

N. R.G. 1577/2016



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
IL TRIBUNALE ORDINARIO di VELLETRI  
sezione lavoro 1° grado

Il Tribunale in composizione monocratica in persona della dott.ssa Raffaella Falcione quale Giudice del lavoro all'udienza del 22/05/2018 ha pronunciato mediante pubblica lettura del dispositivo e dell'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione la seguente

**SENTENZA AI SENSI DELL'ART.429 C.P.C.**

nella causa civile di primo grado iscritta al n. 1577/2016 R.G.A.L. e vertente

TRA

Ricorrente

rappresentata e difesa dall'avv. Sara Abate

E

„ in persona del legale

rappresentante pro-tempore,  
rappresentata e difesa dagli avv.ti

Resistente

P.Q.M.

Uditi i procuratori delle parti definitivamente pronunciando

1. Accerta e dichiara la sussistenza tra l [redacted] e la società [redacted] [redacted] .A. di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a far data dal 2.03.2010, con orario part-time al 50% fino al febbraio 2014 e all'81,58 dal marzo 2014 in poi, con inquadramento nella Posizione D del CCNL Sanità Privata e mansioni di infermiera.
2. Per l'effetto condanna la società [redacted] .p.A., in [redacted] persona del l.r. pro-tempore, a corrispondere alla medesima [redacted] le [redacted]



differenze retributive maturate dal 2.03.2010 al 15.02.2016, pari a complessivi € 32.185,40, oltre rivalutazione monetaria e interessi dal di della maturazione al saldo, per i titoli di cui in motivazione.

3. Condanna la società ..... p.A., in persona del l.r. pro-tempore, a ripristinare il rapporto di lavoro con la ricorrente e a corrispondere in suo favore le retribuzioni maturate dalla costituzione in mora del datore di lavoro (19.02.2016) all'effettivo ripristino del rapporto.
4. Rigetta la domanda di regolarizzazione della posizione della posizione previdenziale e assicurativa della ricorrente.
5. Condanna la società resistente a rimborsare alla ricorrente le spese processuali che vengono liquidate in complessivi € 4.000,00 oltre IVA, CPA e spese generali come per legge.

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

Il *thema decidendum* del presente giudizio s'incentra sull'accertamento della titolarità del rapporto di lavoro di ..... la quale, sul presupposto dell'esistenza di un appalto stipulato in violazione dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. 276 del 10.09.2003 tra la

..... S.p.A. e la ..... (prima) -di cui è stata formalmente dipendente dal 2.03.2010 all'1.11.2015- e tra la

..... e la ..... ra (poi) -di cui è stata formalmente dipendente dal 30.10.2015 al 15.02.2016-, chiede, convenendo in giudizio il solo soggetto che ne ha utilizzato la prestazione lavorativa, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. Chiede, altresì, la corresponsione delle differenze retributive conseguenti all'applicazione al rapporto di lavoro del CCNL Sanità Privata, con riferimento al livello di inquadramento D e orario part-time al 50% fino al febbraio 2014 e all'81,58 dal marzo 2014 in poi, pari alla somma complessiva di € 32.185,40, maggiorata degli accessori di legge.

Chiede, inoltre, che sia dichiarata la nullità/inefficacia dei licenziamenti del 31.10.2015 e del 15.02.2016 a lei intimati dalle società ..... ale e

Cooperativa, in quanto non provenienti dall'effettivo datore di lavoro e, conseguentemente, ordinare alla società convenuta di ripristinare il rapporto di lavoro e corrisponderle, anche a titolo di risarcimento, le retribuzioni spettanti dall'estromissione all'effettivo ripristino, calcolate sulla retribuzione lorda mensile di € 1.506,78.

Il processo veniva istruito a mezzo dei documenti prodotti dalle parti e con la prova per testi. All'odierna udienza, dopo la discussione, previa concessione di termine per note, sulle conclusioni rassegnate dai procuratori delle parti negli scritti difensivi e a verbale, la causa veniva decisa dando lettura del dispositivo e delle motivazioni della sentenza, ex art. 429 c.p.c..



Il ricorso è fondato e merita accoglimento nei termini di seguito indicati.

Prima di affrontare il merito della vicenda che ci occupa appare, quindi, utile affrontare, sia pure per brevi cenni, la complessa e delicata vicenda dell'elusione del divieto d'interposizione di manodopera realizzata attraverso la sottoscrizione di fittizi contratti di appalto di servizi.

Giova premettere che la legge 23 ottobre 1960 n. 1369, prima della sua abrogazione operata dal citato d.lgs. n. 276/2003, regolava la materia dell'interposizione di manodopera e degli appalti con un'impronta di forte disfavore nei confronti di pratiche di decentramento, ponendo un generale divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro e rafforzando il divieto con la previsione di una serie di sanzioni, anche penali.

L'art. 1, in particolare, poneva espresso divieto di affidare in appalto mere prestazioni di lavoro, divieto che, in caso di violazione, era sanzionato con il meccanismo secondo il quale il lavoratore veniva considerato alle dipendenze di colui che aveva effettivamente utilizzato la prestazione lavorativa. Pertanto, ai fini dell'operatività della sanzione, era necessario distinguere le ipotesi di appalto vietato, avente a oggetto mere prestazioni di lavoro, dall'appalto genuino, avente a oggetto un servizio con organizzazione di mezzi da parte dell'appaltatore e assunzione del relativo rischio d'impresa. La norma, peraltro, prevedeva una presunzione d'illegittimità dell'appalto qualora per l'esecuzione del contratto fossero utilizzati capitali, macchine, attrezzature forniti dall'appaltante.

Il legislatore italiano, quindi, tentava di reprimere quei fenomeni in cui lavoratori assunti da un datore-intermediario prestavano, concretamente, la loro attività in favore di un altro imprenditore committente, e ciò al fine di verificare, di volta in volta, le effettive capacità imprenditoriali ed organizzative dell'appaltatore. Purtroppo tale logica è divenuta nel tempo sempre più inadeguata rispetto al mutato contesto produttivo, caratterizzato da frequenti fenomeni di destrutturazione ed esternalizzazione dell'impresa, per cui, come detto, il d.lgs. n. 276/2003 (cd Riforma Biagi) ha determinato la formale soppressione dell'originario divieto di appalto di mere prestazioni di lavoro con il mantenimento, tuttavia, di un divieto generale riferibile alle ipotesi di somministrazione irregolare (art. 27) e fraudolenta (art. 28), da reprimere in quanto forme illecite attuate in violazione delle norme sulla somministrazione regolare, di cui agli artt. 20 e ss. del d.lgs. 276/2003.

Infatti, l'art. 29, comma 1, citato stabilisce che: ***"ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa"***.



L'appalto lecito si distingue, quindi, dalla somministrazione per due requisiti: a) l'organizzazione dei mezzi necessari; b) l'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore.

Quando l'impresa non è "autentica", perché priva di tali elementi (o di solo uno di essi), i lavoratori sono, di fatto, utilizzati dall'impresa appaltante e si è in presenza di una interposizione di lavoro in cui l'appaltante è il vero datore di lavoro.

Ne discende che, non essendo necessaria la componente materiale nella gestione dell'appalto, soprattutto negli appalti di servizi a "bassa intensità organizzativa", il giudice di merito è chiamato, caso per caso, a procedere ad un'indagine analitica finalizzata alla concreta individuazione degli indici di genuinità dell'appalto il cui primo indice è rappresentato dall'esistenza dei mezzi necessari per la sua esecuzione riferibili all'appaltatore che, come detto, in talune ipotesi, possono concretizzarsi anche nel solo "... esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto".

Pertanto, il primo indice di genuinità dell'appalto è rappresentato dalla "organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore" che, "in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto", può risultare anche "dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto".

Ne consegue che l'organizzazione dei mezzi va valutata in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, per cui nei casi di appalto c.d. "pesante" (che richiede l'impiego di importanti mezzi materiali), l'appaltatore, oltre al lavoro, dovrà anche necessariamente organizzare tali mezzi a prescindere dalla titolarità degli stessi; nei casi di appalto c.d. "leggero" o *labour intensive*, (in cui l'attività appaltata si risolve essenzialmente nel lavoro), è sufficiente l'organizzazione del solo lavoro, desumibile dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo da parte dell'appaltatore.

In definitiva, l'organizzazione dei mezzi può anche solo consistere nell'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, anche se, nella realtà fattuale, si tratta di un accertamento non sempre facile poiché negli appalti *labour intensive*, proprio per la loro natura, è spesso frequente l'ingerenza dell'appaltante nello svolgimento dell'attività.

Ciò detto, va, altresì, chiarito che il «servizio» dedotto in contratto, può coincidere con qualsiasi fase del ciclo produttivo del committente, anche se la Corte di Cassazione ha precisato che: ***"non è lecito l'appalto il cui oggetto consista nel mettere a disposizione del committente una prestazione lavorativa, lasciando all'appaltatore-datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (rilevamento delle presenze ai fini della determinazione della retribuzione, assegnazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione mediante le opportune sostituzioni), ma senza una reale organizzazione della prestazione stessa finalizzata ad un risultato produttivo autonomo"*** (cfr. Cassazione n. 17049/2008 secondo cui negli appalti «endoaziendali», caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività inerenti al complessivo ciclo produttivo del committente, per la



determinazione o meno della liceità dell'appalto è necessaria l'individuazione del soggetto effettivamente titolare del potere direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, con necessaria assunzione del relativo rischio, non essendo sufficiente la semplice gestione amministrativa del personale. Analogamente Cassazione n. 24625/2009).

Pertanto, anche nei casi in cui il servizio viene reso nell'ambito di una forma di coordinamento funzionale, e fisiologico, tra le due imprese, è necessario che l'appaltatore sia titolare di una vera organizzazione d'impresa, intesa anche in termini di forza lavorativa, e orientata alla realizzazione di un risultato autonomo.

Secondo quanto emerge dalla casistica giurisprudenziale possono, quindi, enuclearsi una serie di elementi di fatto utili ai fini della valutazione della genuinità dell'appalto, tra cui:

**Modalità operative di lavoro** nel senso che potrà configurarsi un appalto "genuino" quando è l'appaltatore a scegliere il numero dei dipendenti necessario ad eseguire l'opera o il servizio dedotti in contratto, in virtù delle sue competenze tecnico-professionali che gli consentono di stimare le unità lavorative presumibilmente necessarie per lo svolgimento dell'incarico; a scegliere la sostituzione dei lavoratori assenti, posto che solo costui può valutare la professionalità del personale assente e decidere, nell'ottica del raggiungimento del risultato finale, se sostituirlo con un altro dipendente, appartenente pur sempre alla propria compagine aziendale, in possesso delle medesime o differenti professionalità, oppure continuare l'esecuzione dell'opera o del servizio con quel deficit prestazionale venutosi a creare.

**Tempi di lavoro**, anche nei casi in cui è il committente a determinare le fasce orarie di esecuzione dell'appalto, dovrà essere l'appaltatore a fissare il *turn over* lavorativo, selezionando i dipendenti da adibire effettivamente a ogni turno, e ciò in quanto, benché le norme codicistiche riservano al committente un potere di controllo anche nella fase della esecuzione dell'appalto, tale forma di vigilanza non può certo tradursi nel potere direttivo e di controllo che è proprio del datore di lavoro.

**Gestione "a proprio rischio" da parte dell'appaltatore**, nel senso che nelle ipotesi di appalto genuino l'appaltatore assume su di sé il rischio della gestione dell'intera attività lavorativa complessivamente valutata, nonché quello dell'eventuale mancato raggiungimento del risultato connesso alla stipulazione dell'appalto. Di contro, nei casi in cui vi sia una correlazione tra il corrispettivo dell'appalto e il costo dei lavoratori in esso impiegati, si è verosimilmente all'interno del perimetro vietato dell'interposizione illecita. L'art. 1655 c.c. recita, infatti: "*l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro*", acquisendo l'espressione "a proprio rischio" un valore giuridico preciso nel senso che l'assunzione del rischio nell'esecuzione del rapporto contrattuale è a carico delle parti per quello che ciascuna vi impegna direttamente, quindi, nel caso dell'appaltatore, egli assume su di sé il rischio della gestione dell'intera attività lavorativa complessivamente valutata. **Nel caso di appalto genuino, pertanto, il committente deve il**



corrispettivo solo contro la prestazione del risultato (opera o servizio) originariamente pattuito; nell'appalto non genuino (interposizione illecita), invece, il committente retribuisce comunque l'appaltatore, a prescindere dal conseguimento di un risultato, per il solo fatto di aver svolto il lavoro, elemento che ricorre, ad es. quando il corrispettivo dell'appalto e il costo dei lavoratori in esso impiegati si equivalgono. In sintesi, può ragionevolmente escludersi di essere all'interno del perimetro vietato dell'interposizione illecita, che può sostanziarsi in qualunque comportamento negoziale (appalto, fornitura, contratto d'opera) quando si accerta che l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore e l'assunzione del rischio di impresa da parte di questi (più di recente Cass. lav. n. 6343/2013).

**Mancanza della qualifica di imprenditore del soggetto appaltatore** con la precisazione che negli appalti cd. "leggeri" (es. settore informatico o pulizie) la valutazione atterrà alla sufficienza dei "mezzi" immateriali utilizzati (know-how e lavoro).

**Effettività dell'esercizio del potere direttivo**: nel senso che nelle ipotesi di appalto non genuino il potere direttivo è esercitato, di fatto, dal committente. In tali casi gli indici rivelatori sono individuati dalla giurisprudenza nella: similitudine dell'orario di lavoro tra i dipendenti dell'appaltatore e quelli del committente; il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti dell'appaltatore ad opera del committente; l'esercizio di un controllo diretto sui dipendenti dell'appaltatore da parte di preposti del committente; la richiesta di ferie o permessi presentata dai dipendenti dell'appaltatore direttamente al committente; la valutazione degli aumenti retributivi rimessa al committente anche nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore; la scelta del numero dei dipendenti da utilizzare rimessa al committente; il controllo fiscale e contabile degli adempimenti dell'appaltatore ad opera del committente; la cura delle relazioni sindacali dei dipendenti dell'appaltatore da parte del committente.

L'ingerenza direttiva del committente non sussiste, invece, laddove le sue indicazioni **rientrano nei limiti di un indispensabile coordinamento funzionale fra imprese appaltatrici che non intacca la titolarità del potere di controllo sui dipendenti delle stesse**. La S.C. di Cassazione ha precisato, in proposito, che *"in tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro, anche nel regime di cui al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, così come già in quello di cui alla legge n. 1369 del 1960, per quanto la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore sia un indice dell'accordo fraudolento, ai fini della dimostrazione della sussistenza di quest'ultimo è necessario che dette disposizioni sono riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro anche in relazione alle effettive modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative"* (Sentenza n. 15615/2011) e che *"in tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro non è sufficiente, ai fini della configurabilità di un appalto fraudolento, la circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari dell'appaltatore, occorrendo verificare se le disposizioni impartite siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro, in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative, oppure al solo risultato di tali*



*prestazioni, il quale può formare oggetto di un genuino contratto di appalto"* (cfr. Cass. Sentenza n. 12201/2011).

**Mezzi e strumenti utilizzati:** con la precisazione che qualora il servizio o l'opera dati in appalto devono essere realizzati con l'utilizzo di beni e strutture del committente, assume specifico rilievo il tipo di gestione e di organizzazione posto in essere dall'appaltatore, che deve vantare una struttura imprenditoriale autonoma, con personale specializzato e con un determinato know-how, sviluppato svolgendo, nel tempo, la propria attività aziendale.

**Qualificazione dell'attività lavorativa:** è fondamentale, ai fini della "genuinità" dell'appalto, che l'attività posta in essere dal lavoratore rientri tra quelle normalmente fornite dall'appaltatore, appartenendo al suo tipico oggetto sociale. A seconda dell'oggetto dell'appalto, e delle dimensioni aziendali del committente, assume rilievo anche la distinzione, nella collocazione logistica, tra le due compagini lavorative.

**Tipologia e natura del compenso:** potrebbe essere sintomatica della non "genuinità" dell'appalto l'ipotesi in cui il contributo imprenditoriale dell'appaltatore risulti marginale o insignificante, come quando si riduca a un apporto di capitale nei limiti di quanto necessario a pagare le retribuzioni dei lavoratori utilizzati ovvero a coprire le singole voci che compongono il costo del lavoro, pur sempre in assenza dell'esercizio del potere direttivo e organizzativo nei confronti dei dipendenti impiegati nell'appalto.

Va, tuttavia, considerato che negli appalti in cui è predominante la mera organizzazione dei propri dipendenti ad opera dell'appaltatore (essendo servizi strutturalmente privi di materiali forniti dall'appaltatore), l'esercizio del potere direttivo e organizzativo dell'appaltatore nei confronti del proprio personale utilizzato nell'appalto costituisce, quindi, uno degli elementi più qualificanti di un contratto di appalto lecito, in quanto implica l'esclusione dell'intromissione del Committente nell'esecuzione dell'appalto (Cass. lav. n. 25270/2011).

*<<...merita di essere, innanzi tutto, ricordato come anche di recente la giurisprudenza di questa Suprema Corte abbia ribadito come costituisca regola generale dell'ordinamento lavoristico il principio secondo cui il vero datore di lavoro è quello che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, anche se i lavoratori sono stati formalmente assunti da un altro (datore apparente) e prescindendosi da ogni indagine (che tra l'altro risulterebbe particolarmente difficoltosa) sull'esistenza di accordi fraudolenti (fra interponente ed interposto) (così SU n. 22910/2006). Regola - giova soggiungere - che si è correttamente ritenuto non abbia perduto consistenza nemmeno a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 267 del 2003, dal momento che le forme di dissociazione fra titolarità del rapporto e destinazione effettiva della prestazione ivi previste debbono considerarsi come tipologie negoziali eccezionali, in deroga al principio che parte datoriale è solo colui 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, e l'interesse soddisfatto in concreto dalle prestazioni di quest'ultimo, con la conseguenza che chi utilizza tali prestazioni*



*deve adempiere tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo derivanti dal rapporto di lavoro medesimo.>> (Cass. lav. n. 12201/2011).*

In estrema sintesi, dunque, ai fini dell'individuazione dell'interposizione fittizia, deve identificarsi il datore di lavoro, ossia colui che esercita, in concreto, il potere direttivo e/o disciplinare sul lavoratore addetto al servizio oggetto dell'appalto.

Sotto il profilo probatorio ciò comporta la necessità per il giudice di verificare, in primo luogo, l'esistenza di un contratto di appalto tra la società utilizzatrice e la società datrice di lavoro, in secondo luogo la riconducibilità dell'attività svolta dal lavoratore al servizio concesso in appalto, e infine la genuinità dell'appalto rinvenibile dall'analisi della sussistenza o meno degli elementi sintomatici innanzi richiamati. Ciò posto, dovrà, altresì, accertare l'esistenza della subordinazione.

Venendo, quindi, al caso di specie, appare utile premettere che è pacifico tra le parti che la ricorrente, in possesso della laurea in Scienze Infermieristiche, nel periodo dal 2.03.2010 al 15.02.2016, ha prestato, senza soluzione di continuità, la propria attività lavorativa presso la *[Società]*, sita in Velletri *[Società]*, in particolare il primo anno con le mansioni di infermiera di Sala Operatoria addetta al servizio di Endoscopia e, dal marzo 2011 in poi, con le mansioni di infermiera della Sala Operatoria chirurgica.

La società convenuta contesta, infatti, solo la dedotta non genuinità del contratto di appalto, a tal fine, affermando, in fatto:

- che la ricorrente non indossava la stessa divisa fornita ai dipendenti della *[Società]*;
- che la cooperativa *[Società]* ha intrattenuto rapporto di appalto anche con altre strutture sanitarie quali il Gruppo *[Società]* e Villa *[Società]* per cui operano circa 250 dipendenti della cooperativa;
- che la richiesta di addetti della Cooperativa non avveniva mensilmente ma periodicamente, a mezzo e-mail indirizzate alla Cooperativa e provenienti dal Reparto Interessato, sulla base delle esigenze programmate e/o contingenti;
- che, in ogni caso, i conteggi allegati al ricorso sono erronei perché basati su una contrattazione collettiva inapplicabile al caso che ci occupa.

Ebbene va opportunamente evidenziato che, com'è noto, la legge 69/2009 ha novellato l'art. 115 c.p.c., codificando il c.d. principio di non contestazione, a norma del quale *"salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita"* e, pertanto, come detto l'accertamento demandato a questo giudicante si incentra, essenzialmente, sulla verifica della genuinità dell'appalto di servizi.

Ciò detto, va in primo luogo considerato che la società resistente non ha prodotto i contratti di appalto stipulati con le cooperative *[Società]* e *[Società]*, per cui tale circostanza





potrebbe, di per sé sola, essere sufficiente per accogliere la domanda proposta dalla Nardecchia.

Ed infatti, in virtù del quadro normativo di riferimento, e dei principi di diritti innanzi richiamati, risulta di tutta evidenza che, per operare la valutazione della genuinità dell'appalto, il Giudice deve imprescindibilmente prendere le mosse dall'esame delle clausole del contratto stipulato tra committente ed appaltatore.

Pertanto, in assenza del contratto è pressoché totalmente precluso al giudice di valutare in concreto "... se, a termini di contratto, la prestazione lavorativa debba essere resa nell'ambito di un'organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, in quanto finalizzata ad un autonomo risultato produttivo e, all'esito positivo di tale indagine, la concreta esecuzione del contratto e, quindi, l'esistenza, anche in fatto, dell'autonomia gestionale dell'appaltatore esplicitata nella conduzione aziendale, nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro." (Cass. n. 7034/2011) e, quindi, verificare la sussistenza degli indici di genuinità dell'appalto (modalità operative, i tempi di lavoro, distribuzione del rischio d'impresa, limiti del potere di controllo del committente, tipologie e natura del compenso),

Ma vi è di più.

Nel corso dell'istruttoria orale i testi esaminati hanno riferito quanto segue:

dichiarato: *"E' vero che la ricorrente assisteva il medico endoscopista del servizio di endoscopia della Casa di Cura resistente. La ricorrente quale assistente si occupava di preparare l'apparecchio per l'endoscopia e controllava a video i parametri che vengono registrati dal saturimetro. Assisteva nella fase del prelievo biptico, posizionava le sonde rettali se necessario. Preciso che i turni degli infermieri vengono stabiliti dal capo sala del blocco operatorio* per cui in astratto ogni infermiere può essere assegnato ad un servizio diverso sempre nel blocco operatorio. Sapevo che la ricorrente era socia della cooperativa come altri infermieri mentre invece io sono dipendente della casa di cura ma tutti svolgevamo le stesse mansioni. Non so dire se qualche responsabile della cooperativa si recasse presso la struttura per controllare i suoi dipendenti. E' vero che nei primi mesi del 2011 il capo sala incaricò di formare una nuova infermiera per tutto ciò che concerneva il servizio di endoscopia. E' vero che i ad un certo punto ha assegnato la ricorrente alla sala operatoria. E' vero che al momento in cui la ricorrente è stata assegnata alla sala operatoria il signor disponeva che venisse affiancata ad due infermieri dipendenti della clinica con maggiore esperienza. E' vero che collaborava con l'equipe operatoria ma ciò accadeva anche per gli altri infermieri dipendenti della cooperativa. E' vero che la ricorrente compilava la scheda operatoria che veniva inserita nella cartella clinica e ciò accadeva perché è compito di uno degli infermieri che assistono all'intervento compilare detta scheda al PC. Per accedere al PC doveva digitarsi una password utente che aveva anche la ricorrente e ciò anche al fine di identificare il nome dell'operatore che aveva redatto al scheda stessa. Ricordo che noi dipendenti della Casa di Cura abbiamo frequentato un corso per apprendere l'uso della predetta procedura denominata SAP ma non



ricordo se ha partecipato anche la ricorrente. E' vero che indossava la stessa divisa del personale dipendente ed utilizzava solo macchinari e strumenti messi a disposizione dalla Casa di Cura. Non so dire nulla sul capitolo R e S.".

Il ricorrente ha dichiarato: "Sono Capo Sala Infermieri del Blocco operatorio della Casa di Cura Madonna delle Grazie. E' vero che la Casa di Cura si avvale della attività dei soci della Cooperativa Futura a seconda delle necessità del Blocco Operatorio che possono variare nel tempo. E' vero che la richiesta che inoltravo al capo del personale riguardava solo la qualifica di infermiere professionale con esperienza di Sala Operatoria e la scelta nominativa veniva fatta dal referente della cooperativa. E' vero che i medici e gli infermieri del Blocco Operatorio indossano divise blu identiche che vengono messe loro a disposizione all'interno del blocco operatorio per una questione di sterilità. Per quanto è a mia conoscenza gli infermieri della Futura che lavorano presso altri reparti hanno una divisa diversa fornita dalla cooperativa e di un diverso tesserino di riconoscimento. Non mi risulta che la Casa di Cura abbia mai adottato provvedimenti disciplinari nei confronti della ricorrente. Preciso che noi dipendenti della casa di cura abbiamo un badge per registrare l'entrata e l'uscita mentre invece la ricorrente quale socia della cooperativa firmava un foglio presenza che io controfirmavo e trasmettevo al capo del personale per la loro trasmissione alla cooperativa. Confermo che le fotocopie dell'agenda che mi vengono poste in visione sono documenti da me compilati a mano (all 11 fasc. ric.)".

Il ricorrente ha dichiarato: "Sono dipendente della Casa di Cura resistente con le mansioni di coordinatore degli infermieri assegnati al reparto Day Hospital. Il Blocco Operatorio è un reparto a sé stante ma tutti i reparti sono organizzati nello stesso modo. E' vero che la presenza degli infermieri soci delle cooperative viene programmata secondo le esigenze variabili di tutti i reparti e quindi anche del Blocco Operatorio. La richiesta non è nominativa per cui sono le cooperative a scegliere quale personale inviare. I soci delle cooperative avevano divise diverse dagli infermieri dipendenti in quanto sulla divisa era indicato il nome della cooperativa. Ovviamente ciò non accedeva per quelli addetti alla sala operatoria che necessariamente dovevano indossare le divise ad hoc. Non mi risulta che la clinica abbia mai proceduto a contestazioni disciplinari nei confronti dei soci delle cooperative. Preciso che la programmazione relativa alle esigenze di presenza degli infermieri viene fatta pressoché quotidianamente ossia oggi per domani per cui se era necessario ricorrere ai soci delle cooperative ogni coordinatore e quindi io stesso inviavamo una e-mail alla cooperativa inoltrando la richiesta. E' del tutto possibile che la richiesta alla cooperativa sua stata rinnovata ogni giorno per 6 anni ma come ho detto era la cooperativa a inviare ogni volta la ricorrente e non un altro socio. I turni di lavoro degli infermieri sono predisposti dai coordinatori dei reparti ma al Blocco Operatorio come al Day Hospital i turni sono solo per mattina dalle 7,00 alle 14,00 o al più dalle 8,00 alle 15,00. L'orario di lavoro che avrebbe svolto l'infermiere della cooperativa era indicato nella stessa e-mail. Da circa 6 mesi



la Casa di Cura non si avvale più del lavoro dei soci delle cooperative che erano mediamente impiegati nella misura di 10/15 unità al giorno”.

ha dichiarato: “Sono stata socia-lavoratrice della Cooperativa Futura dal gennaio 2011 fino all’ottobre 2014 ed anche la ricorrente era socia lavoratrice. La ricorrente ha lavorato presso la [redacted] quale infermiera di sala operatoria del reparto di endoscopia e di altri reparti della Casa di Cura. E’ vero che nell’ambito delle varie equipe operatorie doveva collaborare con il medico per tutta la durata degli interventi. [redacted] era il capo sala degli infermieri addetti al blocco operatorio quale dipendente della Casa di Cura ed è vero che nei primi mesi del 2011 diede incarico alla ricorrente di istruire la neo assunta [redacted] a anche lei socia della Futura. E’ vero che sempre su disposizione del [redacted] nel marzo del 2011 la ricorrente venne assegnata alla sala operatoria di chirurgia e che per il primo anno la ricorrente era affiancata dagli infermieri [redacted] arco e [redacted] entrambi dipendenti della Casa di Cura. Anche presso la sala di chirurgia collaborava con l’equipe medica della Clinica interagendo per la riuscita dell’intervento. Le volte in cui la ricorrente era presente in sala ma non era strumentista ossia non era vestita sterile si occupava anche di predisporre il verbale ufficiale degli interventi chirurgici. Per fare ciò era munita di credenziali per accedere al sistema informatico di gestione della Casa di Cura ed era stata istruita dal [redacted] i per utilizzare il programma denominato SAP. La ricorrente indossava la stessa divisa che indossavano gli infermieri dipendenti della Casa di Cura e utilizzava macchinari e prodotti forniti dalla clinica. Se la ricorrente non poteva recarsi al lavoro doveva avvisare il [redacted] e ottenuta l’autorizzazione avvisava la cooperativa per la sostituzione e per inviare il certificato medico. Se invece si trattava di permessi bastava l’autorizzazione del Petrilli. Nei mesi estivi e nel periodo natalizio in cui venivano effettuati meno interventi il [redacted] i avvisava la ricorrente della sospensione e di quando avrebbe dovuto riprendere il servizio. Per quanto a mia conoscenza all’interno della Casa di Cura non era presente alcun referente della Cooperativa. Le presenze al lavoro erano registrate su un foglio di ingresso che veniva tenuto e vistato dal Petrilli. Anche i turni di lavoro venivano predisposti dal [redacted] e ricomprendevano tutto il personale. I turni ci venivano comunicati giornalmente”.

In estrema sintesi, dunque, è emerso che la ricorrente ha lavorato per più di cinque anni presso la Casa di Cura [redacted] con l’obbligo di osservare lo stesso orario di lavoro osservato dagli altri infermieri dipendenti della Casa di Cura e addetti ai Reparti Endoscopia e Chirurgia, secondo i turni predisposti dal Capo Sala Infermieri del Blocco Operatorio.

Inoltre, o meglio, soprattutto, è emerso che la [redacted] ha svolto per tutto il periodo per cui è processo le medesime mansioni svolte dai dipendenti della committente, stabilmente inserita nelle equipe operatorie, per cui non è dato comprendere quale fosse il “servizio” dato in appalto alla Cooperativa F [redacted] prima, e alla Cooperativa [redacted] poi.



E' emerso, altresì, che, anche volendo ritenere che le richieste di manodopera venissero inoltrate alla cooperativa appaltatrice "il giorno prima per il giorno dopo", circostanza invero in sé poco credibile, resta il fatto incontrovertibile che la a ha lavorato, come detto, senza soluzione di continuità, presso i suddetti Reparti per oltre cinque anni e che l'assegnazione alla Sala Operatoria di chirurgia è avvenuta su disposizione del medesimo ro, circostanza che, peraltro, confligge con la deduzione secondo cui le richieste di personale non fossero nominative, tenuto conto del fatto che gli infermieri addetti alla sala operatoria necessitano di un particolare addestramento che, infatti, risulta essere stato impartito alla ai colleghi "più esperti" dipendenti della Casa di Cura. E' emerso, ancora, che le richieste di eventuali permessi e le eventuali assenze andavano preventivamente comunicate al medesimo Capo Sala Infermieri del Blocco Operatorio. E' emerso, infine, che la ricorrente ha sempre utilizzato mezzi e strumenti di proprietà e forniti dalla committenza e che si è occupata della compilazione delle schede operatorie, per la parte di competenza degli infermieri, utilizzando il programma installato sul PC aziendale di cui aveva le credenziali di accesso. Quanto alle direttive di lavoro vale quanto già detto, con l'ulteriore precisazione che, tenuto conto della professionalità della figura dell'infermiere, quanto meno dopo i primi periodi di assegnazione ai singoli reparti, la subordinazione, sotto tale profilo, ne risulta attenuata.

La resistente, dal suo canto, non ha provato, e ciò anche tenuto conto dell'assenza di un contratto di appalto, che presso la Casa di Cura fosse presente un referente delle Cooperative con cui la committente si interfacciava senza avere rapporti diretti con i lavoratori addetti all'appalto, ed anzi le testimonianze acquisite depongono in senso contrario. Nulla è emerso sul rischio d'impresa in capo alle cooperative appaltatrici, né sulla tipologia e natura del compenso pattuito per lo svolgimento dell'appalto.

Nel caso di specie, può dirsi, in definitiva, che ricorrono tutti gli indici sintomatici della non genuinità del contratto di appalto di servizi, e che la società appaltatrice si limitava a raccogliere le presenze della ricorrente al solo fine di predisporre i prospetti paga mensili della stessa. Pertanto, pur in presenza di un cd appalto *labour intensive* -ossia di un servizio nel quale la realizzazione delle attività commesse richiede scarso uso di beni materiali e dipende, invece, in maniera decisiva, dalla prestazione del lavoro umano-, va considerato che l'attività oggetto dell'appalto era finalizzata a rendere un servizio non connotato da un risultato distinguibile rispetto all'attività d'impresa svolta dalla committenza, e difetta, in ogni caso, l'effettiva riferibilità all'appaltatore del potere conformativo della prestazione della quale addetta alle attività commesse, come potere di dirigere, in concreto, con un minimo necessario di autonomia la sua prestazione lavorativa nell'esecuzione del servizio, sia pure in conformità alle indicazioni del committente.



Sulla base di questo accertamento fattuale preliminare, va dichiarata la sussistenza tra le parti di un lavoro subordinato a tempo indeterminato, con decorrenze dal 2.03.2010, con orario part-time al 50% fino al febbraio 2014, e all'81,58 dal marzo 2014 in poi, con inquadramento della lavoratrice nella Posizione D del CCNL Sanità Privata a cui appartengono: *"Posizione D: Coordinatori (di: fisioterapisti, infermieri, logopedisti, terapisti occupazionali, educatori, assistenti sociali, ostetriche), Caposala, Capo tecnico, Direttore dei corsi di formazione professionale, Collaboratore amministrativo"*.

Gli indici retributivi concordati nel suddetto contratto collettivo, appaiono, peraltro, applicabili in via diretta posto che la contestazione sul punto mossa dalla società resistente va ritenuta del tutto generica in quanto pur affermando di non applicare ai propri dipendenti il CCNL Sanità Privata non ha indicato quello che di fatto applica. Ma in ogni caso gli istituti previsti dal predetto CCNL, sono utilizzabili come base parametrica al fine di individuare una retribuzione equa e proporzionata alla qualità e quantità dell'attività lavorativa espletata, di modo da garantire il principio di adeguatezza della retribuzione percepita al lavoro prestato, secondo i dettami stabiliti dell'art. 36 Cost..

La società Casa ..... persona del l.r. pro-tempore, pertanto, va condannata a corrispondere alla ricorrente le differenze retributive maturate dal 2.03.2010 al 15.02.2016, pari alla somma complessiva di € 32.185,40 come da conteggi allegati al ricorso (di cui € 22.381,87 per differenze retributive mensili; € 1.856,89 per differenze sulla 13ma mensilità; € 1.800,00 per premi incentivanti; € 745,67 per permessi non goduti; € 5.400,97 per differenze sul TFR), determinatesi dall'illegittima applicazione al rapporto di lavoro della Nardecchia del CCNL Cooperative Socio Sanitarie, così come risulta dai contratti di assunzione sottoscritti con le Cooperative di cui è stata formalmente dipendente.

Inoltre i conteggi sono stati solo genericamente contestati dalla resistente.

In proposito si ricorda che "nel rito del lavoro, il convenuto ha l'onere della specifica contestazione dei conteggi elaborati dall'attore, ai sensi degli artt. 167, primo comma, e 416, terzo comma cod. proc. civ., e tale onere opera anche quando il convenuto contesti in radice la sussistenza del credito, poiché la negazione del titolo degli emolumenti pretesi non implica necessariamente l'affermazione dell'erroneità della quantificazione, mentre la contestazione dell'esattezza del calcolo ha una sua funzione autonoma, sia pure subordinata, in relazione alle caratteristiche generali del rito del lavoro, fondato su un sistema di preclusioni diretto a consentire all'attore di conseguire rapidamente la pronuncia riguardo al bene della vita reclamato. Ne consegue che la mancata, o generica, contestazione in primo grado rende i conteggi accertati in via definitiva, vincolando in tal senso il giudice, e la contestazione successiva in grado di appello è tardiva ed inammissibile" (cfr. Cass. Sez. Lav., sentenza n. 4051/2011).



Si evidenzia, infine, secondo il costante e condivisibile insegnamento della Corte di legittimità, da cui non sussistono ragioni per discostarsi, che *“l'accertamento e la liquidazione dei crediti pecuniari del lavoratore per differenze retributive debbono essere effettuati al lordo delle ritenute contributive e fiscali, tenuto conto, quanto alle prime, che la trattenuta, da parte del datore di lavoro, della parte di contributi a carico del lavoratore è prevista, dall'art. 19, legge 4 aprile 1952, n. 218, in relazione alla sola retribuzione corrisposta alla scadenza, ai sensi dell'art. 23, comma primo, medesima legge; e che il datore di lavoro, che non abbia provveduto al pagamento dei contributi entro il termine stabilito, è da considerare - salva la prova di fatti a lui non imputabili - debitore esclusivo dei contributi stessi (anche per la quota a carico del lavoratore); ed atteso, quanto alle ritenute fiscali, che il meccanismo di queste inerisce ad un momento successivo a quello dell'accertamento e della liquidazione delle spettanze retributive e si pone in relazione al distinto rapporto d'imposta, sul quale il giudice chiamato all'accertamento ed alla liquidazione predetti non ha il potere d'interferire”* (cfr., per tutte, Cass. 11 luglio 2000, n. 9198, Cass. 15 luglio 2002, n. 10258 e Cass., n. 18584 del 7 luglio 2008, Cass. n. 19790 del 28 settembre 2011 e Cass., sez. lav., n. 3525 del 13 febbraio 2013, nelle quali ultime viene precisato che dall'importo lordo dovuto va detratto quello netto percepito nonché, più di recente, Cass., sez. lav., n. 12566 del 29 maggio 2014). Sui crediti della ricorrente spettano, inoltre, la rivalutazione monetaria e gli interessi legali sul capitale annualmente rivalutato dalle singole maturazioni al saldo (Corte Cost., 2 novembre 2000, n. 459 e Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2001, n. 38).

Alla costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della società committente, consegue l'inefficacia dei licenziamenti intimati a *1* *a* dalle società *operativa* *et* *à* Cooperativa, rispettivamente in data 31.10.2015 e 15.02.2016, in quanto *a non domino*, ossia non provenienti dall'effettivo datore di lavoro. Risulta, peraltro, documentato in atti che la ricorrente ha impugnato i suddetti atti di recesso in via stragiudiziale, inviando le relative missive del 16.11.2015 e del 19.02.2016, sia alla cooperativa di cui era al momento formalmente dipendente, sia alla Casa di Cura, chiedendo, contestualmente la costituzione del rapporto di lavoro in capo alla società committente. Venendo, quindi, alla domanda di ripristino del rapporto di lavoro, va precisato che il D.lvo n. 276/2003 detta la disciplina degli strumenti leciti all'interno della vicenda interpositoria (appalti, somministrazione, distacco), nonché quella sanzionatoria nelle ipotesi di somministrazione irregolare e appalto non genuino. L'impianto sanzionatorio previsto dal Decreto Legislativo n. 276 del 2003, consente al lavoratore, come detto, sia nelle ipotesi di somministrazione irregolare, che in quelle di appalto fittizio, di proporre di un ricorso giudiziale notificato, anche soltanto nei confronti del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, con cui richiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione o dell'appalto non genuini. Ebbene, le S.U. della Corte di Cassazione con la sentenza n. 2990/2018, sia pure affrontando la questione sotto un differente profilo, hanno affermato che, nel caso di specie, non potendosi



Sentenza n. 810/2018 pubbl. il 22/05/2018  
RG n. 1577/2016

applicare la disciplina propria di altre fattispecie, ed in assenza di norme derogatorie rispetto al diritto comune delle obbligazioni, è quest'ultimo il regime giuridico da applicare.

In particolare, a giudizio delle Sezioni Unite, deve ritenersi fuorviante il richiamo alla materia dei licenziamenti, in ordine alla quale sussiste una disciplina legislativa specifica e derogatoria rispetto al diritto delle obbligazioni, che riconduce i compensi dovuti dal datore di lavoro, in caso di accertata illegittimità del licenziamento, nell'ambito del risarcimento del danno. Non può farsi, quindi, riferimento, ai fini che qui rilevano, alla disciplina di cui all'art. 18 Stat. Lav., anche a seguito della novella disposta dalla legge 92/2012, che ha qualificato come risarcimento del danno l'indennità commisurata alla retribuzione per il periodo fra il licenziamento e l'effettiva reintegrazione.

Richiama, quindi, la giurisprudenza in tema di nullità del termine applicata anche alla cessione di contratto e all'ipotesi di interposizione fittizia secondo cui il danno forfezzato dall'indennità risarcitoria copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio", quello, cioè, che corre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto. A partire dalla sentenza con cui il giudice, rilevato il vizio della pattuizione del termine, converte il contratto di lavoro a tempo indeterminato, e' da ritenere che il datore di lavoro sia indefettibilmente obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva. Diversamente opinando, la tutela fondamentale della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato sarebbe completamente svuotata.

Sulla base degli spunti suggeriti dalla suddette pronunce le Sezioni Unite ritengono possa affermarsi che, nel momento successivo alla declaratoria di nullità dell'interposizione di manodopera, a fronte della messa in mora (offerta della prestazione lavorativa) nel caso di impossibilità della prestazione per fatto imputabile all'effettivo datore di lavoro (il quale rifiuti illegittimamente di ricevere la prestazione), grava su questi l'obbligo retributivo.

Dal rapporto di lavoro, riconosciuto dalla pronuncia giudiziale, discendono, infatti, gli ordinari obblighi a carico di entrambe le parti e, in particolare, con riguardo al datore di lavoro, quello di pagare la retribuzione, e ciò anche nel caso di *mora credendi* e, quindi, di mancanza della prestazione lavorativa per rifiuto di riceverla.

In sintesi, dunque, l'accertamento giudiziale della invalidità del contratto in violazione di norme imperative in tema di divieto di interposizione di manodopera in un appalto di servizi, comporta l'inefficacia del recesso del datore di lavoro formale e a tale accertamento consegue l'ordine giudiziale di ripristino del rapporto nei confronti del reale datore di lavoro (nella specie: l'impresa committente) e la condanna del datore di lavoro medesimo a corrispondere al lavoratore le retribuzioni medio tempore maturate dalla data di costituzione in mora, ossia dall'offerta della prestazione lavorativa, secondo i principi generali in tema di adempimento contrattuale nei contratti a prestazioni corrispettive.

La società Casa \_\_\_\_\_, in persona del l.r. pro-tempore, pertanto, va condannata a ripristinare la funzionalità del rapporto di lavoro con \_\_\_\_\_



secondo i parametri innanzi indicati, nonché a corrispondere alla medesima lavoratrice le retribuzioni maturata dalla data di costituzione in mora del datore di lavoro (PEC del 19.02.2016) all'effettivo ripristino del rapporto, pari alla somma lorda mensile di € 1.506,78.

Ve rigettata, invece, la domanda di regolarizzazione della posizione previdenziale e assistenziale della ricorrente in quanto l'interesse del lavoratore al versamento dei contributi previdenziali di cui sia stato omesso il pagamento integra un diritto soggettivo alla posizione assicurativa, che non si identifica con il diritto spettante all'Istituto previdenziale di riscuotere il proprio credito, ma è tutelabile mediante la regolarizzazione della propria posizione. Ne consegue che il lavoratore ha la facoltà di chiedere in giudizio l'accertamento dell'obbligo contributivo del datore di lavoro e sentirlo condannare al versamento dei contributi (che sia ancora possibile giuridicamente versare) nei confronti dell'ente previdenziale, purché entrambi siano stati convenuti in giudizio, atteso il carattere eccezionale della condanna a favore di terzo, che postula una espressa previsione, restando altrimenti preclusa la possibilità della condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi previdenziali a favore dell'ente previdenziale che non sia stato chiamato in causa (cfr. Cass. 19398/2014).

Le spese processuali seguono la soccombenza, ex art. 91 c.p.c., e vengono liquidate con in dispositivo.

Velletri, 22 maggio 2018

Il Giudice del Lavoro  
dott.ssa Raffaella Falcione

