

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Corte D'Appello di Roma

COLLEGIO II Lavoro

La Corte nelle persone dei seguenti magistrati:

Dott. Amelia Torrice	Presidente
Dott. Tiziana Assunta Orru'	Giudice
Dott. Glauco Zaccardi	Giudice rel

all'udienza del 29/01/2013

nella causa civile di II Grado iscritta al n. r.g. **2194/2011**:

tra

Alfa, con domicilio in C/O ... 00195 ROMA , con l'avv.

Appellante

contro

BETA , domiciliata in ... 00187 ROMA , con l'avv.

Appellata

OGGETTO: appello avverso la sentenza n.14040/2010 del Tribunale di Roma in funzione di giudice del lavoro depositata in data 24.9.2010.

CONCLUSIONI: come da rispettivi scritti difensivi.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con il ricorso di primo grado Alfa aveva convenuto in giudizio, innanzi al Tribunale di Roma in funzione di giudice del lavoro, Beta s.p.a. per chiedere che fosse dichiarata la nullità dei contratti per prestazione di lavoro temporaneo stipulati, rispettivamente, l'8.7.2005 (con termine al 30.9.2005) e l'11.10.2005 (con durata fino al 3.1.2006) tra esso ricorrente e Gamma s.p.a. e tra quest'ultima e Beta s.p.a.; che fosse accertata l'illegittimità del contratto di appalto di manodopera intercorso tra esso ricorrente e Beta; che fosse accertata l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato tra esso ricorrente e Beta a far tempo dalla stipula del primo contratto; che fosse pronunciata condanna nei confronti di Beta s.p.a. alla reintegrazione-riammissione di esso ricorrente nel posto di lavoro; che fosse pronunciata condanna nei confronti di Beta al pagamento in favore di esso ricorrente del risarcimento dei danni commisurati alle mensilità maturate dalla scadenza del rapporto all'effettiva immissione in servizio; il tutto con vittoria di spese del giudizio.

Nel contraddittorio instauratosi nei confronti di Beta, che aveva domandato il rigetto del ricorso, il giudice di prime cure, con la sentenza indicata in epigrafe ha respinto le domande del ricorrente, compensando le spese di giudizio.

Avverso detta sentenza ha proposto appello, con atto depositato il 21.3.2001, il lavoratore per chiedere, in riforma della decisione gravata, l'integrale accoglimento delle conclusioni rassegnate in primo grado dal medesimo appellante.

Beta s.p.a., costituendosi, ha domandato il rigetto dell'appello con ogni conseguenza in ordine alle spese del doppio grado di giudizio; in subordine, ha chiesto detrarsi l'aliunde perceptum e, in ulteriore subordine, applicarsi l'articolo 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183.

La causa, nel corso dell'odierna udienza è stata discussa e decisa, con pubblica lettura del dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Le ragioni della decisione impugnata

Il Tribunale ha ritenuto fondata l'eccezione della resistente, odierna appellata, di scioglimento del rapporto per mutuo consenso, alla luce del decorso del tempo trascorso tra la cessazione del secondo contratto per prestazione di lavoro temporaneo (3.1.2006) e l'impugnativa stragiudiziale del termine, proposta, "a tutto voler concedere", con raccomandata spedita a marzo 2008.

I profili di censura

- Violazione dell'articolo 416, terzo comma c.p.c., per non avere il giudice di prime cure ritenuto pacifici i fatti dedotti in ricorso, dai quali emergeva chiaramente l'assenza di un intento risolutorio del rapporto, successivo alla scadenza dello stesso.

- Mancata ammissione delle prove richieste con il ricorso introduttivo e su circostanze decisive ai fini della definizione della controversia, mancato esercizio dei poteri istruttori del giudice del lavoro, omessa motivazione su entrambi i profili.

- Violazione dell'articolo 20, comma 5, lettera c) del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, per non avere Beta s.p.a. effettuato la previa valutazione dei rischi e degli adempimenti imposti dal Decreto legislativo 626/1994.

- Nullità dei contratti di somministrazione per prestazione di lavoro temporaneo per indeterminatezza e genericità della causale del ricorso alla somministrazione, inesistenza e contraddittorietà logica fra le motivazioni indicate nei contratti dell'8.7.2005 e dell'11.10.2005.

- Nullità del termine apposto ai contratti ai sensi dell'articolo 22 del menzionato decreto legislativo 276 del 2003 e del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 368, essendo stata apposta, la clausola di durata in entrambi i contratti, mediante riferimento alla generica sostituzione di lavoratori fissi assenti per ferie o malattia e non individuati.

- Mancanza della causale dell'apposizione del termine al secondo contratto per inesistenza del progetto "Gestione Cliente" al quale si faceva riferimento.

- Utilizzo fraudolento dello strumento del contratto a termine.

Le ragioni della presente decisione.

L'appello è fondato.

Devono, innanzitutto, essere accolti i primi tre motivi di gravame con i quali si censura la statuizione del primo giudice per avere ritenuto sussistente, nel caso di specie, un'ipotesi di scioglimento del rapporto per mutuo consenso.

La Suprema Corte ha, infatti, affermato, che, nel giudizio instaurato ai fini del riconoscimento della sussistenza di un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sul presupposto dell'illegittima apposizione al contratto di un termine finale ormai scaduto, per la configurabilità di una risoluzione del rapporto per mutuo consenso, è necessario che sia accertata - sulla base del lasso di tempo trascorso dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché del comportamento tenuto dalla parti e di eventuali circostanze significative - una chiara e certa comune volontà delle parti medesime di porre definitivamente fine ad ogni rapporto lavorativo; la valutazione del significato e della portata del complesso di tali elementi di fatto compete al giudice di merito, le cui conclusioni non sono censurabili in sede di legittimità se non sussistono vizi logici o errori di diritto (Cass. n. 17150/2008).

Nel caso in esame, oltre al decorso del tempo (circa due anni), non sono emersi altri elementi significativi (che l'appellata aveva l'onere di allegare e provare) atti a dimostrare la volontà del lavoratore di ritenere cessato il rapporto.

Pertanto, il contegno dell'appellante non può essere letto come univocamente espressivo della volontà di accettare lo scioglimento del vincolo con Poste Italiane s.p.a..

Nel merito, Beta s.p.a e Gamma s.p.a . avevano sottoscritto in data 27.6.2005, con decorrenza dall'1.7.2005 un contratto di somministrazione fornitura di lavoro temporaneo che prevedeva la utilizzazione di lavoratori nel periodo dedotto *“per ragioni di carattere organizzativo e produttivo derivanti dagli Accordi del 29.7.2004 e del 22.3.2005 in materia di Recapito e di Riequilibrio e Sviluppo Occupazionale che individuano modalità e criteri finalizzati all'adeguamento del mix occupazionale e professionale, supportando le esigenze di business e di cambiamento in atto...finalizzata sia alla copertura di assenze non programmabili che in relazione ad assenze di carattere strutturale per l'ottimale copertura del servizio”*.

In virtù di detto contratto, Alfa era stato addetto, con contratto dell'8.7.2005, quale lavoratore somministrato con qualifica di Portalettere Junior, all'espletamento di mansioni di recapito presso l'Ufficio di Lucera.

Ulteriore contratto di somministrazione era stato concluso il 28.9.2005 tra Beta s.p.a e Gamma s.p.a. *“ai sensi dell'art. 20 comma 4 del Decreto legislativo 276/03 per le ragioni di carattere produttivo e organizzativo derivanti dall'aumento delle attività nell'ambito degli Uffici Postali interessati al progetto gestione del cliente. In particolare, la fornitura di cui al presente contratto è finalizzata a garantire la fase di*

lancio ed estensione del progetto attraverso il potenziamento delle strutture organizzative interessate”.

In virtù di tale seconda somministrazione, l'appellante era stato addetto, con contratto dell'11.10.2005, quale lavoratore somministrato con qualifica di Sportellista Junior, all'espletamento di mansioni di sportello presso l'Ufficio di Lucera.

Quanto all'individuazione della disciplina applicabile al caso di specie, poiché i fatti di causa si sono svolti nel 2005, ovvero dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 276/2003, è quest'ultimo a dover essere applicato e non gli articoli da 1 a 11 della precedente legge 24 giugno 1997, n. 196 .

Ciò premesso, ai sensi degli artt. 2 , co.1, lett. a), e 20 comma 1 d. lgs. n. 276 del 2003 e successive modifiche e integrazioni per somministrazione di lavoro si intende il contratto di fornitura professionale di manodopera concluso da ogni soggetto, denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, denominato somministratore, a ciò autorizzato.

Nella costruzione legale la complessa fattispecie della somministrazione di lavoro vede coinvolti tre soggetti, legati da distinti rapporti (tra lavoratore e somministratore, tra somministratore ed utilizzatore, tra lavoratore e somministratore) per via di due distinti contratti (il contratto di somministrazione ed il contratto di lavoro). I due distinti contratti, pur avendo ciascuno causa ed oggetto propri, sono funzionalmente legati per la reciproca integrazione di distinti interessi economici, che danno luogo a legalmente consentita scissione fra gestione normativa e gestione tecnico-produttiva del lavoratore. La legge consente, infatti, attraverso la regolamentazione della nuova fattispecie di somministrazione, la scissione tra la titolarità giuridica e la gestione del rapporto di lavoro che fanno capo a due distinti soggetti.

Ai sensi dell'art. 20 comma 4 del D. lgs 276/2003 *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. 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 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368.*

L'art. 21 D. lgs 276/2003 dispone che *Il contratto di somministrazione di manodopera è stipulato in forma scritta*; individua gli elementi che devono essere oggetto di specifica indicazione. Il difetto della forma scritta, così come il difetto dell'indicazione, nel documento, dei primi cinque elementi di cui al primo comma dell'art. 21 – cioè dei dati identificativi dell'autorizzazione del somministratore, del numero dei lavoratori da somministrare, del caso (*ex art. 20, c. 3°*) o della ragione (*ex art. 20, c. 4°*) del ricorso alla somministrazione, di eventuali rischi per la sicurezza del lavoratore o delle misure per contrastarli, della data di inizio o della durata del contratto - è sanzionato a norma del quarto comma (nel testo *ratione temporis* vigente al tempo della stipulazione dei contratti dedotti in giudizio) con la nullità del contratto medesimo

e con la conseguente costituzione *ope legis* di un rapporto di lavoro subordinato in capo all'utilizzatore (*i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore*).

La menzione nell'art. 21, 1° c., lett. c, de *i casi e le ragioni ... di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 20* che devono essere obbligatoriamente contenute nel contratto di somministrazione comporta la necessità che sia specificata la ragione giustificativa, nonostante la mancata menzione nel terzo comma dell'art.20. Deve, in conclusione ritenersi che ciò che il committente deve giustificare non è soltanto il carattere temporaneo dell'utilizzazione del lavoratore ma anche la scelta di ricorrere alla somministrazione. Questa scelta, pur rimanendo, in conformità ai principi di cui all'art. 41 comma 1 Costituzione una scelta imprenditoriale libera, è soggetta, nondimeno al controllo giudiziale (terzo comma dell'art. 27) il quale, però, non è esteso *fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore*), ma è finalizzato alla verifica della effettiva esistenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore.

L'ambito della cognizione riservata al giudice, nel senso della preclusione rispetto a valutazioni di opportunità o correttezza delle scelte dell'imprenditore circa il ricorso alla somministrazione, ma con inclusione dell'accertamento della sussistenza, in fatto, delle ragioni che hanno determinato la scelta stessa, è conforme alla previsione dell'articolo 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, anche nel testo modificato in seguito all'entrata in vigore dell'articolo 1, comma 43, della legge 28 giugno 2012, n. 92, secondo il quale: *“Il controllo giudiziale e' limitato esclusivamente, in conformita' ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimita' e non puo' essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente. L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto.”*.

A giudizio di questa Corte, conseguentemente, proprio in funzione dell'accertamento devoluto al giudice, in merito alla sussistenza delle ragioni addotte a sostegno della scelta imprenditoriale di fare ricorso alla somministrazione, è necessario che nel testo contrattuale siano inseriti dati sufficienti a consentire, in caso di controversia tra le parti, nel corso del giudizio di controllare la reale sussistenza delle ragioni menzionate, ovvero a permettere di individuare le reali esigenze dell'azienda alle quali si è inteso sopperire con la stipulazione della somministrazione. Con la conseguenza che è necessario, per assolvere all'onere di specificazione, che dalle

ipotesi generali indicate dal legislatore, in via astratta, nell'art. 20 comma 4 (*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*), le parti contraenti passino alla determinazione delle esigenze che, nel caso concreto, legittimano e motivano il ricorso ad una assunzione con il contratto di somministrazione a termine, così da rendere controllabile da parte del giudice la reale sussistenza delle stesse (ad esempio difficoltà di reperire direttamente il lavoratore da assumere a termine in tempi sufficientemente brevi, esorbitanza dei relativi costi di transazione).

Si tratta di una specificazione necessaria, ai sensi di legge, nell'ambito del testo negoziale, e, dunque, di un elemento essenziale e di un requisito necessario della fattispecie delineata dal legislatore per la valida stipulazione del contratto. Sicchè non è sufficiente l'elencazione di generiche esemplificazioni delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive che possono valere per ogni tipo di azienda ma è indispensabile, per assolvere all'onere di specificazione, l'indicazione dei processi di organizzazione in atto, delle esigenze della produzione della singola azienda, delle condizioni che rendono necessario il ricorso ad assunzioni in sostituzione di personale assente; occorre, insomma, la indicazione sufficientemente dettagliata della causale nelle sue componenti identificative essenziali, sia quanto al contenuto che alla sua portata spazio-temporale e più in generale circostanziale, sì da rendere possibile la conoscenza dell'effettiva portata delle stesse e quindi il controllo della loro effettività.

Ed ancora, la ragione giustificatrice del contratto di somministrazione a termine, oltre che specificata per iscritto fin dall'inizio nel contratto, deve essere realmente temporanea. L'art. 22 comma 2 d. lgs. n. 276 del 2003 stabilisce, infatti, che *in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e 4.....*

La maggiore libertà conferita dal d.lgs. 276/2003 all'autonomia privata si esercita nella direzione della libera individuazione della ragione tecnica, produttiva, organizzativa o sostitutiva, ma il contratto di somministrazione a termine deve rispondere pur sempre ad una esigenza di temporaneità, seppur non più necessariamente tipizzata. Il legislatore ha previsto che al lavoro somministrato temporaneo si può ricorrere non sempre ma solo per un periodo limitato e per una esigenza che valga a giustificarlo in quel periodo.

In conclusione nella fattispecie introdotta dal d.lgs 276/2003 le ragioni del ricorso alla somministrazione di lavoro temporaneo non possono essere dilatate al punto da essere identificate con le preferenze dell'utilizzatore meramente allegate e non verificabili. E' sufficiente però che sussista un motivo oggettivo, cioè una ragione effettiva e comprovabile, anche se riferibile all'ordinaria attività dell'utilizzatore, laddove l'espressione *ordinaria* utilizzata dal legislatore assume il significato di attività abituale e non eccezionale. Occorre non solo una ragione temporanea specifica, ma anche che la medesima sia dedotta nel contratto e provata, da parte dell'impresa utilizzatrice.

Nel caso di specie è provato documentalmente e non è contestato in giudizio, che tra Beta s.p.a. e Gamma s.p.a. era stato stipulato un primo contratto di somministrazione del 27.6.2005 “*per ragioni di carattere organizzativo e produttivo derivanti dagli Accordi del 29.7.2004 e del 22.3.2005 in materia di Recapito e di Riequilibrio e Sviluppo Occupazionale che individuano modalità e criteri finalizzati all’adeguamento del mix occupazionale e professionale, supportando le esigenze di business e di cambiamento in atto...finalizzata sia alla copertura di assenze non programmabili che in relazione ad assenze di carattere strutturale per l’ottimale copertura del servizio*”.

E’ provato documentalmente anche che l’appellante era stato assunto da Gamma s.p.a. con riferimento al contratto di somministrazione sopra richiamato; sono indicati nel contratto di lavoro le mansioni *Portalettere Junior*, l’inquadramento (gruppo B del CCNL per la categoria delle Società di Fornitura di lavoro temporaneo), il luogo di lavoro (Lucera), l’orario di lavoro (6 ore al giorno per 36 ore settimanali), la decorrenza e la scadenza del contratto (30.9.2005).

Sia nel contratto di somministrazione che nel contratto di lavoro le ragioni del ricorso alla somministrazione non sono state esplicitate in termini concreti e sufficientemente esaustivi perché non risulta individuata alcuna reale esigenza su cui potesse esercitarsi il controllo del lavoratore al momento della stipulazione del suo contratto di lavoro e possa oggi espletarsi il controllo giudiziale; le esigenze organizzative del ricorso alla somministrazione a tempo determinato così come genericamente indicate lasciano ampio spazio all’utilizzatore di addurre ex post qualsivoglia ragione.

Non è sufficiente il richiamo agli accordi aziendali del 29.7.2004, in tema di *Recapito* e di *riequilibrio e Sviluppo Occupazionale*, perché si tratta di negozi estranei alla sfera dell’appellante e che da questi potevano non essere conosciuti perché stipulati tra Beta e le OOSS dei lavoratori alle dipendenze della medesima.

In ogni caso il richiamo generico a detti accordi rendeva necessario esplicitare e chiarire (e ciò nel contratto di somministrazione come in quello di lavoro) in cosa consistesse il processo indicato come *Riequilibrio e Sviluppo Occupazionale*, quale fosse in termini organizzativi e produttivi il senso della espressione *adeguamento del mix occupazionale e professionale*; esigeva che fosse spiegato in cosa si compendiano le *esigenze di business* e quali fossero i processi di *cambiamento in atto*; imponeva di indicare in entrambi i contratti (quello di somministrazione e quello di lavoro) quale fosse l’ *ottimale* copertura del servizio di recapito, alle cui esigenze risulta finalizzata l’assunzione del l’odierno appellante.

Le ragioni del ricorso alla somministrazione di lavoro, nei termini generici in cui sono formulate, risultano anche contraddittorie perché riferite ad un tempo ad assenze non programmabili ed a carenze di carattere strutturale; le esigenze di cambiamenti in atto sembrano riferirsi a necessità di carattere temporaneo ma il riferimento all’ adeguamento di *mix occupazionale e professionale* evoca, invece, esigenze organizzative stabili. In conclusione, così come risulta esplicitata, la ragione del ricorso alla somministrazione di lavoro temporaneo non ritaglia una precisa vicenda

organizzativo-produttiva destinata svolgersi in un tempo limitato più o meno lungo, ma transitorio.

Le carenze individuate determinano un primo profilo di illegittimità, che vizia il contratto di somministrazione e il contratto di lavoro somministrato dal punto di vista formale e sostanziale perché le ragioni previste dalla legge per ricorrere alla somministrazione sono qui carenti sotto il profilo formale, in quanto solo ieraticamente indicate nel testo scritto.

Il secondo profilo di illegittimità è quello correlato alla inesistenza di esigenze temporanee (il contratto di somministrazione di lavoro è a tempo determinato, il contratto di lavoro è a tempo determinato): difetta , per quanto sopra considerato, il requisito essenziale, implicito nella legge , della temporaneità della causale.

Il ricorso di primo grado è dunque fondato nella parte in cui prospetta la genericità della casuale sia nella parte in cui contesta la sussistenza di ragioni ed esigenze transitorie.

Accertato, quindi, che la prima somministrazione di lavoro è nulla sotto il profilo formale, ma anche irregolare perché avvenuta al di fuori dei limiti e delle condizioni di legge, in applicazione dell'articolo 27 comma 1 del D. lgs 276/2003, va dichiarata la sussistenza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato in corso tra le parti a decorrere dalla data di stipulazione del primo contratto, quello dell'8.7.2005.

Ne consegue l'obbligo, per l'appellata, di immettere l'appellante in servizio e di corrispondergli tutte le retribuzioni omesse sin dall'offerta delle prestazioni lavorative, effettuata, nel caso di specie, con raccomandata ricevuta dalla società il 14.10.2009, con interessi e rivalutazione dalla maturazione delle singole mensilità.

Va disattesa, ancora, l'eccezione di aliunde perceptum avuto riguardo alla genericità delle deduzioni svolte dalla società, la quale si è limitata a prospettare la sola eventualità che la appellante abbia percepito redditi da lavoro successivamente alla scadenza del contratto.

Non trova applicazione, infine, a giudizio del Collegio, l'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183.

Sul punto ritiene questa Corte che non sia decisivo, in senso contrario, l'orientamento espresso dalla Suprema Corte con sentenza 21.11.2012-17.1.2013, n. 1148, peraltro pronunciata in un caso di lavoro irregolare ai sensi della legge 24 giugno 1997, n. 196 e non di somministrazione irregolare.

A tale conclusione sembra che si debba pervenire sulla scorta delle seguenti ragioni:

- a) Soccorre, al riguardo, innanzitutto l'interpretazione letterale del richiamato articolo 32. Quando, infatti, il legislatore della novella del 2010 ha inteso prendere in considerazione anche i rapporti di somministrazione, al fine di estendere, ai medesimi, taluni aspetti del regime proprio del comune contratto di lavoro subordinato, lo ha fatto esplicitamente. Così, ad esempio, in tema di

applicazione del termine decadenziale di impugnazione della cessazione del contratto (per licenziamento, scadenza del termine o negli altri casi ivi elencati), l'art.32, comma 4, lett. d) della medesima legge 183 cita espressamente *l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n.276* (somministrazione irregolare), mentre il citato comma 5, fa esclusivo riferimento al *contratto a tempo determinato*, senza alcun richiamo alla somministrazione.

In proposito, la menzionata pronuncia della Corte di Cassazione, n. 1148/2013, argomenta *a contrario*; secondo il Supremo Consesso, infatti, poiché l'articolo 32, al comma 4, ha elencato i casi nei quali detta disposizione (relativa, si ricorda, al termine di impugnazione della cessazione di un rapporto) trova applicazione, mentre il successivo comma 5 allude generalmente "ai casi di conversione", se ne dovrebbe trarre la conclusione che il comma 5, a differenza del precedente si riferisca generalmente a ogni ipotesi di conversione, quindi anche alle fattispecie del tipo di quella controversa nel presente giudizio.

A tale argomento, però, appare opponibile altro, più convincente. Proprio l'elenco dell'articolo 32, comma 4, infatti, alle lettere a) e b) fa riferimento ai contratti a termine e, alla lettera d) aggiunge, come ipotesi distinta, la somministrazione irregolare; così chiarendo, il legislatore, che, almeno ai fini del comma 4, contratto a termine e somministrazione irregolare sono fattispecie differenti e non l'una (la somministrazione a tempo determinato) una specie dell'altra (il contratto a termine). Quando, quindi, il successivo comma 5 allude alla conversione "del contratto a tempo determinato", senza nulla precisare in ordine alla somministrazione, non si può attribuire a tale mancata previsione il senso di avere inteso, il legislatore, attribuire (solo nel comma 5 e non nel comma 4) all'espressione "conversione" un significato generale e comprensivo di tutte le ipotesi immaginabili, ivi inclusa quella della somministrazione irregolare.

- b) Va, poi, osservato che, a differenza della fattispecie prevista dal comma 5 della legge 183/10, nella somministrazione irregolare non si è in presenza di un contratto a tempo determinato che si converte in contratto a tempo indeterminato tra le stesse parti, ma di una diversa configurazione giuridica, rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore, cioè del soggetto con il quale il prestatore non ha stipulato formalmente alcunchè.

In contrario, il punto 18 della motivazione della citata sentenza 1148/2013, al fine di spiegare come, anche nel caso (ricorrente in quel giudizio) di lavoro temporaneo irregolare, si verta in un'ipotesi di conversione (oggettiva e soggettiva) del contratto da tempo determinato ad indeterminato, richiama il proprio precedente, espresso con la decisione 8.5.2012, n. 6933.

Quest'ultima, aveva affermato con chiarezza che, nel caso di somministrazione irregolare, si verifica una "costituzione" di un rapporto giuridico, tra parti

diverse da quelle firmatarie del documento contrattuale. Così testualmente la menzionata sentenza 6933/2012: “...il rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione che, in forza del D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 27 si costituisce quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lett. a), b), c), d) ed e), è un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Le ragioni di tale scelta ermeneutica sono state esposte in Cass. 15 luglio 2011, n. 15610. Nel farvi rinvio, deve aggiungersi una considerazione di ordine generale; se un contratto di lavoro viene stipulato utilizzando un tipo contrattuale particolare in assenza dei requisiti specifici richiesti dal legislatore e la legge prevede come conseguenza dell'utilizzazione irregolare del tipo la costituzione di un rapporto di lavoro, senza precisare se a termine o a tempo indeterminato, nel silenzio del legislatore non può che valere la regola per cui quel rapporto di lavoro è a tempo indeterminato”.

La Corte, dunque, nella propria giurisprudenza precedente, non aveva ricostruito le fattispecie, del tipo di quella di cui si controverte nel presente giudizio, in termini di “conversione” (ovvero di declaratoria di nullità del termine apposto al contratto e conseguente accertamento che, per effetto del meccanismo di cui all'articolo 1419 c.c., il contratto è a tempo indeterminato), ma aveva esplicitamente chiarito che, in caso di somministrazione irregolare, il rapporto che si instaura con l'utilizzatore “si costituisce”.

Ciò, quindi, non per effetto di una pronuncia meramente dichiarativa di una nullità parziale del contratto già in essere tra le parti, come nella declaratoria di illegittimità del contratto a termine tra le stesse parti, ma in virtù di una pronuncia costitutiva di un rapporto giuridico tra parti diverse da quelle firmatarie del documento contrattuale.

Più esplicitamente, la sentenza 15610 del 15.7.2011 della Corte di Cassazione, con riguardo alla somministrazione irregolare si era espressa in termini di “instaurazione” di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore, che consegue all'accertamento dell'irregolarità del ricorso al lavoro somministrato.

Del resto, l'articolo 27, comma 1, del decreto legislativo 276 recita testualmente: “...il lavoratore può chiedere... la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo” (l'utilizzatore).

La stessa sentenza 1148/2013 (pronunciata, va ricordato, in un giudizio avente ad oggetto un lavoro temporaneo ex legge 196/1997), infatti, con riguardo al caso, invece ricorrente nella presente fattispecie, di somministrazione irregolare, non esclude che il provvedimento del giudice “potrebbe essere considerato” di natura costitutiva, ovvero appartenente a un genere diverso da quello della (impropriamente definita) conversione.

- c) Vi è un ulteriore elemento, rilevante sia sul piano letterale, sia dal punto di vista sistematico. L'articolo 10 del decreto legislativo 368/2001, non innovato né

dalla legge 183/2010, né dalla successiva 28 giugno 2012, n. 92, recita testualmente: “1. Sono esclusi dal campo di applicazione del presente decreto legislativo in quanto già disciplinati da specifiche normative: a) i contratti di lavoro temporaneo di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196, e successive modificazioni...”.

Il riferimento al lavoro temporaneo di cui alla legge 196/1997 si spiega agevolmente ove si consideri che, all'epoca dell'approvazione del decreto legislativo 368/2001, non era ancora stato emanato il successivo 276/2003; ma appare evidente che, sostituita la somministrazione di cui al decreto 276/2003 al lavoro temporaneo di cui alla legge 196/1997 e contestualmente abrogati gli articoli da 1 a 11 di quest'ultima (con l'articolo 85 dello stesso decreto 276/2003), il richiamo al lavoro temporaneo va oggi interpretato come riferito alla somministrazione, che del precedente istituto ha preso il posto nel nostro ordinamento.

Al contratto di somministrazione, pertanto, per l'articolo 10 del decreto legislativo 368/2001 non si applica l'intero blocco normativo, relativo alla disciplina del contratto a termine, contenuto nel medesimo decreto legislativo 368. L'esclusione, infatti, ai sensi del richiamato articolo 10, comma 1, si riferisce al “*campo di applicazione*”, con ciò significando, il legislatore, che il lavoro temporaneo prima, la somministrazione in seguito, esulano totalmente dall'ambito applicativo di tutte le norme che regolano le conseguenze dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro.

E, non pare dubitabile che l'articolo 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183, pur formalmente contenuto in una legge distinta, si inserisca pienamente proprio all'interno del blocco normativo contenente la disciplina delle richiamate conseguenze. Ciò, soprattutto per l'evidente considerazione che il predetto comma 5 è intervenuto a regolare il regime degli effetti patrimoniali (essenzialmente: diritto del lavoratore a percepire tutte le retribuzioni omesse dalla messa in mora) che, secondo la giurisprudenza ormai costante della suprema Corte, conseguivano alla declaratoria di illiceità della clausola di durata.

Non a caso, il precedente diretto dell'articolo 32, comma 5, contenente, parimenti, la previsione di un indennizzo ricollegato all'illegittima apposizione di un termine al contratto di lavoro, era stato incluso direttamente nel corpo del decreto legislativo 368/2001, del quale costituiva l'articolo 4-bis (introdotto dall'articolo 21, comma 1-bis, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133). Tale articolo è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale con la sentenza 214/2009, in relazione alla disparità di trattamento che introduceva con riferimento ai soli giudizi in corso e l'articolo 32, comma 5, ne riproduce il contenuto, depurato della delimitazione dell'ambito di applicazione e con un aumento dell'entità dell'indennizzo.

Il disposto dell'articolo 10, comma 1, del decreto legislativo 368/2001 induce quindi questa Corte a ritenere che, alla somministrazione irregolare, non si applichi l'intero blocco normativo (comprensivo dell'articolo 32, comma 5 della legge 18372010) disciplinante le conseguenze dell'illecita apposizione di un termine al contratto di lavoro

- d) La menzionata sentenza 1148/2013, infine, al punto 42, ha valorizzato, al fine di supportare l'opzione ermeneutica adottata, la norma interpretativa di cui all'articolo 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92.

La disposizione, che interpreta proprio l'articolo 32, comma 5, nello stabilire che, l'indennizzo ivi previsto copre integralmente i pregiudizi subiti dal lavoratore, comprensivi di tutte le mensilità di retribuzioni omesse sino alla pronuncia della sentenza, qualifica quest'ultima come "il provvedimento che abbia ordinato la *ricostituzione* del rapporto".

Secondo la sentenza 1148/2013, "*l'utilizzazione del termine ricostituzione vuole probabilmente indicare che il concetto di conversione comprende non solo provvedimenti di natura dichiarativa, ma anche di natura costitutiva, quale potrebbe essere considerato quello previsto dall'art. 27 del decreto legislativo 276 del 2003*".

Il prefisso "ri", anteposto al sostantivo "costituzione", però, parrebbe denunciare semmai che il legislatore abbia inteso riferire, anche nella norma interpretativa,

l'articolo 32 comma 5 ai soli casi in cui un rapporto, tra le stesse parti, fosse già in corso.

Se è vero, quindi, che il termine utilizzato dal legislatore non appare di univoca lettura (come spiega anche la sentenza 1148/2013 quando spiega che “*vuole probabilmente indicare...*”), non si può valorizzare solo una parte del sostantivo “ricostituzione”, ovvero quella che allude alla “costituzione”, obliterando completamente il significato linguistico e giuridico del prefisso “ri”.

Ritiene, quindi, questa Corte, che si debba prendere atto dell'ambiguità della norma interpretativa, non utile al fine della questione oggetto del presente giudizio, relativa all'applicabilità dell'articolo 32, comma 5, alla somministrazione irregolare.

L'appello, in conclusione, deve essere accolto.

La riforma della sentenza appellata impone al Collegio di liquidare le spese di entrambi i gradi di giudizio; la liquidazione è effettuata in dispositivo e la regola segue la soccombenza.

P.Q.M.

In riforma della sentenza appellata, dichiara che tra le parti é in corso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a decorrere dall'8.7.2005;

Condanna l'appellata al ripristino della funzionalità del rapporto;

Condanna l'appellata al pagamento delle retribuzioni omesse dal 14.10.2009, oltre interessi e rivalutazione monetaria come in motivazione;

Condanna l'appellata al pagamento delle contribuzioni omesse;

Condanna l'appellata al pagamento delle spese di entrambi i gradi di giudizio, liquidate in complessivi € 1700 per il primo grado e in € 2000 per il secondo grado, con distrazione.

Roma, 29/01/2013

Il Consigliere estensore
Dott. Glauco Zaccardi

Il Presidente
Dott. Amelia Torrice