



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI VICENZA

SEZIONE LAVORO

Nella persona del dott. Fabio Laurenzi, all'udienza di
discussione del 18.02.2011 nella causa civile
1378/2009 n. R.G.L.

TRA

YANCHIRAH FRANCIS OSEI

Rapp.to e difeso dall'avv.to : Emanuele Spata

RICORRENTE

E

ORTICO S.R.L.

Rapp.to e difeso dall'avv.to : Nicola Spadaro

RESISTENTE

ha pronunciato la seguente:

S E N T E N Z A

con motivazione non contestuale .

Conclusioni di parte ricorrente: accertata e dichiarata la violazione degli articoli 21, 22, e 23 del decreto legislativo 276/2003 per le motivazioni di cui in premessa, per effetto dell'articolo 21, comma quattro, e dell'articolo 27 della citata norma dichiarare che il ricorrente deve considerarsi assunto a tempo indeterminato dall'impresa utilizzatrice dalla data del 3 giugno 2008 o dalla data che risulterà di giustizia. Dichiarata la nullità, inefficacia della risoluzione del rapporto disposta in data 31/10/2008 condannarsi la Ortico S.r.l. a reintegrare il ricorrente nelle mansioni di operaio saldatore carpentiere inquadrato nel livello terzo dei C.C.N.L. del settore metalmeccanica - industria. Condannare la Ortico S.r.l. Con vittoria di spese.-

Conclusioni di parte resistente in via preliminare: accertato in dichiarato che la notifica del ricorso è avvenuto oltre il termine ordinato dal giudice dichiararsi la irritualità della notifica e la nullità dell'atto così notificato. Nel merito accertarsi e dichiararsi che i contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato stipulati tra la società Ortico S.r.l. e la società umana S.p.A. in data 3 giugno 2008 e in data 1 ottobre 2008 nonché i collegati contratti stipulati tra umana S.p.A. e il ricorrente in data 3 giugno 2008 e 1 ottobre 2008, sono validi, efficaci e conformi a legge; respingersi in quanto

infondate in fatto e in diritto tutte le domande proposte dalla ricorrente; con vittoria di spese, diritti e onorari di causa. In via subordinata nella denegata ipotesi che venisse accertata e dichiarata la violazione degli articoli 20, 21, 22 del decreto legislativo 276 2003: dichiararsi che tale violazione è imputabile alla umana S.p.A. la quale era tenuta ai sensi dell'articolo 21 comma tre del decreto legislativo 276/2003 a fornire per iscritto al prestatore di lavoro all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore le informazioni di cui al comma uno dell'articolo 21 del decreto legislativo citato; respingersi la domanda di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro per avere l'azienda convenuta un numero di dipendenti inferiori al limite di legge per l'applicabilità dell'articolo 18 statuto dei lavoratori; dichiarare umana S.p.A., in quanto responsabile ai sensi dell'articolo 21 comma tre decreto legislativo citato, obbligata a tenere indenne la convenuta di tutte le somme, comprensive di retribuzioni, indennità, interessi e rivalutazione, spese legali e quant'altro disposto dal giudice a carico della convenuta a favore del lavoratore, per gli effetti dell'eventuale pronuncia di accertamento della violazione degli articoli 20, 21 e 22 del decreto legislativo citato; condannare per l'effetto di quanto sopra umana S.p.A. in quanto responsabile ai sensi

dell'articolo 21 comma tre del decreto legislativo citato a corrispondere alla ricorrente tutte le somme, comprensive di retribuzioni indennità, interessi, rivalutazione, spese legali e quant'altro disposto dal giudice a carico della convenuta a favore del lavoratore, per gli effetti dell'eventuale pronuncia di accertamento della violazione degli articoli 20,21 e 22 del decreto legislativo citato.

Fatto e Diritto

Con ricorso depositato il 16 ottobre 2009, ritualmente notificato, dopo l'espletamento con esito negativo del tentativo di conciliazione, il ricorrente conveniva in giudizio la società odierna resistente al fine di ottenere la dichiarazione di nullità dei contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato in quanto sottoscritti in violazione al dettato degli articoli 20 e 21 del decreto legislativo 276/2003. Esponeva che in data 3 giugno 2008 il ricorrente aveva sottoscritto un contratto di lavoro a termine per la durata di cinquantanove giorni fino al 31 luglio 2008 per essere somministrato alla Ortico S.r.l. il contratto di lavoro alla somministrazione venivano sottoposti a proroghe. Successivamente in data 1 ottobre 2008 veniva sottoscritto un'ulteriore contratto di lavoro a termine sempre con umana S.p.A. per la fornitura del lavoro alla Ortico S.r.l. per la durata di 31 giorni decorrenza dal 1 ottobre al 31 ottobre 2008 al momento

dello spirare di questo contratto non veniva più nel rinnovato né prorogato. La causale indicata nei contratti era "esigenze connesse a una punta di più intensa attività", causale generica e pertanto in violazione delle norme citate di legge e pertanto riteneva di dover essere assunto come lavoratore dipendente a tempo indeterminato. Il 7 aprile 2009 veniva fatta richiesta di esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione e decorso il termine di cui all'articolo 410 bis secondo comma c.p.c. l'azione divenuta comunque procedibile; riguardo alla possibile eccezione di risoluzione per mutuo con senso a causa del de correre del tempo richiama l'orientamento della suprema corte che richiede a tal fine la presenza di una chiara e certa comune volontà delle parti di volere, d'accordo fra loro porre definitivamente fine a ogni rapporto lavorativo. Pertanto concludeva come in epigrafe.

Si costituiva in giudizio la società convenuta con memoria depositata il 2 aprile 2010 giudiziale eccependo la irritalità e la conseguente nullità della notifica del ricorso e pedissequo decreto in quanto avvenuta oltre il termine di 10 giorni ordinato dal giudice con decreto del 20 ottobre 2009 mentre il ricorrente ha richiesto la notifica dell'atto solo in data 22 dicembre 2000 notifica perfezionatesi in data 30 dicembre 2009. In secondo luogo il contratto di somministrazione tra le parti deve

considerarsi efficace stante l'aumento delle commesse verificatesi nel periodo maggio-luglio 2008 e ripresentatisi nel successivo periodo di settembre ottobre 2008 correttamente individuate con la terminologia indicata nel contratto laddove è scritto "esigenze connesse ad una punta di più intensa attività". Pertanto, il contratto stipulato rientra nella fattispecie prevista dagli articoli 20 e 21 comma primo, lettera a), b), c), d) ed e). Inoltre non è invocabile la nullità del contratto che è sanzione applicabile solo nell'ipotesi in cui manchi la forma scritta, ciò che nel caso di specie non è. In ogni caso non ci sono i presupposti per la reintegrazione del lavoratore nell'azienda per difetto delle condizioni previste dall'articolo 18 dello statuto dei lavoratori avendo la medesima soltanto sette dipendenti. Formulava quindi istanza di chiamata in causa del terzo e, specificatamente dell'agenzia di somministrazione umana S.p.A. che ai sensi dell'articolo 21 comma tre del decreto legislativo 276/2003 aveva l'obbligo di comunicare per iscritto al prestatore di lavoro la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore anche per l'applicazione della sanzione amministrativa di cui all'articolo 18 comma tre del decreto legislativo 275/2003 pertanto comportando ciò anche in capo al somministratore l'ulteriore sanzione della revoca dell'autorizzazione

ministeriale, per evidenti ragioni di ordine pubblico risulta indispensabile la chiamata del terzo. Ciò premesso concludeva come in epigrafe.

Nel corso del processo, si sono succeduti nell'ufficio due giudici; il primo, con ordinanza 17 giugno 2010 ha ritenuto ammissibili e rilevanti le prove per testi dedotte dalla società resistente e ha ritenuto l'inammissibilità dell'istanza di chiamata in causa del terzo, pertanto ha ammesso le prove per testi; prove espletate poi dal secondo giudice avanti al quale le parti hanno pure concluso e discusso oggi la causa.

I RAPPORTI TRA SOMMINISTRATORE E UTILIZZATORE, LA CHIAMATA DI TERZO IN GARANZIA. Trattandosi di chiamata in garanzia sono applicabili gli articoli 32, 33, 40, 103, 106 del codice di procedura civile, 151 d.a. cod.proc.civ. .

Con l'ordinanza sopra indicata il tribunale ha ritenuto trattarsi di garanzia "impropria" e pertanto fuori dei casi dell'articolo 32 c.p.c.; di conseguenza l'articolo 40 comma tre c.p.c. prevedendo la trattazione unitaria delle cause solo nelle ipotesi qualificate di connessione propria disciplinata dagli articoli 31, 32, 34, 35 e 36 c.p.c. non consente l'accoglimento dell'istanza diretta a chiamare in causa l'agenzia di somministrazione. Il provvedimento cit. va in questa sede condiviso, anche se la qualificazione di una tale chiamata come manleva per

garanzia impropria non può dirsi certa e definitiva alla luce delle molteplici affermazioni della Corte di legittimità secondo la quale sussiste garanzia propria ogni volta che unico sia il fatto generatore della responsabilità prospettata con l'azione principale e con quella di regresso, nonché quando tra le due domande esista una connessione obiettiva tra titoli (oltre che di identità di titoli); a tal proposito va chiarito una volta per tutte che quando si parla di identità di titoli con riferimento alla distinzione (di creazione giurisprudenziale e dottrinarica) tra garanzia propria e impropria si fa riferimento al titolo della domanda, e cioè agli elementi costitutivi di tali domande, e non ai titoli quali atti negoziali eventualmente dedotti in giudizio.

Esiste poi una tesi che ritiene direttamente applicabile il rito del lavoro anche alla causa tra somministratore e utilizzatore finale, sia perché ex articolo 106 c.p.c. è senz'altro possibile la chiamata in causa del medesimo in manleva (essendo in tal caso del tutto irrilevante anche la distinzione tra garanzia propria e impropria) e sia perché il rito applicabile anche a questo rapporto sarebbe unicamente il rito del lavoro, in quest'ultimo caso secondo l'iter logico seguito da Cassazione civile, sez. lav., 28 ottobre 2009, n. 22818 che, in una fattispecie concreta relativa ad un infortunio sul lavoro, ha espresso questo

principio ai fini dell'applicazione del rito: " Osserva il Collegio che ai fini della individuazione del giudice competente *ratione materiae*, la determinazione della materia del contendere va compiuta anzitutto con riferimento alla domanda, e cioè alla sostanza della pretesa ed ai fatti posti a fondamento di questa; d'altronde deve altresì evidenziarsi che per controversie relative ai rapporti di lavoro subordinato debbono intendersi non solo quelle relative alle obbligazioni caratteristiche del rapporto di lavoro ma tutte le controversie in cui la pretesa fatta valere si colleghi direttamente al detto rapporto, nel senso che questo (pur non costituendo la causa petendi di tale pretesa) si presenti come antecedente e presupposto necessario - non meramente occasionale - della situazione di fatto in ordine alla quale viene invocata la tutela giurisdizionale. Applicando tali principi in materia d'infortuni sul lavoro, deve ritenersi che l'elemento fondante la competenza del Giudice del lavoro non può essere individuato nella circostanza che il soggetto convenuto in giudizio dal lavoratore rivesta o meno la qualità di datore di lavoro, bensì nella natura delle norme giuridiche invocate e quindi, nel caso di specie, nel fatto che l'infortunio si sia verificato nell'assolvimento delle mansioni affidate al dipendente dal datore di lavoro, trattandosi di

controversia avente ad oggetto diritti sorti in dipendenza diretta e non meramente occasionale dal rapporto di lavoro (Cass, sez. lav., 8.4.1994 n. 3311). Orbene, nel caso in esame, proprio dalla prospettazione nell'atto introduttivo del giudizio si evince il collegamento diretto tra l'illecito contestato dal lavoratore alla società committente ed al suo responsabile per la sicurezza, ed il rapporto di lavoro intercorso tra il ricorrente predetto e la società ...omissis ..., il quale si pone come antecedente e presupposto necessario della situazione di fatto in ordine alla quale viene invocata la tutela in sede giudiziale. "

E, d'altronde, anche la sentenza citata nell'ordinanza del 17 giugno 2010 di cui sopra, a ben vedere, afferma semplicemente l'insussistenza di un litisconsorzio necessario tra interposto e interponente ex articolo 102 c.p.c., ma non esclude la possibilità di un intervento di quello in causa; anzi se si va a leggere la motivazione lo afferma esplicitamente: *"... in tal caso, la domanda proposta dal dipendente può anche avere un'efficacia riflessa sul rapporto di lavoro costituito con l'interposto, ma ciò può giustificare un intervento di quest'ultimo ad adiuvandum, non già una necessaria partecipazione al giudizio..."*; ma di una tale affermazione (e cioè che non sussiste litisconsorzio necessario) non abbiamo bisogno nemmeno nel caso specifico visto il chiaro

Tribunale di Vicenza
Sezione lavoro
procedimento numero 1378/2009 R.L.
da: YANCHIRAH FRANCIS OSEI contro ORTICO S.R.L.

tenore dell'articolo 27 primo comma del decreto legislativo 267/2003. Pertanto il principio affermato in quella sede potrebbe anche risultare ininfluyente nello specifico caso della somministrazione, che è l'oggetto del presente giudizio. Vi è inoltre l'articolo 151 delle disposizioni di attuazione che amplia la portata del principio di connessione tra cause affermando esplicitamente che nei procedimenti relativi a controversie in materia di lavoro... connesse anche soltanto per identità delle questioni alla cui soluzione dipende, totalmente o parzialmente, la loro decisione deve essere sempre disposta dal giudice la riunione dei procedimenti ai sensi dell'articolo 274 c.p.c..anche questo principio costituisce per noi la semplice indicazione di *favor* atteso che l'articolo 274 si pone su un piano di competenza territoriale omogenea (cioè di riparto degli affari tra giudici di un medesimo tribunale), e comunque suppone che per entrambe le cause sia già applicabile il rito previsto dall'articolo 409 c.p.c. (o 442 c.p.c.).

L'ordinanza citata comunque, facendo riferimento all'orientamento tradizionale riportato sopra per primo, afferma la legittimità in astratto della chiamata ma poi conclude affermando che non è dato comprendere se ci si trovi in presenza di una chiamata per garanzia propria o impropria a causa della (troppo generica) allegazione di

parte convenuta in ordine ad un non ben precisato "inadempimento" della società somministratrice, per cui non è dato comprendere a che titolo intende essere manlevata. Su questi presupposti dichiara inammissibile la chiamata e tale decisione, per quanto occorra, noi oggi qui confermiamo.

Nel merito il Tribunale ritiene che il ricorso non sia fondato, secondo quanto si viene a dire: la normativa di riferimento è costituita dagli articoli 20, 21, 22 e 27 del decreto legislativo 276/2003.

ESAME DELLA DISCIPLINA DI RIFERIMENTO. L'articolo 20, che reca il titolo *Condizioni di liceità*, al comma terzo afferma che il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso a termine o a tempo indeterminato; elenca di seguito i casi per cui è ammessa la somministrazione a tempo indeterminato - da poco ripristinata nell'ordinamento - e, di seguito, al comma quarto precisa che la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore; precisa inoltre che: "... L'individuazione, anche in misura non uniforme, dei limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da

sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 368/ 2001.", Al comma quinto indica le ipotesi in cui il contratto di somministrazione di lavoro è vietato. L'articolo 21, sotto il titolo *Forma del contratto di somministrazione* stabilisce che il contratto di somministrazione di manodopera è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi: gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore; il numero dei lavoratori da somministrare; i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20; l'indicazione della presenza di eventuali rischi... ecc.; la data di inizio e la durata prevista dal contratto di somministrazione; le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento; il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative... ecc.. Al comma secondo del medesimo articolo si precisa che nell'indicare gli elementi di cui al comma primo le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi; il successivo comma terzo precisa che le informazioni di cui al comma primo nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore devono essere comunicate 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. Il successivo comma quarto stabilisce che in mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore (così modificato dall'articolo cinque del decreto legislativo 251/2004). L'articolo 22, al comma secondo stabilisce che in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro sia soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 368/2001, per quanto compatibile, con esclusioni in ogni caso delle disposizioni di cui all'articolo cinque, commi terzo e seguenti del citato decreto legislativo; il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore. L'articolo 27 reca il titolo *Somministrazione irregolare*, e stabilisce al primo comma che quando la somministrazione di lavoro avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma primo, lettere a), b), c), d), ed e), il lavoratore può chiedere mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 c.p.c. 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. Il comma terzo del medesimo articolo 27 stabilisce che ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi terzo e quarto, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore.

LE DIRETTIVE COMUNITARIE 1999/70/CE e 2008/104/CE.

L'interprete non si può orientare correttamente senza prima rivolgere uno sguardo esegetico alle fonti della normativa nazionale intorno alle quali le parti contendono oggi, e di cui chiedono l'applicazione in giudizio.

Iniziamo dalla direttiva 1999/70/CE del Consiglio d'Europa relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato.

La prima osservazione è che la direttiva in questione, di cui la legge 368/2001 è atto di recepimento nello Stato, non può essere applicata alla somministrazione perché la clausola numero 3 dell'accordo recante il titolo

"definizioni" stabilisce che: " ... ai fini del presente accordo il termine lavoratore a tempo determinato indica una persona con un contratto o con un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico.". È evidente che la somministrazione di lavoro in quanto rapporto intercorrente tra tre soggetti, in cui il datore di lavoro è l'agenzia di somministrazione, resta fuori dall'ambito della direttiva. Infatti, nell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato sottoscritto dalle organizzazioni intercategoriale a carattere generale UNICE (unione delle confederazioni delle industrie della comunità europea), CEEP (centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica), CES (confederazione europea dei sindacati), e recepito nella direttiva in parola, il punto 4 del preambolo dichiara: " Il presente accordo si applica ai lavoratori a tempo determinato ad eccezione di quelli messi a disposizione di un'azienda utilizzatrici da parte di un'agenzia di lavoro interinale. E intenzione delle parti considerare la necessità di un analogo accordo relativo al lavoro interinale.". Coerentemente, la direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 novembre 2008

relativa al lavoro tramite agenzia interinale ricorda che nel preambolo dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 le parti firmatarie hanno dichiarato che intendono valutare la necessità di un accordo per il lavoro tramite agenzia interinale e hanno deciso di non inserire i lavoratori tramite agenzia interinale nella direttiva sul lavoro a tempo determinato. Si tratta del punto 5) della premessa alla direttiva in parola ed ha valore determinante in relazione al distinguo tra lavoro a tempo determinato e somministrazione a tempo determinato, perché attesta che tale distinzione è presente in sede consiliare europea perchè le stesse parti contraenti e associazioni rappresentative dei lavoratori hanno indicato la necessità di autonoma disciplina per la somministrazione di lavoro. Infatti, anche gli scopi sociali di una tale forma di lavoro sono diversi, al proposito il punto 11 della direttiva precisa che: "*il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato.*" Le due categorie vengono tenute distinte già nell'ambito della direttiva 91/383/del consiglio del 25

giugno 1991. Il lavoro a tempo indeterminato è, anche qui, preso a parametro della forma migliore e auspicabile di lavoro perché consente al lavoratore la migliore esplicazione della propria persona e dei propri diritti, il punto 15 successivo dice che nel caso dei lavoratori legati all'agenzia interinale da un contratto a tempo indeterminato, tenendo conto della particolare tutela garantita da tale contratto, occorrerebbe prevedere la possibilità di derogare alle norme applicabili nell'impresa utilizzatrice; i punti 18 e seguenti fanno presente la preoccupazione del Parlamento e del Consiglio in relazione alle limitazioni e alle eventuali restrizioni e divieti che possano essere imposti nei singoli Stati membri al ricorso al lavoro tramite agenzia interinale (perché evidentemente si risolverebbero in una maggiore difficoltà di accesso al mondo del lavoro proprio in danno delle categorie meno tutelate di lavoratori, come per esempio i lavoratori stranieri e i lavoratori sprovvisti di un qualifica superiore); a tal fine precisano che detti limiti possono essere giustificati soltanto da ragioni di interesse generale che investono in particolare le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi; in particolare viene espressamente citato il divieto di sostituire lavoratori in

sciopero con lavoratori tramite agenzia interinale; inoltre viene richiesto agli Stati membri di applicare sanzioni effettive e dissuasive nel caso di mancata ottemperanza agli obblighi previsti dalla direttiva; viene infine ricordato il principio della libertà di prestazione di servizi e libertà di stabilimento di cui alla direttiva 96/71 del Parlamento del Consiglio del 16 dicembre 1996. L'articolo uno della direttiva descrive l'ambito di applicazione del provvedimento che è mirato ai rapporti di lavoro somministrato, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato. L'articolo due stabilisce la finalità della direttiva volta a garantire la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e migliorare la qualità del lavoro tramite agenzia interinale garantendo il rispetto del principio della parità di trattamento di cui all'articolo cinque nei confronti dei lavoratori tramite agenzia interinale e riconoscendo tali agenzie quali datori di lavoro, tenendo conto nel contempo della necessità di inquadrare adeguatamente il ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di contribuire efficacemente alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di forme di lavoro flessibili. L'articolo tre stabilisce l'ambito semantico delle definizioni utilizzate nella direttiva; l'articolo quattro costituisce un invito ai Paesi membri per rivedere i divieti e le restrizioni al lavoro

interinale eventualmente esistenti ed in particolare afferma che: *"i divieti e le restrizioni imposte quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni di interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi", "... pertanto entro il 5 dicembre 2011 gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, conformemente alla legislazione dei contratti collettivi e delle prassi nazionali, riesaminino le restrizioni o i divieti sul ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di accertarne la fondatezza in forza delle disposizioni di cui al paragrafo uno.";* al capo secondo della direttiva vengono indicate le condizioni di lavoro ed occupazione e viene enunciato il principio della parità di trattamento; all'articolo sei viene disciplinato l'accesso all'occupazione, alle attrezzature collettive e alla formazione professionale; all'articolo sette la rappresentanza dei lavoratori tramite agenzia interinale; all'articolo otto l'informazione dei rappresentanti dei lavoratori; l'articolo nove in definitiva stabilisce l'obbligo degli Stati membri di garantire requisiti minimi previsti dalla direttiva; l'articolo 10 invita gli Stati

membri a predisporre sanzioni per l'inosservanza degli obblighi scaturenti dalla direttiva, l'articolo 11 stabilisce regole in ordine all'attuazione e pubblicazione delle disposizioni legislative degli Stati membri, l'articolo 12 rinvia per il riesame in consultazione con le parti sociali a livello comunitario e gli Stati membri al 5 dicembre 2013.

Pertanto è evidente che il legislatore comunitario tiene ferma una netta distinzione tra la disciplina del lavoro a tempo determinato (che ha riferimento a quei casi in cui lavoratore e datore di lavoro contrattano direttamente tra loro), e la disciplina del lavoro attraverso le agenzie interinali (somministrazione di lavoro in cui il rapporto è a tre soggetti), e formula una prognosi positiva in termini di valore sociale ed economico di quest'ultimo istituto (e non anche per il primo) per la capacità che le parti sociali ritengono che abbia al fine di aprire l'accesso al mondo del lavoro e consentire l'inserimento graduale di lavoratori provenienti delle classi meno agiate e meno avvantaggiate anche in tempi di recessione economica, nonché a lavoratori come gli studenti che hanno la necessità di integrare i loro proventi economici con un'attività di lavoro flessibile. Il legislatore comunitario quindi si pone nell'ottica di valorizzare questo tipo di rapporto garantendogli autonomia

strutturale rispetto al rapporto di lavoro a tempo determinato e dignità di istituto del diritto nazionale e sovranazionale. Quindi per quest'ultimo tipo di lavoro procede a fissare il principio della parità di trattamento retributivo e di condizioni di lavoro, la protezione delle donne in stato di gravidanza, di allattamento, protezione dei bambini e dei giovani, protezione da qualsiasi forma di discriminazione fondata sul sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o tendenze sessuali; disciplina quindi la tendenzialmente parità di condizioni di base (salvo giustificati motivi) e ripetersi di missioni con lo scopo di eludere le disposizioni della direttiva stessa, la necessità che i lavoratori interinali siano informati dei posti vacanti nell'impresa utilizzatrice affinché possano aspirare, al pari degli altri dipendenti dell'impresa, a ricoprire posti di lavoro a tempo indeterminato; il divieto di clausole con lo scopo di impedire la stipulazione di un contratto di lavoro con l'impresa utilizzatrice e inoltre, in tal caso, il divieto per l'agenzia di lavoro interinale di chiedere un compenso al lavoratore; l'accesso presso l'impresa utilizzatrice alle strutture o alle attrezzature collettive, servizi di ristorazione infrastrutture d'accoglienza dell'infanzia ecc. al pari degli altri dipendenti; il dialogo tra le parti sociali e la

rappresentanza dei lavoratori somministrati. Si lascia quindi agli Stati membri e alle Parti Sociali di disporre e di prevedere condizioni migliorative ma non peggiorative di quelle previste nella direttiva.

Nel complesso, l'esame di questa disciplina indica che a livello di legislazione europea limitazioni e restrizioni del ricorso alla somministrazione di lavoro sono tendenzialmente vietate, in quanto si reputata la somministrazione strumento idoneo in funzione dell'auspicabile inserimento del lavoratore nel mercato del lavoro e per agevolare la competitività delle aziende attraverso la flessibilità dell'offerta di lavoro, per cui l'introduzione di limitazioni al di fuori dei casi sopra enunciati e da considerarsi dannosa. Anche in quest'ottica il tribunale è restio a ricorrere a criteri interpretativi che si risolvano in una vera e propria integrazione della normativa vigente con effetto di rendere aleatoria per le parti la stipulazione di un contratto di lavoro di somministrazione a tempo determinato, fino al punto da dissuaderle.

Queste sono le indicazioni esegetiche di fonte comunitaria che spingono il tribunale a non trascurare di prendere in considerazione le differenze tra la disciplina della legge 368/2001 e la disciplina della legge 276/2003 (quest'ultima limitatamente alla disciplina della

somministrazione a tempo determinato). In particolare, quanto alla necessità di specificazione della causale (e alla conseguente definizione come irregolare della somministrazione che non abbia un elevato grado di specificazione) il tribunale rileva la mancanza nella disciplina normativa di una disposizione equivalente al comma due, dell'articolo uno, della legge 368/2001 (*"L'apposizione del termine priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1."*) e che tale omissione vada adeguatamente apprezzata alla luce di quanto fin qui detto.

LA SCELTA OPERATA DAL LEGISLATORE NAZIONALE. L'attuale apparato normativo indica quale fonte normativa integrativa nonché regola principale di attuazione delle disposizioni di legge il C.C.N.L., lo strumento della contrattazione collettiva, con il compito di definire adattandolo a ciascuna realtà operativa il criterio "quantitativo"; in questo senso elegge il criterio "quantitativo" mediato dalla contrattazione collettiva al fine di adattarlo ad ogni singolo comparto di lavoro (quindi a ciascuna realtà concreta in cui dovrà operare) a principale strumento di governo dell'istituto che introduce. E' una scelta chiara e coerente e la compie senza incertezza alcuna attraverso due rinvii che se ignorati nel procedimento ermeneutico possono

fuorviare l'attività dell'interprete; infatti, essi sono determinanti in quanto fanno assurgere il contratto collettivo a regola autonoma di interpretazione e delimitazione dell'ambito di liceità dell'istituto in parola.

Questa è la via primaria scelta dal legislatore per tenere sotto controllo lo "strumento" utile ma pericoloso della "somministrazione di lavoro".

La disciplina ha una logica intrinseca e appare coerente perché, parallelamente, lo strumento giudiziale di controllo viene limitato ai requisiti di forma del contratto e di coerenza del rapporto di lavoro come effettivamente si è svolto a quanto risulta previsto dal contratto. Il disegno è quindi organico. Infatti, la valutazione in sede giudiziale delle ragioni di cui all'articolo 20 comma quattro (il comma terzo in quanto riferito alla somministrazione a tempo indeterminato non ha rilievo nella presente controversia), cioè delle ragioni che consentono la somministrazione di lavoro, è volutamente limitata all'accertamento della sussistenza delle ragioni (come dichiarate dall'utilizzatore finale) che la giustificano, e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che - afferma il testo normativo - spettano solo all'utilizzatore.

L'importanza dei contratti collettivi quali fonti normative e d'integrazione, nonché attuazione della disciplina legislativa è di grande rilievo nelle intenzioni del legislatore, e non può essere in nessun modo pretermessa in sede giurisdizionale. In questo senso a favore della organicità del disegno legislativo depone il comma due dell'articolo 21 dove, subito di seguito alle condizioni che riguardano la forma e il contenuto del contratto si legge: *"nell'indicare gli elementi di cui al comma primo, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi."* In tal modo il legislatore non ha inteso creare una clausola aperta (con l'effetto di un permanente rischio nel ricorso al contratto di somministrazione legato, appunto, alla formulazione della causale dello stesso), cioè dei casi e delle ragioni di carattere tecnico produttivo e organizzativo sostitutivo di cui al comma quattro dell'articolo 20, ma, ha inteso tutt'al contrario, dare certezza, e sicurezza, a questi rapporti giuridici e ciò ha fatto mediandoli attraverso la contrattazione collettiva proprio al fine di evitare sorprese basate su questioni semantiche e disponendo così in modo tale da evitare che le parti vi potessero incorrere; è per questo motivo che ha posto alle parti l'obbligo di adottare le indicazioni contenute nei contratti collettivi. In questo senso la parte che impugna

il contratto con riferimento alle condizioni di cui al comma uno dell'articolo 21 deve specificare in che modo l'utilizzatore della prestazione lavorativa nell'indicare gli elementi di cui al comma primo ha violato le indicazioni contenute nel contratto collettivo specificatamente applicato al contratto di somministrazione. Non si può quindi omettere un tale riferimento, a meno di non voler cambiare completamente il disegno normativo.

Anche il comma tre contiene elementi che non possono essere trascurati perché afferma: *"Le informazioni di cui al comma primo, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, devono essere comunicate 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"*. A questo proposito, rileva il tribunale, le indicazioni di cui al comma uno sono definite "informazioni"; questo richiama il complesso delle indicazioni contenute nel comma primo e mette in luce come le informazioni di cui alla lettera c) di per sé possono essere non esaustive a secondo dei criteri che si vogliono applicare, ma insieme alle indicazioni di cui alla lettera f) devono comunque contribuire a determinare la fattispecie concreta; infatti, secondo la regola generale

le clausole vanno interpretate le une per mezzo delle altre e in questo caso l'indicazione delle ragioni tecniche, organizzative produttive deve corrispondere alle mansioni concrete alle quali viene adibito il lavoratore, e al suo inquadramento.

Per quanto riguarda le ragioni sostitutive si può fare riferimento a quanto afferma la Corte Costituzionale nella sentenza 214/2009.

Prende così forma logica la disposizione in commento e così non può valutarsi una delle circostanze di cui al comma primo, dell'articolo 21, senza aver valutato complessivamente anche le altre, poiché la determinatezza di quella clausola dipende dalle indicazioni che vengono globalmente fornite.

Ed emerge altresì un altro elemento che deve essere oggetto della verifica giudiziale e cioè quello della corrispondenza, o quanto meno compatibilità, tra la ragione (che, anche concettualmente, non è una motivazione dettagliata, è una più modesta indicazione della ragione) di carattere tecnico, produttivo ecc. e la mansione alla quale il lavoratore è concretamente adibito.

Si vuole dire, che anche secondo i principi generali non può essere censurato un contratto senza prima aver proceduto ad una valutazione globale delle condizioni del contratto medesimo, ed in particolare degli elementi di cui

alla lettera c) e f) in collegamento tra loro, e della loro rispondenza al rapporto come effettivamente si è svolto.

A conferma, si legga l'art.27 co. 1° del D.lgs. in parola: " *Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20.21, comma uno, lettere a), b), c), d), ed e),...* ", è richiesto quindi un esame concreto che accerti l'assenza delle condizioni indicate nelle *lettere a), b), c), d), ed e)* prima di procedere a qualunque costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione. Ma il controllo giudiziale delle ragioni che consentono la somministrazione di lavoro è limitato esclusivamente all'accertamento della loro esistenza.

Dall'esame della disciplina emergono altri elementi significativi che vanno nel senso della organicità del tessuto normativo. Questi elementi sembrano confermare la correttezza della lettura del testo che si sia fatta.

Facciamo riferimento ora all'articolo 24 che garantisce al prestatore di lavoro di esercitare presso l'utilizzatore per tutta la durata della somministrazione i diritti di libertà e di attività sindacale nonché a partecipare alle assemblee del personale dipendente delle imprese utilizzatrici (comma due); nonché ai prestatori di lavoro: "*... che dipendono da uno stesso somministratore e*

che operano presso diversi utilizzatori compete uno specifico diritto di riunione secondo la normativa vigente e con le modalità specifiche determinate dalla contrattazione collettiva". Si nota in questo comma la valorizzazione, a conferma ancora una volta, se ce ne fosse bisogno, della ratio legis, di prendere a riferimento le disposizioni contenute nella contrattazione collettiva, e di consentire ai prestatori di lavoro che dipendono da uno stesso somministratore di godere di diritti sindacali e di poter, nel godimento di quei diritti, enucleare con gli altri dipendenti le problematiche e le criticità relative alla condizione di chi sia dipendente di una stessa agenzia di somministrazione. Ancora più interessante è quanto si legge al comma quattro che segue: " L'utilizzatore comunica alla rappresentanza sindacale unitaria, ovvero alle rappresentanze aziendali e, in mancanza alle associazioni territoriali di categoria aderenti alle confederazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale: a) il numero e i motivi del ricorso alla somministrazione di lavoro prima della stipula del contratto di somministrazione; ove ricorrano motivate ragioni di urgenza e necessità di stipulare il contratto l'utilizzatore fornisce le predette comunicazioni entro cinque giorni successivi; di ogni 12 mesi, anche per il tramite dell'associazione dei datori di lavoro alla quale

aderisce o conferisce mandato, il numero e i motivi dei contratti di somministrazione di lavoro conclusi, la durata degli stessi, il numero e la qualifica dei lavoratori interessati.". Questo significa che la R.S.U. è informata preventivamente delle somministrazioni che avranno luogo ed esercita, o dovrebbe esercitare nelle intenzioni del legislatore, un controllo competente sui limiti quantitativi e qualitativi delle somministrazioni potendo entrare in dialettica tanto con il somministratore quanto con l'utilizzatore finale al fine di chiarire, e se del caso intervenire, sui rapporti di somministrazione. Anche questa disposizione rende evidente che il disegno normativo è coerente e non necessita di integrazioni *ab externo* perché è già di per sé ragionevole, congruo ed esaustivo.

Ma c'è di più; se invece che alle indicazioni contenute nei contratti collettivi si rimette volta per volta ad un esame *ex post* il grado di determinazione nell'adempimento degli obblighi di cui all'articolo 21 si può generare un'altra "criticità", tutt'altro che trascurabile, perché l'articolo 18 al comma 3 prevede l'irrogazione di una sanzione amministrativa a carico di chi violi gli obblighi e i divieti di cui all'articolo 20 commi 3, 4 e 5, e articolo 21 commi 1 e 2; ora il contenuto precettivo di una sanzione amministrativa (al pari di quella penale *ex artt.1 e ss L. 689/81*) non può essere

rimesso ad una clausola aperta cioè ad una norma il cui contenuto non è predeterminato e conoscibile ex ante dall'agente. Per questo il legislatore non può aver rimesso ad una valutazione discrezionale ex post la ricorrenza o meno della violazione del precetto sanzionato. Infatti, l'indicazione della causale deve riflettere una di quelle indicate nel contratto collettivo da ritenersi già, ex ante, idonee a soddisfare il requisito richiesto dalla legge quando collega la violazione dell'obbligo di cui al comma quattro dell'articolo 20 alla sanzione amministrativa di cui all'articolo 18 cit..

Il sistema sanzionatorio connesso alla legge non si esaurisce poi con l'articolo 18 perché comprende anche gli articoli 26 e 28, quest'ultimo articolo sanziona amministrativamente coloro che hanno agito al fine di eludere le norme di contratto collettivo applicato al lavoratore.

Valga ciò a dare la misura dell'importanza della contrattazione collettiva nell'ambito specifico dei contratti di somministrazione; e, per la verità, sono proprio i contratti collettivi che spesso prevedono come causali che legittimano il ricorso dell'azienda alla somministrazione quelle più spesso contestate quali "picchi di produzione,... aumento del fabbisogno specifico,...

esigenze transitorie che non possono essere soddisfatte con i dipendenti presenti in azienda... eccetera".

Certo è ben possibile che tanto la contrattazione collettiva quanto le RSU non assolvano fino in fondo al compito che gli assegna la legge, ma se pure così fosse ciò non postula la supplenza dell'Autorità Giudiziaria in un ambito che non gli è proprio.

E questo va detto anche con riferimento al criterio della "temporaneità" dell'esigenza aziendale che è ritenuto debba legittimare il ricorso alla somministrazione a tempo determinato, elemento questo che in una diffusa giurisprudenza di merito è stato considerato implicito nel dettato normativo e quindi presupposto indefettibile della disciplina in esame. Pur cosciente della qualità del lavoro interpretativo in parola, il tribunale è dell'opinione di confermare il giudizio di congruità e di esaustività della disciplina normativa in esame, almeno riguardo agli aspetti considerati, che ha come corollario l'applicazione del principio secondo cui *in claris non fit interpretatio*. Ci sono elementi che fanno dubitare dell'esattezza dell'affermazione in ordine alla necessaria "temporaneità" dell'esigenza aziendale con specifico riguardo al contratto di somministrazione (nell'ambito della legge 276/2003), perché la disciplina non prevede la temporaneità dell'"esigenza" aziendale, ma solo della

"prestazione" lavorativa (nel caso appunto della somministrazione a tempo determinato); anzi sembra dare due indicazioni di segno opposto, che sono contenute nell'articolo 22; nell'articolo si fa riferimento alla fase funzionale del rapporto di lavoro (e non a quella genetica come si viene a dire in seguito), dove al comma due si legge: *"in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto 368/2001 per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo cinque, commi tre e seguenti. Il termine inizialmente apposto al contratto di lavoro può essere in ogni caso prorogato con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore"*. Anche qui una lettura serena ed obiettiva del testo ci indica che è rimessa alla contrattazione collettiva, specifica di settore e di comparto, la disciplina delle proroghe del contratto di somministrazione a tempo determinato quanto ai due elementi, quello quantitativo e quello qualitativo.

Ora, se questo è vero, il numero e l'entità delle proroghe è disciplinato dalla legge direttamente attraverso il rinvio alla contrattazione collettiva; pertanto, se una parte contesta in giudizio il contratto di somministrazione

sotto questo profilo, non può omettere di fare riferimento al C.C.N.L. perché il legislatore ha compiuto un rinvio che non è eludibile, nemmeno dal giudice che pur avendo cognizione piena è anzitutto chiamato ad applicarlo; e quindi la semplice esistenza di uno o più proroghe del contratto non può essere considerata di per sé indice di *irregolarità* del rapporto, né tale elemento può essere valutato a prescindere dalla disposizione integrativa del testo (e in quanto tale normativa). È necessario quindi che chi impugna il contratto deduca e allegghi in ordine alla fattispecie astratta, e poi di concreta, applicabile in giudizio e nella fattispecie astratta rientrano le indicazioni contenute nel contratto collettivo, risolvendosi altrimenti la mera allegazione dell'esistenza di proroghe del contratto in un elemento di per sé non significativo. Dal che si può anche desumere che il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato non copre necessariamente esigenze temporanee dell'utilizzatore; il ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato potrà considerarsi regolare a fronte di esigenze temporanee dell'impresa quando ciò sia specificato nel contratto collettivo applicabile al settore o al comparto d'interesse e specificatamente richiamato nelle difese delle parti. Infine, di conforto a siffatta lettura ci sembra sia

l'esplicita esclusione contenuta nel comma secondo, dell'articolo 22 del D.lgs. 276/2003 alla disciplina di cui all'articolo 5, commi terzo e seguenti, del D.lgs. 368/2001 (la disciplina delle proroghe nel contratto a tempo determinato) nonché il richiamo all'articolo 10 del medesimo decreto legislativo per quanto riguarda la contrattazione collettiva nazionale alla quale pure è data delega per l'individuazione dei limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato.

In questo senso viene in rilievo ed acquista pieno significato anche quanto afferma la seconda parte del comma quattro, dell'articolo 20, dove si precisa che la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore. Quest'inciso è importante nelle intenzioni del legislatore, fino al punto da spingerlo a inserirlo in un secondo momento anche nell'articolo uno della legge 368/2001 (con l'intervento modificativo di cui alla legge 133, del 6 agosto 2008). L'interprete allora deve chiedersi che cosa significhi che la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere produttivo oppure organizzativo **anche se** riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore. A noi sembra che concettualmente la

locuzione "ordinaria attività" vada contrapposto a "attività straordinaria", e sostanzialmente voglia dire che le esigenze organizzative produttive o tecniche possono essere riferite anche all'attività normale, non eccezionale, non straordinaria dell'utilizzatore. Letto in questo modo l'inciso contribuisce ulteriormente a chiarire la *ratio legis*; interpretazione, tra l'altro, che più si sposa con le dichiarazioni formulate in sede comunitaria dalle Parti Sociali, dal Parlamento e dal Consiglio d'Europa, proprio riguardo alla disciplina del lavoro interinale; e cioè che per ridare competitività alle imprese occorre aggiornare il mercato del lavoro e raggiungere un obiettivo: la maggiore flessibilità del mercato del lavoro. Dichiaro espressamente il testo che occorre mantenere alto il livello di tutela per i lavoratori e, nel contempo, raggiungere un obiettivo è quello di facilitare al lavoratore l'ingresso nelle attività produttive, anche in vista di un auspicabile incremento della professionalità del lavoratore somministrato che in questo modo viene ad avere chances e opportunità a lui altrimenti inaccessibili. In particolare alla somministrazione, sia a tempo determinato che a tempo indeterminato, e meno, o forse per nulla, al contratto di lavoro a tempo determinato, il Consiglio D'Europa ha guardato con favore come ad una importante risorsa cui i

legislatori degli Stati membri debbono evitare di frapporre impedimenti e ostacoli poiché necessaria a consentire un contatto, anche se non definitivo, ma un ingresso nel mondo del lavoro altrimenti inaccessibile ad una numerosa schiera di lavoratori, che sono proprio quelli più svantaggiati nella competizione per motivi culturali, di sesso, di preparazione tecnica, eccetera (confronta le premesse di cui alla DIR. 2008/104/CEE). In questo senso le direttive europee indicano con ampie raccomandazioni l'apertura delle legislazioni nazionali al concetto di "flessibilità nel lavoro" al fine di arginare quel fenomeno di progressiva, inesorabile, rinuncia alle attività produttive da parte delle aziende esposte contemporaneamente ai rischi - potenzialmente esiziali - del mercato, oramai globalizzato, e di insostenibile sovraccarico dei costi di gestione.

Tali valutazioni competono al legislatore comunitario e a quello nazionale e il giudice dello Stato membro non può che recepirle come indicazioni interpretative autentiche da non disattendere nei procedimenti ermeneutici che andrà ad effettuare.

Complessivamente, questo è il quadro normativo di riferimento e, date per esatte le premesse, applichiamo in concreto gli istituti.

LA DISCIPLINA SANZIONATORIA: ora, se tutto ciò è corretto, abbiamo anche la chiave di lettura delle

discipline intorno alle quali le parti disputano; e, concretamente, ciò significa che in sede giudiziale un contratto di somministrazione può essere portato per verificarne la **nullità** e/o l'**irregolarità**.

Dato che il comma quarto dell'articolo 21 cit. è stato modificato dall'articolo 5 del D.LGS. 6 ottobre 2004, n. 251 con l'espunzione dell'inciso " con indicazione degli elementi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del comma 1.", evidentemente non residua nessun dubbio riguardo alla individuazione del vizio che causa la nullità del contratto (mancanza assoluta del requisito di forma, *id est* la forma scritta è richiesta *ad substantiam*). Il che ci conduce ad escludere l'applicabilità della norma alla fattispecie in esame.

La somministrazione è invece definita **irregolare** ex articolo 27 cit. quando avvenga fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21 lettere da a) ad e) del D.lgs. cit.. L'art. 20 individua i soggetti e l'oggetto del contratto; in particolare le querelle si incentrano sull'oggetto che è così definito nel comma quarto: "... *la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore...*; fuori da questi limiti la somministrazione è irregolare.

L'art. 27 cit. chiudendo in funzione sanzionatoria la disciplina dell'istituto stabilisce che il giudice deve verificare la sola corrispondenza estrinseca, formale, della ragione indicata nel contratto con la reale attività svolta dal lavoratore in azienda e che non deve entrare nel merito della scelta operata dall'azienda. Come abbiamo detto questo è frutto di un disegno coerente e chiaro perché per esercitare il controllo di rispondenza delle applicazioni dell'istituto alla ratio delle legge si è inteso ricorrere alla contrattazione collettiva che individua (attraverso i due rinvii normativi di cui abbiamo detto): sia i requisiti formali tipici di accesso per ciascun settore (art. 21 co. 2: "*Nell'indicare gli elementi di cui al comma 1 le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi*"), sia i requisiti "quantitativi" di accesso alla somministrazione (art. 20 co. 4: "*... La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'articolo 10¹ del decreto legislativo 368/2001. P.*").

Estratto dall'art 10 cit.: ¹7. La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 1, comma 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Sono in ogni caso esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi:

In concreto, questo significa che il giudice non può pensare di ricreare l'organizzazione aziendale secondo un proprio progetto, magari riconsiderando i reparti produttivi, o procedendo ad altre operazioni "invasive" dello stesso genere, ma deve limitarsi a verificare che le ragioni indicate nel contratto abbiano **natura** di ragioni tecniche o produttive o organizzative o sostitutive (*anche se riferite all'ordinaria attività dell'utilizzatore*), che secondo una valutazione ex ante che l'azienda poteva formulare al momento in cui ha programmato l'assunzione del lavoratore somministrato esistessero, e che le mansioni effettivamente espletate dal lavoratore siano coerenti, o compatibili, con quelle ragioni.

LA NATURA E L'OGGETTO DEL CONTROLLO GIUDIZIALE.

Il legislatore, conformandosi alle raccomandazioni provenienti dalla sede Comunitaria, ritiene di raggiungere il necessario controllo sull'utilizzo dello strumento della somministrazione di lavoro principalmente attraverso la contrattazione collettiva, e non attraverso il controllo giudiziario che, effettuato a posteriori su valutazioni aziendali di "allora", in tanto può essere pieno ed efficace in quanto la contrattazione collettiva abbia

-
- a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici;
b) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni;
c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi (2);
d) con lavoratori di età superiore a 55 anni (2);

determinato il limite "quantitativo" e quello "qualitativo". Ossia il legislatore ha voluto limitare il controllo "qualitativo", cioè il controllo di rispondenza della singola fattispecie concreta al paradigma astratto, al solo aspetto formale di corrispondenza (art. 21 co. 2: *"Nell'indicare gli elementi di cui al comma 1 le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi"*); e ciò proprio al fine di evitare di incorrere *ex post* in mille diversi criteri in un sovrapporsi di soggettivismi interpretativi che vanno a incidere su un elemento essenziale del rapporto a tutto detrimento della certezza del diritto; ciò che oltre che essere in aperto contrasto con il canone interpretativo fissato dall'articolo 12 delle preleggi risulterebbe tale da disorientare le parti e lasciare spazio a comportamenti opportunistici, sleali e in malafede.

Un primo elemento certo è che il legislatore ha ritenuto che dalla scrivania del G.L. non sia possibile "dirigere" un'azienda, e quindi egli non debba intrudersi nelle scelte tecniche organizzative o produttive, in quanto queste sono correlate a quelle di carattere finanziario ed economico, di mercato eccetera, secondo modelli (a volte molto complessi) formulati *ex ante* dalla impresa cui simmetricamente corrispondere la responsabilità economica finanziaria e già per disposizione costituzionale sono

rimessi all'*intuitu personae*. In questo senso il legislatore ha ritenuto inopportuno rimettere la validità dei contratti ad un esame *ab externo* ed *ex post* dei motivi degli stessi (perché si tratta di motivi e non di causa dei contratti).

L'INDICAZIONE SCRITTA DELLE RAGIONI DEL RICORSO ALLA SOMMINISTRAZIONE. Per tale via perveniamo alla determinazione del limite contenutistico previsto per l'indicazione da apporre nel contratto ex art. 21, lettera c), D.lgs. 276/2003; determinazione necessaria perché tutti questi ricorsi sono basati sulla domanda di dichiarazione di nullità e/o di irregolarità del contratto cui si ricollega l'effetto dell'assunzione quale dipendente subordinato a tempo indeterminato del lavoratore somministrato con decorrenza la data del primo contratto di somministrazione.

In concreto, allora, quali sono i requisiti oggettivi che l'indicazione deve recare per essere considerata esistente e valida? Per rispondere a questa domanda l'interprete deve ricorrere al consueto procedimento ermeneutico, e secondo il criterio di cui all'articolo 1363 c.c., in relazione all'articolo 12 delle preleggi, per il quale *le clausole si interpretano le une a mezzo delle altre attribuendo a ciascuno il senso che risulta dal complesso dell'atto*; e allora, osserva il Tribunale, se al giudice non è

consentito estendere il proprio sindacato nel merito delle scelte aziendali fino al punto di valutare le scelte tecniche, organizzative produttive, e poiché nel comma quattro dell'articolo 20 non è indicato in nessun modo in che termini devono specificarsi e a che cosa devono ispirarsi dette scelte tecniche produttive organizzative o sostitutive, l'unico limite che dette scelte aziendali incontrano è in ciò che esse devono avere tale natura (tecnica o organizzativa produttiva o sostitutiva), essere qualitativamente e quantitativamente conformi a quanto indicato nella contrattazione collettiva (art. 21 co. 2: *"Nell'indicare gli elementi di cui al comma 1 le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi"*), e non incorrere nei divieti espressi dal comma seguente, il comma quinto; questi sono anche i limiti oggettivi della specificità richiesta a detta indicazione.

Al contratto di somministrazione quindi non dovrà essere allegato un bilancio aziendale né una relazione del Collegio Sindacale, non sarà necessario allegare una perizia tecnica o delle valutazioni imprenditoriali in ordine alla necessità e alla convenienza di provvedere alle esigenze aziendali attraverso la somministrazione di lavoro, (e pertanto neanche il giudice dovrà procedere a verificarle in sede istruttoria) ma sarà unicamente necessaria l'indicazione di ragioni, non necessariamente

eccezionali secondo l'accezione comune del termine, di natura tecnica, produttiva o organizzativa, secondo l'opportunità ritenuta dall'azienda in quel determinato momento storico, e che dette ragioni trovino rispondenza nella prestazione di lavoro effettivamente svolta; infine, che non ricorra alcuna delle ipotesi di cui al comma quinto dell'articolo 20, cioè delle ipotesi in cui il contratto di somministrazione di lavoro è vietato (ciò che non è sempre necessario: vedi il comma cinque bis dell'articolo 21).

Ecco quindi che il richiamo al decreto legislativo 368/2001 (attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato) riprende la sua giusta collocazione sistematica perché vale a disciplinare, per quanto compatibile, lo svolgimento del rapporto di lavoro; con il che il legislatore ha specificato che attraverso questo richiamo, nei limiti della compatibilità tra i due istituti mantenuti distinti, intende dare disciplina alla fase **funzionale, non alla fase genetica**, del contratto, e ciò in quanto risulti necessario nel caso concreto.

Ora, operata questa scelta dogmatica resta solo da osservare che nel caso di specie l'azienda ha dato prova della corrispondenza di quanto scritto nel testo del contratto di somministrazione con la effettiva prestazione lavorativa svolta dal lavoratore somministrato; l'azienda

cioè è ricorso alla somministrazione per i motivi indicati nel contratto che, rivelatisi poi fondati o meno comunque lo apparivano con giudizio ex ante; essi sono di sicuro legittimi in quanto ragioni di natura organizzativa e produttiva, conformi a quanto richiesto nel contratto collettivo. L'esito dell'istruttoria ha confermato l'assunto di parte resistente (testi Marco Andrioli, Baldisserotto Ida, Pasqualotto Gianpaolo) in ordine alla legittimità del contratto, quantomeno rispetto alla valutazione ex ante che poteva farne l'azienda al momento dell'assunzione del lavoratore; si deve ritenere che ciò abbia soddisfatto i criteri imposti dalla legge per il ricorso al lavoro somministrato. Il teste Andreoli e ancora di più il teste Baldisserotto, hanno deposto in relazione alle mansioni concrete svolte dal ricorrente in azienda confermando che è stato addetto a mansioni coerenti con le ragioni che ne hanno determinato l'assunzione; di particolare rilievo può essere considerata la dichiarazione del teste Pasqualotto che, come ex dipendente, certamente è a conoscenza dei fatti e non è sicuramente più portatore di un interesse, né diretto né indiretto, all'esito del giudizio; egli riferisce positivamente in ordine a tutte le circostanze dedotte da parte convenuta le quali confermano che l'azienda ha operato la chiamata del lavoratore somministrato a fronte di necessità organizzative e

produttive dell'azienda che lui ha potuto riscontrare nel reparto produzione, dove lavorava, dove vi fu un incremento della produzione mentre, ovviamente, egli non è a diretta conoscenza dei documenti amministrativi.

Qui in particolare si evidenzia un'altra criticità dell'impianto interpretativo che in questa decisione viene respinto. E cioè, è pur vero che il lavoratore deve essere informato delle necessità dell'azienda e dei motivi tecnici organizzativi o produttivi in relazione ai quali è effettuata la sua chiamata, ma quali sono i criteri ontologici e teologici con cui deve essere valutata l'adeguatezza di queste "informazioni"?

Se noi affermiamo che egli possa valutare l'opportunità della chiamata allora implicitamente affermiamo ciò che di fatto è impensabile, e cioè che egli deve essere posto in grado di formulare una fondata verifica della rispondenza al vero delle ragioni indicate dall'azienda e quindi sostituendosi all'imprenditore dovrà svolgere una sorta di verifica di tecnica aziendale per dare corso, e poi supportare, una fondata citazione in giudizio del datore di lavoro un approfondito controllo di merito; prima a livello di documenti amministrativi e contabili, di piani di sviluppo, di conseguenti effetti in termini di equilibrio di azienda, di assetto dei reparti produttivi, di capacità di assorbire o meno con le forze e le maestranze presenti

in azienda un certo incremento lavoro, o di come far fronte a una diminuzione di commesse e di lavoro per cui a licenziamenti, purché non collettivi, potrebbe seguire l'assunzione di uno o più lavoratori somministrati (cfr. la lettera b) del comma cinque dell'articolo 20 cit.), dell'opportunità di alleggerire o meno un certo reparto in previsione di..., di rischio sostenibile e di effetti che producono, di rapporto costi benefici, di previsioni in termini di risorse umane di personale presumibilmente disponibile in un determinato periodo, e quindi all'esito il lavoratore somministrato possa formare il proprio convincimento in ordine alla regolarità o meno del rapporto di somministrazione. È bene chiarire che senza queste informazioni nessun serio controllo di merito può essere fatto, infatti la necessità organizzativa o produttiva può essere determinata da una congerie varia di fattori, o anche dalla loro combinazione, la cui descrizione analitica difficilmente è compatibile con una mera "indicazione", in quanto può richiedere pagine e pagine di spiegazione a seconda degli assetti organizzativi e produttivi o delle necessità tecniche dell'azienda (e questi essere riversati nella causale del contratto) e rispetto alle quali il lavoratore somministrato non potrebbe svolgere alcun fondato riscontro proprio perché privo di tutte quelle informazioni che si danno in quella sinergia che è

l'azienda competitiva. Prova ne sia il fatto che secondo l'opinione che qui si respinge, le uniche causali che consentono di accedere all'istruzione probatoria in giudizio (senza dare immediatamente luogo la trasformazione del rapporto subordinato a tempo indeterminato), sono quelle che indicano uno o più commesse che in precedenza non c'erano e il nome del relativo committente. Ma al tribunale questa sembra una semplificazione della *ratio legis* e non pare che questo risponda ai criteri indicati negli articoli 20 e 21 cit. Il legislatore attraverso le norme in esame non può aver inteso indicare questa strada. In questo senso il tribunale osserva che non si tratta soltanto di indicare il nome di un committente o di una commessa sul contratto, ma se si vuole andare a valutare se quell'esigenza esista veramente o meno bisognerebbe avere riguardo a tutte le circostanze che la determinano, oppure la rendevano probabile o, infine, anche solo possibile per quell'azienda in un determinato momento storico; valutazione del fabbisogno della forza lavoro che andrebbe pensata secondo un giudizio c.d. *ex ante* secondo ciò che appariva opportuno quell'imprenditore; e per un tempo che non necessariamente è prevedibile, sempre con giudizio *ex ante*. Tutti i fattori che, come abbiamo appunto detto, in definitiva influiscono sulla prognosi in ordine risorse umane disponibili in azienda e alla loro adeguatezza.

Intanto, senza considerare che spesso queste informazioni rivestono carattere di riservatezza e non debbono essere propalate (nelle società di capitali i soci vi possono avere accesso solo previa autorizzazione eventualmente col supporto di un commercialista o un tecnico capace di discernere il senso e il valore dei documenti che si vanno ad esaminare), queste scelte competono ex articolo 41 Cost. all'imprenditore persona fisica o persona giuridica che sia, perché ne risponde finanziariamente ed economicamente; in secondo luogo quest'indagine si sostanzierebbe in un'indagine sui motivi del contratto. Non è questo il luogo, né il momento, per esaminare le ragioni che hanno indotto il legislatore a codificare l'irrilevanza dei motivi del contratto ed è inserito tra gli elementi essenziali del contratto, piuttosto, la causa (che ne è la funzione economico sociale cfr. ad esempio articoli 1325 c.c., 1345 c.c.) essendo già noto che se la validità dei contratti dovesse dipendere dal discernimento dei motivi si potrebbe dire addio alla "certezza del diritto".

È evidente l'iperbole contenuta in un tale ragionamento, iperbole però che ci porta a ricercare il senso autentico delle "informazioni" che vengono indirizzate al lavoratore somministrato e alle organizzazioni sindacali (con congruo anticipo) in ordine alle ragioni della sua assunzione, del

tempo per cui - ex ante - è valutata sussistente la necessità in azienda, delle mansioni alle quali viene applicato, delle condizioni economiche offerte e di quelle accessorie cui ha accesso. Se, come si afferma da più parti, il lavoratore e l'associazione sindacale deve essere posta in grado di verificare la rispondenza della ragione dell'assunzione alle necessità dichiarate dall'azienda, è vero anche che questa affermazione deve essere rettamente intesa perché altrimenti, se recepita passivamente e fuori dal suo contesto normativo va a scontrarsi con i limiti sopra indicati per cui di fatto, scendendo su un piano di effettività del controllo, di ragionevolezza dello stesso in vista dello scopo che una tale informazione può avere e del compito che può svolgere concretamente nell'economia del rapporto tra le parti, ci sembra che le indicazioni da riportare nel contratto scritto innanzitutto, come già detto, vadano considerate nel loro insieme (poiché esse si completano le une per mezzo e in vista delle altre) e pertanto senza un esame globale del contratto non è possibile formulare alcuna fondata obiezione sulla sua regolarità (per la violazione dei canoni ermeneutici che abbiamo già indicato) in secondo luogo dal punto di vista teologico queste informazioni vanno parametrize al tipo di controllo che può essere effettuato dal lavoratore.

Il dato fondamentale che ne risulta è che queste valutazioni attengono ad un controllo formale ed estrinseco, e cioè un controllo di coerenza estrinseca tra gli elementi contenuti nel contratto, ed in particolare: la ragione di natura tecnico organizzativa o produttiva o sostitutiva indicata dall'azienda, la mansione, o le mansioni, effettivamente svolte dal lavoratore in azienda, la mancanza di condizioni ostative ex lege (sopra indicate), il rispetto delle disposizioni integrative del precetto di legge contenute nel contratto collettivo quanto ai limiti qualitativi e quantitativi fissati per i diversi settori. In questo senso è conforme alla *ratio iuris* che il controllo giurisdizionale si sostanzia in un controllo formale di coerenza tra gli elementi del contratto indicati dal legislatore. E di conseguenza il controllo del giudice avrà luogo su domanda di parte, sui medesimi parametri per accertarne la sussistenza.

Invece, se si va a fuori da questi parametri oggettivi il lavoro somministrato viene a costituire un rischio imponderabile per gli utenti, legato alle capacità tecniche del revisore (non a caso alcuni tribunali ricorrono a delle c.t.u.); in tal modo finisce la "certezza del diritto" e si apre un varco di ampie dimensioni a espedienti che sono del tutto avulsi dai principi di buona fede precontrattuale e contrattuale, di correttezza, e di lealtà sostanziale è

processuale che invece hanno guidato le parti sociali e ispirato, dapprima le direttive europee e quindi, gradatamente, quelle nazionali e i C.C.N.L..

Per quanto riguarda i rapporti tra agenzia di somministrazione e utilizzatore finale, se già detto prima in tema di ammissibilità della chiamata di terzo.

Le spese di lite dovrebbero seguire la soccombenza della parte ricorrente, ma in considerazione delle condizioni delle parti e per la mancanza di un orientamento giurisprudenziale consolidato in materia di lavoro somministrato non pare opportuno porre a carico di parte ricorrente l'intera alea del giudizio; è invece opportuno disporre tra le parti l'integrale compensazione delle spese di lite anche in considerazione della natura di queste.

Per questi motivi

definitivamente pronunciando respinta ogni altra diversa domanda istanza ed eccezione: respinge il ricorso e dichiara interamente compensate tra le parti le spese di lite.

Così deciso in Vicenza, il 17 febbraio 2011.

Il giudice Dott. Fabio Laurenzi

