

AULA 'B'

28 NOV. 2013



ESSENTE IN CASSAZIONE - ESSENTE BOLLI - ESSENTE DINTI

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Oggetto

[]

R.G.N. 16289/2012

Cron. 26654

Rep.

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

- Dott. FABRIZIO MIANI CANEVARI - Presidente - Ud. 02/10/2013
- Dott. GIANFRANCO BANDINI - Consigliere - PU
- Dott. UMBERTO BERRINO - Consigliere -
- Dott. ROSA ARIENZO - Rel. Consigliere -
- Dott. CATERINA MAROTTA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 16289-2012 proposto da:

SOCIETA' [] S.P.A. [], in persona
del legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA MAGLIANO SABINA 24, presso lo
studio dell'avvocato PETTINARI LUIGI, rappresentata e
difesa dall'avvocato LUCCHETTI ALESSANDRO, giusta
delega in atti;

- **ricorrente** -

2013

2775

contro

CM [], gia'
elettivamente domiciliato in ROMA, CORSO VITTORIO

EMANUELE II 287, presso lo studio dell'avvocato
CAMPOLUNGI MARIA, rappresentato e difeso
dall'avvocato GAETANI ROBERTO, giusta delega in atti e
da ultimo presso LA CANCELLERIA DELLA CORTE SUPREMA DI
CASSAZIONE;

- *controricorrente* -

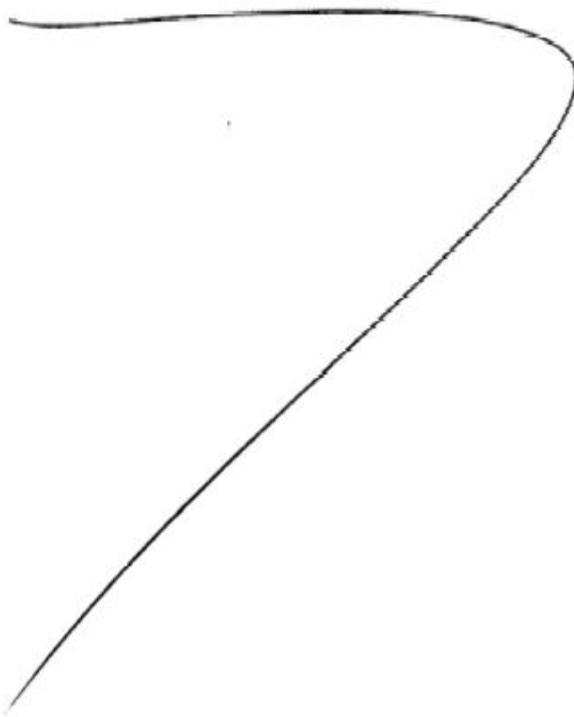
avverso la sentenza n. 319/2012 della CORTE D'APPELLO
di ANCONA, depositata il 17/04/2012 R.G.N. 441/2010;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 02/10/2013 dal Consigliere Dott. ROSA
ARIENZO;

udito l'Avvocato LUCCHETTI ALESSANDRO;

udito l'Avvocato GAETANI ROBERTO,

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. GIANFRANCO SERVELLO che ha concluso per
il rigetto del ricorso.

CASSAZIONE.net



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza resa il 17.4.2012, la Corte di Appello di Ancona respingeva i gravami proposti rispettivamente dalla s.p.a. [P] avverso la sentenza non definitiva del Tribunale, che aveva annullato i licenziamenti intimati a [CM] 31.1.2008 ed il 4.2.2008 per ritenuta tardività degli addebiti, e dal [C] avverso la sentenza definitiva dello stesso Tribunale che aveva rigettato le residue domande formulate nel ricorso introduttivo di primo grado e la domanda riconvenzionale della società. Rilevava la Corte del merito - per quel che interessa nel presente giudizio - che doveva essere disattesa la contestazione avanzata dalla società volta alla negazione della tutela reale conseguente all'invalidità dei recessi, per l'impossibilità di computo, nell'organigramma ordinario dell'azienda, di due lavoratori somministrati da terzi, sul rilievo che trattavasi di mera utilizzazione di lavori esterni interinali, indipendentemente dal superamento del limite massimo del contingentamento. Osservava al riguardo che era pacifico che la società avesse violato il limite sancito dall'art. 17 del c.c.n.l. per i dipendenti da aziende di gas ed acqua, tenendo occupati ben sette lavoratori somministrati dalla [A] spa, fermo restando che tale limite massimale era da ritenere vincolante per la datrice di lavoro essendo fissato nell'interesse di tutti i dipendenti con riferimento ad ogni effetto sulla disciplina del rapporto di lavoro. Aggiungeva che la somministrazione di lavoro posta in essere con specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge (nel caso in esame l'art. 18 della l. 300/70) o di contratto collettivo applicato al lavoratore (l'art. 17 c.c.n.l. sul limite massimo di cinque unità) fosse inopponibile ai dipendenti della [P], di talchè l'espedito del ricorso al lavoro somministrato in eccesso sul massimale stabilito dal c.c.n.l. non valesse a determinare il mancato superamento del requisito occupazionale, dovendo in tale ipotesi i somministrati irregolari essere considerati alla stregua dei dipendenti della stessa impresa utilizzatrice. Considerato che la disposizione del comma 5 dell'art. 22 del d. lgs 276/2003 era applicabile, per argomentazione *a contrariis*, soltanto alla somministrazione regolare e non anche a quella fraudolenta, doveva ritenersi che, viceversa, allorquando la somministrazione fosse irregolare, o a maggior ragione fraudolenta, il lavoratore temporaneo dovesse essere necessariamente computato nell'organico dell'utilizzatore e ciò proprio allo scopo di evitare che la somministrazione irregolare raggiungesse la sua illecita finalità. Ancorchè il criterio della normale

occupazione dell'impresa con riguardo al periodo antecedente al licenziamento dovesse ritenersi riferibile ai lavoratori dipendenti, doveva, tuttavia, considerarsi che la riduzione del numero dei dipendenti in prossimità del licenziamento, anche tramite l'espedito del ricorso alle prestazioni compensative di lavoratori somministrati oltre i limiti massimi contrattuali, valesse comunque ad integrare il requisito occupazionale, allorché la fraudolenta riduzione risultasse frutto di condotte elusive del datore, posto che in tal caso non sussistevano gli estremi della stabile contrazione dell'attività produttiva e della definitiva riduzione della manodopera al di sotto della soglia dei quindici dipendenti.

Per la cassazione della decisione ricorre la società con tre motivi, illustrati nella memoria depositata ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

Resiste il [C], con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo, la società denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 20, comma 4, d. lgs. 276/2003 e dell'art. 1418 c. c., sostenendo che il superamento del limite numerico stabilito dalla contrattazione collettiva non determina ex se la conversione dei rapporti di somministrazione in rapporti di lavoro subordinato. Rileva che la violazione della regola di cui all'art. 20, comma 4, d. lgs. 276/2003 non abbia carattere imperativo e che la sua violazione sia priva di sanzione, non essendo prevista la conversione dei contratti di somministrazione conclusi in eccedenza rispetto alla percentuale indicata nel c.c.n.l. in ordinari contratti di lavoro subordinato con l'impresa utilizzatrice, tenuto conto del fatto che è solo il lavoratore somministrato ad essere legittimato a promuovere apposita azione in giudizio, così come previsto dall'art. 27 d. lgs. 276/2003. All'eventuale violazione dei limiti numerici è comminata esclusivamente una sanzione amministrativa, ai sensi degli artt. 18, comma 3, e 28, comma 1, del d. lgs. 276/2003, essendo rimessa alla legittimazione esclusiva del lavoratore interessato la domanda avente ad oggetto la costituzione di un rapporto subordinato, e che solo nell'ipotesi in cui il contratto difetti di forma scritta potrebbe essere la domanda avanzata da lavoratore diverso da quello somministrato. Riporta giurisprudenza di legittimità riferita a lavoro interinale, ma trasponibile anche alla ipotesi in esame, secondo cui, nell'ipotesi di violazione dell'art. 1,

comma 8, l. 196/1997, ossia quando i prestatori di lavoro temporaneo superino la percentuale prescritta, non può sostenersi che la fattispecie legale non sia configurabile, come quando manchi la forma scritta del contratto di fornitura di lavoro temporaneo tra le due imprese e che vengano meno tutti i rapporti contrattuali instaurati, sia quello tra fornitrice ed utilizzatrice, che quello tra fornitrice e lavoratore. Sarebbe, invero, in tal caso, configurabile, secondo la ricorrente, un vizio interno al rapporto con l'utilizzatore che non può inficiare il rapporto a cui l'utilizzatore è estraneo, ossia il rapporto tra fornitore e lavoratore, e, non essendo integrata la violazione di norma imperativa, non è prevista specifica sanzione, per cui la stipulazione in numero eccedente rispetto alla percentuale indicata nel c.c.n.l. non determina l'instaurazione di un ordinario rapporto di lavoro subordinato tra lavoratore ed impresa utilizzatrice.

Con il secondo motivo, la ricorrente deduce la nullità della sentenza e del procedimento, ai sensi dell' art. 360, n. 4, c.p.c., per essere stata la decisione assunta in base ad un fatto non allegato dalla parte, costituito dalla fraudolenta riduzione della manodopera nel periodo antecedente il licenziamento. Osserva che, in realtà, nel ricorso introduttivo, il aveva eccepito unicamente la nullità del contratto di lavoro temporaneo stipulato con sette lavoratori, con conseguente inefficacia del presupposto dell'art. 22, comma 5, d. lgs. 276/03, attesa la violazione degli artt. 20, comma 4, e 21, comma 2, dello stesso d. lgs. e conseguente configurazione di un organico superiore a quindici dipendenti, in relazione al carattere irregolare e fraudolento della somministrazione in tal modo avvenuta.

Infine, con il terzo motivo, lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 1344 c.c., in relazione alla previsione di cui all'art. 22, comma 5, d. lgs. 276/2003, rilevando che, nell'ultima parte della motivazione della sentenza impugnata, la Corte di Ancona ha fatto esplicito riferimento ad una fattispecie non riscontrata nel caso di specie, ovvero al contratto in frode alla legge ex art. 1344 c. c. perché asseritamente utilizzato per diminuire fittiziamente il personale occupato stabilmente nel periodo di poco antecedente al licenziamento. Sostiene che, in ogni caso, qualora il giudice del gravame avesse voluto affermare che la frode alla legge era stata realizzata attraverso la stipulazione di contratti di somministrazione al fine di eludere la tutela reale di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, la stessa non sarebbe ravvisabile, in quanto lo strumento utilizzato (ovvero il

contratto di somministrazione) ha come effetto immediato e lecito la pretesa finalità illecita (ovvero l'esclusione del somministrato dal computo dei lavoratori), essendo tale esclusione prevista dalla specifica disposizione dell'art. 22, comma 5, d. lgs. 276/2003.

Il ricorso è infondato.

Nell'ipotesi all'esame è pacifico che sia stato superato il limite numerico previsto dal comma 4° dell'art. 20 d. lgs 276/2003 che, nello stabilire le condizioni di liceità del contratto di somministrazione, ha previsto, tra l'altro, "l'individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato" che "è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'art. 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368". L'art. 21, con riferimento alla forma del contratto, dispone che lo stesso, stipulato in forma scritta, contenga, tra l'altro, come previsto alla lettera d), l'indicazione del numero dei lavoratori da somministrare.

L'art. 27, a sua volta, prevede che, quando la somministrazione avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, lettere a, b, c, d ed e, il lavoratore possa chiedere, mediante ricorso giudiziale notificato anche soltanto all'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione. A tale sanzione, prevista per la violazione delle condizioni di utilizzo della somministrazione di lavoro, si affianca quella della nullità, contemplata per il caso di mancanza di forma scritta del contratto di somministrazione (art. 21, comma 4 d. lgs cit.).

In definitiva, oltre ai casi di nullità del contratto di somministrazione privo di forma scritta ai sensi dell'art. 21, comma 4, o di somministrazione fraudolenta, ai sensi dell'art. 28, su relative sanzioni penali ed amministrative (per tale ipotesi, la sanzione civile della nullità si desume dai principi generali di cui agli artt. 1344, 1345 e 1418 c. c. - cfr., al riguardo, Cass. 15.7.2011 n. 15610 -), è contemplata la possibilità di costituzione del rapporto lavorativo in capo all'utilizzatore nell'ipotesi di somministrazione irregolare, che si verifica, così come previsto dal combinato disposto del D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 27, comma 1, artt. 20 e 21, comma 1, lett. a), b), c), d) ed e), nei casi di contratto di somministrazione

concluso da un soggetto privo di autorizzazione o senza che ne siano indicati gli estremi, nei casi di inosservanza delle ragioni giustificative indicate all'art. 20, comma 4, per la somministrazione a termine, nei casi in cui si prescinda dalle esigenze indicate all'art. 20, comma 3 o di mancata indicazione delle stesse nel contratto, per la somministrazione a tempo indeterminato, nei casi di violazione dei limiti quantitativi indicati dalla contrattazione collettiva (cd. clausole di contingentamento), o di mancata indicazione di tali limiti, nel contratto di somministrazione a tempo determinato, qualora non venga indicata nel contratto di somministrazione la presenza di eventuali rischi per l'integrità e la salute del lavoratore e di relative misure di prevenzione ed, infine, quando nello stesso manchi l'indicazione della data di inizio e della durata prevista.

Nella specie la questione è diversa, tuttavia, da quella normalmente affrontata ove il ricorrente si avvalga dell'azione di nullità, ovvero di quella intesa ad ottenere la conversione del rapporto in capo all'utilizzatore e, per quanto impostata in modo suggestivo dalla difesa delle società - che prospetta la impossibilità di far valere la violazione della disposizione che prevede il rispetto del limite numerico nell'assunzione di lavoratori somministrati da parte di soggetto diverso da quello normalmente interessato e legittimato a denunciare il vizio del contratto -, deve essere riportata nell'ambito della sua specifica rilevanza giuridica. Non si tratta, invero, di domanda volta alla instaurazione di rapporti di lavoro ulteriori con l'utilizzatore, ma essenzialmente di far valere la esclusione della operatività della clausola di cui all'art. 22 comma 5 del d. lgs 276/2003, a tenore della quale "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". L'incidenza della violazione non si riverbera, a titolo di conseguenza sanzionatoria, sull'assetto contrattuale, nel senso della modificazione soggettiva delle parti del rapporto e della sua conversione a tempo indeterminato, ma unicamente sul piano della disciplina applicabile in caso di recesso intimato a lavoratori diversi da quelli somministrati, che possono beneficiare della tutela reale ove il datore di lavoro abbia contravvenuto alla disposizione che fissa la soglia del requisito numerico nell'assunzione di lavoratori somministrati. E tanto in conseguenza di una regola di carattere generale in forza della quale una disposizione di indubbia valenza favorevole al datore che assuma lavoratori somministrati non può negli stessi termini

valere allorché lo stesso datore contravvenga alle regole in tema di somministrazione, non potendo invocarsi la presunzione di un organico che si configura in modo fisiologico come di volta in volta modificabile al manifestarsi dell' esigenza di avvalersi dei servizi e delle attività enunciate e previste in via generale dall'art. 20, comma 3 e 4, d. lgs, in presenza delle quali si configura una ipotesi consentita di ricorso alla somministrazione.

La previsione di cui al comma 4 dell'art. 20 è relativa specificamente all' ipotesi di somministrazione a tempo determinato, che, come tale, è ancorata alla riscontrabile sussistenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, e, proprio per l'ampiezza della possibilità di utilizzo di tale tipologia contrattuale, è previsto, quale contemperamento alla stessa, il rispetto di un limite numerico nelle assunzioni.

La violazione della disposizione che impone il contingentamento, in rapporto ai limiti stabiliti dalla contrattazione collettiva (nello specifico di quello in numero di cinque lavoratori previsto dall'art. 17 c.c.n.l. per i dipendenti da aziende di gas ed acqua), non può che determinare, pertanto, sul piano delle conseguenze, l'impossibilità di invocare, da parte di chi si pone in contrasto con la suddetta previsione di legge, le conseguenze espressamente previste in tema di (non) computo dei lavoratori somministrati ai fini dell'applicazione di normative di legge, tra cui anche quella in tema di tutela reale conseguente al recesso datoriale (v. nello stesso senso Cass. 15.7.2011 n. 15610, in motivazione).

Quanto al secondo motivo di impugnazione, è sufficiente osservare che la decisione si fonda sulla considerazione che "la disposizione del comma 5 dell'art. 22 del decreto legislativo n. 276 del 2003 (...) si applica, per argomentazione *a contrariis* soltanto alla somministrazione regolare e non anche a quella fraudolenta" per cui "si deve ritenere che, viceversa, allorché la somministrazione di irregolare ovvero, a maggior ragione, fraudolenta il lavoratore temporanea debba essere necessariamente computato nell'organico dell'utilizzatore; e ciò proprio allo scopo di evitare che somministrazione irregolare raggiunga la sua illecita finalità" (così la sentenza impugnata).

Sotto tale aspetto, pertanto, la motivazione con la quale si fa riferimento ai normali criteri di individuazione dei limiti dimensionali per il tipo di tutela applicabile in favore del lavoratore licenziato, precisandosi che la regola debba essere normalmente riferita ai lavoratori legati da rapporto di subordinazione senza considerare la riduzione del numero dei dipendenti in prossimità del licenziamento (anche tramite l'espedito del ricorso alle prestazioni compensative di lavoratori somministrati oltre i limiti massimi contrattuali), è aggiuntiva rispetto alle considerazioni già svolte e quindi, anche se adottata al di là delle prospettazioni contenute in domanda, non incide sulla validità di quelle già di per sé da sole idonee a sorreggere la decisione. Peraltro, il ricorso fraudolento alla riduzione del numero dei dipendenti in prossimità del licenziamento viene richiamato in termini generali, per indicare come la condotta elusiva di norme inderogabili poste a tutela del lavoratore da parte del datore di lavoro comporti analoghe conseguenze in tema di riconoscimento del presidio della tutela reale in favore del primo.

Infine, deve osservarsi che non può condividersi quanto affermato nel terzo ed ultimo motivo con riguardo alla inconfigurabilità di un'ipotesi di frode alla legge sul rilievo che la stipulazione di contratti di somministrazione oltre il limite numerico sia stata preordinata a raggiungere un risultato immediato e lecito (esclusione del somministrato dal computo dei lavoratori come previsto dall'art. 22, comma 5, d. lgs. 276/2003), essendo palese che il ricorso alla tipologia del contratto di somministrazione sia stato correttamente considerato dal giudice del gravame come utilizzato dalla società in funzione del risultato, illecito, di eludere, attraverso l'abuso di strumento contrattuale e la distorsione della funzione ordinaria del mezzo contrattuale utilizzato, la disciplina in tema di tutela reale. Per di più, il ricorso allo strumento contrattuale utilizzato non era neanche consentito in presenza del superamento della soglia numerica dei lavoratori somministrati, sicché, come sopra evidenziato, era sufficiente già soltanto far valere l'irregolarità per farne conseguire l'inapplicabilità dell'art. 22 comma 5 d. lgs. 276/2003, con impossibilità di escludere dal computo dei lavoratori in organico aziendale quelli somministrati, assunti in dispregio delle norme in tema di somministrazione di lavoro.

Alla stregua delle esposte considerazioni il ricorso va respinto.

Le spese di lite del presente giudizio seguono la soccombenza della società ricorrente e si liquidano come da dispositivo, con distrazione dei compensi professionali in favore dell'avv. , dichiaratogi antistatario.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite del presente giudizio, liquidate in euro 100,00 per esborsi ed in euro 3500,00 per compensi professionali, oltre accessori come per legge, da distrarsi in favore dell'avvocato .

Così deciso in Roma, il 2.10.2013

Il Consigliere estensore

Roberto Aiello

Il Presidente

Fabrizio Miani

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA
Depositato in Cancelleria



oggi, 28 NOV. 2013

Il Funzionario Giudiziario
Dott.ssa Donatella COLETTA

Donatella Coletta