

# D&L

**Rivista critica di diritto del lavoro**

# 1

**gennaio-marzo 2009**

## Sommario

### Interventi

<i>Valeria Piccone</i> Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza sovranazionale	9
<i>Roberto Voza</i> La liberazione del cedente dai debiti di lavoro in caso di trasferimento d'azienda	33
<i>Benedetta Nefri</i> Modelli di organizzazione e di gestione in materia di sicurezza sul lavoro ex art. 30, D. Lgs. 81/08	45
<i>Marco Maffuccini</i> Licenziamento del socio/lavoratore di cooperativa e clausola compromissoria contenuta nello statuto: brevi note	59
<i>Alvise Moro</i> La certificazione dei contratti di lavoro in Lombardia - Le modifiche alla normativa in materia di certificazione dei contratti di lavoro nel disegno di legge n. 1167 all'esame del Senato	67

### Note a sentenza

<i>Silvia Borelli</i> Il mancato riconoscimento della rendita Inail a favore del convivente more uxorio rende il figlio «orfano» (nota a Corte Cost. 27/3/09 n. 86) Nota redazionale	78
<i>La Corte Costituzionale continua l'opera di «completamento» dell'art. 42, 5° comma, D. Lgs. 151/01</i> (nota a Corte Cost. 30/1/09 n. 19)	85
<i>Fabrizio Amato</i> Discriminazione per età: Cenerentola troverà la sua scarpetta? (nota a Corte di Giustizia Ce 5/3/09 n. C-388/08)	87
<i>Andrea Pardini</i> Decadenza della Rsu e costituzione di Rsa nelle more del rinnovo. Profili di antisindacalità (nota a Trib. Firenze 3/1/09, dect.)	101
<i>Giuseppe Cordedda</i> Limiti al potere di indagine del datore di lavoro sulle modalità di esercizio dell'aspettativa sindacale da parte del dirigente dell'O.S. (nota a Trib. Busto Arsizio 24/11/08, ord.)	105

Carmen Schettini <i>La disdetta dell'accordo collettivo di gestione</i> (nota a Trib. Milano 22/12/08, deocr.)	111
Francesco Fraschini <i>Rsu: legittimazione a contrarre e legittimazione a ricevere la disdetta</i> (nota a Trib. Milano 14/11/08 e 17/2/09)	124
Angelo Beretta <i>La legittimità dell'utilizzo della posta elettronica per lo svolgimento dell'attività sindacale del Rsu</i> (nota a Trib. Catania 2/2/09)	129
Alberto Vescovini <i>Lavoro subordinato e associazione in partecipazione</i> (nota a Trib. Milano 9/12/08)	135
Marco Biasi <i>Alcune questioni in materia di somministrazione di lavoro a termine</i> (nota a Trib. Milano 12/11/08, 13/11/08, Corte App. Milano 12/1/09)	145
Lisa Amoriello <i>Requisiti formali del contratto a termine e potere di recesso dal patto di prova</i> (nota a Trib. Pistoia 12/5/08)	157
Alberto Guariso <i>Durata del permesso di soggiorno e durata del rapporto di lavoro: il prevedibile tramonto di un mito della Bossi-Fini</i> (nota a Trib. Tivoli 7/5/08)	166
Alberto Guariso <i>Anche la fantasia ha un limite: incompatibilità tra assunzione con rapporto di lavoro somministrato e contratto di inserimento</i> (nota a Trib. Milano 25/11/08)	172
Alessandro Corrado <i>Estermalizzazione del processo produttivo, obblighi informativi dei rischi specifici e responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio sul lavoro occorso al dipendente in «ambiente esterno»</i> (nota a Cass. sez. lav. 7/1/09 n. 45)	178
Ilaria Mazzurana <i>Il danno biologico iure hereditatis</i> (nota a Cass. sez. III 28/11/08 n. 28407)	181
Renato Scorcelli <i>Patto di non concorrenza e pagamento del corrispettivo nel corso del rapporto</i> (nota a Trib. Milano 12/11/08, ord.)	188
Chiara Zambrelli <i>Discriminazione per ragioni di handicap e «requisito essenziale» della prestazione: il caso dei fisioterapisti non vedenti</i> (nota a Trib. Napoli 29/12/08, ord.)	197
Marcella Mensi <i>Trattamento fiscale del Tfr e dell'indennità supplementare per illegittimo licenziamento del dirigente, nel caso di lavoro prestato all'estero</i> (nota a Cass. sez. V 4/11/08 n. 26438)	203

trattamenti «contributivi, economici e normativi» propri del rapporto di lavoro subordinato, applicazione che a sua volta – nonostante l'evidente timidezza del legislatore nel trarne le logiche conclusioni – non può significare altro che il rapporto in questione diventa un rapporto di lavoro subordinato.

Alberto Vescovini

I

2. Corte d'Appello di Milano 12 gennaio 2009, pres. Salmeri, est. Trogni, Poste Italiane Spa (avv. Maresca e Bigoni) c. Scognamiglio (avv. Zezza e Paulli).

> **Somministrazione di lavoro a termine - Onere dell'utilizzatore di dimostrare la corrispondenza tra ragioni addotte e effettivo svolgimento - Sussistenza - Onere di comunicazione formale di dette ragioni al dipendente somministrato - Sussistenza.**

> **Contratto a termine illegittimo - Sanzioni - Art. 4 bis D. Lgs. 368/01 - Interpretazione restrittiva - Necessità - Violazione delle norme sulla somministrazione a tempo determinato - Inapplicabilità.**

> *Poiché la somministrazione costituisce deroga ai principi generali che non consentono la dissociazione tra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo, quest'ultimo ha l'obbligo di assicurare che la prestazione sia in concreto corrispondente alle ragioni previste, verificabili dal lavoratore e dal giudice; dette ragioni, per esigenza di certezza del diritto e per consentirne il controllo, devono risultare per iscritto e devono essere comunicate per scritto al lavoratore, assieme agli altri elementi del contratto di somministrazione*

> *L'art. 4 bis D. Lgs. 6/9/01 n. 368 deve essere interpretato in senso restrittivo sicché la particolare sanzione ivi prevista, in via eccezionale, per l'ipotesi di nullità del termine può trovare applicazione solo nelle ipotesi di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2, 4 del medesimo D. Lgs. e non, conseguentemente, all'ipotesi di violazione delle norme sul contratto di lavoro somministrato di cui all'art. 20 D. Lgs. 10/9/03 n. 276.*

II

3. Tribunale Milano 12 novembre 2008, est. Porcelli, Czeppel (avv. de Donno) c. Poste Italiane Spa (avv. Maresca Bigoni) e E-Work Spa.\*



\* Il testo integrale della sentenza si trova sul sito [www.rcdielle.com](http://www.rcdielle.com), sez. giurisprudenza.

➤ **Somministrazione di lavoro a termine - Prova delle ragioni giustificatrici del contratto di somministrazione - Incombe sul datore di lavoro - Conseguenze.**

➤ *Nel caso di mancata prova, da parte dell'utilizzatore, della sussistenza delle ragioni giustificatrici del contratto di somministrazione di lavoro addotte e dell'effettiva riconducibilità dell'assunzione del lavoratore alle suddette ragioni, deve essere affermata la sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore.*

### III

4. Tribunale Milano 13 novembre 2008, est. Porcelli, Murgia (avv. Manassero e Giammarco) c. Pirelli Tyre Spa (avv. Chiello e Bozzoli).

➤ **Somministrazione di lavoro a termine - Prova delle ragioni giustificatrici del contratto di somministrazione - Incombe sul datore di lavoro - Conseguenze.**

➤ **Contratto di lavoro a progetto - Onere di individuazione del progetto - Contenuto.**

➤ *Nel caso di mancata prova, da parte dell'utilizzatore, della sussistenza delle ragioni giustificatrici del contratto di somministrazione di lavoro addotte e dell'effettiva riconducibilità dell'assunzione del lavoratore alle suddette ragioni, deve essere affermata la sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, che deve essere condannato a ricostituire il rapporto e a risarcire il danno dalla data della messa in mora.*

➤ *Per mancata individuazione del progetto, così come previsto dall'art. 61, 1° comma, D. Lgs. 276/03, si deve intendere sia la mancata individuazione formale del contenuto del progetto o programma sia la non configurabilità di un effettivo progetto, che deve essere adeguatamente descritto e individuato come realizzazione di un preciso e circostanziato piano di lavoro o risultato.\**

### I

(...) La sentenza appellata deve essere confermata.

Correttamente il primo giudice non ha ordinato l'integrazione del contraddittorio nei confronti di E-work Spa, non sussistendo, in considerazione delle domande svolte

■

\* La nota di Marco Biasi segue il testo delle sentenze.

te, un'ipotesi di litisconsorzio necessario, espressamente escluso dall'art. 27, comma 1, del D. Lgs. 276/03. Non è poi censurabile in appello la decisione di non accogliere l'istanza di chiamata in causa in garanzia. E' principio consolidato, affermato dalla Corte di Cassazione e condiviso dal collegio (v. già Cass. 22/5/97 n. 4568), che la norma dettata dall'art. 354, ultimo comma, c.p.c., la quale dispone che il giudice di appello deve rimettere la causa al primo giudice nell'ipotesi (fra le altre tassativamente previste) in cui riconosca che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio, si riferisce solo all'ipotesi di litisconsorzio necessario e non si estende alle ipotesi di chiamata di un terzo in garanzia, comunanza di causa o indicazione di un terzo quale unico legittimato passivo, nelle quali il litisconsorzio non è necessario ma facoltativo e l'intervento del terzo può essere disposto solo dal giudice di primo grado nell'esercizio - anche nel rito del lavoro e in relazione all'art. 420, 9° comma, c.p.c. - di un potere discrezionale e incensurabile.

La questione di merito è già stata decisa da questa Corte (v. per tutte sent. Bernati c. Poste Italiane Spa 15/3/06, pres. Castellini, est. Ruiz), la cui motivazione si richiama.

I. «Le disposizioni del D. Lgs. 276/03 che interessano per la soluzione del caso sono le seguenti: art. 20, comma 4: "La somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili alla ordinaria attività dell'utilizzatore".

«Art. 21: "Il contratto di somministrazione di manodopera è formulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi: (...) c) i casi e le ragioni di carattere tecnico produttivo organizzativo sostitutivo (...).

«Art. 27 comma 1: "Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lett. a), b), c), d), e), il lavoratore può chiedere mediante ricorso giudiziario a norma dell'art. 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."

«Art. 27 comma 3: "Ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'art. 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento dell'esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive."

«Questo collegio ritiene di non prendere posizione circa il rispetto dei requisiti di forma previsti dal decreto per i contratti di somministrazione e a termine, poiché è sufficiente, per accogliere la domanda di Scognamiglio, verificare se la società ha adempiuto al contratto di somministrazione in modo conforme alle pattuizioni intervenute; in particolare se ha utilizzato il lavoratore, con riferimento al primo contratto, per le esigenze sostitutive.

«Un'interpretazione coerente e sistematica delle disposizioni del decreto porta, infatti, a escludere che l'utilizzatore, dopo avere concordato le ragioni di utilizzo nel contratto di somministrazione, le possa disattendere, ponendosi così al di fuori della

rigorosa disciplina che consente la dissociazione tra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo.

«Il D. Lgs. 276 prevede l'impiego di lavoratori messi a disposizione da soggetti autorizzati in base alle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 dello stesso decreto. Tale disciplina, come ha rilevato la Cassazione (esaminando una fattispecie regolata dalla precedente L. 196/97), "pur presentandosi come un'innovazione, si configura, anche nell'attuale assetto normativo come un'eccezione... sicché allorché si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore per la... disarticolazione si finisce con il rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro, come avviene in ipotesi di somministrazione irregolare ex art. 27..." (v. sent. n. 22910/06).

«Il D. Lgs., coerentemente da un lato ha imposto il rispetto di regole formali nella stipula dei contratti di somministrazione e di assunzione, dall'altro ha previsto che il lavoratore possa chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione, nel caso in cui la somministrazione sia irregolare, cioè avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lett. a), b), c), d), e).

«Non basta, dunque, indicare nei contratti le ragioni della somministrazione perché sia legittima l'utilizzazione del lavoratore; l'utilizzatore ha l'obbligo di assicurare che la prestazione sia in concreto corrispondente alle ragioni previste, verificabili dal lavoratore e dal giudice (v. art. 27, comma 3).

«L'art. 20, 2° comma, esclude un'ingerenza del somministratore nell'utilizzazione del lavoratore responsabilizzando, per questo aspetto della gestione del rapporto, l'utilizzatore. La disposizione prevede, infatti, che: "Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse, nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore".

«Dunque, se Poste ha stipulato un valido contratto di somministrazione per ragioni sostitutive, in caso di contestazione, deve provare di avere utilizzato il lavoratore per la causa prevista; per esigenza di certezza e per consentirne il controllo, le ragioni devono risultare per scritto e devono essere comunicate per scritto al lavoratore, insieme agli altri elementi del contratto di somministrazione (v. art. 21, 3° comma)».

2. Scognamiglio ha lavorato alle dipendenze di Poste italiane Spa con contratto di lavoro interinale a tempo determinato, dal 13/6/05 al 30/9/05, stipulato tramite E Work (doc. 1 fasc. I grado appellante), per «ragioni di carattere sostitutivo correlate alla specifica esigenza di provvedere alla sostituzione del personale assente con diritto alla conservazione del posto, addetto allo smistamento e trasporto presso il Polo Corrispondenza Lombardia Cmp Peschiera Borromeo».

Scognamiglio è stato addetto allo smistamento manuale della corrispondenza presso il reparto Pae (posta estera) export del Cmp Peschiera Borromeo, addetto al turno notturno.

Poste nella memoria ex art. 416 c.p.c. e a oggi ha allegato (capp. 2/4 memoria di costituzione in I grado; prospetto prodotto come doc. 4 fasc. I grado appellante) un dato medio delle assenze mensili e del numero dei contratti a termine e interinali aggregato: i prospetti prodotti come doc. 4 indicano delle «medie minime giornaliere»

di assenze inidonee a dimostrare l'esigenza sostitutiva nei giorni del mese interessati dal contratto in oggetto, in considerazione del fatto che si tratta di un dato aggregato indipendentemente dalla categoria di inquadramento (che deve essere limitata all'Area Operativa) e dal reparto (viene indicato un organico addetto di 967 persone a giugno e 995 a settembre), dato che dovrebbe essere invece circoscritto a quello indicato in contratto (smistamento e trasporto) che, pacificamente, è soltanto uno dei reparti da cui è costituito il Cmp Borromeo.

Come già rilevato dal primo giudice, questo dato non è idoneo a dimostrare il collegamento fra l'assunzione di Scognamiglio e la causale indicata in contratto.

Il collegio non intende sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive che spettano alla società, ex art. 27, comma 1. Tuttavia il controllo giudiziale deve avere a oggetto «l'accertamento dell'esistenza delle ragioni che la giustificano».

Nel caso in esame questa prova non è stata data.

Il difetto di prova sull'esistenza delle ragioni travolge anche il contratto a termine e comporta, ai sensi dell'art. 27, 1° comma, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di Poste a tempo indeterminato, con effetto dall'inizio della somministrazione, nonché l'obbligo per la società di riammettere al lavoro Scognamiglio e di pagare le retribuzioni dalla data in cui lo stesso si è dichiarato disposto alla prestazione, con la richiesta del tentativo di conciliazione.

Ritiene la Corte che non possa trovare applicazione nel presente giudizio, come chiesto in sede di discussione orale dal procuratore di Poste Italiane Spa l'art. 4 bis del D. Lgs. 6/9/01 n. 368, introdotto dall'art. 21, comma 1 bis, L. 6/8/08 n. 133: la norma deve essere applicata, testualmente, «in caso di violazione delle disposizioni di cui agli artt. 1, 2 e 4» del D. Lgs. 368/01 e non vi sono ragioni per estenderne l'applicazione alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, disciplinata dall'art. 20 del D. Lgs. 276/03. Si tratta infatti di norma transitoria delle «modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato» introdotte dall'art. 21 di cui al DL 25/6/08 n. 112, convertito, con modificazioni, nella L. 6/8/08 n. 133, e inserito nel testo del D. Lgs. 368/01 e non v'è ragione per applicare una disciplina transitoria a una normativa, quella della somministrazione di lavoro, che non è stata modificata dall'art. 21.

Concludendo, la sentenza appellata deve essere confermata. (...)

### III

(...) Il ricorso è fondato e merita accoglimento nei limiti e con le precisazioni che si vanno a esporre.

Deve essere riconosciuta l'illegittimità del rapporto di somministrazione per motivi sostanziali, in quanto la società convenuta non ha offerto adeguata prova della sussistenza delle ragioni giustificatrici addotte e dell'effettiva riconducibilità dell'assunzione della ricorrente alle suddette ragioni.

Nel primo contratto, stipulato tra le parti in data 17/11/05, si legge che i motivi di

ricorso alla fornitura sono: «art. 20, comma 4, D. Lgs. 276/03. Ragioni di carattere organizzativo connesse a punte di attività».

La società convenuta, costituendosi nel presente giudizio, deduce che, nel mese di novembre 2005, si era verificato un aumento delle commesse dei cd. prodotti Winter, vale a dire pneumatici che offrono migliori garanzie di guida alle basse temperature invernali, e tale punta di intensa attività aveva inciso anche sull'attività del Contact Center, destinato a gestire e a evadere gli ordini di acquisto della clientela: per far fronte a questa situazione, la cui durata era stata prevista come temporanea, la società convenuta aveva sottoscritto un contratto di somministrazione di manodopera a tempo determinato, relativamente al periodo dal 22/11/05 al 5/1/06, per un lavoratore da adibire a mansioni di operatore *call center*.

La società convenuta ha aggiunto che, poiché nel mese di gennaio si era reso evidente che la punta di intensa attività si sarebbe protratta ancora per qualche mese, il contratto era stato prorogato una prima volta dal 6/1/06 al 3/2/06 e poi dal 4/2/06 al 3/8/06 sia per la protrazione in modo inaspettato dell'aumento di attività connesso alle commesse di pneumatici sia a seguito della decisione di internalizzare le attività di gestione delle problematiche di *front office* inerenti le Leasing Companies, con conseguente aumento dell'attività del Contact Center nella fase di *start up* del servizio; il protrarsi di tale fase di *start up*, unitamente all'imminenza dell'inizio della stagione di vendita dei pneumatici invernali, avevano poi giustificato l'ulteriore proroga dal 4/8/06 al 2/2/07.

La società convenuta ha dedotto, sul punto, capitoli di prova eccessivamente generici, in quanto del tutto inidonei a dimostrare non solo l'entità, e quindi l'effettività, dei dedotti aumenti di commesse dei prodotti Winter, ma anche e soprattutto l'entità del conseguente aumento di attività del Contact Center.

In relazione a quest'ultimo non è stato offerto alcun dato, mentre per quanta riguarda le commesse dei prodotti cd. Winter è stato prodotto un prospetto che, oltre a essere di difficile interpretazione, riporta dati annuali da cui non si può ricavare il preteso incremento nel periodo in cui è stata effettuata la prima assunzione della rincorrente.

Si aggiunga che il prospetto riporta dati diversi, senza che venga spiegato quali di essi debbano essere utilizzati; si aggiunga altresì che in alcuni casi tali dati riportano una diminuzione, invece che un aumento, tra il 2005 e il 2006 e tra il 2006 e il 2007.

Infine nessun dato viene fornito relativamente al preteso aumento di attività del Contact Center provocato dall'internalizzazione dell'attività di gestione delle problematiche di *front office* inerenti le Leasing Companies e neppure circa la durata della fase di *start up* del servizio.

In ogni caso si rileva che le varie proroghe del contratto di somministrazione sono state giustificate dal permanere delle motivazioni che avevano dato origine alla stipula del contratto intercorrente, ma nella stessa difesa della convenuta nel presente giudizio il ricorso al lavoro somministrato viene giustificato sulla base di motivazioni tra loro diverse.

Dalle circostanze di fatto dedotte dalla convenuta non si ricavano, quindi, elemen-

ti idonei a dimostrare che la ricorrente sia stata effettivamente utilizzata per fronteggiare le situazioni indicate e comunque picchi di attività.

La mancanza, in concreto, della causa legittimante l'assunzione temporanea integra gli estremi della somministrazione irregolare di cui all'art. 27 del D. Lgs. 276/03, che prevede: «Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lett. a), b), c), d) ed e) il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell' art. 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».

L'utilizzo del termine «costituzione» e l'assenza di ulteriori specificazioni circa la natura del rapporto lasciano intendere che il legislatore abbia voluto riferirsi a un rapporto a tempo indeterminato: si confronti, infatti, la disposizione dell'art. 27, 1° comma, con l'art. 21, ultimo comma, dove è stata usata la differente locuzione «sono considerati a tutti gli effetti», oppure con il 20 comma dell'art. 69, che in materia di contratto a progetto precisa invece che «Qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'art. 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti».

L'art. 27 citato fa retroagire il rapporto di lavoro con l'utilizzatore al momento dell'inizio della somministrazione e, poiché il rapporto di lavoro medesimo non risulta essere stato validamente interrotto, in particolare dalla convenuta, effettivo datore di lavoro, al lavoratore spettano tutte le retribuzioni con decorrenza non dalla data di cessazione del rapporto, vale a dire dal 29/2/08, come richiesto in ricorso, bensì dalla data della messa in mora del datore di lavoro e della messa a disposizione della propria prestazione lavorativa, vale a dire dal 23/4/08, dedotto quanto dalla ricorrente percepito in relazione a rapporti di lavoro con soggetti terzi: alla prima udienza, infatti la ricorrente ha dichiarato di aver reperito dal 1/4/08 un'occupazione, percependo € 1.100,00 netti circa al mese.

Passando a considerare il contratto a programma, l'art. 69 del D. Lgs. 276/03 prevede che «I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto». Ora per mancata individuazione del progetto si deve intendere sia la mancata indicazione formale del contenuto del progetto o programma sia la non configurabilità di un effettivo progetto. Nel caso di specie, nel contratto di collaborazione sottoscritto dalle parti, si legge che il programma consiste nella «gestione delle insegne Pirelli presso i clienti»; vengono poi descritte le attività attraverso le quali la lavoratrice avrebbe collaborato nell'esecuzione del programma medesimo. Appare evidente come il progetto non possa ritenersi adeguatamente descritto, consistendo nella semplice descrizione del contenuto delle mansioni attribuite al lavoratore, senza alcun accenno all'obiettivo che si intende raggiungere e alle attività a esso prodromiche e funzionali al suo conseguimento.

Neppure nella memoria di costituzione nel presente giudizio sono state fornite specificazioni circa l'esistenza di un nesso tra la durata del contratto a progetto e le esigenze che con esso si volevano soddisfare: in particolare non viene spiegato in che cosa consistesse l'attività richiesta alla ricorrente.

Nel caso di specie il preteso programma o progetto, invece di essere individuato come realizzazione di un preciso e circostanziato piano di lavoro o risultato, consiste semplicemente nella messa a disposizione dell'attività lavorativa del collaboratore.

Nel caso di specie si è pertanto realizzata l'ipotesi di cui al 10 comma dell'art. 69 del D. Lgs. 276/03, con la conseguenza che il rapporto tra le parti deve essere considerato un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno fin dal 3/9/07.

La ricorrente ha diritto al trattamento economico di cui al livello C del Ccnl gomma plastica industria, applicatole durante i precedenti rapporti di lavoro somministrato: infatti nella stessa memoria di costituzione si dà atto che alla ricorrente sono state affidate le mansioni che già le erano state richieste nell'ultima parte del rapporto precedente.

La ricorrente non ha diritto a differenze retributive conseguenti all'applicazione del trattamento economico relativo all'inquadramento suddetto, avendo di fatto percepito un importo superiore, e neppure a differenze sulle spettanze di fine rapporto, dovendosi considerare il rapporto ancora in essere. Non viene, inoltre, dedotto in ricorso il titolo per il riconoscimento delle ulteriori differenze retributive richieste. (...)

#### *Alcune questioni in materia di somministrazione di lavoro a termine*

Le sentenze in commento offrono l'occasione per una breve riflessione a proposito delle condizioni di legittimità del contratto di somministrazione a tempo determinato e, in particolare, delle conseguenze derivanti dalla violazione dei requisiti sostanziali del contratto di somministrazione di lavoro.

La giurisprudenza opera una distinzione tra i requisiti del contratto di somministrazione di carattere «formale» (ex art. 21 D. Lgs. 276/03), che attengono all'indicazione scritta delle ragioni del ricorso a tale tipo di contratto<sup>1</sup>, e quelli di carattere «sostanziale» (ex art. 20 D. Lgs. cit.), in ordine ai quali l'utilizzatore ha l'onere di provare la sussistenza in con-



<sup>1</sup> V. Trib. Milano 14/2/07, in questa *Rivista* 2007, 414 e Trib. Milano 12/10/07, *ivi* 2007, 417. In proposito vanno tenuti distinti i vizi formali del contratto di somministrazione, ossia di quello posto in essere tra somministratore e utilizzatore, e quelli del contratto di lavoro tra prestatore e somministratore: infatti, «gli artt. 20 e sgg. del "decreto Biagi" descrivono due negozi, il contratto di somministrazione di lavoro e il contratto di lavoro, distinti ma collegati essendo ciascuno funzionalizzato a esigenze diverse» (Trib. Milano 4/7/07, *ivi* 2007, 1094). Per un'articolata disamina del rapporto tra contratto di somministrazione e contratto di lavoro si veda in dottrina R. Romei, «Art. 20», in R. De Luca Tamajo e G. Santoro-Passarelli, *Il nuovo mercato del lavoro*, Padova, 2007, secondo cui «rispetto alla vecchia disciplina la somministrazione conserva lo schema trilaterale, articolato sulla combinazione di due contratti, l'uno di lavoro e l'altro commerciale, e cioè il contratto di somministrazione». Sul punto vedi peraltro *infra* alla nota 3.

creto delle ragioni giustificatrici adottate e l'effettiva riconducibilità dell'assunzione del lavoratore a tali ragioni.

Le pronunce in esame non si occupano che marginalmente dei requisiti formali, avendo a oggetto, diversamente, casi in cui il Giudice ha ritenuto illegittimo il contratto di somministrazione impugnato per motivi sostanziali, in quanto la società convenuta non ha offerto adeguata prova della sussistenza delle ragioni giustificatrici adottate e dell'effettività riconducibilità dell'assunzione del ricorrente a tali ragioni.

In particolare, in Trib. Milano 12/11/98, il ricorrente aveva lamentato l'illegittimità di un contratto di somministrazione stipulato tra E-Work e Poste Italiane la cui causale era stata individuata in «ragioni di carattere produttivo riconducibili all'esigenza – di cui all'art. 25 del vigente Ccrl – di far fronte a punte di più intensa attività cui non è possibile far fronte con le risorse normalmente impiegate, in considerazione dello spostamento delle lavorazioni dai Cpo ai Cmp, spostamenti lavorazioni Estero e Dogana da Fiunicino ai Cmp della Lombardia». Si trattava, dunque, di un'enunciazione sufficientemente precisa della causale, sicché si può sostenere che, almeno dal punto di vista «formale», il ricorso alla somministrazione potesse, in tale circostanza, considerarsi legittimo, non contenendo, come spesso accade, un mero rinvio alle norme della contrattazione collettiva o a circostanze del tutto generiche o indefinite.

Trib. Milano 13/11/08 si occupava, invece, di un contratto di somministrazione a termine stipulato tra Adecco Spa e Pirelli Tyre Spa per «ragioni di carattere organizzativo connesse a punte di attività». In entrambi i casi il Giudice ha ritenuto che, in base ai documenti prodotti e alle circostanze di fatto emerse nel corso dell'istruttoria, l'utilizzatore non fosse stato in grado di fornire adeguata prova della sussistenza delle ragioni giustificatrici adottate e dell'effettiva riconducibilità dell'assunzione del ricorrente alle stesse.

Come correttamente rilevato dal Giudice, la mancanza, in concreto, della causa legittimante l'assunzione temporanea o, in ogni caso, la sua mancata prova, integrano gli estremi della somministrazione irregolare di cui all'art. 27 D. Lgs. 276/03, con la conseguenza che «il lavoratore può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore»<sup>2</sup>: trattasi, peraltro, della stessa conseguenza che deriva, ad avviso



<sup>2</sup> Ad analoghe conclusioni giungono Trib. Milano 10/8/07, in questa *Rivista* 2007, 1089; Trib. Milano 12/10/06, *ivi* 2007, 132; Trib. Milano 9/12/06, *ivi* 2007, 126, con nota di G. Cordedda.

In ordine ai requisiti sostanziali del contratto di somministrazione, cfr., in dottrina, P. Ichino, «Appalto e distacco», in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna 2004, p. 283, ad avviso del quale «dovrebbe ritenersi che la ragione suscettibile di giustificare il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo sia esattamente la stessa che può giustificare l'assunzione diretta del lavoratore a tempo determinato: ciò che il committente deve giustificare è solo il carattere temporaneo dell'esigenza... i casi di ricorso legittimo alla somministrazione di lavoro temporaneo tenderanno così a coincidere con quelli di legittima assunzione diretta a termine». Alle medesime conclusioni giunge anche V. Speciale, «Art. 20», in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Padova 2004, p. 322, che ritiene che «se l'art. 20, comma 4, non richiedesse ragioni produttive e organizzative temporanee, ciò significherebbe che, di fatto, la fissazione del termine del contratto commerciale sarebbe rimessa alla discrezionalità dei contraenti (e in particolare dell'utilizzatore), che sarebbero condizionati unicamente dalla sussistenza di motivazioni economiche, ma totalmente liberi nella predeterminazione della scadenza finale... ma se tutto fosse rimesso alla scelta delle parti, non si comprenderebbe perché si debba far

della giurisprudenza largamente dominante<sup>3</sup> dalla stipulazione di un contratto di somministrazione privo della specifica indicazione scritta delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che nel caso concreto e specifico hanno determinato l'esigenza del ricorso a tale forma contrattuale.



riferimento a esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, cioè a ragioni obiettive che sembrano escludere la piena libertà nell'apposizione del termine finale». Parzialmente diversa la tesi affermata da S. Chiusolo, «Il contratto di somministrazione: dubbi di legittimità costituzionale e spunti interpretativi», in questa *Rivista* 2003, 850, secondo il quale l'onere della prova a carico del datore di lavoro è più ampio e deve comprendere anche il peculiare tipo di contratto; infatti «la ragione contemplata dal 4° comma in esame non è fine a sé stessa, ma finalizzata a spiegare l'utilizzazione di un lavoratore fornito da un somministratore in luogo di un lavoratore direttamente assunto dall'utilizzatore...». L'autore citato ritiene, inoltre, che la ragione dedotta debba rivelarsi «una giustificazione coerente con il principio, ex art. 1 D. Lgs. 276/03, che il lavoro somministrato è finalizzato a creare occupazione aggiuntiva». Di diverso avviso M. Tiraboschi, «Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco», in M. Tiraboschi (a cura di), *La Riforma Biagi del Mercato del Lavoro*, Milano 2004, p. 213, che sostiene che «l'elemento della temporaneità dell'esigenza aziendale perde valore di tratto caratterizzante, essendo ora la somministrazione a termine riferibile a ragioni oggettive relative anche "all'ordinaria attività dell'utilizzatore" ... tanto è vero che non è più corretto parlare di fornitura o somministrazione di lavoro temporaneo ma, semmai, di fornitura o somministrazione temporanea, cioè a termine, di lavoro... a questo punto è chiaro che viene meno il requisito della temporaneità della prestazione come condizione per il ricorso alla somministrazione a termine». Analoghe riflessioni vengono svolte da P. Chieco, «Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo», in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il D. Lgs. 276/03*, Bari 2004, p. 100, secondo cui «il nostro legislatore delegato, memore delle incertezze provocate dalla formula utilizzata nel modello normativo di riferimento, si è preoccupato di specificare che la temporaneità del contratto di somministrazione non è conseguente alla temporaneità dell'attività che l'utilizzatore intende svolgere attraverso la fornitura di lavoro, bensì è frutto di una scelta ancorata a parametri diversi, seppure oggettivi, riconducibili a ogni possibile esigenza rientrante nella sfera tecnico-produttiva ovvero organizzativo-sostitutiva dell'attività dell'utilizzatore».

<sup>3</sup> V. App. Milano 22/2/06, in *Il Lav. nella giur.* 2006, 1136; Trib. Padova 13/10/06, in *Riv. it. dir. lav.* 2007, II, 831, con nota di M. Emanuele, «Contratto di prestazioni di lavoro temporaneo e specificazione delle causali giustificative»; Trib. Milano 4/7/07, in questa *Rivista* 2007, 1089, secondo il quale «tale conclusione appare supportata dalla Direttiva 1999/70 Ce, della quale il D. Lgs. 368/01 costituisce attuazione, che, alla clausola 3, definizioni, recita: "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 tra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è condizionato da ragioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico" ... l'assenza di quelle condizioni obiettive che siano state specificate e formalmente dichiarate dalle parti come ragioni giustificative del termine determina l'invalidità della relativa clausola». Di diverso avviso, invece, Trib. Milano 21/3/06, in *Il Lav. nella giur.* 2006, 1136, secondo il quale, «fermo restando, poiché lo dice espressamente la legge, che il lavoro interinale può essere giustificato solo da esigenze temporanee dell'utilizzatore, nell'interpretazione della legge le esigenze temporanee possono essere individuate con formulazioni generiche nell'ambito delle quali sono sussumibili diverse fattispecie concre-

Tale conclusione è del tutto coerente con il quadro normativo dettato dal D. Lgs. 276/03: dal momento che, diversamente dal passato, l'imprenditore è libero di indicare, all'interno della clausola aperta prevista dalla legge, le specifiche ragioni per le quali ha fatto ricorso al contratto di somministrazione a tempo determinato, è essenziale che tale indicazione sia sufficientemente precisa, al fine di consentire il controllo giudiziario sulla sussistenza delle ragioni e sul motivo per cui è stata indicata una durata del contratto piuttosto che un'altra. Peraltro, sotto il profilo formale, la questione più delicata è se un'indicazione sufficientemente precisa della causale possa essere contenuta nel solo contratto di somministrazione o se debba essere trasfusa anche nel contratto di lavoro, come ritenuto da alcune pronunce<sup>4</sup>.

La sentenza della Corte d'Appello qui pubblicata, pur risolvendo anch'essa la questione sotto il profilo sostanziale e non prendendo quindi espressamente posizione in ordine alle conseguenze della mancata specificazione nel contratto di lavoro (se cioè l'omissione sia sufficiente a far scattare la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore) sembra propendere per la tesi affermativa, laddove afferma che «per esigenze di certezza del diritto e per consentire il controllo le ragioni devono essere comunicate per scritto al lavoratore».

Tornando ai vizi sostanziali, ove l'utilizzatore non sia in grado di soddisfare l'onere probatorio posto a suo carico, la conseguenza sarà la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a far data dall'inizio della somministrazione: nelle sentenze annotate il Giudice ha ritenuto infatti che «l'utilizzo del termine 'costituzione' e l'assenza di ulteriori specificazioni circa la natura del rapporto lasciano intendere che il legislatore abbia voluto riferirsi a un rapporto a tempo indeterminato»<sup>5</sup>.

Il ragionamento del Giudice, dunque, è basato sull'interpretazione letterale delle disposizioni di legge e prescinde dalla disquisizione in ordine alla natura della sanzione di cui all'art. 27, 1° comma, D. Lgs. 276/03<sup>6</sup>.



te... questa interpretazione è coerente con lo spirito con il quale il legislatore ha voluto fornire all'imprenditore uno strumento di flessibilità molto più significativo, pur preoccupandosi di fissare i presupposti e requisiti di funzionamento dell'istituto e di approntare un apparato sanzionatorio che dessero garanzia di serietà e tutela dei lavoratori».

<sup>4</sup> V. Trib. Milano 10/4/07, in questa *Rivista* 2007, 420 e Trib. Milano 4/7/2007 cit. alla nota che precede, secondo il quale, «qualora il somministratore descrivesse al dipendente in modo generico le motivazioni della sua assunzione e destinazione presso l'utilizzatore – magari recitandogli semplicemente la previsione di legge... o comunicandogli una clausola di contenuto tautologico – questi non potrebbe verificare la reale esistenza di esigenze aziendali concrete, non essendogli note».

<sup>5</sup> Come si legge nelle sentenze annotate, il giudice ha ritenuto che si debba necessariamente confrontare la disposizione dell'art. 27, comma 1, D. Lgs. 276/03 con l'art. 21, ultimo comma, D. Lgs. 276/03, «dove è stata usata la differente locuzione «sono considerati a tutti gli effetti», e con l'art. 69, comma 2, D. Lgs. 276/03, «che, in materia di contratto a progetto, precisa invece che qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'art. 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzasi tra le parti».

<sup>6</sup> Si tratta di un tema ampiamente dibattuto in dottrina: secondo S. Bertocco, «La somministrazione di lavoro», in F. Carinci (diretto da), *Commentario Diritto del Lavoro*, II ediz., Torino 2007, p. 1384, «la terminologia utilizzata dal legislatore non trova un immediato riscontro tra gli istituti

Vi sono, tuttavia, anche motivi di natura logico-sistematica per supportare la medesima conclusione.

Innanzitutto, come ha riaffermato la Corte di Cassazione a Sezioni unite<sup>7</sup>, deve ritenersi tuttora vigente, non avendo perso consistenza giuridica a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 276/03, il principio cardine della L. 1369/60, ossia quello dell'effettività e materialità del rapporto di lavoro, in base al quale l'imputazione del rapporto di lavoro deve normalmente avvenire, per effetto dell'art. 2094 c.c., in capo all'effettivo fruitore delle prestazioni lavorative. Che tale rapporto, poi, debba essere di regola a tempo indeterminato lo ha riconosciuto la Corte di Cassazione in altra pronuncia<sup>8</sup> e lo ha espressamente stabilito la L. 24/12/07 n. 247, la quale ha modificato l'art. 1 del D. Lgs. 6/9/01 n. 368, a esso premettendo, quale comma 1, l'esplicita affermazione che «il contratto di lavoro subordinato è di norma a tempo indeterminato».

La somministrazione di lavoro, quindi, costituisce un'evidente deroga ai predetti principi.

L'art. 20, comma 1, D. Lgs. 276/03 ha, dunque, espressamente riconosciuto, con la somministrazione di lavoro, una dissociazione tra titolare e utilizzatore del rapporto lavorativo, ma tale disciplina «deve essere considerata come un'eccezione, non suscettibile né di applicazione analogica né di interpretazione estensiva, sicché allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti dal legislatore si finisce per rientrare in... fattispecie che continuano a

civilistici che disciplinano l'invalidità del contratto (nullità, annullabilità, inefficacia)...il termine irregolare è usato pertanto usato per la somministrazione in senso atecnico». Propende per l'annullabilità del contratto di somministrazione M. Tiraboschi, «Somministrazione, appalto di servizi, distacco», in *Guida al lavoro* 2003, Suppl. 66. Diversamente, aderisce alla tesi della nullità per illiceità dell'oggetto M.T. Carinci, «La somministrazione irregolare, anzi illecita», in F. Carinci (a cura di), *Commentario al D. Lgs. 276/03*, vol. 2, Milano 2004, p. 162, la quale sostiene che «è difficile supporre che il legislatore abbia voluto complicare oltre misura il panorama degli illeciti, prevedendo - oltre a quelli penale e amministrativo - addirittura due illeciti, uno rilevante solo al difetto dei requisiti di forma e di contenuto e l'altro che opera se quegli stessi elementi mancano e il contratto sia stato adempiuto... l'art. 21, 4° comma D. Lgs. 276/03 prevede che il contratto di somministrazione che non rivesta la forma scritta o sia privo di certi contenuti sia nullo... si può ritenere tuttavia che la norma sia mera esplicitazione delle regole generali in materia di nullità del contratto e che, quindi, in ogni ipotesi di violazione di prescrizioni richiamate dall'art. 27, 1° comma, il contratto di somministrazione sia nullo per illiceità dell'oggetto».

<sup>7</sup> V. Cass. sez. un. 26/10/06 n. 22910: secondo la Suprema Corte, «a ben vedere la dissoluzione delle combinazioni negoziali poste in essere, come si è visto, attraverso l'intermediazione vietata e la sostituzione dell'imprenditore beneficiario all'intermediario non è che concreta espressione nella materia in oggetto della generale regola giuslavoristica secondo la quale in relazione a identiche prestazioni di lavoro deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro, dovendosi considerare come parte datoriale solo il soggetto su cui in concreto fa carico il rischio economico dell'impresa nonché l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito con carattere di subordinazione il lavoratore». Sul punto v. anche Cass. 10/1/06 n. 167; Cass. 6/12/05 n. 26678; Cass. 28/10/99 n. 12120.

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 21/5/08 n. 12958, in questa *Rivista* 2008, 889, con nota di Paulli che ha affrontato per la prima volta il tema delle conseguenze della nullità del termine.

essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di interposizione di manodopera»<sup>9</sup>, con la conseguenza che, in tali casi, il lavoratore avrà diritto di ottenere la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il soggetto che ha utilizzato la sua prestazione lavorativa fuori dagli schemi voluti dal legislatore.

In merito a quest'ultimo aspetto, merita di essere sottolineata la condivisibile presa di posizione della Corte di Appello di Genova<sup>10</sup>, che, pur riguardando la disciplina sanzionatoria dettata dalla previgente L. 196/97 per i casi di illegittima fornitura di lavoro temporaneo, si rivela di notevole interesse per l'attualità dei principi ivi richiamati.

In particolare, ad avviso della Corte genovese, ove si realizzi una situazione interpositoria in violazione delle disposizioni in materia di fornitura di lavoro temporaneo, «viene meno la causa legale del tipo contrattuale invocato dalle parti», la quale presuppone la sussistenza di un rapporto trilaterale, con contratti collegati fra impresa fornitrice e fra fornitrice e lavoratore.

Il venir meno della causa legale del contratto di fornitura determina, da un lato, la conversione del rapporto di lavoro sul piano soggettivo («novazione soggettiva»), che si realizza con il passaggio dello schema del rapporto da trilaterale (fornitore-utilizzatore-lavoratore) a bilaterale (utilizzatore-lavoratore), e dall'altro, la conversione del contratto sul piano oggettivo («novazione oggettiva»), ossia da contratto a tempo determinato a contratto a tempo indeterminato: quest'ultima conseguenza, secondo la Corte d'Appello di Genova, deriva dal fatto che il venir meno della causa legale del tipo contrattuale invocato dalle parti determina la nullità delle relative pattuizioni, tra cui quella che fissa il termine, che costituisce «un'eccezione rispetto alla regola del contratto di lavoro a tempo indeterminato».

Nonostante la diversa interpretazione di tali norme da parte della Cassazione<sup>11</sup>, i principi enunciati nella pronuncia della Corte genovese meritano di essere condivisi e, inoltre, conservano valore anche nei riguardi della disciplina introdotta del D. Lgs. 276/03: depone a favore di tale interpretazione la presenza di alcuni inderogabili principi di rango costi-

#### ■

<sup>9</sup> Così Trib. Milano 10/12/07, in *Il Lav. nella giur.* 2008, 530, con nota adesiva di F. Colli; Analogamente, Trib. Milano 4/7/07, in questa *Rivista* 2007, 1099, secondo cui «essendo orientamento assolutamente dominante quello per cui il contratto a tempo indeterminato costituisce la regola e quello a tempo determinato e le altre ipotesi di rapporti flessibili l'eccezione, non può certo reputarsi che il legislatore abbia introdotto una generale e illimitata facoltà di ricorso alla somministrazione a tempo determinato».

<sup>10</sup> App. Genova 20/2/08, in questa *Rivista* 2008, 525, con nota di G. Cordedda.

<sup>11</sup> V. Cass. 1/2/08 n. 2488: secondo la Suprema Corte, vigente la L. 196/97, la sanzione della conversione del contratto a tempo indeterminato avviene soltanto in mancanza di forma scritta, perché così prevede espressamente l'art. 10, comma 2, di tale legge, da considerarsi come norma «speciale». Diversamente, in tutte le altre ipotesi di fornitura al di fuori dei casi di legge la conseguenza sarà «la sostituzione di un soggetto a un altro nel rapporto contrattuale, e nulla esclude che possa essere un contratto a tempo determinato nelle ipotesi previste dalla legge»: infatti, nell'opinione della Suprema Corte, «il disvalore legislativo per i contratti a tempo determinato, di cui è espressione la L. 230/62, si è andato progressivamente attenuando nel tempo, a partire dalla L. 28/2/87 n. 56, che all'art. 23 ha ampliato la possibilità di contratto a termine, fino alla L. 196/97 di cui ci occupiamo e successivamente alla L. 276/03, ispirate al diverso principio della flessibilità del lavoro subordinato». Tale conclusione andrebbe peraltro rivista alla luce della successiva sentenza Cass. 21/5/08 n. 12985, citata alla nota 8.

tuzionale in materia di prestazioni di lavoro temporaneo, di recente riaffermati dalla Corte costituzionale<sup>12</sup>.

Secondo la Corte, infatti, nel caso in cui la fornitura di lavoro temporaneo avvenga al di fuori dei limiti previsti dalla legge, la sua trasformazione in contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore risponde a «precise esigenze di tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni», espressione di un principio racchiuso nell'art. 35 della Costituzione.

Di conseguenza, nel caso in cui la sanzione prevista in caso di fornitura illegittima fosse la trasformazione in un rapporto a tempo determinato con l'utilizzatore, «la finalità sanzionatoria per il datore di lavoro sarebbe contraddittoriamente perseguita», dal momento che il rapporto a tempo determinato «comporta per il lavoratore, parte debole del rapporto, una tutela inferiore rispetto al rapporto a tempo indeterminato»<sup>13</sup>.

Alla luce di quanto detto, quindi, può dunque concludersi che la trasformazione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato (alle dipendenze dell'utilizzatore) trova fondamento non solo nell'«utilizzo del termine 'costituzione' e l'assenza di ulteriori specificazioni circa la natura del rapporto», come affermato nelle sentenze, ma anche in precise esigenze di tutela del lavoratore, parte debole del rapporto, radicate nel nostro ordinamento e sancite da norme costituzionali.

Infine, il Tribunale di Milano nelle sentenze sopra massimate affronta anche il problema delle conseguenze dell'invalida interruzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, affermando che, poiché «l'art. 27 citato fa retroagire il rapporto di lavoro con l'utilizzatore al momento dell'inizio della somministrazione», nel caso in cui il rapporto di lavoro venga interrotto illegittimamente dall'effettivo datore di lavoro, «al lavoratore spetteranno tutte le retribuzioni dalla data della messa in mora del datore di lavoro e della messa a disposizione della propria prestazione lavorativa, dedotto quanto percepito in relazione a rapporti di lavoro con soggetti terzi».

Al riguardo si rileva che la giurisprudenza del Tribunale di Milano è divisa tra coloro che, nel caso di invalida interruzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, ritengono si configuri un licenziamento, con conseguente applicabilità dell'art. 18 SL<sup>14</sup>, e coloro che, come nella sentenza in commento, ritengono che non si verifichi un recesso, bensì «una disdetta in seguito a un termine illegittimamente apposto», con le stesse conseguenze previste per l'illegittima interruzione di un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato<sup>15</sup>.

#### □

<sup>12</sup> V. Corte Cost. 6/2/06 n. 58, in *Il Lav. nella giur.* 2006, 865, con nota di M. Cottone: la questione di legittimità sottoposta al vaglio della Corte riguardava il possibile contrasto tra l'art. 117, comma 1, lett. c), della L. 23/12/2000 n. 388 e gli artt. 3, 35 e 101 Cost. Tale disposizione prevedeva che, nel caso di mancanza di forma scritta del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo, questo si trasformasse in contratto a tempo determinato con l'utilizzatore e non già a tempo indeterminato, come stabilito in precedenza.

<sup>13</sup> La disposizione censurata è stata, dunque, dichiarata costituzionalmente illegittima da parte della Corte, per violazione dei principi di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.).

<sup>14</sup> V. Trib. Milano 13/3/07, in questa *Rivista* 2007, 413; Trib. Milano 14/2/07, *ivi* 2007, 416; Trib. Milano 10/4/07, *ivi* 2007, 419.

<sup>15</sup> V. Trib. Milano 10/8/07, Trib. Milano 10/8/07, Trib. Milano 4/7/07, in questa *Rivista* 2007, 1089, secondo cui «mentre l'art. 18 SL attiene a una fattispecie tipica, disciplinata dal legislatore

La differenza tra i due rimedi non è trascurabile, derivandone nell'un caso l'applicazione dell'art. 18 SL, nell'altro le cosiddette conseguenze «di diritto comune».

La prima delle due soluzioni pare la preferibile: come visto, infatti, una volta accertato che la somministrazione sia avvenuta al di fuori dei casi previsti dalla legge, la conseguenza sarà la riconducibilità del rapporto di lavoro all'impresa utilizzatrice, a questo punto effettivo datore di lavoro. Pertanto, lo spirare di un termine apposto al contratto tra somministratore e utilizzatore e tra somministratore e lavoratore è del tutto ininfluenza rispetto al rapporto di lavoro in essere, *ex lege*, tra utilizzatore e lavoratore, e, dunque, l'allontanamento di quest'ultimo non può che assumere le caratteristiche di un licenziamento orale o, in ogni caso, per fatti concludenti.

Non pare peraltro che per giungere a una diversa conclusione possa farsi leva sulla disposizione di cui al 2° comma dell'art. 27 cit. secondo la quale «Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione». La disposizione ha evidentemente lo scopo di conservare gli effetti di atti validi (quali i pagamenti, le comunicazioni effettuate agli enti competenti ecc.) e non certo quello di trasporre in capo all'utilizzatore gli effetti di atti nulli compiuti dal somministratore (come appunto l'apposizione del termine) al fine di farne derivare la applicazione di sanzioni più tenui. In ogni caso l'apposizione del termine non può rientrare tra gli atti in questione non essendo «compiuta dal datore di lavoro», ma semmai (se pure invalidamente) dalle due parti e men che meno può rientrare tra gli atti di gestione del rapporto. Sicché, come detto, la sanzione applicabile al datore di lavoro effettivo resterà quella riservata dall'ordinamento al licenziamento verbale o per fatti concludenti.

Marco Biasi

5. Tribunale Pistoia 12 maggio 2008, est. De Marzo, Armano (avv. Giliberti) c. Professional Mop (avv. Bellini).

➤ **Art. 1, 2° comma, D. Lgs. 368/01 - Contratto a termine - Specificazione per iscritto delle causali legittimanti - Nozione di «atto scritto» - Documento negoziale sottoscritto da entrambe le parti - Necessità - Contestualità delle sottoscrizioni - Irrilevanza - Formazione dell'accordo in data anteriore all'inizio del rapporto o coincidente con esso - Necessità - Atto unilaterale - Esclusione.**

▣

con riferimento al recesso del datore di lavoro, e presuppone l'esercizio della relativa facoltà con una manifestazione unilaterale di volontà di determinare l'estinzione del rapporto, una simile manifestazione non è configurabile nel caso di disdetta con la quale il datore di lavoro comunicò la scadenza del termine, sia pure illegittimamente apposto, al dipendente... ne consegue che al dipendente che cessa l'esecuzione della prestazione lavorativa per attuazione di fatto del termine nullo non spetta la retribuzione finché provveda a offrire la prestazione stessa, determinando una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro».