



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**TRIBUNALE DI VELLETRI**  
**SEZIONE LAVORO**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il dott. Cesare Russo, in funzione di Giudice del lavoro, udita la discussione orale e le conclusioni delle parti, visto l'art. 281 *sexies* c.p.c., dà lettura della seguente

*sentenza*

nella causa iscritta al n. 3616/2007 R.G. controversie lavoro promossa

**da**

**DI GIOVANNI SILVANA**, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Muggia e dall'avv. Roberto Muggia per procura a margine del ricorso,

- ricorrente -

**contro**

**DITTA "LA PULICOSMO" di CASALI CATIA**, in persona del titolare, rappresentata e difesa dall'avv. Barbara Barbuscia per mandato a margine della memoria di costituzione,

- resistente -

**OGGETTO:** nullità del termine apposto al contratto di lavoro, crediti retributivi e risarcimento del danno.

**CONCLUSIONI:** per le parti, come nei rispettivi atti difensivi e nel ver-

Dec. n. 5/11/2012  
RG 3616/07

bale di udienza dell'1 marzo 2012.

### **FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE**

Con ricorso depositato in data 27 novembre 2007 la ricorrente in epigrafe ha convenuto in giudizio Casali Catia, titolare di ditta individuale, esponendo:

- di avere prestatato attività lavorativa subordinata alle dipendenze della convenuta con contratto a tempo determinato dal 19 settembre 2006 al 18 marzo 2007;
- di avere stipulato un contratto di lavoro a tempo parziale al 60% per 24 ore settimanali;
- di essere stata inquadrata nel II livello del C.C.N.L. Pulizie, espressamente applicato al rapporto per statuizione delle parti nel contratto individuale;
- di avere svolto mansioni di operaia generica addetta alle pulizie negli uffici, locali e mense indicati dalla parte datoriale;
- di avere osservato un orario lavorativo pari a 26,5 ore settimanali, nonché 5 ore settimanali di lavoro notturno (dalle 5.00 alle 6.00 del mattino), senza ricevere le maggiorazioni previste dall'art. 39 del C.C.N.L. di settore;
- di avere ricevuto le mensilità accessorie ed il t.f.r., corrispondentemente, in misura inferiore al dovuto, e di non avere fruito di ferie e permessi senza percepire la relativa indennità sostitutiva;
- di avere maturato un credito complessivo di € 1.831, come da conteggio analitico formulato in ricorso, al cui pagamento ha chiesto la condanna della resistente, oltre accessori di legge;

- di essere stata assunta in violazione del disposto dell'art. 1 del D. Lgs. n. 368/2001, mancando qualsivoglia causale atta a giustificare l'apposizione del termine contrattuale, con nullità del termine finale di durata del contratto di lavoro stipulato tra le parti e sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ancora in corso;

- di avere diritto ad essere riammessa in servizio e di ricevere, anche a titolo risarcitorio, le retribuzioni percipiende dalla data di offerta della prestazione lavorativa sino all'effettiva riammissione in servizio, oltre accessori di legge, con conseguenziale condanna in tal senso del datore di lavoro.

Ritualmente instaurato il contraddittorio, si è costituita la resistente, contestando la fondatezza della domanda e chiedendone il rigetto.

La causa è stata istruita con l'acquisizione dei documenti prodotti e con prova orale.

Entrata in vigore la norma contenuta nell'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2011 ed assegnato termine a parte ricorrente per integrare la domanda secondo la previsione del comma 7 dell'articolo, nonché a parte resistente per prendere posizione sul punto, all'udienza dell'1 marzo 2012, sulle conclusioni rassegnate dalle parti nei rispettivi atti difensivi, e richiamate nel verbale di causa, la controversia è stata decisa.

Così individuato il *thema decidendum* alla stregua delle allegazioni contenute nel ricorso introduttivo e nella memoria di costituzione, che valgono a fissare in via definitiva l'ambito dell'accertamento giudiziario, il ricorso è parzialmente fondato e va accolto per quanto di ragione.

Non sussiste contestazione tra le parti in ordine all'effettiva stipu-



lazione del contratto di lavoro a tempo determinato e parziale indicato in ricorso, né sul trattamento economico percepito alla stregua delle previsioni del C.C.N.L. Pulizia, applicato al rapporto in quanto espressamente richiamato nel contratto individuale, per il livello di inquadramento pattuito.

Si tratta, pertanto, di dati di fatto pacificamente acquisiti al processo, tanto più che risultano comprovati dalla produzione documentale offerta da entrambe le parti.

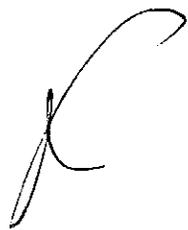
Per contro, sussiste contestazione in ordine alla sussistenza di attività lavorativa prestata in eccedenza rispetto alle 24 ore settimanali pattuite, nonché anche in orario notturno (dalle 5.00 alle 6.00) e sulla legittimità dell'apposizione del termine al contratto di lavoro.

È opportuno trattare distintamente i due capi di domanda.

Quanto al primo, che costituisce il retroterra fattuale da cui muovono tutte le pretese retributive azionate sino alla data di scadenza del termine negoziale pattuito, l'istruzione probatoria svolta non ha suffragato la prospettazione offerta in ricorso, non consentendo l'assolvimento del relativo onere gravante sulla lavoratrice, secondo il disposto generale dell'art. 2697 c.c., in ordine ai fatti costitutivi dei diritti di credito azionati.

Invero, nessuno dei testi escussi ha saputo riferire in modo preciso e circostanziato in ordine al superamento dell'orario di lavoro pattuito, né in merito ad un orario lavorativo notturno eventualmente osservato.

Tanto la teste Brugnoli - ex collega di lavoro -, quanto la teste Gravina, direttrice della "Graf 3", che aveva sottoscritto il contratto di



appalto per le pulizie con la convenuta, pienamente qualificati a deporre in quanto direttamente a conoscenza di circostanze di fatto quotidianamente ricadute sotto la loro sfera di percezione visiva – e sulla cui attendibilità intrinseca non sono emersi dubbi di sorta –, hanno riferito come effettivo l'orario lavorativo indicato dalla parte datoriale e contenuto entro le 24 ore settimanali; per contro, non è emerso che la ricorrente lavorasse presso la Dieffe con un orario che, sommato a quello precedente, determinasse un superamento di quello previsto; inoltre, le testi hanno escluso che le pulizie iniziassero alle 5.00 del mattino, rappresentando che, per contro, avevano inizio alle ore 6.00 (cfr. verbale di udienza del 3 dicembre 2009).

Del tutto priva di attendibilità è la deposizione della teste Di Mordica, la quale non ha mai assistito alla prestazione lavorativa della ricorrente e ha riferito di circostanze conosciute *de relato* dalla diretta interessata, sicché la sua deposizione, in quanto non supportata da alcun elemento estrinseco, non può essere utilizzata per comprovare l'orario lavorativo assertivamente svolto dalla Di Giovanni (cfr. verbale di udienza del 3 dicembre 2009).

Parimenti non dovuti sono compensi per ferie o per permessi non fruiti, perché la lavoratrice non ha assolto l'onere di dimostrare di avere reso la propria prestazione lavorativa nel corso dell'anno senza fruire di giornate di ferie o di ore di permessi.

Da questo angolo di visuale, non ignora questo giudice l'orientamento, sostenuto da una parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui compete all'imprenditore, cui spetta di definire le modalità

di fruizione delle ferie annuali dei dipendenti e che è in possesso dei dati di natura contabile da cui ricavare la ripartizione delle energie lavorative per coprire la fase produttiva annuale dell'azienda, offrire la prova di avere fatto fruire al lavoratore le ferie a questo spettanti (cfr. Cass. 5 ottobre 2000, n. 13258).

Tuttavia, ritiene il decidente di aderire al prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità e della migliore dottrina, riaffermato anche di recente dalla Suprema Corte (cfr. Cass. 9 agosto 2005, n. 16761, Cass. 25 settembre 2004, n. 19303 e Cass. 21 agosto 2003, n. 12311), che valorizza il profilo di emolumento di natura retributiva dell'indennità sostitutiva delle ferie, perché non solo è pur sempre connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma è altresì da porre in relazione ad un'attività lavorativa prestata ugualmente dal lavoratore, nonostante la violazione di norme poste a sua tutela, con la conseguenza di essere assoggettata anche ai contributi previdenziali.

Muovere da questa premessa equivale a ritenere che l'espletamento di attività lavorativa eccedente la normale durata del periodo di lavoro annuale rappresenti un fatto costitutivo dell'indennità suddetta, con la conseguenza che, in base ai principi generali sul riparto dell'onere probatorio, di cui all'art. 2697 c.c., incombe su chi agisce dimostrare la fondatezza della propria pretesa, cioè, nel caso di specie, l'aver lavorato ininterrottamente, o, più precisamente, di avere protratto la prestazione lavorativa oltre i limiti di durata annuali derivanti dal proprio diritto di fruire delle ferie.

Peraltro, la Suprema Corte ha avuto cura di precisare che è del tutto irrilevante il maggiore agio che potrebbe avere il datore di lavoro a provare il fatto in questione, non potendo questa circostanza, da sola, costituire una valida ragione per sovvertire le regole probatorie generali.

In altri, termini, l'obbligazione di pagamento dell'indennità sostitutiva sorge per effetto e quale conseguenza di un fatto storico costitutivo, ossia lo svolgimento di attività lavorativa eccedente quella dovuta da parte del lavoratore (cfr., di recente, Cass. n. 26985 del 22 dicembre 2009), sicché soltanto ove sia provata la sussistenza dell'obbligazione di pagamento questi potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento datoriale, a fronte del quale la resistente avrebbe a sua volta l'onere di provare l'esatto adempimento.

Viceversa, nessun riscontro fattuale è stato fornito all'esito dell'istruzione svolta, con rigetto del capo di domanda.

Vanno disattese, pertanto, tutte le domande relative a pretese differenze retributive maturate sino alla conclusione di fatto del rapporto, avvenuta alla scadenza del termine di durata apposto al contratto medesimo.

Il secondo capo di domanda, viceversa, è fondato nei termini e per le ragioni di cui appresso.

Invero, il contratto di lavoro a tempo determinato stipulato tra le parti non contiene alcuna specificazione in ordine alla causale dell'assunzione, limitandosi a prevedere l'arco temporale entro cui avrebbe spiegato i propri effetti.

Tale lacuna del testo negoziale integra, in via preliminare ed as-

sorbente, una ipotesi di nullità parziale, risultando irrilevante accertare nel merito se vi fossero, nell'arco temporale in cui il contratto ha trovato esecuzione, le ragioni ex post allegate dal datore di lavoro in memoria di costituzione, assertivamente consistenti in un incremento di lavoro in un periodo dell'anno.

Il nuovo sistema sulle assunzioni a termine disegnato dal D. Lgs. n. 368/2001, sostituendo ed abrogando ogni altra previsione di legge non richiamata nel provvedimento normativo e con essa incompatibile, ha ampliato il novero delle ipotesi generali di assunzione a termine, affiancando a ragioni di carattere sostitutivo anche quelle di natura tecnica, produttiva ed organizzativa, e prevedendo, al comma 2 dell'art. 1, che *"l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1"*.

È vero che, in precedenza, l'art. 1 della legge n. 230/1962, testualmente affermava il principio che *"il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato"*, formulazione normativa non contemplata inizialmente nell'art. 1 del D. Lgs. n. 368/2001 e inserita soltanto dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007.

Tuttavia, costituisce principio interpretativo pressoché pacifico in giurisprudenza, nonché di gran lunga maggioritario in dottrina, quello per cui la fisiologica durata a tempo indeterminato del contratto costituisca l'architrova su cui poggia l'intero sistema lavoristico.

Infatti, il dato testuale offerto dalla norma, che consente l'apposizione del termine soltanto nelle ipotesi elencate, interpretato se-

condo il principale criterio ermeneutico contenuto nell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale (preleggi), è inequivoco nel senso che, se non sussistono le condizioni sopradette, non è consentita l'apposizione del termine di durata; questa, pertanto, costituisce un'esplicita deroga alla regola generale, ammissibile soltanto in ipotesi tassative.

In effetti, l'*incipit* normativo per cui l'apposizione di un termine sia consentita soltanto alla presenza di determinati presupposti allude senza possibilità di dubbio al fatto che l'elemento accidentale del contratto costituisca una ipotesi eventuale e circoscritta in quanto a condizioni di legittimità, a fronte della regola generale per cui il contratto di lavoro non presenta termine di durata.

Coerentemente e conseguentemente, alla norma di legge in questione deve essere attribuita portata imperativa, dal momento che le parti, nemmeno quelle collettive, non possono derogarvi, stabilendo nuove fattispecie di assunzione a termine.

In particolare, il legislatore ha previsto espressamente l'abrogazione dell'art. 23 della legge n. 56/1987, la quale consentiva alle parti collettive di individuare altre legittime ragioni idonee a giustificare l'apposizione del termine, oltre quelle già direttamente previste dalla legge.

L'ordinaria natura a tempo indeterminato del contratto di lavoro subordinato, in definitiva, è direttamente desumibile dal testo di legge, sia pur in assenza di un *incipit* formale quale l'esplicita previsione in tal senso, in precedenza contenuta nell'art. 1 della legge n. 230/1962.

Tale affermazione trova ulteriore conferma dall'esame dei lavori preparatori, nel corso dei quali era stato inizialmente proposto di attribuire al contratto di lavoro a tempo determinato ed a tempo indeterminato pari dignità, parificandoli nel sistema ordinamentale, senza che poi il testo finale approvato abbia riprodotto una siffatta formulazione.

A ciò si aggiunga che la natura normalmente indeterminata del rapporto di lavoro si pone in sintonia con la normativa comunitaria, contenuta nella direttiva n. 1999/70/CE del 28 giugno 1999, relativa all'attuazione dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato – di cui il D. lgs. 368/2001 rappresenta attuazione –, la quale non sembra lasciare adito a dubbi circa la permanente specialità del contratto di lavoro a tempo determinato.

Intanto, *"i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune del rapporto di lavoro"* – si legge in apertura del preambolo (ed, in sostanziale conformità, al punto 6 delle considerazioni generali) dell'accordo-quadro – contestualmente riconoscendo, tuttavia, che *"i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori"*.

Coerentemente, *"l'utilizzazione di contratti del lavoro a tempo determinato"* – come pure si legge nell'accordo-quadro (punto 7 delle Considerazioni generali) – *"é basata su ragioni oggettive"*.

Queste restano, quindi, elementi essenziali del tipo contrattuale del lavoro a tempo determinato, appunto, e ne confermano la permanente specialità.

La stessa direttiva prevede, altresì, espressamente (clausola 8, pa-

ragrafo 1, dell'accordo-quadro che ne risulta attuato) il principio del *favor*, che consente a Stati membri e parti sociali di "mantenere o introdurre disposizioni più favorevoli per i lavoratori di quelle stabilite nel presente accordo", nonché che "l'utilizzazione di contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi" (clausola 7 delle considerazioni generali dell'accordo quadro).

Per quanto il preambolo della direttiva comunitaria non abbia specifica portata cogente, è tuttavia indiscutibile che un'interpretazione che, negando il dato testuale dell'art. 1 del D. lgs. n. 368/2001, dubiti della fisiologica natura a tempo indeterminato del rapporto di lavoro non sarebbe orientata secondo i dettami del diritto sovranazionale.

Da ultimo, la Corte di legittimità ha condivisibilmente ribadito che "l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Pertanto, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, e pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza delle dette ragioni, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dello stesso art. 1 citato nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE (recepita con

*il richiamato decreto), e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato, tracciato dalla Corte cost. n. 210 del 1992 e n. 283 del 2005, all'illegittimità del termine ed alla nullità della clausola di apposizione dello stesso consegue l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato" (cfr. Cass., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985).*

Sotto questa angolazione, l'apposizione di un termine al contratto di lavoro, consentita dall'art. 1 del D. Lgs. 368/2001 a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che devono risultare specificate, a pena di inefficacia, in apposito atto scritto, impone al datore di lavoro l'onere di indicare in modo circostanziato e puntuale, al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto, le circostanze che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle esigenze del datore di lavoro, nell'ambito di un determinato contesto aziendale, la prestazione a tempo determinato, sì da rendere evidente la specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata a realizzare e la utilizzazione del lavoratore assunto esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata ed in stretto collegamento con la stessa (cfr. Cass., sez. lav., n. 10033 del 27 aprile 2010 e Cass., sez. lav., 27 gennaio 2011, n. 1931).

Si tratta di una specificazione necessaria, ai sensi di legge, nell'ambito del testo negoziale, e, dunque, di un elemento essenziale e di un requisito necessario della fattispecie delineata dal legislatore per la

validità dell'apposizione del termine.

Sicché non è sufficiente l'elencazione di generiche esemplificazioni delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive che possono valere per ogni tipo di azienda, ma è indispensabile, al fine di assolvere all'onere di specificazione, l'indicazione precisa e dettagliata delle ragioni che hanno indotto la società a sostituire lavoratori in organico con lavoratori assunti con contratto a tempo determinato.

In altri termini, per ritenere soddisfatto il requisito formale di cui al comma 2 è necessario inserire nel testo contrattuale elementi sufficienti per il controllo sulla reale sussistenza delle ragioni menzionate, al fine di consentire al lavoratore, sin dall'assunzione, di individuare le reali esigenze alle quali il datore di lavoro ha inteso sopperire con la stipulazione del contratto a tempo determinato.

L'assenza di qualsivoglia specificazione nel testo contrattuale della ragione oggettiva dell'assunzione a tempo determinato della ricorrente comporta l'applicazione del disposto del comma 2 dell'art. 1, secondo cui l'apposizione del termine è senza effetto.

Ricorre, pertanto, una ipotesi di nullità parziale del contratto di lavoro, specificamente, della clausola del termine, sicché il contratto, depurato dell'elemento nullo, per il resto mantiene i suoi effetti, secondo la previsione generale dell'art. 1419 c.c..

Specificamente, la nullità della clausola di apposizione del termine non caduca l'intero regolamento negoziale (comma 1 dell'art. 1419 c.c.), salvo che non risulti che le parti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità (comma 2 dell'art. 1419 c.c.).



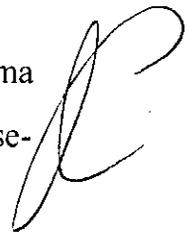
A parte che nel sistema della nullità, secondo il costante insegnamento della Suprema Corte, quella della conservazione degli effetti del negozio rappresenta la regola, mentre la caducazione dell'intero contratto per l'essenzialità di una clausola costituisce, invece, l'eccezione a tale regola (cfr., di recente, in fattispecie di nullità della clausola di riduzione dell'orario, Cass., sez. lav., n. 24476 del 21 novembre 2011), nessuna previsione in ordine alla natura essenziale della clausola di durata è contenuta nel testo contrattuale del 19 settembre 2006, né è comunque ricavabile dalla comune volontà espressa dalle parti, né è stata eccepita dalla resistente.

Il rapporto intercorso tra le parti, pertanto, è a tempo indeterminato sin dalla stipulazione negoziale.

Va disattesa la tesi difensiva della resistente secondo cui la causale indicata in memoria di costituzione come ragione giustificatrice dell'apposizione del termine, in quanto contemplata nel C.C.N.L. Pulizie del 25 maggio 2001, precedente al D. Lgs. n. 368/2001, e pattuita secondo la delega contenuta nell'art. 23 della legge n. 56/1987, sarebbe idonea a sorreggere, sul piano causale, la clausola negoziale.

Ai sensi dell'art. 11 del D. Lgs. n. 368/2001 tale ultima normativa complessiva è stata abrogata; peraltro, il secondo comma dell'articolo ha previsto che le clausole dei C.C.N.L., stipulati in forza della previsione generale dell'art. 23 L. n. 56/1987, mantenessero efficacia fino alla loro scadenza, salvo pattuizioni contrarie.

È vero che il C.C.N.L. pulizie del 25 maggio 2001, stipulato prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 368/2001, stabiliva all'art. 11 una se-



rie di causali atte a giustificare l'assunzione a tempo determinato, tra cui quella di fronteggiare un periodo di intenso lavoro, invocata dalla parte datoriale.

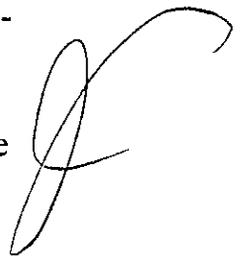
Tuttavia, l'ultrattività della clausola negoziale non affranca il datore di lavoro, in relazione ai contratti individuali stipulati dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. n. 368/2001, dall'onere di indicare la specifica causale dell'assunzione di quel determinato lavoratore in quel determinato periodo, volta, come sopra osservato, a garantire la tutela del lavoratore medesimo da possibili abusi.

Nel testo del contratto di lavoro stipulato tra le parti nessun richiamo è stato effettuato alle fattispecie contemplate nell'art. 11 del C.C.N.L. del 2001, tenuto peraltro in considerazione che l'articolo disciplina una molteplicità di situazioni eterogenee e non fra di loro sovrapponibili, sicché sarebbe stato specifico onere indicare a quale di esse avesse inteso fare ricorso il datore di lavoro.

Né vale ad integrare il requisito di specificità il mero richiamo al C.C.N.L., in quanto detto richiamo è stato contemplato, in termini del tutto generici, per quanto non regolato dal contratto, sicché non è dato in alcun modo comprendere quale delle ipotesi della fonte collettiva specificamente giustificasse la durata temporanea del rapporto.

Giova, peraltro, osservare che la resistente non ha offerto in produzione il contratto collettivo del 25 maggio 2001, non consentendo di verificarne l'effettiva vigenza alla data della stipulazione negoziale oggetto di controversia.

Dalla produzione documentale della lavoratrice, tuttavia, emerge



una scadenza della parte economica al 31 maggio 2003 e della parte normativa al 31 maggio 2005 (cfr. doc. n. 1), in ossequio alla durata ordinaria quadriennale delle norme collettive di diritto comune, sicché deve in ogni caso escludersi che le ipotesi idonee a giustificare il termine contrattuale ivi contemplate, mantenute in vigore in via eccezionale e transitoria, potessero in qualche modo trovare applicazione anche alla fattispecie controversa.

Quanto alla domanda di condanna al pagamento delle retribuzioni *medio tempore* maturate e non percepite a causa dell'illegittima interruzione del rapporto di lavoro, domandate in via subordinata in ricorso anche a titolo risarcitorio, occorre prendere le mosse dal recente intervento normativo contenuto nell'art. 32, comma 5 e 6, della legge n. 183/2010 (c.d. collegato al lavoro), che così statuisce:

*“5. Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.*

*6. In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà”.*

È dibattuto il significato da attribuire al precetto contenuto nel comma 5 dell'art. 32.

Non sussistono dubbi interpretativi di sorta, a parere del decidente, che, alla stregua del tenore letterale della norma, la quale espressamente parla di "conversione", l'indennità risarcitoria non può essere intesa come sostitutiva anche del riconoscimento della natura indeterminata del rapporto di lavoro, privando il lavoratore del diritto al ripristino del rapporto (cfr., in termini, Corte Cost. n. 303 dell'11 novembre 2011).

Nell'ambito dei percorsi interpretativi praticabili, una prima opzione ermeneutica muove dal presupposto che, in mancanza di un principio di rango costituzionale – e non di mera fonte legale – che imponga la conversione *ex tunc* di un contratto a tempo determinato in un rapporto a tempo indeterminato, rientrerebbe nella – ragionevole – discrezionalità del legislatore la scelta di regolare gli effetti dell'apposizione illegittima di una clausola del termine mediante la conversione del contratto ed il pagamento di una indennità. In tale ottica, all'indennità introdotta dal legislatore potrebbe legittimamente attribuirsi natura sostitutiva di tutti i compensi maturati dalla scadenza del termine alla pronuncia giudiziale.

Precisamente, il legislatore avrebbe introdotto una disciplina che, prevedendo la conversione (*ex nunc*) del contratto in rapporto a tempo indeterminato ed un'indennità risarcitoria da contenere tra un minimo ed un massimo fissato per legge e da graduare sulla base di criteri predeterminati, soddisferebbe quel criterio di adeguatezza e di dissuasività della sanzione che rende la normativa compatibile con i principi dettati dalla direttiva 1999/70/CE, come più volte interpretata dalla Corte di Giusti-



zia, né violerebbe principi di rango costituzionale, come stabilito dalla Consulta nella citata pronuncia n. 303/2011. A partire, poi, dalla data della sentenza che “converte” il rapporto sussisterebbe anche il diritto alle retribuzioni (cfr., in termini, di recente, anche Cass., sez. lav., 31 gennaio 2012, n. 1411).

Com'è noto, l'accezione interpretativa data per presupposta dalla Corte nel giudizio di legittimità costituzionale non vincola il decidente.

Anzitutto, perché si tratta di una pronuncia di rigetto.

Anche con riguardo alle sentenze interpretative di rigetto, peraltro, costituisce *ius receptum* il principio secondo cui la Corte Costituzionale, nel ritenere non infondato il denunciato vizio di incostituzionalità della disposizione nella interpretazione non implausibile fornita dal giudice *a quo*, in luogo di emettere una pronuncia caducatoria o additiva, indica una possibile, diversa interpretazione della stessa disposizione conforme a Costituzione; sicché tale interpretazione adeguatrice operata dal giudice delle leggi rappresenta un esito di merito del sindacato di costituzionalità che non interferisce con il controllo di legittimità rimesso alla Corte di Cassazione, ed ha un effetto vincolante per i giudici ordinari e speciali, non esclusa la stessa Corte di Cassazione, nel senso che essi non possono più accogliere quella interpretazione che la Corte costituzionale ha ritenuto, sia pure con una pronuncia di infondatezza della questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo esame, viziata; per contro, essi possono solo risollevarla la questione, ove non intendano aderire alla interpretazione adeguatrice del giudice delle leggi, né ad altra interpretazione che, seppur diversa, ritengano parimenti conforme a Costituzione

(cfr. Cass., sez. lav., n. 166 del 9 gennaio 2004 e Cass., sez. lav., n. 1581 del 26 gennaio 2010).

In ogni caso, se in base allo scrutinio effettuato dalla Corte Costituzionale non viola precetti fondamentali la previsione di una indennità sostitutiva di ogni compenso spettante al lavoratore – questione oggetto della remissione – non può escludersi che sussista altra interpretazione della norma, parimenti adeguata al tessuto costituzionale, che pervenga ad una soluzione più favorevole per il lavoratore.

Orbene, siffatta tesi interpretativa, che postula la natura risarcitoria della somma spettante al lavoratore successivamente alla scadenza del termine contrattuale – alle condizioni che si preciseranno meglio in seguito –, o, quanto meno, attribuisce all'indennizzo funzione sostitutiva di ogni compenso spettante al lavoratore, non può essere condivisa.

Precisamente, il decidente ritiene di non potere aderire all'interpretazione in questione, per quanto la stessa sia stata ritenuta conforme al dettato costituzionale, in quanto sussistente altra opzione ermeneutica, parimenti – anzi, maggiormente – conforme ai principi fondamentali dell'ordinamento, che risulta, però, l'unica corretta accezione attribuibile al testo legislativo.

È fondamentale canone di ermeneutica, sancito dall'art. 12 delle preleggi, che la norma giuridica deve essere interpretata, innanzi tutto e principalmente, dal punto di vista letterale, non potendosi al testo "*attribuire altro senso se non quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse*"; pertanto, nell'ipotesi in cui l'interpretazione letterale di una norma di legge sia sufficiente ad indivi-

duarne, in modo chiaro ed univoco, il relativo significato e la connessa portata precettiva, l'interprete non deve ricorrere al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, mercé l'esame complessivo del testo, della *mens legis*, specie se, attraverso siffatto procedimento, possa pervenirsi al risultato di modificare la volontà della norma, così come inequivocabilmente espressa dal legislatore (cfr., di recente, Cass., sez. lav., n. 1111 del 26 gennaio 2012).

Sul piano testuale, posto che il linguaggio giuridico è contrassegnato da una spiccata valenza semantica, soltanto attecnicamente è possibile utilizzare il verbo "convertire", giacché l'istituto della conversione, disciplinato dall'art. 1424 c.c., attiene alle ipotesi in cui, a fronte di un titolo contrattuale nullo, è possibile ravvisare un contratto diverso, di cui sussistano i requisiti di sostanza e di forma, qualora, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che queste lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità.

Il D. Lgs. n. 368/2001, nel regolare le conseguenze dell'illegittima apposizione del termine, stabilisce che fuori dai casi previsti dalla legge il termine medesimo sia inefficace, ossia non produca effetti.

Inefficacia che rappresenta null'altro che una derivazione causale della nullità.

La clausola del termine, inserita nel contratto di lavoro fuori dai casi previsti, è nulla e, pertanto, non produce effetti.

La normativa che regola il contratto a tempo determinato, contenuta nel D. Lgs. n. 368/2001, pertanto, contempla null'altro che una ipotesi specifica di nullità parziale, sicché, nel caso di impugnazione del termine

contrattuale, la nullità riguarda soltanto un elemento accidentale del negozio, secondo lo schema, sopra ricordato, rientrante nel disposto dell'art. 1419 c.c..

Per contro, le previsioni contenute nella disciplina generale del contratto a termine non consentono di rinvenire una ipotesi di conversione.

Non soltanto, infatti, il contratto di lavoro a tempo determinato non costituisce un contratto diverso sul piano causale rispetto a quello a tempo indeterminato, giacché la comunanza della causa, scambio di prestazione lavorativa dietro pagamento della retribuzione, non subisce alcuna deviazione, mentre l'unica differenza risiede nell'apposizione di un elemento accidentale.

Ma, ancor di più, perché rappresenta un'insanabile contraddizione logica ritenere che la parte datoriale avrebbe voluto l'assunzione a tempo indeterminato se avesse conosciuto la nullità della clausola del termine, giacché nell'ottica datoriale il termine di durata riflette un'esigenza lavorativa – e, conseguentemente, di organizzazione imprenditoriale - fisiologicamente circoscritta nel tempo.

Ora, l'art. 32, comma 5, del collegato al lavoro avrebbe potuto introdurre una fattispecie *sui generis* ed innovativa di conversione, novellando il sistema disciplinato dalla legislazione previgente, salvo i limiti derivanti dal diritto comunitario, sui quali si vedrà in seguito.

Ma avrebbe dovuto farlo esplicitamente, tenuto conto che a norma dell'art. 15 delle preleggi l'effetto abrogativo della *lex posterior* si produce o nel caso di espressa previsione, o nel caso di regolazione *ex novo*

dell'intera materia, o in caso di incompatibilità.

Escluse senza dubbio le prime due ipotesi, la sussistenza di incompatibilità con il precedente assetto normativo presupporrebbe una formula legislativa diversa e più penetrante, tale da innovare in maniera netta il sistema della nullità e l'architettura intera del D. Lgs. n. 368/2001, mentre il legislatore ha utilizzato un'espressione di tipo ricognitivo ("*nei casi di conversione...*"), come se nel sistema in vigore sussistessero ipotesi di conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato.

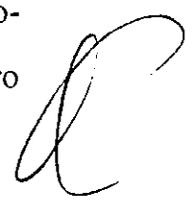
Si tratterebbe, in sostanza, di una rivoluzione radicale di istituti fondamentali del diritto civile, che avrebbe richiesto l'adozione di un testo legislativo diverso dalla mera formula "*nei casi di conversione...*".

A prescindere da quale fosse l'intenzione recondita del legislatore, il dettato positivo della norma non consente di ritenere che sia stato stravolto l'assetto ordinamentale.

A ritenere che la norma si riferisca ad un'ipotesi tecnica di conversione, essa risulterebbe, pertanto, priva di portata precettiva.

Sicché, salvo pervenire alla inapplicabilità *tout court* della norma, occorre concludere per l'adozione del termine "conversione" al fine di riferirsi alle ipotesi in cui venga accertata la nullità parziale del contratto di lavoro, con permanenza del vincolo giuridico, senza apportare alcun cambiamento al restante quadro normativo sostanziale.

Il che non esclude, comunque, la possibilità del legislatore di limitare in una cornice predeterminata l'ammontare delle conseguenze economiche gravanti sulla parte datoriale, con esclusione di qualsiasi altro compenso, fatti salvi i limiti di matrice comunitaria, sui quali *infra*.



Tuttavia, sempre sul piano strettamente testuale, la norma in commento si riferisce al solo aspetto del risarcimento del danno, senza in alcun modo stabilire che l'indennizzo in essa contemplato sia l'unica tutela spettante al lavoratore a tempo determinato, diversamente da quanto disposto nell'art. 50 in merito ai contratti a progetto, per i quali è utilizzato l'avverbio "unicamente".

Né tale significato, a parere del decidente, può inferirsi dall'uso dell'aggettivo "omnicomprensivo", il quale, sul piano letterale, non può che riguardare il sostantivo cui accede, ossia l'indennità, a sua volta stabilita in sostituzione del solo risarcimento.

Il che assegna alla norma lo scopo di limitare in modo forfettario le potenziali, sfaccettate, conseguenze lesive derivanti dalla cessazione di fatto del rapporto e i consequenziali pregiudizi patrimoniali e non patrimoniali che potrebbero fondare una domanda risarcitoria.

In assenza di qualsivoglia riferimento al concetto di spettanze retributive e tenuto conto che, come visto, si tratta di una ipotesi di nullità parziale del contratto, con permanenza del vincolo obbligatorio tra le parti, è giocoforza ritenere che la norma riguardi soltanto l'aspetto risarcitorio correlato all'illegittima apposizione di un termine contrattuale, venendosi ad inserire quale tassello nel mosaico ordinamentale e nel reticolato normativo codicistico.

Dal quale ultimo è possibile trarre la conclusione che gli importi dovuti al lavoratore abbiano natura retributiva e, per ciò, non siano coperti dall'indennità risarcitoria prevista a suo favore, che si cumula alle retribuzioni maturate.

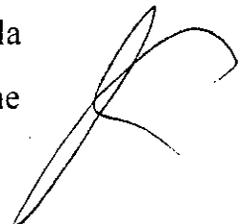


L'impugnativa dell'apposizione del termine è, infatti, azione di accertamento della nullità parziale del contratto e, al contempo, anche "azione di adempimento", giacché il lavoratore, stante la permanenza del vincolo giuridico, non intaccato dal termine nullo, chiede la riattivazione del sinallagma funzionale, rimasto sopito, offrendo la prestazione lavorativa.

Il che, in ragione dell'illegittimo rifiuto a riceverla da parte del datore di lavoro, secondo le regole di diritto comune e, precisamente, secondo la previsione dell'art. 1206 e segg. c.c. e art. 1453 c.c., dà diritto alle ordinarie retribuzioni dalla offerta di prestazione lavorativa, "salvo in ogni caso il risarcimento del danno".

In ossequio ai principi generali, non intaccati dall'art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010, la quale non opera alcun riferimento alle retribuzioni dovute, ma solo al risarcimento del danno, è proprio su questo versante che va apprezzato l'intervento legislativo, volto a prevedere una liquidazione legale forfettaria, una sorta di penale civile – operante anche in assenza di mora, di danno e financo qualora la nullità del termine sia accertata prima della scadenza –, sicché l'indennità verrebbe a coprire il danno, non più regolato dalle norme di diritto comune, ma non anche le retribuzioni.

L'adozione di tale soluzione importa un approfondimento ed una rimediazione di quell'orientamento, anche giurisprudenziale, che ritiene le retribuzioni come parametro del risarcimento del danno dovuto per la mora, dovendosi affermare, invece, la natura delle retribuzioni come controprestazione dovuta dal datore che rifiuta l'altrui prestazione.



Una siffatta opzione interpretativa è da molti anni presente nella giurisprudenza della Suprema Corte ed è stata avallata anche dai pronunciamenti delle Sezioni Unite, con argomenti che non sono stati, in seguito, scalfiti da quella parte della giurisprudenza che ha rivendicato la natura risarcitoria dei compensi spettanti al lavoratore, il quale abbia fatto valere la nullità del termine.

Secondo l'indirizzo ermeneutico condiviso dal decidente, nei casi di illegittima apposizione del termine ad un contratto di lavoro il dipendente che cessi l'esecuzione delle prestazioni alla scadenza del termine non ha diritto alla retribuzione finché non provveda ad offrire le sue prestazioni lavorative, determinando una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro (cfr. Cass. 27 giugno 1996 n. 5930, 15 dicembre 1997 n. 12665, Cass. 27 febbraio 1998 n. 2192, Cass. 26 maggio 2001, n. 7186).

Il principio trova fondamento nella regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni del rapporto di lavoro, secondo la quale, al di fuori di specifiche deroghe legali o contrattuali, il diritto alla retribuzione sussiste soltanto nel caso di effettivo svolgimento dell'attività lavorativa, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di *mora credendi* nei confronti dei dipendenti; ciò comporta, per il caso in cui non vi sia stata offerta della prestazione lavorativa, che le retribuzioni perdute non possano neppure essere attribuite a titolo di risarcimento del danno, in quanto l'interruzione della funzionalità di fatto del rapporto non consegue ad un'iniziativa del datore di lavoro, il quale non pone in essere un licenziamento.

Né può obiettarsi che negare la retribuzione per i periodi non lavoro

rati significhi attribuire rilievo giuridico al termine illegittimamente apposto, considerato che la perdita del diritto al compenso si verifica per effetto del comportamento che il lavoratore ritiene di porre in essere, cessando puramente e semplicemente dal rendere la prestazione.

In effetti, nel caso di accertamento della natura a tempo indeterminato del rapporto di lavoro non può derivare automaticamente il diritto del ricorrente alle retribuzioni relative al periodo successivo alla scadenza del termine illegittimamente apposto, atteso che tale diritto è sinallagmaticamente correlato alla prestazione lavorativa, con la conseguenza che al dipendente che cessi l'esecuzione della prestazione lavorativa per attuazione di fatto del termine nullo non spetta la retribuzione finché non provveda ad offrire la prestazione stessa, determinando una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro (cfr., per tutte, Cass., Sez. Un., n. 14381 dell'8 ottobre 2002, Cass., sez. lav., n. 995 del 22 gennaio 2004, Cass., sez. lav., n. 17322 del 30 agosto 2004, Cass., sez. lav., n. 1291 del 24 gennaio 2006, Cass., sez. lav., n. 7966 del 5 aprile 2006, Cass., sez. lav., n. 8294 del 10 aprile 2006, Cass., sez. lav., 21 novembre 2006, n. 24655).

Il filo logico seguito dalle pronunce sopra citate si muove all'interno del perimetro codicistico sulla responsabilità contrattuale nei contratti a prestazioni corrispettive, nei quali l'offrire la prestazione dedotta in contratto e illegittimamente rifiutata dalla controparte importa il diritto alla controprestazione, della quale è ammissibile chiedere l'adempimento, e al risarcimento del danno.

Invero, *la mora credendi* ha lo scopo di riattivare il sinallagma

funzionale del rapporto, interrotto in punto di fatto ma mai venuto meno, sicché, pur senza parlare esplicitamente della natura – retributiva o risarcitoria – la stessa viene implicitamente sottesa.

Qualificare come risarcitoria l'azione e ritenere che la retribuzione spetti solo a fronte dell'effettiva prestazione lavorativa, presuppone, infatti, che la fonte della obbligazione retributiva sia la prestazione lavorativa e non il contratto, mentre, a norma dell'art. 1372 c.c., è il contratto che ha forza di legge tra le parti, sicché il sinallagma lega le obbligazioni, e non le prestazioni.

Tanto che un contraente non può unilateralmente liberarsi della propria obbligazione, salvo il caso dell'altrui inadempimento nelle forme dell'art. 1460 c.c..

Sulla base di questo complesso ragionamento fondato sui principi basilari del diritto civile, non pare al decidente condivisibile il contrapposto orientamento della giurisprudenza di legittimità che, senza giustificare con diversi argomenti di diritto, conclude per il diritto del lavoratore al mero risarcimento del danno, parametrato alle retribuzioni perdute.

A parte le obiezioni derivanti dalle considerazioni generali sopra svolte, ad esempio, nella sentenza n. 6010 del 12 marzo 2009 è così affermato: *“Secondo la giurisprudenza ormai consolidata di questa Corte (cfr. ad es. Cass. S.U. 8 dicembre 2002 n. 14381), dalla regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, deriva che, al di fuori di espresse deroghe legali o contrattuali, la retribuzione spetta al lavoratore soltanto se la prestazione di lavoro venga*

*eseguita.*

*Ne consegue che, ove la prestazione non venga eseguita per scadenza del termine apposto al contratto di lavoro, termine successivamente dichiarato nullo con conseguente qualificazione del contratto come a tempo indeterminato e fino a quando il rapporto non venga ripristinato in fatto, non è dovuta al lavoratore la retribuzione, ma unicamente il risarcimento del danno subito, secondo le regole generali”.*

*Si tratta, come è evidente, di una incompleta rappresentazione del principio di diritto stabilito dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 14381/2002, sopra citata, la quale aveva, viceversa, espressamente stabilito che: “Sotto l’ulteriore profilo del diritto alle retribuzioni per il periodo successivo alla disdetta del contratto, deve essere qui riaffermato il principio secondo cui nel caso di illegittima apposizione del termine a un contratto di lavoro, al dipendente che cessi l’esecuzione della prestazione lavorativa per attuazione di fatto del termine nullo non spetta la retribuzione finché non provveda ad offrire la prestazione stessa, determinando una situazione di mora accipiendi del datore di lavoro; in base allo stesso principio si deve escludere anche il diritto del lavoratore ad un risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perdute per il periodo successivo a detta scadenza (Cass. 27 giugno 1996 n. 5930, 27 febbraio 1998 n. 2192, 26 maggio 2001 n. 7186, 17 ottobre 2001 n. 12697 cit.). Questo enunciato si collega alla regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, da cui deriva che al di fuori di espresse deroghe legali o contrattuali la retribuzione spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene eseguita, salvo che il*



datore di lavoro versi in una situazione di mora credendi nei confronti del dipendente (cfr. in questo senso, con riferimento a diversa fattispecie, Cass. Sez. Un. 27 luglio 1999 n. 508)”.

Parimenti recettiva in termini rielaborativi del *decisum* delle Sezioni Unite è la sentenza n. 7979 del 27 marzo 2008 , la quale ha ritenuto che “*la censura è del tutto infondata in base all’insegnamento di questa Corte Suprema (cfr. Cass. S.U. 8 ottobre 2002 n. 14381 nonché, da ultimo, Cass. 13 aprile 2007 n. 8903) che, con riferimento all’analoga ipotesi della trasformazione in unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato di più contratti a termine succedutisi tra le stesse parti, per effetto dell’illegittimità dell’apposizione dei termini, o comunque dell’elusione delle disposizioni imperative della L. n. 230 del 1962, ha affermato che il dipendente che cessa l’esecuzione delle prestazioni alla scadenza del termine previsto può ottenere il risarcimento del danno subito a causa dell’impossibilità della prestazione derivante dall’ingiustificato rifiuto del datore di lavoro di riceverla - in linea generale in misura corrispondente a quella della retribuzione - qualora provveda a costituire in mora lo stesso datore di lavoro*”.

Analogo rilievo critico può essere svolto nei confronti della pronuncia 13 aprile 2007 n. 8903, anch’essa recettiva del principio sopra riportato, ma in termini diversi da quelli affermati dalle Sezioni Unite.

In altre pronunce più recenti, poi (Cass., sez. lav., n. 17551 del 27 luglio 2010, Cass., sez. lav., n. 21763 del 22 ottobre 2010, Cass., sez. lav., n. 21815 del 25 ottobre 2010), la Corte ha richiamato in modo testuale il principio di diritto stabilito dalle Sezioni Unite nella pronuncia

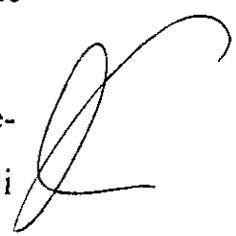
n. 14381/2002 e, condividendolo, ha dato espressamente atto del diritto alle retribuzioni che sorge a seguito dell'offerta della prestazione lavorativa.

Tuttavia, il ragionamento viene impostato in un'ottica non del tutto lineare, in quanto, pur partendo da premesse retributive, finisce per essere incanalato in un'ottica risarcitoria, con la precisazione che da quanto spettante a titolo di risarcimento del danno in favore del lavoratore andrebbe detratto quanto da questi percepito a titoli di compensi in forza di rapporti lavorativi instaurati medio tempore. Sotto questa angolazione, l'*aliunde perceptum* viene definito quale "*fatto idoneo a limitare la responsabilità risarcitoria del datore di lavoro*" e l'esistenza di altre fonti di guadagno come idonea "*a determinare una riduzione del danno*".

Dalla disamina complessiva di queste pronunce, a parere del decidente, non si ricavano argomenti di diritto da cui desumere che quando il contraente agisce in giudizio per conseguire la retribuzione a seguito dell'offerta della prestazione, in base ai principi ricavabili dalla teoria generale del contratto e delle obbligazioni abbia diritto, viceversa, al solo risarcimento del danno.

La questione sulla natura dei compensi spettanti al lavoratore a seguito della costituzione in mora della parte datoriale assume, tuttavia, importanza nodale, perché in base al tenore letterale della legge soltanto presupponendone la natura risarcitoria è ammissibile concludere che l'indennizzo copra per intero la misura dell'obbligazione datoriale.

In linea astratta, infatti, nulla esclude che il legislatore potesse prevedere di limitare il risarcimento ad un importo oscillante all'interno di



una forbice predeterminata e di escludere ogni altro compenso anche a titolo retributivo, pur preservando, al contempo, la permanente durata degli effetti del contratto di lavoro.

Ma ciò, come detto, avrebbe dovuto essere fatto in maniera chiara ed esplicita, oppure innovando in termini generali la materia, di guisa da potersi produrre un effetto abrogativo ai sensi dell'art. 15 delle preleggi, mentre in assenza di questi presupposti la norma dettata dall'art. 32, comma 5, del collegato al lavoro non può che inserirsi nell'assetto giuridico in vigore nel suo complesso.

D'altro canto, gravano sul legislatore nazionale precisi vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea, da quali si trae definitiva conferma in ordine alla necessità di attribuire natura retributiva agli emolumenti spettanti al lavoratore successivamente alla costituzione in mora della parte datoriale e all'impossibilità di reputare l'indennità forfettaria come sostitutiva degli stessi.

La normativa sul contratto a tempo determinato, infatti, è di derivazione europea, in quanto volta ad attuare la direttiva 1999/70/CE, a sua volta recettiva dell'accordo quadro tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale – Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP) e Confederazione europea dei sindacati (CES) – del 18 marzo 1999 sul lavoro a tempo determinato.

L'accordo quadro mirava a raggiungere due obiettivi.

Anzitutto, migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato, garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; poi, creare un

quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti a tempo determinato.

Al fine di raggiungere tale scopo sono stati concepiti due strumenti essenziali (confermati nel 14° *considerando* della direttiva): il principio di non discriminazione tra lavoro a tempo determinato e lavoro a tempo indeterminato (clausola 4.1, 4.4) e l'adozione di misure e requisiti minimi a tutela dagli abusi nella successione di contratti a termine (clausola 5.1 e 5.2).

Con riferimento specifico all'adozione delle misure di prevenzione degli abusi, l'accordo ne stabiliva l'introduzione negli Stati membri, "*in assenza di norme equivalenti*"; in senso più ampio, consentiva l'inserimento od il mantenimento di disposizioni più favorevoli per i lavoratori (clausola 8.1) e vietava che l'applicazione dell'accordo stesso potesse costituire motivo per ridurre il livello generale di tutela che vi era offerto ai lavoratori (clausola 8.3).

Precisamente, la clausola 8.3 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato stabilisce che "*l'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso*" (c.d. clausola di non regresso).

Nella funzione di interpretazione autentica del significato da attribuire alla normativa comunitaria, la Corte di Giustizia della UE ha fornito un quadro complessivo che assume specifica rilevanza nell'interpretazione dell'art. 32, comma 5, del collegato al lavoro.

La nozione di "*ambito coperto dall'accordo*" è stata disegnata nel

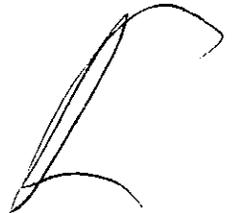


senso di comprendere l'insieme delle norme che regolano il contratto o rapporto a tempo determinato, sul presupposto che la verifica dell'esistenza di una *reformatio in peius* "deve effettuarsi in rapporto all'insieme delle disposizioni di diritto interno di uno Stato membro relative alla tutela dei lavoratori in materia di contratti di lavoro a tempo determinato" (cfr. sentenza 23 aprile 2009, Kiriaki Angelidaki, nelle cause riunite da C-378/07 a C-380/07, punti 120 e 124, e sentenza 24 giugno 2010, Sorge, C-98/09, punti 33 e 34).

Il "campo" coperto dall'accordo europeo, dunque, riguarda l'intera disciplina del lavoro a termine, e non soltanto le specifiche disposizioni, concernenti tale disciplina, rinvenibili all'interno dell'accordo.

Con riferimento al concetto di "applicazione del presente accordo", è stato precisato che tale attuazione riguarda non solo l'iniziale trasposizione della disciplina europea, ma anche ogni altra successiva misura che completi o modifichi gli interventi traspositivi già effettuati (cfr. sentenza Angelidaki, punto 131, nonché l'ordinanza 11 novembre 2010, C-20/10, Vino, punto 36).

Quanto al nodo cruciale, relativo al concetto dell'arretramento della tutela, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, nella sopra citata ordinanza Vino dell'11 novembre 2010, al punto 30 ha ritenuto di trarre la decisione richiamando la sua consolidata giurisprudenza ed i principi ricavabili, "in particolare dalle sentenze 22 novembre 2005, causa C-144/04, Mangold (Racc. pag. I-9981, punti 44-54); 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, Angelidaki e a. (Racc. pag. I-3071, punti 122-146), e 24 giugno 2010, causa C-98/09,

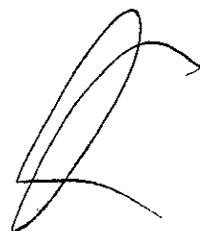


*Sorge (non ancora pubblicata nella Raccolta, punti 27-48), nonché dall'ordinanza 24 aprile 2009, causa C-519/08, Koukou (punti 103-124)”.*

*Sulla base di questa premessa, al punto 31 e 32 ha stabilito che “... in forza dello stesso dettato della clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro, l'applicazione di detto accordo non può costituire un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela precedentemente offerto ai lavoratori, nell'ordinamento giuridico nazionale, nell'ambito dei contratti di lavoro a tempo determinato (cfv. citate sentenze Mangold, punti 50 e 52; Angelidaki e a., punti 111-121 e 125, e Sorge, punti 30-35, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 113).*

*32 Da ciò consegue che una riduzione della tutela offerta ai lavoratori nel settore dei contratti di lavoro a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro, ma che, per rientrare nel divieto sancito dalla clausola 8, punto 3, di esso, tale riduzione, da un lato, dev'essere collegata con l'«applicazione» dell'accordo quadro e, dall'altro, deve avere ad oggetto il «livello generale di tutela» dei lavoratori a tempo determinato (v. citate sentenze Mangold, punto 52, e Angelidaki e a., punto 126, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 114) ”.*

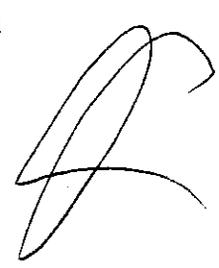
*Al punto 37 la Corte così prosegue: “Nondimeno, una normativa nazionale non può essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui la reformatio in peius che essa comporta non sia in alcun modo collegata con l'applicazione dell'accordo quadro. Ciò potrebbe avvenire qualora detta reformatio in peius fosse giustificata non già dalla necessità di applicare l'accordo quadro, bensì da quella di promuovere un*



*altro obiettivo, distinto da detta applicazione (v. citate sentenze Mangold, punti 52 e 53, e Angelidaki e a., punto 133, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 117)”.*

*Alla stregua di queste premesse al punto 41 la Corte ha ritenuto che “l’adozione dell’art. 2, comma 1 bis, del decreto n. 368/2001 mirava a consentire alle imprese operanti nel settore postale un certo grado di flessibilità allo scopo di garantire, ai fini dell’attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/67/CE, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio (GU 1998, L 15, pag. 14), un funzionamento efficace delle diverse operazioni postali rientranti nel servizio universale e, pertanto, perseguiva uno scopo distinto da quello consistente nel garantire l’attuazione dell’accordo quadro nell’ordinamento nazionale. Peraltro, il governo italiano ha affermato, in sede di osservazioni scritte, che questa disposizione mirava essenzialmente, nel quadro di misure destinate a limitare e razionalizzare la spesa pubblica, a salvaguardare l’equilibrio economico e la gestione di Poste Italiane”.*

*Come già ritenuto in dottrina, a parere di questo giudice la giurisprudenza della Corte di Giustizia è molto chiara nell’affermare che sino a quando la normativa interna successiva si limita a modificare la disciplina del lavoro a termine attuando un nuovo equilibrio nei rapporti tra datori di lavoro e lavoratori, aumentando o diminuendo gli oneri richiesti per l’utilizzo dell’istituto, ovvero aumentando o diminuendo le possibilità di occupazione precaria, rimane all’interno dell’attuazione*

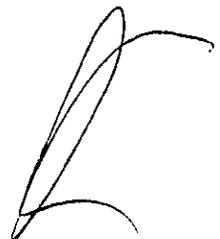


dell'accordo quadro.

Ed infatti, il passaggio argomentativo cruciale del ragionamento intessuto dai Giudici di Lussemburgo è il seguente, contenuto al punto 42 dell'ordinanza Vino: *“è gioco forza constatare che nessun elemento indicato nella decisione di rinvio o nelle osservazioni scritte presentate alla Corte suggerisce che l'abrogazione dell'obbligo per un datore di lavoro, quale Poste Italiane, di indicare le ragioni oggettive che giustifichino un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato deriverebbe dalla volontà del legislatore nazionale di bilanciare, al fine di alleggerire gli oneri gravanti sui datori di lavoro, le norme di tutela dei lavoratori introdotte dal d.lgs. n. 368/2001 riguardo all'attuazione dell'accordo quadro e di realizzare in tal modo un nuovo equilibrio nei rapporti di lavoro tra datori di lavoro e lavoratori nell'ambito dei contratti di lavoro a tempo determinato (v., per analogia, sentenza Sorge, cit., punto 40)”*.

Di recente, la Corte di Cassazione, con ragionamento che vale la pena riprodurre integralmente, ha così riassunto il problema del rispetto della clausola di non regresso nella citata pronuncia n. 1931/2011:

*“è stato di recente chiarito dalla Corte di giustizia CE (cfr., in particolare sent. 23 aprile 2009 nei procc. Riuniti da C - 378/07 a C - 380/07, Kiriaki e altri nonché sent. 22 novembre 2005, C - 144/04, Mangold) che l'accordo quadro trasfuso nella direttiva 1999/70/CE contiene nel preambolo e nel testo, sia norme riguardanti ogni tipo di contratto a termine, sia norme riferibili esclusivamente al fenomeno della reiterazione di tale tipo di contratto e, quindi, ai lavoratori dei con-*

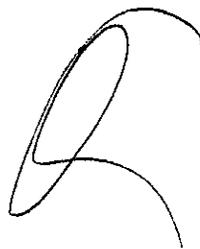


tratti a termine cd. successivi; "risulta infatti chiaramente sia dall'obiettivo perseguito dalla direttiva 1999/70, sia dall'accordo quadro e dalla formulazione delle pertinenti disposizioni di esso, che ... l'ambito disciplinato da tale accordo non è limitato ai soli lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato successivi, ma che, al contrario, si estende a tutti i lavoratori che forniscono prestazioni retribuite nell'ambito di un determinato rapporto di lavoro che li vincola ai rispettivi datori di lavoro, indipendentemente dal numero di contratti a tempo determinato stipulati da tali lavoratori" (punto 116 della sentenza Kiziki);

in particolare, nella prima categoria rientra a pieno titolo la clausola 8, n. 3 dell'accordo, alla stregua della quale "la applicazione" (della direttiva) "non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo";

tale clausola, cd. di non regresso, è stata esplicitamente ritenuta dalla Corte di giustizia come riferita ad ogni aspetto della disciplina nazionale del contratto a termine e quindi anche a quella del primo o unico contratto a tempo determinato;

infatti: "la verifica dell'esistenza di una reformatio in pejus ai sensi della clausola 8 n. 3 dell'accordo quadro deve ritenersi in rapporto all'insieme delle disposizioni di diritto interno di uno Stato membro relative alla tutela dei lavoratori in materia di contratti di lavoro a tempo determinato" (punto 120 della medesima sentenza); come è stato recentemente rilevato in dottrina, in tal modo la clausola di non regresso persegue lo scopo, in generale, di impedire arretramenti ingiustificati



*della tutela nella materia considerata, nella ricerca di un difficile equilibrio tra esigenze di modernizzazione dei sistemi sociali nazionali, flessibilità del rapporto per i datori e sicurezza per i lavoratori”.*

Sulla base dei principi stabiliti dalla Corte di Giustizia – e debitamente tenuti in conto anche dalla Corte di Cassazione nella pronuncia da ultima citata –, interpretare la norma contenuta nell’art. 32, comma 5, della legge n. 183/2010 nel senso di ridurre l’ammontare degli importi – da quest’angolo di visuale, invero, poco importa se di natura retributiva o risarcitoria – spettanti al lavoratore illegittimamente assunto a termine per il periodo successivo alla costituzione in mora della parte datoriale, tanto più con l’accessoria privazione – quanto meno parziale – del trattamento previdenziale, rientrerebbe nell’ambito coperto dall’accordo quadro, costituendone applicazione.

Sotto questa angolazione, la finalità della norma è data per assodata anche da chi assume la natura sostitutiva dell’indennizzo.

Cristallina, al riguardo, è la seguente affermazione della Suprema Corte: *“Tale disciplina, applicabile a tutti i giudizi pendenti, anche in grado di legittimità (v. già Cass. Ord. 28-1-2011 n. 2112), alla luce della sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale n. 303 del 2011, è fondata sulla ratio legis diretta ad “introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione”, rispetto alle “obiettive incertezze verificatesi nell’esperienza applicativa dei criteri di commisurazione del danno secondo la legislazione previgente” (cfr. in termini, Cass. n. 1411/2011, cit.).*

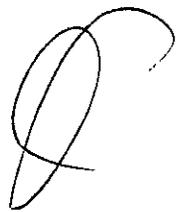
Ancora di più, la Corte Costituzionale ha rimarcato che *“la norma-*

*tiva impugnata risulta, nell'insieme, adeguata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso. Ma non oltre, pena la vanificazione della statuizione giudiziale impositiva di un rapporto di lavoro sine die” (cfr. sentenza n. 303/2011, cit.)*

Si tratta, pertanto, di un intervento diretto in modo univoco a modificare la regolamentazione del profilo patrimoniale correlato all'abuso della stipulazione a termine, e, aderendo alla tesi della natura sostitutiva, si tradurrebbe in un arretramento ingiustificato di tutela tale da coinvolgere tutti i lavoratori assunti a tempo determinato.

Infatti, *“soltanto una reformatio in peius di ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato può rientrare nell'ambito applicativo della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro (sentenza Angelidaki e a., cit., punto 140, nonché ordinanza 24 aprile 2009, causa C-519/08, Koukou, punto 119)”* (cfr. sentenza Sorge, cit., punto 42).

Una norma di portata così ampia da coinvolgere l'insieme dei lavoratori a tempo determinato non assolve a nessun'altra ragione che

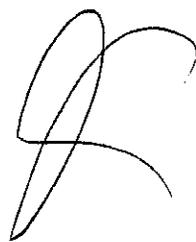


quella di ridisegnare il mercato di lavoro nel settore del contratto a termine e può essere considerata il frutto della volontà di bilanciare, al fine di alleggerire gli oneri gravanti sui datori di lavoro, le norme di tutela dei lavoratori introdotte dal decreto legislativo n. 368/2001 riguardo all'attuazione dell'accordo quadro, senza che emerga una finalità chiaramente identificata e diversa (cfr. sentenza Sorge, cit., punto 40).

Del resto, l'ampiezza della portata applicativa è ben messa in luce dalla stessa Corte Costituzionale, che ha espressamente evidenziato come *“la innovativa disciplina in questione è di carattere generale. Sicché, essa non favorisce selettivamente lo Stato o altro ente pubblico (o in mano pubblica), perché le controversie su cui essa è destinata ad incidere non hanno specificamente ad oggetto i rapporti di lavoro precario alle dipendenze di soggetti pubblici, ma tutti i rapporti di lavoro subordinato a termine”* (cfr. sentenza n. 303/2011, cit.).

E detta disposizione legislativa, nella lettura contestata dal decidente, finirebbe per ridurre in modo consistente il livello di tutela a fronte dell'abusiva stipulazione di contratti a termine, eliminando le conseguenze patrimoniali gravanti sul datore di lavoro secondo le regole di diritto comune e fissando i risvolti economici dell'illegittimo rifiuto a ripristinare il rapporto di lavoro entro margini prefissati, di gran lunga inferiori al trattamento economico che sarebbe spettato in forza del regime previgente.

Il profilo delle conseguenze patrimoniali gravanti sul datore di lavoro che abbia abusato dell'apposizione della clausola negoziale del termine rappresenta, infatti, il più significativo argine, in chiave preven-



tiva, al proliferare di un uso distorto dell'istituto, sicché eliminare il diritto al pagamento del trattamento retributivo maturato secondo le regole del diritto comune – ovvero all'integrale risarcimento del danno patrimoniale – si tradurrebbe non soltanto in una riduzione della sanzione gravante sul datore di lavoro, ma, soprattutto, ed in ciò consiste il disvalore vietato dalla legislazione comunitaria, in una diminuzione della tutela del lavoratore a fronte di un rapporto in cui difettavano in radice le condizioni per l'apposizione del termine.

Tanto più quando l'arretramento della tutela patrimoniale non è compensato in alcun modo ed è stato, anzi, introdotto, secondo il combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'articolo, un ulteriore limite, consistente nella previsione di un termine di decadenza per l'impugnazione dell'illegittima stipulazione del contratto a tempo determinato, insussistente fino a quel momento.

Queste considerazioni prescindono dal fatto che l'interpretazione secondo cui l'indennizzo coprirebbe l'aspetto risarcitorio sino alla sentenza, con diritto da quella data al pagamento della retribuzione, possa essere una sanzione di per sé legittima, perché la prosecuzione del rapporto a tempo indeterminato e il pagamento di una somma forfettaria rappresenterebbe una tutela comunque adeguata a sanzionare l'abuso, come ritenuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 303/2011 e dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 1411/2012.

L'adeguatezza astratta della soluzione in questione, infatti, risulta irrilevante nella misura in cui, in ragione del quadro normativo previgente, essa determina un effettivo e sostanziale arretramento di tutela, vieta-



to dall'accordo quadro per la stessa ragione che mira "a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi", sicché il legislatore "si è limitato a razionalizzare con un intervento di carattere generale – ponderatamente esteso ai rapporti ancora sub iudice – il regime risarcitorio del danno conseguente alla violazione della normativa vincolistica in materia di contratti di lavoro a termine" (cfr. Corte Cost. n. 303/2011).

Quanto alle conseguenze della violazione della clausola di non regresso, la Corte di Giustizia, nella citata sentenza *Sorge*, punto 50, ha ritenuto che "la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro non soddisfa i requisiti per essere direttamente produttiva di effetti. Da un lato, infatti, detta clausola verte sulla sola «attuazione» di tale accordo da parte degli Stati membri e/o delle parti sociali, obbligati a recepirlo nell'ordinamento giuridico interno, vietando loro di giustificare all'atto di tale recepimento una *reformatio in peius* del livello generale di tutela dei lavoratori con la necessità di applicare l'accordo quadro in parola. Dall'altro, poiché suddetta clausola si limita a vietare, stando alla sua formulazione stessa, di «ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dal[l'accordo quadro]», essa comporta che soltanto una *reformatio in peius* di ampiezza tale da influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato è idonea a ricadere nel suo ambito applicativo. Orbene, i soggetti dell'ordinamento non potrebbero fondare sul descritto divieto un diritto dal contenuto sufficientemente chiaro, preciso e categorico (sentenza *Angelidaki e a.*, cit., punti 209-211, e ordinanza Kou-

*kou, cit., punto 128)*".

Tuttavia, ove non sia possibile invocare un effetto diretto della direttiva in una controversia giurisdizionale, il giudice nazionale è tenuto ad un'interpretazione conforme del diritto interno, principio inerente al sistema del Trattato CE, in quanto permette di assicurare la piena efficacia delle norme comunitarie (cfr. sentenza Impact del 15 aprile 2008, C-268/06, punto 99, che richiama i precedenti delle sentenze Pfeiffer al punto 114 e Adeneler al punto 109).

Analogamente, nell'ordinanza Vassilakis del 12 giugno 2008, C-364/07, viene ribadito che i giudici nazionali devono, nella misura del possibile, interpretare il diritto interno alla luce del testo e della finalità della direttiva al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia maggiormente conforme a tale finalità, per giungere così ad una soluzione compatibile con le disposizioni della detta direttiva, fermo restando, come precisato nella citata sentenza Adeneler, punti 110-112, che l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale (cfr. in termini, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, Pupino, punti 44 e 47).

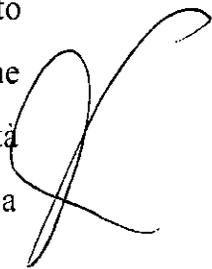
Anche nella sentenza Sorge la Corte di Giustizia ha puntualizzato che "i giudici nazionali sono tenuti ad interpretare il diritto interno, per



*quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo dell'accordo quadro in parola al fine di raggiungere il risultato perseguito da quest'ultimo e conformarsi, pertanto, all'art. 228, terzo comma, TFUE" e seppure "l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di un accordo quadro nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, in particolare in quelli di certezza del diritto e di irretroattività, e non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale (v., per analogia, sentenza Adeneler e a., cit., punto 110)", tuttavia "il principio di interpretazione conforme richiede nondimeno che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia dell'accordo quadro di cui trattasi e pervenire ad una soluzione conforme alla finalità perseguita da quest'ultimo" (cfr. punti 51, 52 e 53).*

Orbene, tra un'interpretazione conforme alla clausola di non regresso e una ad essa non conforme è la prima da privilegiare, con ciò fornendo un dirimente e insuperabile tassello argomentativo a conferma della bontà della soluzione sopra adottata, quale unica plausibile opzione interpretativa del testo di legge.

Invero, a ritenere quella che assegna all'indennizzo previsto dall'art. 32, comma 5, funzione sostitutiva, si profilerebbe una violazione della direttiva comunitaria e andrebbe sollevata questione di legittimità costituzionale alla luce di parametri diversi da quelli già scrutinati nella



citata sentenza di rigetto n. 303/2011, per violazione degli art. 10 e 117 Cost..

Sotto altro, seppure convergente, angolo di visuale, oltre a violare la clausola di non regresso la tesi sostenitrice della funzione sostitutiva dell'indennizzo finirebbe per determinare una ingiustificata discriminazione tra dipendenti a tempo determinato e dipendenti a tempo indeterminato, giacché a parità del contenuto delle mansioni svolte, in una situazione speculare e per il solo fatto di essere stato assunto a termine, quest'ultimo lavoratore non avrebbe diritto alla retribuzione e al trattamento previdenziale qualora il datore di lavoro gli precluda ingiustificatamente di rendere la prestazione lavorativa.

A maggior ragione la discriminazione si apprezza nel caso in cui il lavoratore a tempo indeterminato sia licenziato e trovi applicazione il regime della tutela reale prevista dall'art. 18 della legge n. 300/1970, perché a fronte del rifiuto della parte datoriale di ricostituire il rapporto di lavoro a termine, previa offerta della prestazioni lavorative, la posizione del lavoratore a termine è comparabile a quella del lavoratore licenziato e poi reintegrato.

Pur tuttavia, il regime giuridico consequenziale si presenterebbe del tutto sperequato, perché se risponde ai principi generali il mancato diritto alla retribuzione fino all'offerta della prestazione lavorativa in ipotesi di termine nullo, da quel momento in poi la vicenda del datore di lavoro che illegittimamente precluda la ricostituzione del rapporto è assimilabile a quella del datore di lavoro che abbia posto in essere un licenziamento illegittimo.

Contrariamente alla clausola di non regresso, qualora l'interpretazione conforme non riuscisse ad evitare la violazione del precepto comunitario, in forza del principio di non discriminazione stabilito dall'art. 4.1 dell'accordo quadro si imporrebbe la disapplicazione della norma interna contrastante.

Infatti, secondo la Corte di Giustizia la medesima clausola *"deve essere interpretata nel senso che essa osta all'introduzione di una disparità di trattamento fra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato, giustificata dalla mera circostanza che essa sia prevista da una disposizione legislativa e regolamentare di uno stato membro ovvero da un contratto collettivo concluso tra i rappresentanti sindacali del personale ed il datore di lavoro interessato"* (cfr. sentenza 13 settembre 2007, causa C-307/05, Del Cerro Alonso, punto 57).

Inoltre, la sentenza 18 settembre 2011 in C-177/10, ha precisato ai punti 72 – 74 che *"72 Secondo una giurisprudenza costante della Corte, la nozione di «ragione oggettiva» ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, dev'essere intesa nel senso che essa non autorizza a giustificare una differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato per il fatto che quest'ultima è prevista da una norma interna generale ed astratta, quale una legge o un contratto collettivo (sentenza Del Cerro Alonso, cit., punto 57; Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, punto 54, nonché ordinanza Montoya Medina, cit., punto 40).*

*73 Tale nozione richiede che la disparità di trattamento in causa sia giustificata dalla sussistenza di elementi precisi e concreti, che con-*

*traddistinguono la condizione di impiego di cui trattasi, nel particolare contesto in cui s'inscrive e in base a criteri oggettivi e trasparenti, al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria. Detti elementi possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle mansioni per l'espletamento delle quali sono stati conclusi contratti a tempo determinato e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro (v., in particolare, sentenze Del Cerro Alonso, cit., punti 53 e 58, nonché Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, cit., punto 55).*

*74 Il riferimento alla mera natura temporanea del lavoro del personale della pubblica amministrazione non è conforme a tali requisiti e tale natura non può dunque costituire di per sé una ragione oggettiva ai sensi della clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro. Infatti, ammettere che la mera natura temporanea di un rapporto di lavoro basti a giustificare una siffatta disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato priverebbe del loro contenuto gli scopi della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro ed equivarrebbe a perpetuare una situazione svantaggiosa per i lavoratori a tempo determinato (sentenza Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, cit., punti 56 e 57, nonché ordinanza Montoya Medina, cit., punti 42 e 43)".*

Infine, la Corte di Giustizia ha così statuito sull'efficacia verticale della direttiva:

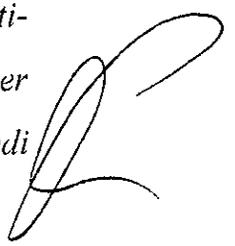
*"75 Poiché il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto dell'Unione riconosciuto, peraltro,*

*nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, spetta in particolare ai giudici nazionali, in assenza di una misura che trasponga correttamente la direttiva 1999/70 nel diritto spagnolo per il citato periodo, assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantirne la piena efficacia (v., in tal senso, sentenza Impact, cit., punti 42 e 43 nonché giurisprudenza ivi citata).*

*76 Risulta da una giurisprudenza costante che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, anche in qualità di datore di lavoro (v., in tal senso, segnatamente, sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, Marshall, Racc. pag. 723, punti 46 e 49; 20 marzo 2003, causa C-187/00, Kutz-Bauer, Racc. pag. I-2741, punti 69 e 71, nonché Impact, cit., punto 57).*

*77 La Corte ha già stabilito che la suddetta giurisprudenza può essere applicata agli accordi che, come l'accordo quadro, sono nati da un dialogo condotto, sul fondamento dell'art. 155, n. 1, TFUE, tra parti sociali a livello dell'Unione e sono stati attuati, conformemente al n. 2 di tale stesso articolo, da una direttiva del Consiglio dell'Unione europea, di cui sono allora parte integrante (sentenza Impact, cit., punto 58).*

*78 La clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro esclude in generale e in termini non equivoci qualsiasi disparità di trattamento non obiettivamente giustificata nei confronti dei lavoratori a tempo determinato per quanto riguarda le condizioni di impiego. Il suo contenuto appare quindi*



sufficientemente preciso affinché possa essere invocato da un singolo ed applicato dal giudice (sentenze *Impact*, cit., punto 60, e 22 aprile 2010, causa C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 24).

79 Peraltro, il divieto preciso stabilito dalla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro non necessita l'emanazione di alcun atto delle istituzioni dell'Unione e non attribuisce affatto agli Stati membri la facoltà, in occasione della sua trasposizione in diritto nazionale, di condizionare o di restringere la portata del diritto stabilito in materia di condizioni di impiego (sentenza *Impact*, cit., punto 62).

80 È vero che tale disposizione implica, rispetto al principio di non discriminazione da essa enunciato, una riserva relativa alle giustificazioni fondate su ragioni oggettive.

81 Tuttavia, l'applicazione di tale riserva può essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale, talché la possibilità di avvalersene non impedisce di considerare che la disposizione esaminata attribuisce ai singoli diritti che possono far valere in giudizio e che i giudici nazionali devono tutelare (sentenza *Impact*, cit., punto 64).

82 Si deve parimenti rammentare che gli amministrati, qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla veste nella quale questo agisce, come datore di lavoro o come pubblica autorità. In entrambi i casi è opportuno evitare che lo Stato possa trarre vantaggio dalla sua inosservanza del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenze *Marshall*, cit., punto 49, nonché 12 luglio 1990, causa C-188/89, *Foster e a.*, Racc. pag. I-3313, punto

17).

*83 Ne consegue che la clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro è incondizionata e sufficientemente precisa da poter essere invocata dai singoli nei confronti dello Stato dinanzi ad un giudice nazionale" (cfr. sentenza 22 dicembre 2010, nei procedimenti riuniti C-444/09 e C-456/09, Gavieiro Gavieiro - Iglesias Torres, punti 75 – 83).*

Orbene, per quanto un effetto diretto possa essere invocato soltanto in senso verticale, ossia tra cittadino e Stato – anche quando questo riveste il ruolo di datore di lavoro –, nel caso controverso si profilerebbe un'ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5.

Concludendo sul punto, elementi testuali e sistematici impongono di ritenere che la norma contenuta nell'art. 32, comma 5, del c.d. collegato al lavoro contempli un emolumento di carattere indennitario che si cumula con le retribuzioni spettanti dal momento della costituzione in mora della parte datoriale.

In conclusione, la ricorrente può vantare un diritto alle retribuzioni successive alla cessazione del contratto soltanto dal momento in cui ha concretamente posto a disposizione della controparte le proprie energie lavorative mediante offerta della prestazione.

Orbene, nella specie la ricorrente non ha dedotto, né provato, di avere manifestato la disponibilità ad offrire alla resistente la propria forza-lavoro in un momento precedente alla data di ricezione da parte di quest'ultima dell'istanza di tentativo obbligatorio di conciliazione, prodromico all'introduzione del giudizio (21 aprile 2007), nel quale in modo chiaro ed univoco è stata indicata la messa a disposizione delle ener-

gie lavorative (cfr. doc. n. 4); con la conseguenza che la convenuta deve ritenersi in *mora accipiendi* e da quella data va condannata al pagamento delle retribuzioni *medio tempore* maturate, oltre accessori di legge.

Conclusivamente, pertanto, per effetto dell'illegittima apposizione del termine di durata del contratto, questo va reputato a tempo indeterminato fin dall'assunzione e la resistente è tenuta a corrispondere alla ricorrente le retribuzioni a lei spettanti, sulla base del CCNL Pulizie e l'inquadramento nel II livello dal 21 aprile 2007 sino all'effettiva riammissione in servizio.

Agli importi dovuti vanno aggiunti gli interessi al tasso legale sul capitale via via rivalutato annualmente (cfr., per tutte, Cass., S.U., 29 gennaio 2001, n. 38), secondo la previsione generale dell'art. 429, comma 3, c.p.c., dalla scadenza delle rate di credito sino all'effettivo soddisfo.

Non sussistono ragioni per ridurre l'ammontare degli emolumenti spettanti alla ricorrente, dal momento che la convenuta non ha provato che questa abbia comunque guadagnato nel periodo di illegittima interruzione del rapporto, precedente o successivo allo svolgimento del tentativo di conciliazione, di guisa da giustificare una detrazione di quanto *aliunde* percepito.

La considerazione secondo cui l'*aliunde perceptum* non assumerebbe più rilevanza nella fattispecie (cfr. Cass. 1411/2012, cit.) discende dalla ricostruzione in ordine alla natura sostitutiva dell'indennizzo, che in quanto sanzione legale predeterminata sarebbe insensibile ad eventuali guadagni maturati dal lavoratore dopo la scadenza del termine contrat-

tuale.

L'insostenibilità del modello interpretativo in questione induce a svolgere considerazioni differenti.

A parere del decidente, infatti, la nozione di *aliunde perceptum*, tradizionalmente collegata alle ipotesi di risarcimento del danno, in quanto tesa a liquidare il solo pregiudizio effettivo subito dal danneggiato, può essere efficacemente invocata anche in tema di compensi spettanti a titolo retributivo a seguito della costituzione in mora della parte datoriale, nella misura in cui la loro spettanza è subordinata all'effettiva messa a disposizione delle energie lavorative alla controparte.

Di norma, l'offerta della prestazione può essere reputata permanente e, come tale, produttiva dei suoi effetti finché non viene revocata.

Ciò non toglie, tuttavia, che in casi particolari, malgrado formalmente ancora in essere, l'offerta della prestazione lavorativa si riduca a mero simulacro, in ragione della successiva instaurazione di un diverso rapporto di lavoro che, di fatto, sarebbe incompatibile con la prosecuzione di quello con l'originario datore di lavoro.

Di tal ché, qualora nelle more il lavoratore instauri un successivo rapporto di lavoro con altro soggetto, in quel periodo viene sostanzialmente meno l'offerta della prestazione lavorativa, con conseguente cessazione del diritto alla percezione del trattamento retributivo.

Ciò non implica, a ben guardare, estendere gli effetti della *res inter alios acta*, in violazione del principio di relatività sancito dall'art. 1372 c.c..

Invero, non è il pagamento effettuato dal successivo datore di lavoro

ro sulla base di un differente titolo contrattuale a fare venire meno il diritto alla corresponsione della retribuzione da parte della controparte del contratto di lavoro a termine, bensì la temporanea sospensione dell'offerta della prestazione lavorativa nei confronti di quest'ultima, a causa del successivo contratto di lavoro che, anche per fronteggiare esigenze di sostentamento materiale, un lavoratore stipula nelle more dell'accertamento in ordine alla legittimità del termine di durata.

Nel caso di specie, tuttavia, detti presupposti non ricorrono.

Quanto all'indennità risarcitoria, in ragione della ridotta consistenza dimensionale dell'impresa e della durata temporalmente limitata del rapporto, appare equo al decidente fissarla nella misura minima, tenuto peraltro conto che nessun danno coperto dall'indennizzo forfettario è stato allegato e provato dalla lavoratrice.

Anche su questo importo vanno corrisposti interessi legali e rivalutazione monetaria ai sensi dell'art. 429 c.p.c..

Le spese seguono la regola della soccombenza, ai sensi dell'art. 91 c.p.c., e vanno liquidate come in dispositivo.

**P.Q.M.**

Uditi i procuratori delle parti, definitivamente pronunciando, dichiara nullo il termine finale di durata apposto al contratto di lavoro stipulato tra le parti per il periodo dal 19 settembre 2006 al 18 marzo 2007.

Per l'effetto, dichiara che il rapporto di lavoro instaurato è a tempo indeterminato sin dalla data di assunzione e che la ricorrente ha diritto ad essere reinserita nella sede di servizio in cui prestava l'attività lavorativa alla scadenza del termine contrattuale, con mansioni equivalenti a quelle

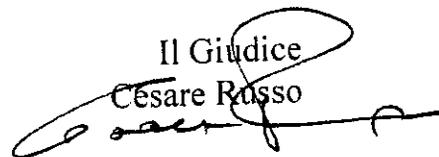
svolte sino a quel momento.

Condanna la resistente al pagamento in favore della ricorrente del trattamento retributivo alla stessa spettante, secondo il CCNL Pulizie per il II livello di inquadramento, a decorrere dal 21 aprile 2007 sino all'effettiva ripresa dell'attività lavorativa, nonché al pagamento di un importo indennitario onnicomprensivo, a titolo di risarcimento del danno, in misura pari a 2,5 mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla maturazione di ogni singola rata di credito sino al pagamento.

Condanna la resistente a rifondere alla ricorrente le spese di lite, che liquida in complessivi € 3.672,56, di cui € 2.152,50 per onorario, € 1.112,00 per diritti ed € 408,06 per rimborso generale spese forfettarie, oltre i.v.a. e c.p.a., come per legge

Velletri, 1 marzo 2012.

Il Giudice  
Cesare Russo



IL CANCELLIERE  
*Andreina Molinari*

