi irregolare, ai sensi della legge n. 276/03, per difetto in capo alla pretesa appaltatrice dei requisiti dell'organizzazione di mezzi e della gestione a proprio rischio.

Sostiene per contro la convenuta che il contratto concluso tra la stessa e la cooperativa dovrebbe essere qualificato come un regolare contratto di appalto.

Vi. ha versato in atti il contratto di appalto sottoscritto con la Cooperativa (in realtà, avendo il contratto durata annuale, sono stati prodotti i contratti relativi agli anni 2006 e 2007).

Ai sensi del contratto il concedente (Pensione Vi.) affida al concessionario (Cooperativa Amica) il servizio diurno /notturno di:

a) assistenza infermieristica presso l'Istituto Vi.Sa., per un numero complessivo di ore da 100 a 150 (mensili);

b) servizio di ausiliari presso l'Istituto Vi.Sa., per un numero complessivo di ore da 1.200 a 1.800 (mensili);

c) servizio di segreteria presso l'Istituto Vi.Sa., per un numero complessivo di ore da 200 a 300 (mensili);

d) servizio di cucina presso l'Istituto Villa Sa., per un numero complessivo di ore da 100 a 160 (mensili);

e) servizio di pulizie presso l'Istituto Villa Sa., per un numero complessivo di ore da 100 a 170 (mensili).

Il concedente "si riserva la facoltà di determinare il numero complessivo delle ore, all'interno dell'intervallo ore stabilito, secondo le contingenti esigenze, che verranno comunicate al concessionario per il conseguente adeguamento del corrispettivo economico".

Il corrispettivo dell'appalto è fissato in un importo orario (diverso per i vari tipi di servizio) da corrispondersi alla fine di ogni mese, in base alle ore dei servizi effettivamente svolte.

Risulta poi agli atti il contratto di locazione sottoscritto da Pensione Vi. e da Cooperativa Am. avente ad oggetto una stanza della residenza protetta Vi.Sa. da utilizzarsi come sede di coordinamento della cooperativa Am.

Nel libero interrogatorio reso nel procedimento cautelare che la preceduto l'odierno giudizio di merito, il sig. Ma.St., presidente della Cooperativa Am., "nella struttura avevamo richiesto un locale e ci siamo accordati affinché ci venisse concessa una "nicchia" all'entrata ... era un locale aperto con un bancone, computers, scrivanie; era uno spazio ricavato in una stanza di passaggio. Il computer era della cooperativa; il monitor era della cooperativa, il resto era di un ex soda della cooperativa che ci aveva lasciato".

Dalle convocazione in atti delle assemblee ordinarie della cooperativa emerge poi che dette assemblee avveniva nei locali della residenza protetta (e precisamente nella sala mensa, come riferito dalla sig. Fr.).

La stessa sig. Fr. - segretaria della Cooperativa - ha poi riferito che la cooperativa ha sede legale in via (omissis), in un ufficio in cui la cooperativa ha soltanto una cassetta postale.

Risulta in realtà dalla documentazione in atti (verbale di assemblea del 3 maggio 2007 - doc. 2 Cooperativa) che la sede legale della cooperativa è in via (omissis), indirizzo corrispondente a quello dello studio del dott. Pa. (come da convocazione dell'assemblea del 23 aprile 2007).

Ciò consente di affermare che la Cooperativa Amica è sostanzialmente priva di uffici propri.

E' poi pacifico tra le parti, in quanto ammesso dalla stessa ricorrente in sede di libero interrogatorio, e del resto documentalmente provato, che la Cooperativa Am. ha ottenuto altri appalti oltre a quello di Pensione Vi.

Dalle fatture in atti emerge peraltro che negli anni 2006 e 2007 la Cooperativa aveva soltanto un contratto di appalto con la Fondazione Au., relativo a circa 300 ore mensili presso Casa Bo., e un contratto con il servizio infermieristico presso uno studio medico, per poche ore mensili.

E' dunque evidente che l'appalto presso la residenza protetta di Pensione Vi. è l'appalto di gran lunga più importante della Cooperativa, anzi in realtà l'unico appalto realmente significativo per la Cooperativa.

Del resto sembra doversi riconfermare il principio - pacificamente affermato dalla Corte di cassazione con riferimento all'art. 1 legge n. 1369/60 - per cui la valutazione della genuinità dell'appalto deve essere effettuata in riferimento al singolo appalto, essendo irrilevante che l'appaltatore professionalmente esercitino un'attività imprenditoriale consistente nell'assunzione di regolari appalti di opere o servizi, in quanto tale circostanza non esclude la possibilità che in un determinato caso concreto essi pongano in essere un contratto diverso dal vero e proprio appalto ed avente oggetto la fornitura di "forza - lavoro" anziché di un "opus" (Cass. 25 luglio 2003, n. 11545; Cass. 7 luglio 2004, n. 12509; Cass. 18 agosto 2004, n. 1616).

Ritiene dunque il giudicante che la circostanza che la Cooperativa Am. sia stata titolare anche di altri appalti sia irrilevante in causa.

Comunque la ricorrente durante il rapporto dedotto in giudizio (la ricorrente aveva già lavorato per la cooperativa in un periodo precedente) risulta aver sempre lavorato presso l'Istituto Vi.Sa. (gestito da Pensione Vi.), salvi i pochi giorni lavorati presso l'IST nell'anno 2005 di cui al doc. 6 Cooperativa (in tal senso sono chiare le dichiarazioni rese dal sig. St. nel procedimento cautelare).

Ritiene infine il giudicante che sia sostanzialmente irrilevante in causa la circostanza che le uniformi dei soci della Cooperativa siano state pagate dalla Cooperativa oppure alla Pensione Vi., che le divise fossero diverse per i dipendenti di Pensione Vi. e della Cooperativa, che le divise degli uni e degli altri fossero conservate in un unico armadio e fornite all'occorrenza agli uni e agli indifferentemente (circostanze tutte in merito sono state acquisite dichiarazioni contrastanti).

Premesso che la Cooperativa ha certamente documentato di aver acquistato alcune uniformi (mentre soltanto in alcune fatture dell'anno 2000 risulta una spesa per ricami sulle casacche, verosimilmente finalizzata a far ricamare sulle casacche il logo della Cooperativa), in ogni caso il valore economico delle

divise è così modesto rispetto al costo delle prestazioni lavorative da non poter incidere in ordine alla valutazione circa la genuinità dell'appalto.

Non vi è dubbio, che, anche ammesso che le uniformi dei soci della Cooperativa fossero fornite dalla Cooperative e fossero diverse da quelle dei dipendenti di Pensione Vi. (ma davvero evidente è l'irrilevanza ai fini del decidere del fatto che le uniformi degli uni e degli altri fossero o meno uguali), le prestazioni fornite dalla Cooperativa a Pensione Vi. si esaurirebbero comunque essenzialmente in prestazioni lavorative, posto che l'apporto di attrezzature (inesistente) e di materiali resterebbe comunque del tutto marginali; in relazione al valore economico del servizio reso.

Del resto, con l'abrogazione della legge 23 ottobre 1960 n. 1369 ad opera dell'art. 85 lett. c) d.lgs n. 276/2003, ha perso rilievo essenziale la circostanza che capitali, macchine o attrezzature sia fomite dall'appagante, circostanza cui in precedenza la legge n. 1369/60 collegava una presunzione assoluta in ordine alla sussistenza di un'interposizione vietata di manodopera.

La distinzione tra l'appalto genuino e la somministrazione di lavoro è invece attualmente delineata dall'art. 29 co. 1 d.lgs n. 276/2003,ai cui sensi "ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue 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, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa ".

Dunque l'art. 29 D.Lgs n. 276/2003 ammette che l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore possa consistere anche soltanto nell'esercizio del potere direttivo ed organizzativo, in relazione all'opera o al servizio dedotti in appalto.

La norma ha recepito la nozione, già ampiamente delineata dalla dottrina e dalla giurisprudenza anche comunitaria, dell'impresa c.d. "leggera", cioè caratterizzata da un basso tasso di elementi strutturali o impiantistici e dalla valorizzazione delle idee, della conoscenza (know - how), della comunicazione, dell'organizzazione, delle informazioni e dei contatti (si pensi, ad esempio, ad un'impresa specializzata in informatica, che invii il proprio personale presso aziende per l'assistenza e la manutenzione dei PC). Un appalto può quindi essere genuino anche ove affidato ad un'impresa di questo tipo, oltre nell'ipotesi classica dell'impresa munita di attrezzature e materiali consistenti.

Dunque per aversi un appalto reale e genuino, secondo la definizione implicita ricavabile dal citato art. 29, non è più necessario che vi siano mezzi materiali, ma è indispensabile la presenza congiunta di due requisiti, ovvero in primo luogo l'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori

utilizzati nell'appalto, in relazione all'opera al servizio dedotti in contratto, ed, in secondo luogo, l'assunzione del rischio di impresa.

Nell'appalto, il committente non può interferire con la direzione dei lavoratori e spetta all'appaltatore il potere direttivo di controllo e disciplinare, mentre nella somministrazione è l'utilizzatore dei lavoratori che dirige e controlla i lavoratori e la scissione delle prerogative datoriali si verifica soltanto con riferimento al potere disciplinare che fa, invece, capo al somministratore.

Infatti, la titolarità del potere disciplinare non fa mai capo all'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, ma compete all'appaltatore nell'appalto e al somministratore nella somministrazione.

Ai sensi dell'art. 23 co. 7 D.Lgs n. 276/2003, infatti, "ai fini dell'esercizio del potere disciplinare, che è riservato al somministratore, l'utilizzatore comunica al somministratore gli elementi che formeranno oggetto della contestazione ai sensi dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300".

Per affermare la liceità dell'appalto non è peraltro sufficiente che l'appaltatore si occupi della assunzione, retribuzione e gestione amministrativa dei lavoratori, ma occorre da parte sua almeno un minimo di direzione tecnica e professionale, cioè occorre che l'appaltatore predisponga un'organizzazione idonea a regolare e vigilare sull'adempimento tecnico - professionale delle prestazioni. Occorre poi l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore.

Ritiene il Giudicante che sulla base degli elementi acquisiti nel corso della sommaria - eppur cospicua - istruttoria espletata nel procedimento cautelare debba escludersi che la Cooperativa Am. nell'esecuzione del contratto di appalto per cui è causa abbia esercitato il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, in relazione all'opera al servizio dedotti in contratto, ed in secondo luogo non abbia assunto alcun rischio di impresa.

A tal fine è sufficiente prendere in esame la documentazione prodotta agli atti, le dichiarazioni rese dai due legali rappresentanti delle convenute in sede di libero interrogatorio e dai sommari informatori indicati da parte convenuta.

Ai sensi del contratto di appalto sottoscritto da Cooperativa Am. e da Pensione Vi. i principi informatori del servizio dovevano essere improntati, tra l'altro, ai seguenti criteri:

- "personalizzazione delle prestazioni nei confronti di ciascun ospite"...

- "diversificazione delle prestazioni in uniformità, ad eventuali progetti di volta in volta forniti dal Medico Responsabile dell'Istituto";

- "garanzia di collaborazione strettissima con il Medico Responsabile e con la Amministrazione dell'Istituto";

- "garanzia di figure professionali coordinate ed integrate fra loro in funzione del raggiungimento degli obiettivi e non unicamente nel rispetto delle competenze di ciascun operatore";

- "garanzia di una gestione flessibili in grado di far fronte, in qualsiasi momento, ad eventuali emergenze".

Dunque già dalle clausole del contratto di appalto emerge che l'effettiva organizzazione e direzione del lavoro dei soci della Cooperativa competeva non alla Cooperativa, bensì alla committente, posto che i lavoratori dovevano, non soltanto personalizzare le prestazioni nei confronti di ciascun ospite (il che implica la possibilità di disposizioni di dettaglio in relazione ad ogni singolo ospite, disposizioni certamente stabilite dalla committente), ma anche prestare "collaborazione strettissima con il Medico Responsabile e con la Amministrazione dell'Istituto (il che sembra prefigurare appunto l'organizzazione e la direzione del lavoro da parte dell'Istituto).

Risultano poi agli atti - prodotte dalla convenute - due lettere di segnalazione di disservizio inviate da Pensione Vi. alla Cooperativa Am. a seguito dell'ispezione del Comune di Genova del 26 gennaio 2006 che aveva riscontrato gravi condizioni igieniche degli ospiti della residenza protetta.

Nelle due segnalazione di disservizio Pensione Vi. lamenta che "i soci della Cooperativa impiegati c/o l'Istituto Vi.Sa. non assolvono in modo completo le loro mansioni, non collaborano in nessun modo con il personale della Struttura, effettuano cambi turno, cambi di orari, pause dal lavoro superiori al dovuto ritardando e non rispettando i protocolli e consegne giornaliere senza rapportarsi al referente designato, sono spesso assenti alle riunioni che si tengono mensilmente presso la nostra struttura per monitorare il servizio, le richieste ed ì provvedimenti necessari da attuarsi per il regolare svolgimento dell'attività" (lettera del 26 gennaio 2006 e del 22 febbraio 2006).

Da tali segnalazioni (che ben si accordano con le disposizioni in materia di esercizio del potere disciplinare stabilite dall'art. 23 co. 7 D.Lgs n. 276/2003 per l'ipotesi della somministrazione di lavoro) emerge che sulla base dell'effettivo svolgersi del rapporto i soci della cooperativa erano tenuti a collaborare con il personale della struttura, rispettare protocolli della struttura circa cambi turni, cambi orari, pause di lavoro, rapportarsi ad un referente della struttura, partecipare alle riunioni mensili tenute presso la struttura con la partecipazione di tutti i dipendenti della struttura e di tutti i soci della cooperativa al fine di monitorare il servizio e decidere i provvedimenti da adottare per il regolare svolgimento dell'attività.

Dall'istruttoria espletata è poi emerso che le disposizioni circa il concreto lavoro da svolgere (ad esempio l'assegnazione ad un piano o all'altro) venivano date dalla caposala (sig.ra Ma.), dipendente della struttura, oppure dall'infermiera responsabile del turno, pure dipendente di Pensione Vi. (sig.ra Fr.).

Non resta che concludere che il potere direttivo e organizzativo nei confronti della ricorrente era esercitato non da Cooperativa Am., bensì da Pensione Vi.

E' vero che la stessa ricorrente ha ammesso di aver fatto riferimento per i turni, ferie e permessi esclusivamente alla sig.ra Ma., socia e coordinatrice della cooperativa.

La circostanza non incide sulle conclusioni raggiunte, sia perché, come si è detto, il concetto di organizzazione e direzione del lavoro non si esaurisce nella assunzione, retribuzione e gestione amministrativa dei lavoratori, ma occorre almeno un minimo di direzione tecnica e professionale, sia perché comunque la sig.ra Ma., così come il sig. Ma.) St. (figlio della sig.ra Ma., legale rappresentante di Pensione Vi., Presidente della Cooperativa Am.) svolgevano anche attività di segreteria in favore dell'Istituto Sa. (attività di segreteria che compare in effetti tra le attività oggetto dell'appalto).

Non è dato dunque comprendere se e quando la sig.ra Ma. si rapportasse nei confronti della ricorrente in qualità di coordinatrice della Cooperativa e se e quando si rapportasse invece alla stessa in qualità di segretaria della sig.ra Ma.

Si noti che alla sig.ra Ma., in qualità di segretaria della sig. Ma., si rapportavano anche ai dipendenti della struttura per chiedere ferie e permessi e la stessa predisponeva i turni di tutto il personale operante nella struttura (soci della cooperativa e dipendenti della struttura).

Si noti ancora che tale attività era svolta dalla sig.ra Ma., così come dal sig. St., nell'unica segreteria esistente presso la struttura, ovvero la "nicchia" (come definita dal sig. St. in sede di libero interrogatorio) formalmente locata alla cooperativa, che in realtà era costituita da una porzione di una stanza di passaggio, dove era collocato un bancone ed un computer, utilizzato promiscuamente sia dalla cooperativa sia dalla struttura.

Nella situazione sopra descritta ritiene il Giudicante che debba escludersi che la Cooperativa esercitasse effettivamente il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto.

Il rilievo è dirimente per escludere che l'appalto corrisponda ai requisiti richiesti dall'art. 29 co. 1 d.lgs n. 276/2003.

Si aggiunga che risulta in realtà mancare anche il requisito dell'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore (requisito che non è alternativo, ma deve coesistere con quello dell'esercizio del potere organizzativo e direttivo).

Come si è già evidenziato la cooperativa non impiegava nell'appalto né mezzi, né attrezzature, né materiali (o se li impiegava, questi rappresentavano un elemento marginalissimo).

Dunque il costo, ed il connesso rischio dell'appalto, era dato dalla manodopera.

Il contratto prevedeva peraltro un corrispettivo orario, in relazione al quale la cooperativa non assumeva alcun rischio, neppure quello di dover comunque retribuire i propri soci in caso di mancanza di lavoro, posto che, ai sensi dell'art. 9 del regolamento della cooperativa, in caso di riduzione o di mancanza di lavoro i soci hanno diritto al solo trattamento retributivo e contributivo corrispondente al minor lavoro prestato.

Ciò spiega anche perché il numero dei lavoratori impiegati presso la struttura potesse variare di giorno in giorno in funzione delle esigenze della struttura (come è pacifico tra le parti) senza che ciò creasse alcun problema alla Cooperativa e ciò proprio in quanto la cooperativa non assumeva alcun rischio.

Non resta che concludere che non soltanto il potere direttivo e organizzativo nei confronti della ricorrente era esercitato da Vi. e non dalla Cooperativa, ma quest'ultima non assumeva in realtà alcun rischio.

L'uno e l'altro rilievo sono in sé dirimenti per escludere che l'appalto corrisponda ai requisiti richiesti dall'art. 29 co. 1 d.lgs n. 276/2003.

Ai sensi dell'art. 29 co. 3 bis D.Lgs n. 276/2003, nel testo introdotto dal d.lgs n. 152/2004, "quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato 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. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2".

Il richiamato art. 27, dopo aver stabilito nel suo 1 comma che in caso di somministrazione irregolare "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", nel suo 2 comma prosegue prevedendo che "nelle ipotesi di cui al comma 1 lutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma

effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione".

La disposizione di cui all'art. 29 co. 3 d.lgs n. 276/2003 deve ritenersi in realtà superflua, posto che, laddove le parti qualifichino come contratto di appalto un contratto che, essendo privo dei requisiti necessari per poter dar luogo ad un appalto, ha, in realtà natura di contratto di somministrazione, l'ipotesi dovrebbe comunque essere qualificata come una somministrazione irregolare, in quanto stipulata con un soggetto non autorizzato, con le conseguenze sanzionatone già previste dall'art. 27 d.lgs n. 276/2003 (e quindi soltanto ribadite dall'art. 29 d.lgs n. 276/2003).

E' pertanto irrilevante, ad avviso del giudicante, la circostanza che l'art. 29 co. 4, a differenza dell'art. 27 co. 1 d.lgs n. 276/2003 non specifichi espressamente che la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ha utilizzato la prestazione ha effetto fin dall'inizio della somministrazione, posto che tale conseguenza è comunque desumibile da una lettura sistematica della norma.

Ed infatti:

1 come già detto, il contratto di appalto che dissimula un contratto di somministrazione altro non è che un'ipotesi di somministrazione irregolare;

2 la sanzione della costituzione ab origine di un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'utilizzatore è prevista dall'art. 27 co. 1 D.Lgs per ipotesi di irregolarità molto meno gravi di quella in questione ed in particolare anche per l'ipotesi di mera omissione nel contratto di somministrazione di alcuni degli elementi previsti dalla legge;

3 in ogni caso, e comunque, l'art. 29 co. 4 d.lgs n. 276/2003 richiama espressamente l'art. 27 co. 2 del medesimo decreto e la previsione per cui tutti i pagamenti effettuati dall'appaltatore e tutti gli atti da lui compiuti per la costituzione o la gestione del rapporto si intendono come compiuti dal committente sarebbe evidentemente del tutto priva di senso ove la costituzione del rapporto con il committente non avesse efficacia retroattiva.

La ricorrente ha dunque diritto alla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato con Pensione Vi. S.n.c. fin dall'inizio dell'attività lavorativa prestata all'interno della casa di riposo Vi.Sa.

Per quanto riguarda la data di inizio del rapporto risulta agli atti il contratto di lavoro subordinato stipulato dalla ricorrente con la Cooperativa con decorrenza dal 20 novembre 2004 (doc. 1 parte ricorrente).

Dalle dichiarazioni rese dal sig. St. nel procedimento cautelare emerge che la ricorrente aveva lavorato per la Cooperativa anche in un periodo precedente e che soltanto in tale periodo aveva lavorato presso il Sa.

Invece, durante il secondo rapporto di lavoro (ovvero durante il rapporto per cui è causa) la ricorrente ha lavorato sempre presso Vi.Sa., salvo un breve periodo, di circa un mese, presso l'Ist.

Dal foglio presenze prodotto da Vi. emerge che le ore lavorate presso l'IST sono state in realtà soltanto 30 (doc. 6 Vi.).

Quanto poi all'inquadramento della ricorrente, non può farsi riferimento al C.C.N.L. Al. invocato dalla ricorrente, non essendo stata offerta prova che Vi. sia iscritta alle associazioni stipulanti ovvero applichi tale contratto.

Secondo noti principi giurisprudenziali, infatti, "i contratti collettivi postcorporativi di lavoro, che non siano stati dichiarati efficaci "erga omnes" ai sensi della legge 14 luglio 1959, n. 741, costituiscono atti aventi natura negoziale e privatistica, applicabili esclusivamente ai rapporti, individuali intercorrenti fra soggetti che siano entrambi iscritti alle associazioni stipulanti ovvero che, in mancanza di tale condizione, abbiano espressamente aderito ai patti collettivi oppure li abbiano implicitamente recepiti attraverso un comportamento concludente desumibile da una costante e prolungata applicazione, senza contestazione alcuna, delle relative clausole, al singolo rapporto. Ne consegue che, ove una delle parti faccia riferimento, per la decisione della causa, ad una clausola di un determinato contratto collettivo di lavoro, non efficace "erga omnes", in base al rilievo che a tale contratto entrambe le parti si erano sempre ispirate per la disciplina del loro rapporto, il giudice del merito ha il compito di valutare in concreto il comportamento posto in essere dal datore di lavoro e dal lavoratore, allo scopo di accertare, pur in difetto della iscrizione alle associazioni sindacali stipulanti, se dagli atti siano desumibili elementi tali da indurre a ritenere ugualmente sussistente la vincolatività della contrattazione collettiva invocata" (Cass. 3 agosto 2000, n. 10213; Cass. 30 luglio 2001, n. 10375).

Deve dunque farsi, invece, riferimento al C.C.N.L. Un., che Vi. ha dichiarato di applicare.

Alla luce delle declaratorie di tale contratto, le mansioni di assistente all'anziano concretamente svolte dalla ricorrente sono inquadrabili nel profilo di operatore socio assistenziale, per il quale il C.C.N.L. Un. prevede l'inquadramento nel 5 livello per i primi 2 anni e poi nel 5 livello super.

Quanto al percepito, in mancanza di altre indicazioni, deve farsi riferimento a quanto risultante dalle buste paga in atti (buste paga espressamente richiamate al punto 18 del ricorso).

Pur a fronte della deduzione relativa allo svolgimento di lavoro straordinario, contenuta in ricorso, il compenso per lavoro straordinario non sembra oggetto di domanda, non risultando compreso nel conteggio depositato in atti da parte ricorrente e richiamato nelle conclusioni del ricorso.

In ogni caso i testi escussi hanno riferito che nell'ultimo periodo del rapporto (ovvero nel periodo per cui è causa, avendo la ricorrente lavorato presso la struttura anche in un periodo precedente) la ricorrente lavorava soltanto alla mattina dal lunedì al sabato con orario dalle 7 alle 13,20 e dunque senza effettuare lavoro straordinario. Non possono ritenersi attendibili le contrarie dichiarazioni della teste Br. che non è stata in grado di riferire neppure in via indicativa il periodo in cui la stessa teste avrebbe lavorato alle dipendenze di Vi. La circostanza che la teste abbia riferito di aver presentato la ricorrente alla legale rappresentante di Vi. consente, peraltro, di ritenere che la teste riferisca del primo periodo in cui la ricorrente ha lavorato presso Vi.Sa.

Nessun compenso per lavoro straordinario deve dunque essere riconosciuto alla ricorrente.

Poiché ai sensi dell'art. 27 co. 2 d.lgs n. 276/2003 tutti gli atti compiuti dal somministratore per la gestione del rapporto si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione, il licenziamento per cessazione dell'attività intimato dalla cooperativa alla ricorrente deve intendersi intimato da Pensione Vi.

Il licenziamento è evidentemente illegittimo, non essendo in alcun modo cessata l'attività di Vi.

La sussistenza in capo a Vi. (effettivo datore di lavoro) del requisito dimensionale per la tutela reale non è stata contestata da Pensione Vi., che sarebbe stata onerata di provarne l'insussistenza.

La domanda deve dunque essere accolta e Vi. deve essere condannata a pagare alla ricorrente le retribuzioni maturate dalla data del licenziamento a quella della reintegra (pacificamente avvenuta in data 10 ottobre 2007 a seguito del provvedimento cautelare).

Non è condivisibile la tesi della difesa di Vi. per cui la ricorrente avrebbe avuto un onere di attivarsi per far valere i propri crediti nei confronti del Fallimento Cooperativa Am. ed eventualmente del Fondo di garanzia dell'INPS.

La costituzione del rapporto di lavoro in capo a Vi., infatti, al tempo stesso esime ed impedisce alla ricorrente di rivolgere qualsiasi richiesta al Fallimento.

Infine nessuna somma può essere riconosciuta alla ricorrente a titolo di ferie e permessi non goduti, non essendo stata offerta alcuna prova in ordine al mancato godimento di ferie e permessi.

Spetta, infatti, al lavoratore che agisca in giudizio per chiedere la corresponsione della indennità sostitutiva delle ferie non godute l'onere di provare il mancato godimento delle ferie, atteso che l'espletamento di attività lavorativa in eccedenza rispetto alla normale durata del periodo di effettivo lavoro annuale si pone come fatto costitutivo della suddetta indennità (Cass. 21 agosto 2003, n. 12311; Cass. 2 ottobre 1999, n. 10956).

"Il lavoratore ... che agisca in giudizio per chiedere la corresponsione della indennità sostitutiva delle ferie non godute ha l'onere di provare l'avvenuta prestazione di attività lavorativa nei giorni ad esse destinati, atteso che l'espletamento di attività lavorativa in eccedenza rispetto alla normale durata del periodo di effettivo lavoro annuale si pone come fatto costitutivo dell'indennità suddetta, risultando irrilevante la circostanza che il datore di lavoro abbia maggior facilità nel provare l'avvenuta fruizione delle ferie da parte del lavoratore" (Cass. 3 dicembre2004, n. 22751).

Del resto l'intervenuto ripristino del rapporto di lavoro ha fatto confluire ferie e permessi non goduti nel monte ore ancora usufruibili da parte della ricorrente.

Per la quantificazione dei crediti della ricorrente deve farsi riferimento alle conclusioni della C.T.U., effettuata sulla base di criteri corretti e condivisibili e non contestata nella sua esattezza matematica e contabile.

Per quanto si è sopra argomentato dai crediti calcolati dal CTU devono peraltro essere detratte le somme computate a titolo di ferie e permessi non goduti (Euro 886,03 per ferie + Euro 1.032,87 per permessi, pari a complessivi Euro 1.918,90).

Il credito complessivo della ricorrente è dunque pari a Euro 9.742,54 (11.661,44 - 1.918,90).

Su tale somma spettano la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sul capitale annualmente rivalutato dalle singole maturazioni al saldo (Corte Cost., 2 novembre 2000, n. 459 e Cass. Sez. Un., 29 gennaio 2001, n. 38).

Sulla base del criterio della soccombenza le spese di lite, liquidate come in dispositivo, devono poste a carico di Vi.

Deve infine essere dichiarata improcedibile la richiesta della ricorrente di condanna del Fallimento Cooperativa Am. al pagamento, in via solidale con Vi., dei crediti retributivi di cui è sin qui detto.

Infatti "per "azioni derivanti dal fallimento", ai sensi dell'art. 24 legge fall., devono intendersi quelle che comunque incidono sul patrimonio del fallito, compresi gli accertamenti che costituiscono premessa di una pretesa nei confronti della massa, anche quando siano diretti a porre in essere il presupposto di una successiva sentenza di condanna" (Cass. 22 maggio 2002, n. 7510).

Pertanto, per le domande della ricorrente dirette al pagamento di somme di danaro da parte del fallimento opera nella specie la "vis attractiva" del foro fallimentare e del relativo rito speciale.

Invero "le questioni concernenti il giudice innanzi al quale deve essere introdotta una pretesa creditoria nei confronti di un debitore assoggettato a fallimento sono anzitutto questioni attinenti al rito anche se spesso impropriamente formulate esclusivamente in termini di competenza", (Cass. 7154/97; Cass. 5401/89; Cass. 5830/80).

Pertanto, stante il carattere prevalente di tali questioni di rito, qualora venga proposta una domanda tendente a far valere nelle forme del giudizio ordinario una pretesa soggetta ad una procedura concorsuale ... il giudice adito deve dichiarare l'inammissibilità o l'improponibilità della domanda, in quanto proposta secondo un rito diverso da quello stabilito come necessario dalla legge che disciplina la procedura in questione e, pertanto, inidonea a consentire l'emanazione di una decisione di merito (Cass. 646/77 Cass. 2174/66, Cass. 8018/00). La proposizione, infatti, dell'azione in una sede diversa da quella prevista come necessaria ed obbligatoria dalla legge sul concorso e con un rito differente non consente di raggiungere il risultato avuto di mira da chi ha proposto la domanda, (Cass. 8018/00). Basta a tale proposito evidenziare che nel procedimento di verifica dei crediti in sede fallimentare trova applicazione il principio della concorsualità per l'ammissione di ciascun credito è sottoposto al vaglio di tutti gli altri creditori che possono impugnare il credito ammesso ai sensi dell'art. 100 l.f. e che tale possibilità sarebbe invece del tutto preclusa se la compensazione del credito opposto in riconvenzionale a quello fatto valere del fallimento dovesse avvenire secondo il rito ordinario sia pure avanti al tribunale fallimentare. In ragione di ciò l'inammissibilità della domanda va pronunciata prima ed indipendentemente dal rilievo della eventuale incompetenza, (Cass. 8018/00). Si tratta, infatti di una exceptio litis ingressum impediens concettualmente distinta da una eccezione di incompetenza e preliminare rispetto a quest'ultima.

Da ciò consegue che la relativa questione non soggiace tra l'altro, alla preclusione prevista dall'art. 38, 1 comma, c.p.c. (nella formulazione in vigore dopo il 30 aprile 1995) e può essere eccepita o rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio (Cass. 8018/00) (Cass. 23 aprile 2003, n. 6475; Cass. 18 maggio 2005, n. 10414; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19718; Cass. 23 aprile 2003, n. 6475).

Nulla sulle spese stante la contumacia del fallimento convenuto.

P.Q.M.

Il Giudice, definitivamente pronunciando, dichiara l'improcedibilità delle domande proposte dalla ricorrente nei confronti del Fallimento Cooperativa Am. s.c. a r.l.

Dichiara costituito tra la ricorrente e Pensione Vi. S.n.c. un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato ed a tempo pieno con decorrenza dal 20 novembre 2004 e con inquadramento inizialmente nel 5 livello C.C.N.L. Un. e nel 5 livello dopo i primi 24 mesi del rapporto.

Dichiara l'illegittimità del licenziamento intimato alla ricorrente con lettera in data 7 maggio 2007.

Dichiara il diritto della ricorrente alla reintegra nel posto di lavoro.

Dichiara tenuta e pertanto condanna Pensione Vi. S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, a corrispondere alla ricorrente a titolo di retribuzioni, differenze retributive e mensilità aggiuntive, la somma complessiva di Euro 9.742,54, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria sulle somme annualmente rivalutate dalle singole maturazioni al saldo.

Rigetta per il resto le domande proposte nei confronti di Pensione Vi. S.n.c.

Condanna Pensione Vi. S.n.c. a rifondere alla ricorrente le spese di lite, che liquida in complessivi Euro 1.000,00 per diritti, Euro 1.000,00 per onorari, oltre rimborso spese generali, CPA ed IVA.

Pone definitivamente a carico di Pensione Vi. S.n.c. le spese di CTU.

Così deciso in Genova il 30 settembre 2009.

Depositata in Cancelleria il 30 settembre 2009