



TRIBUNALE ORDINARIO di BRESCIA
Sezione lavoro, previdenza ed assistenza obbligatoria

nella causa promossa

da

██████████, con l'avv. Antonio Carbonelli

Ricorrente

contro

██████████ SPA

Convenuto contumace

Il giudice,

sciogliendo la riserva assunta all'udienza dell'1 giugno 2018,
letti atti e documenti,

OSSERVA

1. Svolgimento del processo.

1.1. Con ricorso depositato in data 21 febbraio 2017, ██████████ conveniva in giudizio ██████████ s.p.a., deducendo: a) che, assunto dall'agenzia di somministrazione di lavoro ██████████ s.p.a., aveva prestato lavoro subordinato presso la società convenuta dal 3 marzo 2014 al 30 novembre 2016, tramite ripetuti rapporti di somministrazione di manodopera e relative proroghe (contratto dal 3/3/14 al 7/3/14, prorogato sei volte sino al 30/6/14, contratto dall'1/7/14 al 31/7/14, contratto dal 25/8/14 al 30/9/14, prorogato sino al 21/12/14, contratto dal 7/1/15 al 30/6/15, prorogato sino al 31/7/15,



contratto dal 24/8/15 al 30/9/15, prorogato due volte sino al 6/11/15, contratto dal 16/11/15 al 30/11/15, prorogato sino al 23/12/15, contratto dal 4/1/16 al 30/1/16, prorogato quattro volte sino al 5/8/16, contratto dal 22/8/16 al 30/9/16, prorogato due volte sino al 30/11/16); b) che era stato inquadrato per tutto il periodo come operaio di V livello – gruppo C del CCNL metalmeccanico artigiano e addetto alle mansioni di operatore alle macchine e al tornio; c) che aveva diritto ad essere considerato alle dipendenze della convenuta a tempo indeterminato per il superamento del numero massimo di proroghe consentite dai CCNL per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro del 16 maggio 2008 e del 27 febbraio 2014 e per la generica od omessa indicazione delle cause di ricorso alla somministrazione, contrariamente a quanto prescritto dai citati CCNL; d) che aveva diritto ad essere considerato alle dipendenze della convenuta a tempo indeterminato anche per il difetto di ricorrenza in concreto e il difetto di eccezionalità, temporaneità e transitorietà delle causali dei singoli contratti e, comunque, per la violazione od elusione delle norme comunitarie relative alla successione dei rapporti di somministrazione, ai sensi dell'art. 5.5 della Direttiva sul lavoro tramite agenzia interinale; e) che l'ordinamento comunitario impone che l'utilizzazione dei rapporti di somministrazione sia fondata su ragioni obiettive non permanenti nè durevoli e che sia evitato il ricorso abusivo a tali rapporti, in particolare con riguardo a missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della Direttiva; f) che i rapporti intercorsi erano dunque illegittimi anche ai sensi degli artt. 1344 c.c., per la frode alle leggi, sia interne sia comunitarie, che garantiscono la stabilità del rapporto di lavoro, e 1421 c.c., per la nullità virtuale derivante dalla violazione del divieto di somministrazione fraudolenta di cui all'art. 28 D. Lgs. 276/2003. Il ricorrente chiedeva, quindi : a) di accertare e dichiarare l'illegittimità e/o irregolarità e/o nullità dei rapporti di somministrazione di manodopera in esecuzione dei quali egli aveva prestato lavoro presso la convenuta ██████████ s.p.a., e/o il suo diritto alla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze della società convenuta; b) di dichiarare costituito un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato con la convenuta dal 3.3.14, o in subordine a decorrere da ciascuno dei successivi contratti o proroghe di cui non fosse comprovata la legittimità e/o dal superamento dei limiti posti dalla legge e/o dal CCNL ; c) di ordinare alla convenuta la sua riammissione in servizio nel posto di



lavoro, condannandola in ogni caso al pagamento dell'indennità risarcitoria dovuta, nonché al versamento dei relativi contributi assistenziali e previdenziali.

1.2. La società convenuta, seppur ritualmente citata, non si costituiva.

1.3. Con la memoria conclusiva, parte ricorrente osservava: a) che la normativa interna in materia di somministrazione di manodopera non prevedeva alcuna limitazione alle « missioni successive » dei lavoratori somministrati presso lo stesso utilizzatore, contrariamente a quanto disposto dall'art. 5.5. della Direttiva 2008/104/CE; b) che la normativa interna in materia di somministrazione di manodopera non prevedeva il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva sottostante quale condizione di legittimità del ricorso alla somministrazione, contrariamente a quanto previsto dalla Direttiva 2008/104/CE al considerando 15 (secondo il quale il rapporto di lavoro a tempo indeterminato rappresenta la forma comune dei rapporti di lavoro) e al considerando 10 (che fa riferimento al « lavoro temporaneo tramite agenzia », presupponendone quindi la temporaneità); c) che il limite di sei proroghe nei trentasei mesi previsto dal CCNL per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro non impediva, allo scadere della sesta proroga e senza soluzione di continuità, la sottoscrizione di un nuovo contratto. Il ricorrente chiedeva, pertanto, di sottoporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale: se le disposizioni di cui alla Direttiva 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia interinale, e in particolare la clausola 5.5 della Direttiva, ostino a una normativa interna che: a) non preveda limiti al numero di contratti e proroghe successivi; b) non preveda il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva sottostante quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro.

2. Contesto normativo.

2.1. Diritto interno.



Così ricostruito l'andamento del processo, deve darsi atto che con riguardo ai contratti oggetto di causa trova applicazione il D. Lgs. 276/2003, come modificato dal D. L. 34/2014, convertito con modificazioni dalla legge 78/2014.

Nello specifico, gli articoli del D. Lgs. 276/2003 rilevanti nella fattispecie, nel testo applicabile *ratione temporis* ai contratti oggetto di giudizio, sono i seguenti.

Art. 20. Condizioni di liceità

"1. Il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso da ogni soggetto, di seguito denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, di seguito denominato somministratore, a ciò autorizzato ai sensi delle disposizioni di cui agli articoli 4 e 5.

2. Per tutta la durata della missione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore. Nell'ipotesi in cui i lavoratori vengano assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato essi rimangono a disposizione del somministratore per i periodi in cui non sono in missione presso un utilizzatore, salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro.

3. Il contratto di somministrazione di lavoro può essere concluso a termine o a tempo indeterminato. La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è ammessa:

a) per servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico, compresa la progettazione e manutenzione di reti intranet e extranet, siti internet, sistemi informatici, sviluppo di software applicativo, caricamento dati;

b) per servizi di pulizia, custodia, portineria;

c) per servizi, da e per lo stabilimento, di trasporto di persone e di trasporto e movimentazione di macchinari e merci;

d) per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché servizi di economato;

e) per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale;



f) per attività di marketing, analisi di mercato, organizzazione della funzione commerciale;

g) per la gestione di call-center, nonché per l'avvio di nuove iniziative imprenditoriali nelle aree Obiettivo 1 di cui al regolamento (CE) n. 1260/1999 del Consiglio, del 21 giugno 1999, recante disposizioni generali sui Fondi strutturali;

h) per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedano più fasi successive di lavorazione, l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa;

i) in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative;

i-bis) in tutti i settori produttivi, pubblici e privati, per l'esecuzione di servizi di cura e assistenza alla persona e di sostegno alla famiglia;

i-ter) in tutti i settori produttivi, in caso di utilizzo da parte del somministratore di uno o più lavoratori assunti con contratto di apprendistato.

4. La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione di lavoro 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.

5. Il contratto di somministrazione di lavoro è vietato:

a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;

b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione, a meno che tale contratto sia stipulato per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti ovvero sia concluso ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, ovvero abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi. Salva diversa disposizione degli accordi sindacali, il divieto opera altresì presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione



salariale, che interessino lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione;

c) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modifiche.

5-bis. Qualora il contratto di somministrazione preveda l'utilizzo di lavoratori assunti dal somministratore ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, non operano le disposizioni di cui ai commi 3 e 4 del presente articolo. Ai contratti di lavoro stipulati con lavoratori in mobilità ai sensi del presente comma si applica il citato articolo 8, comma 2, della legge n. 223 del 1991.

5-ter. Le disposizioni di cui al comma 4 non operano qualora il contratto di somministrazione preveda l'utilizzo:

a) di soggetti disoccupati percettori dell'indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti normali o ridotti, da almeno sei mesi;

b) di soggetti comunque percettori di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno sei mesi. Resta comunque fermo quanto previsto dei commi 4 e 5 dell'articolo 8 del decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 1988, n. 160;

c) di lavoratori definiti «svantaggiati» o «molto svantaggiati» ai sensi dei numeri 18) e 19) dell'articolo 2 del regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008. Con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, si provvede all'individuazione dei lavoratori di cui alle lettere a), b) ed e) del n. 18) dell'articolo 2 del suddetto regolamento (CE) n. 800/2008. »

Art. 21. Forma del contratto di somministrazione

“1. Il contratto di somministrazione di manodopera è stipulato in forma scritta e contiene i seguenti elementi:

a) gli estremi dell'autorizzazione rilasciata al somministratore;

b) il numero dei lavoratori da somministrare;

c) i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui al comma 3 dell'articolo 20;



- d) l'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e delle misure di prevenzione adottate;
- e) la data di inizio e la durata prevista del contratto di somministrazione;
- f) le mansioni alle quali saranno adibiti i lavoratori e il loro inquadramento;
- g) il luogo, l'orario e il trattamento economico e normativo delle prestazioni lavorative;
- h) assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali;
- i) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare al somministratore gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei prestatori di lavoro;
- j) assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare al somministratore i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili;
- k) assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore.

2. Nell'indicare gli elementi di cui al comma 1, le parti devono recepire le indicazioni contenute nei contratti collettivi.

3. Le informazioni di cui al comma 1, nonché la data di inizio e la durata prevedibile della missione, 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.

4. In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore. »

Art. 22. Disciplina dei rapporti di lavoro

*1. In caso di somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali.

2. 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 seguenti. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore.

3. Nel caso in cui il prestatore di lavoro sia assunto con contratto stipulato a tempo indeterminato, nel medesimo è stabilita la misura della indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali il lavoratore stesso rimane in attesa di assegnazione. La misura di tale indennità è stabilita dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non è inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. La predetta misura è proporzionalmente ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorativa a tempo parziale anche presso il somministratore. L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo.

3-bis. Le assunzioni a tempo indeterminato e a tempo determinato, ai sensi del presente articolo, possono essere effettuate anche con rapporto di lavoro a tempo parziale. In tale caso, trova applicazione il decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, e successive modificazioni, in quanto compatibile con le disposizioni del presente decreto.

4. Le disposizioni di cui all'articolo 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223, non trovano applicazione anche nel caso di fine dei lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato. In questo caso trovano applicazione l'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e le tutele del lavoratore di cui all'articolo 12.

5. In caso di contratto di somministrazione, il prestatore di lavoro non è computato nell'organico dell'utilizzatore ai fini della applicazione di normative di legge o di contratto collettivo, fatta eccezione per quelle relative alla materia dell'igiene e della sicurezza sul lavoro.

6. La disciplina in materia di assunzioni obbligatorie e la riserva di cui all'articolo 4-bis, comma 3, del decreto legislativo n. 181 del 2000, non si applicano in caso di



somministrazione." (comma, questo, dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 50 del 2005).

Art. 27. Somministrazione irregolare

"1. Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione.

2. Nelle ipotesi di cui al comma 1 tutti i pagamenti effettuati dal somministratore, a titolo retributivo o di contribuzione previdenziale, valgono a liberare il soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione dal debito corrispondente fino a concorrenza della somma effettivamente pagata. Tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione.

3. Ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 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 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".

Art. 28. Somministrazione fraudolenta

"1. Ferme restando le sanzioni di cui all'articolo 18, quando la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, somministratore e utilizzatore sono puniti con una ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione."



A sua volta, il D. Lgs. 368/2001 sul contratto di lavoro a tempo determinato, richiamato dall'art. 22 sopra citato, in quanto compatibile e con espressa esclusione dei commi 3 e ss. dell'art. 5, prevedeva, nelle parti rilevanti nella fattispecie e nel testo applicabile *ratione temporis*, quanto segue.

Art. 1. Apposizione del termine

"01. Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro.

1. È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 10, comma 7, il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione. Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato.

2. L'apposizione del termine di cui al comma 1 è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto.

3. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione.

4. La scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore a dodici giorni."

Art. 3. Divieti

"1. L'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato non è ammessa:



- a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero;
- b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che tale contratto sia concluso per provvedere a sostituzione di lavoratori assenti, ovvero sia concluso ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, ovvero abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi;
- c) presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a termine;
- d) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni. »

Art. 4. Disciplina della proroga

“1. Il termine del contratto a tempo determinato può essere, con il consenso del lavoratore, prorogato solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni. In questi casi le proroghe sono ammesse, fino ad un massimo di cinque volte, nell'arco dei complessivi trentasei mesi, indipendentemente dal numero dei rinnovi, a condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato. Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni.”

Art. 5. Scadenza del termine e sanzioni - Successione dei contratti

“1. Se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

2. Se il rapporto di lavoro continua oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma



4-bis, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini.

3. Qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Le disposizioni di cui al presente comma, nonché di cui al comma 4, non trovano applicazione nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali di cui al comma 4-ter nonché in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

4. Quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto.

4-bis. Ferma restando la disciplina della successione di contratti di cui ai commi precedenti e fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2; ai fini del suddetto computo del periodo massimo di durata del contratto a tempo determinato, pari a trentasei mesi, si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato. In deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali



comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato. Le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale stabiliscono con avvisi comuni la durata del predetto ulteriore contratto. In caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato.

4-ter. Le disposizioni di cui al comma 4-bis non trovano applicazione nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni, nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative.

4-quater. Il lavoratore che, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi ha diritto di precedenza, fatte salve diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei rapporti a termine. Fermo restando quanto già previsto dal presente articolo per il diritto di precedenza, per le lavoratrici il congedo di maternità di cui all'articolo 16, comma 1, del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, intervenuto nell'esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza di cui al primo periodo. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto, con le stesse modalità di cui al presente comma, il diritto di precedenza anche nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine.



4-quinquies. Il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali.

4-sexies. Il diritto di precedenza di cui ai commi 4-quater e 4-quinquies può essere esercitato a condizione che il lavoratore manifesti in tal senso la propria volontà al datore di lavoro entro rispettivamente sei mesi e tre mesi dalla data di cessazione del rapporto stesso e si estingue entro un anno dalla data di cessazione del rapporto di lavoro. Il diritto di precedenza di cui ai commi 4-quater e 4-quinquies deve essere espressamente richiamato nell'atto scritto di cui all'articolo 1, comma 2.

4-septies. In caso di violazione del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, per ciascun lavoratore si applica la sanzione amministrativa:

a) pari al 20 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno;

b) pari al 50 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale sia superiore a uno.

4-octies. I maggiori introiti derivanti dalle sanzioni di cui al comma 4-septies sono versati ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati al Fondo sociale per occupazione e formazione, di cui all'articolo 18, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2."

Infine, il CCNL per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro, sottoscritto il 27 febbraio 2014 da Assolavoro, Cgil, Cisl, Uil, Felsa Cisl, Nidil Cgil e Uiltemp, prevedeva, nella parte richiamata da parte ricorrente e nel testo in vigore all'epoca dei fatti di causa, quanto segue.

Articolo 23 – Assunzione a tempo determinato

"1. L'assunzione deve risultare da atto scritto, essere formalizzata nel contratto di lavoro in somministrazione e deve contenere i seguenti requisiti:



- a) *L'indicazione dell'ApL e gli estremi dell'autorizzazione rilasciata dal Ministero del Lavoro;*
- b) *L'indicazione dell'impresa utilizzatrice;*
- c) *L'indicazione del gruppo di inquadramento di appartenenza secondo quanto previsto nell'articolo 28 del presente CCNL;*
- d) *L'indicazione della mansione che espletterà presso l'utilizzatore e il relativo inquadramento;*
- e) *L'eventuale indicazione del periodo di prova e la durata dello stesso;*
- f) *L'eventuale previsione della penalità massima di risoluzione anticipata del rapporto da parte del lavoratore/trice rapportata alla durata della missione residua;*
- g) *Il luogo dove dovrà svolgersi la prestazione;*
- h) *L'orario di lavoro;*
- i) *Il riferimento al CCNL applicato nell'impresa utilizzatrice;*
- j) *L'indicazione del trattamento economico collettivo spettante e, in dettaglio, le singole voci che lo compongono e almeno: paga base, contingenza, edr, terzo elemento, premio di produzione, superminimo collettivo, scatti di anzianità e, ove previsto, il premio di produzione o risultato;*
- k) *L'indicazione del contratto integrativo di secondo livello, ove esistente;*
- l) *La data di inizio e il termine dello svolgimento dell'attività lavorativa presso l'impresa utilizzatrice;*
- m) *L'indicazione della presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore/trice nonché le misure di prevenzione adottate e quelle di sicurezza necessarie in relazione al tipo di attività, con l'indicazione del soggetto erogatore dell'informazione e dell'attività formativa (responsabile prevenzione e protezione) nonché, ove possibile, del medico competente;*
- n) *Tali informazioni vengono rese con le modalità previste nell'articolo 22 e con la sottoscrizione dello specifico modello allegato al presente CCNL (allegato 1, Mod C), che deve ritenersi parte integrante del contratto di lavoro e che può essere implementato, arricchito e personalizzato con utilizzo del logo da parte dell'ApL previa comunicazione alla Commissione per la Salute e Sicurezza sul Lavoro di cui all'articolo 7;*
- o) *Nel caso in cui il contratto di somministrazione preveda che gli obblighi di cui all'articolo 23, comma 5, del D.Lgs. 276/03 siano adempiuti dall'impresa*



utilizzatrice, il contratto di lavoro in somministrazione ne contiene la relativa indicazione;

p) L'autorizzazione da parte del lavoratore/trice in somministrazione all'ApL ad utilizzare i propri dati personali ai fini dell'adempimento degli obblighi contabili, retributivi, previdenziali, assistenziali e fiscali inerenti la costituzione, lo svolgimento e l'estinzione del proprio rapporto di lavoro. L'autorizzazione deve prevedere altresì la liberatoria al trattamento dei dati personali dei lavoratori in favore della bilateralità di settore.

2. Nella lettera di assunzione vengono inoltre specificate:

a) L'indicazione di aver adempiuto agli obblighi previsti dall'articolo 5, comma 2, lettera c) del D.Lgs 276/03, specificando gli estremi del versamento e della banca presso la quale è stato effettuato il deposito, ovvero della banca, assicurazione o intermediario finanziario presso il quale è stata accesa la fideiussione per le Agenzie che hanno ottenuto l'autorizzazione a tempo indeterminato.

b) L'assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento dell'ApL, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore/trice del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali;

c) L'assunzione da parte dell'ApL dell'obbligazione del pagamento diretto al lavoratore/trice del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali;

d) L'assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di rimborsare alla ApL gli oneri retributivi e previdenziali da questa effettivamente sostenuti in favore dei lavoratori in somministrazione nonché l'assunzione dell'obbligo dell'utilizzatore di comunicare alla ApL stessa i trattamenti retributivi applicabili ai lavoratori comparabili;

e) La residenza o il domicilio.*

Art. 47 - Proroghe

*1. La materia delle proroghe è di esclusiva competenza del presente Contratto Collettivo. Con riferimento al dettato previsto all'articolo 22, comma 2, secondo periodo, del D.Lgs 276/03, in caso di assunzione con contratto di lavoro a tempo determinato, il termine inizialmente posto al singolo contratto di lavoro può essere prorogato fino ad un massimo di 6 volte. Il singolo contratto, comprensivo delle eventuali proroghe, non può avere una durata superiore a 36 mesi. Il periodo



temporale dei 36 mesi si intende comprensivo del periodo iniziale di missione, fermo restando che l'intero periodo si configura come un'unica missione. 2. Il periodo iniziale può essere prorogato con il consenso del lavoratore/trice e, ai soli fini probatori, deve essere formalizzato con atto scritto. Le proroghe sono da intendersi continuative, senza alcuna soluzione di continuità del rapporto di lavoro. 3. Resta inteso che, nei casi di somministrazione per la sostituzione di lavoratori assenti, il periodo iniziale della missione può essere prorogato fino alla permanenza delle ragioni che hanno causato le assenze. 4. L'informazione al lavoratore/trice della durata temporale della proroga va fornita, salvo motivi d'urgenza, con un anticipo di 5 giorni rispetto alla scadenza inizialmente prevista o successivamente prorogata, e comunque mai inferiore a 2 giorni.”.

2.2. Diritto dell'Unione.

Il considerando n. 15 e gli artt. 1, 2, 3, 5 della Dir. 19 novembre 2008, n. 2008/104/CE, Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al lavoro tramite agenzia interinale, così dispongono:

(15) *“I contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro. 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.”*

Art. 1 (Ambito d'applicazione)

“1. La presente direttiva si applica ai lavoratori che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale e che sono assegnati a imprese utilizzatrici per lavorare temporaneamente e sotto il controllo e la direzione delle stesse.

2. La presente direttiva si applica alle imprese pubbliche e private che sono agenzie di lavoro interinale o imprese utilizzatrici che esercitano un'attività economica con o senza fini di lucro.



3. Gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali, possono prevedere che la presente direttiva non si applichi ai contratti o ai rapporti di lavoro conclusi nell'ambito di un programma specifico di formazione, d'inserimento e di riqualificazione professionali, pubblico o sostenuto da enti pubblici."

Art. 2 (Finalità)

"La presente direttiva è 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 5 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."

Art. 3 (Definizioni)

"1. Ai fini della presente direttiva si intende per:

- a) «lavoratore»: qualsiasi persona che, nello Stato membro interessato, è protetta in qualità di lavoratore nel quadro del diritto nazionale del lavoro;*
- b) «agenzia interinale»: qualsiasi persona fisica o giuridica che, conformemente alla legislazione nazionale, sottoscrive contratti di lavoro o inizia rapporti di lavoro con lavoratori tramite agenzia interinale al fine di inviarli in missione presso imprese utilizzatrici affinché prestino temporaneamente la loro opera sotto il controllo e la direzione delle stesse;*
- c) «lavoratore tramite agenzia interinale»: il lavoratore che sottoscrive un contratto di lavoro o inizia un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale, al fine di essere inviato in missione presso un'impresa utilizzatrice per prestare temporaneamente la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa;*
- d) «impresa utilizzatrice»: qualsiasi persona fisica o giuridica presso cui e sotto il cui controllo e direzione un lavoratore tramite agenzia interinale presta temporaneamente la propria opera;*



e) «missione»: il periodo durante il quale il lavoratore tramite agenzia interinale è messo a disposizione di un'impresa utilizzatrice affinché presti temporaneamente la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa;

f) «condizioni di base di lavoro e d'occupazione»: le condizioni di lavoro e d'occupazione previste da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, da contratti collettivi e/o da altre disposizioni vincolanti di portata generale in vigore nell'impresa utilizzatrice relative a:

i) l'orario di lavoro, le ore di lavoro straordinario, le pause, i periodi di riposo, il lavoro notturno, le ferie e i giorni festivi;

ii) la retribuzione.

2. La presente direttiva lascia impregiudicate le definizioni di retribuzione, contratto di lavoro, rapporto di lavoro o lavoratore, contenute nella legislazione nazionale. Gli Stati membri non escludono dall'ambito d'applicazione della presente direttiva i lavoratori, i contratti o i rapporti di lavoro unicamente per il fatto che riguardano lavoratori a tempo parziale, lavoratori a tempo determinato o persone che hanno un contratto o un rapporto di lavoro con un'agenzia interinale.”

Art. 5 (Principio della parità di trattamento)

“1. Per tutta la durata della missione presso un'impresa utilizzatrice, le condizioni di base di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale sono almeno identiche a quelle che si applicherebbero loro se fossero direttamente impiegati dalla stessa impresa per svolgervi il medesimo lavoro. Ai fini dell'applicazione del primo comma le regole in vigore nell'impresa utilizzatrice riguardanti:

a) la protezione delle donne in stato di gravidanza e in periodo di allattamento e la protezione dei bambini e dei giovani; e

b) la parità di trattamento fra uomini e donne e ogni azione volta a combattere qualsiasi forma di discriminazione fondata su sesso, razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, disabilità, età o tendenze sessuali, devono essere rispettate a norma di quanto stabiliscono le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, i contratti collettivi e/o le altre disposizioni di portata generale.

2. Per quanto riguarda la retribuzione, gli Stati membri possono, previa consultazione delle parti sociali, prevedere una deroga al principio di cui al



paragrafo 1 nel caso in cui i lavoratori tramite agenzia interinale che sono legati da un contratto a tempo indeterminato a un'agenzia interinale continuino a essere retribuiti nel periodo che intercorre tra una missione e l'altra.

3. Dopo aver consultato le parti sociali, gli Stati membri possono accordare loro, al livello appropriato e alle condizioni da essi previste, l'opzione di mantenere o concludere contratti collettivi che, nel rispetto della protezione globale dei lavoratori tramite agenzia interinale, possono stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di lavoro e d'occupazione dei lavoratori tramite agenzia interinale, diverse da quelle di cui al paragrafo 1.

4. A condizione che sia garantito ai lavoratori tramite agenzia interinale un livello adeguato di protezione, gli Stati membri che non possiedono né un sistema legislativo che dichiari i contratti collettivi universalmente applicabili, né un sistema legislativo o di prassi che consenta di estendere le disposizioni di tali contratti a tutte le imprese simili in un determinato settore o area geografica possono, previa consultazione delle parti sociali a livello nazionale e in base a un accordo concluso dalle stesse, stabilire modalità alternative riguardanti le condizioni di base di lavoro e d'occupazione in deroga al principio di cui al paragrafo 1. Tali modalità alternative possono prevedere un periodo di attesa per il conseguimento della parità di trattamento. Le modalità alternative di cui al presente paragrafo sono conformi alla normativa comunitaria e sufficientemente precise e accessibili da consentire ai settori e alle aziende interessate di individuare e assolvere i loro obblighi. Gli Stati membri precisano, in particolare, in applicazione dell'articolo 3, paragrafo 2, se regimi professionali di sicurezza sociale, inclusi i regimi pensionistici, i regimi relativi alle prestazioni per malattia o i regimi di partecipazione finanziaria dei lavoratori, sono compresi nelle condizioni di base di lavoro e d'occupazione di cui al paragrafo 1. Tali modalità alternative lasciano inoltre impregiudicati eventuali accordi a livello nazionale, regionale, locale o settoriale che non siano meno favorevoli ai lavoratori.

*5. Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all'applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva. Essi informano la Commissione di qualsiasi misura in tal senso.**



3. Rilevanza.

Applicando la normativa interna sopra riportata (D. Lgs. 276/2003, come modificato dal D.L. 34/2014, che ha eliminato dall'art. 20 co. 4 la disposizione secondo la quale « *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* », così come la necessità di indicare nel contratto scritto tali ragioni), il ricorso proposto da ██████████ andrebbe senz'altro rigettato.

Ed infatti, tale normativa non prevede né che i contratti debbano indicare le ragioni del ricorso alla somministrazione, né che tali ragioni debbano essere temporanee. Tale disciplina, poi, non fissa alcun limite alle missioni successive del lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice, posto che l'art. 22 del D. Lgs. 276/2003 esclude l'applicabilità dell'art. 5 co. 3 e ss. del D. Lgs. 368/2001, il quale, in materia di contratti a tempo determinato, limita invece la possibilità di stipulare più contratti a termine successivi uno all'altro e stabilisce, in ogni caso, un tetto massimo di trentasei mesi.

Infine, non può trovare applicazione ai rapporti tra il ricorrente e l'impresa utilizzatrice la disciplina del CCNL del 27 febbraio 2014 per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro invocata in ricorso, trattandosi di previsione applicabile solo nei rapporti tra i lavoratori e le agenzie di somministrazione. Tale disciplina, peraltro, nella versione vigente all'epoca dei fatti, non dispone che in contratto siano indicate le ragioni del ricorso alla somministrazione di manodopera, nè vieta la sottoscrizione, senza soluzione di continuità, di un nuovo contratto subito dopo la cessazione della sesta proroga del contratto precedente.

Parte ricorrente, tuttavia, eccepisce che le norme interne in materia di somministrazione di lavoro applicabili alla fattispecie e sopra richiamate sarebbero in contrasto con la Direttiva 2008/104/CE e, in particolare, con quanto previsto dal Considerando n. 15, che riconosce quale forma comune dei rapporti di lavoro il contratto a tempo indeterminato, e dall'art. 5.5, che invita gli Stati membri ad adottare le misure necessarie a prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della Direttiva.



In effetti, un contrasto tra il testo della Direttiva e la normativa interna come sopra riportata – laddove non consente alcun controllo giudiziale sulle cause del ricorso a manodopera somministrata e non pone limiti alle missioni successive di un medesimo lavoratore presso lo stesso utilizzatore – sembra emergere anche dal disposto dell'art. 1 co. 1 della Direttiva - che presuppone il carattere temporaneo dell'assegnazione del lavoratore all'impresa utilizzatrice - e dall'art. 3 co. 1 lett. b), c), d) ed e) - che, fornendo la definizione dei termini "agenzia interinale", "lavoratore tramite agenzia interinale", "impresa utilizzatrice" e "missione", attribuisce espressamente a quest'ultima il connotato della temporaneità -.

Ciò posto, l'interpretazione richiesta è necessaria per pronunciare la sentenza di questo Tribunale, in quanto la domanda proposta dal ricorrente si fonda sull'asserito contrasto tra l'art. 5.5 della Direttiva 19 novembre 2008, n. 2008/104/CE e il D. Lgs. 276/2003 nella versione applicabile alla fattispecie. Ed infatti, qualora la Direttiva 2008/104/CE venisse ritenuta ostativa rispetto alla disciplina della somministrazione di cui al D. Lgs. 276/2003, come modificato dal D.L. 34/2014, risulterebbero fondati i motivi di doglianza fatti valere dal ricorrente, con conseguente applicabilità dell'art. 27 del D. Lgs. 276/2003, che sanciva, nel testo applicabile alla fattispecie, il diritto del lavoratore di chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione, nel caso in cui la somministrazione di lavoro fosse avvenuta al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e).

P.Q.M.

Visto l'art. 267 paragrafo 1, lett. b) e paragrafo 2 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea,

sottopone alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale in ordine all'interpretazione dell'art. 5.5 Direttiva 19 novembre 2008, n. 2008/104/CE sul lavoro tramite agenzia interinale:

«Se l'art. 5.5 della Direttiva 19 novembre 2008, n. 2008/104/CE debba essere interpretato nel senso che osti all'applicazione del D. Lgs. 276/2003, come



modificato dal D.L. 34/2014, che : a) non prevede limiti alle missioni successive del medesimo lavoratore presso la stessa impresa utilizzatrice; b) non subordina la legittimità del ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato all'indicazione delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo del ricorso alla somministrazione stessa; c) non prevede il requisito della temporaneità dell'esigenza produttiva propria dell'impresa utilizzatrice quale condizione di legittimità del ricorso a tale forma di contratto di lavoro.»

Sospende il presente giudizio fino alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Dispone che la Cancelleria trasmetta, mediante plico raccomandato, la presente ordinanza, unitamente agli atti del giudizio, alla Cancelleria della Corte di Giustizia.

Brescia, 16 ottobre 2018

Il giudice
Laura Corazza

