

**RIVISTA GIURIDICA
DEL LAVORO
E DELLA PREVIDENZA SOCIALE**

*Fondata da Aurelio Becca e Ugo Natoli
Diretta da Umberto Carabelli*

ANNO LXVII
Trimestrale
** aprile-giugno **
2/2017



EDIESSE

I

TRIBUNALE ROMA, 2.11.2016, ord. – Est. Pagliarini – P.Q. (avv. Salvagni) c. Randstad Italia Spa (avv.ti Rotondi, Quarto e Lipari).

Somministrazione di lavoro – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Cessazione del contratto di somministrazione – Mancanza di occasioni di lavoro – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Reintegrazione.

È illegittimo, con conseguente reintegrazione, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore somministrato a tempo indeterminato quando l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore per mancanza di occasioni di lavoro sia risultato un fatto evidentemente insussistente, avendo l'agenzia somministratrice assunto un altro lavoratore con profilo professionale fungibile per somministrarlo presso un soggetto utilizzatore operante nel medesimo settore del ricorrente. (1)

II

TRIBUNALE VELLETRI, 29.7.2016, ord. – Est. Falcione – A.L. (avv. Salvagni) c. E-Work Spa (avv.ti Fortunat, Monaco).

Somministrazione di lavoro – Rapporto di lavoro a tempo indeterminato – Cessazione del contratto di somministrazione – Mancanza di occasioni di lavoro – Licenziamento per g.m.o. – Manifesta insussistenza del fatto – Reintegrazione.

È illegittimo, con conseguente reintegrazione, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore somministrato a tempo indeterminato quando l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore per mancanza di occasioni di lavoro sia risultato un fatto evidentemente insussistente, non avendo l'agenzia somministratrice tenuto conto di un'opportunità lavorativa adeguata al profilo del ricorrente. (2)

(1-2) LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO
E SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

1. — Le decisioni in commento affrontano entrambe un tema non particolarmente diffuso in giurisprudenza, ma di sicuro interesse: quello di un lavoratore impiegato a tempo indeterminato presso un'agenzia di somministrazione di lavoro e licenziato

per giustificato motivo oggettivo correlato alla mancanza di lavoro dell'agenzia. In entrambi i casi, in cui la normativa *ratione temporis* applicabile è ancora quella di cui al d.lgs. n. 276/2003, i lavoratori avevano lavorato per lunghi periodi presso un singolo soggetto utilizzatore (del settore dell'editoria e della carta in un caso e del settore *automotive* nell'altro). Alla cessazione del contratto di somministrazione tra agenzia e impresa somministratrice (in entrambi i casi nell'estate del 2014), i lavoratori sono stati posti dapprima in disponibilità e successivamente licenziati per il perdurante stato di inoccupabilità e l'impossibilità di ricollocarli presso altri e diversi soggetti utilizzatori. In entrambi i casi, l'impugnato licenziamento, in relazione al quale si è infruttuosamente svolto il tentativo di conciliazione di cui all'art. 7, cc. 1 e 2, l. n. 604/1966, è stato ritenuto manifestamente insussistente e i lavoratori sono stati reintegrati presso le rispettive agenzie di somministrazione, secondo il combinato disposto dei cc. 4 e 7 del novellato art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Entrambi i giudici di prima istanza, infatti, hanno ritenuto all'esito delle rispettive istruttorie che, contrariamente a quanto affermato nell'atto di licenziamento, le agenzie di somministrazione avevano ricevuto delle offerte lavorative correlate alle concrete capacità dei lavoratori licenziati senza avviarli in missione o proporre almeno un colloquio con l'impresa richiedente. In particolare, nel caso sottoposto all'attenzione del giudice di Velletri l'agenzia avrebbe inviato presso un utilizzatore operante nel medesimo settore del ricorrente un altro lavoratore che è stato necessario assumere *ad hoc*, mentre nel caso del Tribunale di Roma sarebbe emersa un'opportunità lavorativa adeguata al profilo del ricorrente, che non era stato inviato presso il soggetto utilizzatore per lievi differenze di competenze non ritenute rilevanti dal giudice.

In entrambi i casi, si tratta di ordinanze emesse ai sensi dell'art. 1, comma 49, l. n. 92 del 2012. E invero, l'applicabilità del cd. rito Fornero nel caso di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato stipulato tra agenzia di somministrazione e lavoratore somministrato non sembra possa essere messa in discussione, stante la necessaria applicabilità in caso di recesso della l. n. 604/1966, ivi compresa la procedura di cui all'art. 7 in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e dell'art. 18 dello Statuto per i rapporti, come quelli in oggetto, stipulati anteriormente al marzo 2015. Diverso è invece il caso di rapporti di lavoro somministrato a tempo determinato, su cui rimangono tuttora diverse incertezze interpretative, soprattutto in relazione all'ambigua formulazione normativa di cui all'art. 1, c. 47, l. n. 92/2012, che parla di «questioni relative alla qualificazione del rapporto». Vi è chi ha ritenuto applicabile il rito speciale (C. App. Milano 23.5.2013, in *GLav.*, 2013, n. 30, 27), e chi, al contrario, ne ha escluso l'applicazione, visto che l'imputazione del rapporto a un soggetto terzo non rientrerebbe nei casi di qualificazione del rapporto (T. Milano 25.10.2012, in *FI*, 2013, I, c. 674).

2. — Per quel che riguarda la possibilità di recedere dal rapporto di lavoro somministrato, giova ricordare che il d.lgs. n. 276/2003 conteneva un unico riferimento esplicito alla cessazione del rapporto lavorativo all'art. 20, c. 2, con cui si prevedeva che, in caso di assunzione a tempo indeterminato, il lavoratore dovesse rimanere a disposizione del somministratore per i periodi in cui non è in missione, «salvo che esista una giusta causa o un giustificato motivo di risoluzione del contratto di lavoro». Era poi l'art. 22 che si preoccupava di precisare quali dovessero essere le norme applicabili

al rapporto di lavoro del lavoratore somministrato, richiamando la disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile, in caso di «somministrazione a tempo indeterminato», e il d.lgs. n. 368/2001, fatto salvo l'art. 5 per le successioni tra contratti e una deroga specifica in materia di proroga, in caso di «somministrazione a tempo determinato». Infine, l'art. 22, c. 4, prevedeva specificamente che, in caso di fine lavori connessi alla somministrazione a tempo indeterminato, non dovesse trovare applicazione la disciplina relativa ai licenziamenti collettivi ex art. 4, l. n. 223/1991, ma quella correlata ai licenziamenti individuali di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966. Si tratta di disposizioni poi riprese, pur con modalità in parte diverse, anche dal d.lgs. n. 81/2015.

Partendo da tali riferimenti normativi, si è quindi ritenuto che in caso di recesso dovessero trovare applicazione le regole già previste dall'ordinamento rispettivamente per i rapporti a termine o a tempo indeterminato. Nel caso di contratto di lavoro somministrato a tempo determinato, è possibile recedere unilateralmente prima della scadenza inserita in contratto, per entrambe le parti del rapporto, soltanto per una giusta causa ex art. 2119 c.c., con la esplicita possibilità, secondo quanto genericamente previsto dall'art. 1223 c.c., del risarcimento del danno alla parte non inadempiente. E, nel caso di contratto di lavoro somministrato a tempo indeterminato, la possibilità di licenziare deve essere ovviamente correlata a una giusta causa, o a un giustificato motivo soggettivo od oggettivo.

Ma è proprio in relazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore assunto dal somministratore a tempo indeterminato che sono sorti alcuni dubbi in dottrina. Se il richiamo contenuto inizialmente nell'art. 20, c. 2, e oggi nell'art. 34, c. 1, d.lgs. n. 81/2015, comporta che la cessazione del contratto di somministrazione a termine non può di per sé essere considerato un giustificato motivo oggettivo di licenziamento del lavoratore assunto a tempo indeterminato, «poiché si presume che la conclusione dell'assegnazione presso un utilizzatore rientri nelle vicende fisiologiche del rapporto di lavoro a tempo indeterminato» (Ciucciovino, 2004, 84; Ichino, 2004, 311), gran parte della dottrina ritiene che, nonostante qualche ambiguità contenuta nel testo normativo, neanche l'estinzione del contratto di somministrazione a tempo indeterminato possa di per sé giustificare il recesso dal rapporto di lavoro (Speziale, 2004, 309; Zappalà, 2004, 346; Calcaterra, 2016, 601). Si tratta, d'altra parte, di una posizione condivisa dallo stesso ministero del Lavoro, secondo cui il giustificato motivo oggettivo «non può coincidere con il venir meno del contratto di somministrazione, essendo configurabile solo allorquando risulti l'impossibilità di avviare ad altra missione il lavoratore, tenuto conto anche dell'infruttuoso decorso di un congruo periodo di disponibilità» (Circolare del ministero del Lavoro 22.2.2005, n. 7).

3. — La *ratio* di tale posizione, secondo cui il venir meno del contratto di somministrazione non può mai configurare di per sé una legittima ragione oggettiva, sembra in particolare correlata al rischio economico che si assume l'agenzia di somministrazione che impiega lavoratori a tempo indeterminato, in cui è fisiologica l'esistenza di periodi di disponibilità e la necessità di ricollocare di volta in volta lo stesso lavoratore. Il punto è, semmai, cercare di individuare quel *quid pluris* inerente «all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» che possa

configurare quella peculiare ragione economica sufficiente a giustificare il recesso nell'ambito di un rapporto di lavoro somministrato.

La questione è stata affrontata con specifico riferimento al caso in cui l'agenzia non avesse più occasioni di lavoro da offrire al lavoratore, che quindi è stato ritenuto un giustificato motivo di recesso, ma soltanto qualora la mancanza di lavoro sussista per un certo periodo di tempo, per il calcolo del quale in dottrina è stato proposto di utilizzare in via analogica le norme correlate al superamento del periodo di comporta (Ichino 2004, 311). La contrattazione collettiva, a sua volta, ha individuato un più preciso ambito temporale di riferimento per i lavoratori con più di 30 settimane di attività presso uno stesso utilizzatore. Secondo l'art. 25 del Ccnl delle agenzie di somministrazione del 2014, nel caso di «mancanza di occasioni di lavoro» l'agenzia deve avviare, mediante comunicazione a Forma.Temp, un'apposita procedura di messa in disponibilità di durata complessiva di 6 mesi nel corso della quale il lavoratore percepisce un compenso pari a 850 euro mensili, erogato dall'agenzia ma successivamente rimborsato da Forma.Temp: valore più elevato rispetto alla «normale» indennità di disponibilità di 750 euro stanziata direttamente dall'agenzia.

4. — Per quanto concerne la sanzione comminata, entrambe le sentenze in commento hanno ritenuto di poter reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato per manifesta insussistenza del fatto contestato, secondo quanto previsto dal novellato art. 18, c. 4, l. n. 300/70, perché, al contrario di quanto affermato, le agenzie avrebbero in realtà ben potuto ricollocare i lavoratori presso altre imprese utilizzatrici. Sembra innanzitutto da escludersi che tale circostanza sia stata interpretata dai giudicanti quale mancata attuazione dell'obbligo di *repêchage*. E in effetti le più recenti posizioni della giurisprudenza di merito sembrerebbero ritenere che, nel vigore del testo dell'art. 18 dello Statuto successivo al 2012, la violazione dell'obbligo di *repêchage*, il cui onere probatorio grava sul datore di lavoro (Cfr., da ultimo, Cass. 12 gennaio 2017, n. 618), potrebbe configurare soltanto l'indennità risarcitoria di cui al c. 5, e non la reintegrazione prospettata dal c. 4 dell'art. 18 (T. Torino 5.4.2016, in *redazionegiuffrè*, 2016; T. Varese 4.9.2013, in *FI*, 2013, n. 11, I, 3333; T. Roma 8.8.2013, in *RIDL*, 2014, n. 1, II, 167; T. Milano 29.3.2013, richiamato da Bolego, Nogler, 2014, 406; *contra*, in dottrina, cfr., per tutti, Carinci 2012, 527), così come l'eventuale violazione dei criteri di scelta nel caso di personale con mansioni fungibili (Cass. 8 luglio 2016, n. 14021).

Secondo i giudici, «l'impossibilità di ricollocazione del lavoratore per mancanza di occasioni di lavoro è risultato un fatto evidentemente insussistente» (Così T. Velletri 29.7.2016, in commento). Se la nozione della manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del g.m.o. è tuttora al centro di ampio dibattito (Per una recente ricostruzione, cfr. Varva, 2015, 116), il caso della somministrazione di lavoro si pone in maniera particolare.

Al di là della semplice non corrispondenza con quanto addotto dal datore di lavoro — ragione sufficiente nei casi in commento per decretare la reintegrazione del lavoratore illegittimamente estromesso —, bisognerebbe comprendere se le modalità con cui i giudici sono arrivati a tali decisioni non siano in qualche modo correlate al peculiare caso del g.m.o. nell'ambito della somministrazione. Si potrebbe, in effetti, ritenere che, al di là del dibattito sul ruolo esterno o interno del *repêchage* o dei criteri

di scelta nel «normale» g.m.o., proprio nel particolare caso della somministrazione tanto l'impossibilità di ricollocazione di un lavoratore quanto l'eventuale criterio di selezione tra professionalità fungibili rientrano tra gli elementi costitutivi del giustificato motivo. Proprio in quanto elementi ontologicamente necessari per comprendere se la mancanza di lavoro si è effettivamente prolungata per il tempo necessario a scindere quel rischio a carico dell'agenzia insito in tale tipologia di lavoro. Si tratta di un approccio interpretativo foriero di interessanti prospettive nell'ambito della fattispecie trilaterale della somministrazione, ma che necessita forse di un più ponderato approccio ricostruttivo per comprendere appieno quale possa essere il giusto equilibrio tra diritto del lavoratore somministrato e gestione produttiva e organizzativa dell'agenzia di somministrazione.

Le decisioni in commento divergono, poi, sul calcolo del parametro utilizzato a fini risarcitori, in entrambi i casi con riferimento al limite massimo di 12 mensilità, secondo i limiti della cd. reintegrazione debole. In un caso il giudice richiama l'ultima mensilità percepita prima del licenziamento, coincidente con l'indennità di disponibilità erogata nel corso della procedura prevista dal Ccnl in mancanza di occasioni di lavoro. Nel secondo caso, invece, viene presa a parametro l'ultima retribuzione percepita presso il soggetto utilizzatore.

È probabile che alla base di una tale divaricazione interpretativa vi possa essere il diverso approccio emerso in merito alla natura giuridica dell'indennità di disponibilità. In dottrina appare prevalente la tesi che ne riconosce la natura retributiva, soprattutto in virtù dell'assoggettamento alla contribuzione previdenziale (Ciucciovino 2004, 82), anche se da tutti i commentatori viene sottolineato come l'indennità di disponibilità remunera soltanto la disponibilità del lavoratore a riprendere il lavoro presso un diverso utilizzatore e non la prestazione lavorativa vera e propria. Da qui il diverso approccio dei giudici su quale debba essere «l'ultima retribuzione globale di fatto» percepita dal lavoratore da utilizzare ai fini del calcolo dell'indennità risarcitoria. Tra le decisioni in commento, nel secondo caso sembrerebbe prevalere l'idea del ripristino della situazione di disponibilità precedente all'avvenuta espulsione, anche con la probabile finalità di evitare un risarcimento superiore a quanto il lavoratore avrebbe percepito se non ci fosse stato il licenziamento. Nel primo caso, indubbiamente più favorevole al lavoratore, il giudice, con una interpretazione che parte comunque dalla lettera della legge, appare invece fermo nel ritenere che la «retribuzione» a cui il legislatore fa riferimento quale parametro dell'indennità risarcitoria non possa che essere quella «piena», direttamente correlata all'attività lavorativa, e che quindi sia necessario reperire l'ultima retribuzione percepita presso l'utilizzatore.

Riferimenti bibliografici

- Bolego G., Nogler L. (2014), *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in *DLRI*, 406 ss.
- Calcaterra L. (2016), *Lo staff leasing dall'ostracismo alla liberalizzazione*, in *RIDL*, n. 4, I, 601 ss.
- Carinci M.T. (2012), *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all'italiana*, in *DLRI*, 527 ss.

- Ciucciovino S. (2004), *Art. 22*, in Carinci F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, vol. II, Carinci M.T., Cester C. (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Assago, 63 ss.
- Ichino P. (2004), *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10.9.2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 294 ss.
- Speziale V. (2004), *Art. 20*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 327 ss.
- Varva S. (2015), *Il licenziamento economico*, Torino.
- Zappalà L. (2004), *Art. 22. La disciplina del rapporto di lavoro*, in De Luca Tamajo R., Santoro Passarelli G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 322 ss.

Lorenzo Giasanti

*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università di Milano «Bicocca»*