

204/12
24/01/12

Sent. N°	267/2012
R. G. N°	8089/06

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE di APPELLO di ROMA

Sezione controversie lavoro, previdenza e assistenza obbligatorie

La Corte composta dai Consiglieri :

TORRICE	dott. Amelia	Presidente rel
CANNELLA	dott. Giovanni	Consigliere
MARASCO	dott. Maria Rosaria	Consigliere

all'udienza del 17.1.2012

nella causa civile in grado d'appello iscritta al numero 8089 del R.G. dell'anno 2006
tra

Patriossi Sonia, elettivamente domiciliata in Roma, via Reno, 21 presso lo studio dell'Avv. to R. Rizzo che la rappresenta e difende per procura a margine dell'atto di appello

appellante

e

Poste Italiane spa in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma, viale G. Mazzini, 134 presso lo studio dell'Avv. to L. Fiorillo che la rappresenta e difende per procura speciale alle liti

appellata

ha pronunciato la presente

SENTENZA

OGGETTO: appello avverso sentenza del Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro n.3977 in data 25.10.2005/22.2.2006

CONCLUSIONI: come da scritti difensivi in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, ha respinto il ricorso proposto da Patriossi Sonia nei confronti di Poste Italiane spa volto alla declaratoria della nullità della clausola appositive del termine di durata al contratto di lavoro avente decorrenza 1.10.2002 per contrasto con le disposizioni contenute nella legge 230/1962 , 56/1987, e nell'art. 25 CCNL 11.1.2001, disciplina negoziale di cui la ricorrente aveva sostenuto la ultrattività ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 D.lgs 368/2001.

La ricorrente aveva domandato anche che fosse dichiarata la avvenuta insaturazione di un rapporto di lavoro subordinato a far tempo dalla data di stipula del contratto; che si condannasse la società convenuta alla ricostituzione del rapporto e alla sua riammissione in servizio; la condanna della società al pagamento delle retribuzioni (oggetto di specifica quantificazione) maturate dalla data della risoluzione del rapporto sino a quella di effettivo ripristino del rapporto.

Avverso detta sentenza, con ricorso depositato in data 9.1.2007, la Patriossi ha proposto appello per chiedere che, in sua riforma, siano accolte le conclusioni formulate con il ricorso di I grado.

Poste Italiane spa, costituitasi, ha contestato la fondatezza del gravame chiedendone il rigetto.

Concesso alle parti termine per il deposito di note difensive in relazione al mutato quadro normativo di riferimento, all'odierna udienza la causa è stata decisa come da dispositivo, all'esito della discussione orale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La sentenza impugnata

Il contratto dedotto in giudizio trovava disciplina e regolamentazione nel D.lgs 368/2001; il termine di durata era stato apposto in conformità alle previsioni contenute in detta legge in quanto la durata predeterminata era stata giustificata dalla esistenza di *esigenze tecniche, organizzative e produttive anche di carattere straordinario, conseguenti ai processi di riorganizzazione, ivi ricomprendendo un più funzionale riposizionamento di risorse sul territorio anche derivanti da innovazioni tecnologiche ovvero conseguenti all'introduzione e/o sperimentazione di nuove tecnologie, prodotti, servizi nonché all'attuazione delle previsioni di cui agli accordi 17,18,23 ottobre, 11 dicembre 2001, e 11 gennaio, 13 febbraio e 17 aprile, 30 luglio e 18 settembre 2002, che prevedono al riguardo il riposizionamento su tutto il territorio degli organici della società*; quest'ultima aveva provato attraverso la produzione della documentazione allegata alla memoria di costituzione in giudizio la ricorrenza di dette circostanze di fatto in relazione alla assunzione della Patriossi.

I motivi di censura

L'appellante censura la sentenza per travisamento dei fatti allegati con il ricorso di primo grado; per erronea applicazione della disciplina applicabile laddove, esclusa la ultrattività dell'art. 25 CCNL del 2001, aveva affermato che il contratto dedotto in giudizio era disciplinato dal decreto legislativo 368/2001; per erronea valutazione del materiale istruttorio.

La posizione difensiva della società appellata

La società ha ribadito la posizione difensiva prospettata nel giudizio di primo grado ed ha sostenuto che il contratto dedotto in giudizio era disciplinato dal decreto legislativo 368/2001; ha sostenuto che in ogni caso la clausola appositiva del termine di durata era conforme alle previsioni contenute nell'art. 25 CCNL 2001 invocato dall'appellante. Ha contestato la fondatezza delle singole censure formulate dalla Patriossi nell'atto di gravame.

Le ragioni della presente decisione

L'appello è fondato nei termini e per le ragioni che seguono.

Disciplina applicabile

Il contratto dedotto in giudizio (doc. 1 in atti ricorrente I grado) è stato sottoscritto il 30.9.2002; esso fissa la decorrenza del rapporto al 1.10.2002 e la scadenza al 31.12.2002 e, contrariamente a quanto statuito dal giudice di primo grado, giustifica l'apposizione del termine, *ai sensi della vigente normativa per sostenere il livello di servizio della sportelleria durante la fase di realizzazione dei processi di mobilità, tuttora in fase di completamento, di cui agli Accordi del 17,18 e 23 ottobre, 11*

dicembre 200, 11 gennaio, 13 febbraio e 17 aprile, 30 luglio e 18 settembre 2002 che prevedono al riguardo il riposizionamento su tutto il territorio degli organici della Società.

Dal documento contrattuale si desume che la Patriossi sarebbe stata adibita, presso la Filiale di Macerata, con inquadramento nell'Area Operativa, a svolgere *le mansioni di operatore di sportello*. Il luogo di lavoro sarebbe stato *di norma* nell'ambito del comune di Corridonia Stazione

Ciò posto, l'espresso richiamo alla *vigente normativa* che si legge nel contratto in esame, non può che concernere, contrariamente a quanto sostenuto dalla appellante, la generale disciplina legislativa in materia di contratti a termine in vigore alla data di sottoscrizione del contratto e cioè il D.Lgs. n.368/2001 che ha sostituito dal 24 ottobre 2001 la normativa generale di cui alla legge n.230/1962.

D'altro canto, la causale apposta al contratto non contiene alcun riferimento alle ipotesi introdotte dai contratti collettivi in attuazione dell'art.23 della legge n.56/87 ed anzi richiama accordi collettivi stipulati successivamente all'art. 25 del CCNL 2001.

Né a diversa conclusione si può pervenire, contrariamente a quanto sostenuto dalla appellante, sulla base del disposto di cui all'art.11 del D.Lgs. n.368/0, secondo il quale in relazione agli effetti derivanti dalla abrogazione delle disposizioni di cui al comma 1, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati ai sensi dell'art.23 della citata legge n.56 del 1987 e vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, manterranno, in via transitoria e salve diverse intese, la loro efficacia fino alla data di scadenza dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Dal contenuto di tale disposizione non può, infatti, evincersi un differimento in blocco della entrata in vigore della nuova normativa ed il mantenimento transitorio di quella precedente, ma solo il mantenimento, in via transitoria (e salvo diverse intese), della efficacia o vigenza delle ipotesi introdotte dalla contrattazione collettiva fino allo scadere della vigenza della stessa, lasciando le parti stipulanti il singolo contratto a termine libere di applicare o una delle ipotesi "contrattuali" ancora in vigore o direttamente la nuova normativa generale, senz'altro entrata in vigore ed abrogativa di quella precedente di cui alla legge n.230/62.

In sostanza il Legislatore ha armonizzato, con la norma qui in esame, proprio la immediata vigenza della nuova disciplina dei contratti a termine con la perdurante vigenza di contratti collettivi (fino al loro scadere) che prevedevano ipotesi di contratto a termine ai sensi dell'art.23 L. n.56/87.

Del resto, come già di è detto, nel contratto stipulato tra le parti non c'è alcun riferimento all'art.25 del CCNL 2001 né alle ipotesi in esso previste e la causale apposta al contratto non contiene alcun riferimento alle ipotesi introdotte dai contratti collettivi in attuazione dell'art.23 della legge n.56/87.

Ne deriva che la valutazione della legittimità della clausola di durata predeterminata deve effettuarsi, in conformità a quanto prospettato nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, con riferimento a tale decreto legislativo, che all'art. 1 recita: *E' consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o*

sostitutivo (comma 1) . *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 primo comma (2° comma).*

Nullità della clausola appositiva del termine di durata

La conformità al dettato normativo è data dalla specificazione, già nell'accordo scritto, diretta o indiretta, delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive che giustificano l'apposizione del termine.

Con la conseguenza che è necessario, per assolvere all'onere di specificazione, che dalle ipotesi generali indicate dal legislatore, in via astratta, nella prima parte della norma ("*ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo*"), le parti contraenti passino alla determinazione delle esigenze che, nel caso concreto, legittimano e motivano il ricorso ad una assunzione a termine, così da rendere controllabile da parte del giudice la reale sussistenza delle stesse.

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 valida apposizione del termine. Con la conseguenza che non è sufficiente l'elencazione di generiche esemplificazioni delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive che possono valere per ogni tipo di azienda (quali, come nel caso in esame, : esigenze miranti a *sostenere il livello di servizio della sportelleria durante la fase di realizzazione dei processi di mobilità, tuttora in fase di completamento....*) ma è indispensabile, per assolvere all'onere di specificazione, l'indicazione dei processi di riorganizzazione in atto, delle carenze distributive sul territorio, di progetti di innovazione tecnologica in atto o di prossima attuazione ecc.....

Peraltro, la specificazione di cui trattasi può avvenire anche per rinvio a fonti collettive che la contengano (*risultino ...indirettamente"- art.1 comma 2 L.368/2001*).

Infatti, se da un lato la nuova legge, a differenza del criterio scelto dal legislatore del 1962, si limita a consentire ai datori di lavoro di concludere contratti a termine a fronte di ragioni di carattere tecnico, organizzativo o produttivo, lasciando così alla autonoma determinazione del datore di lavoro la individuazione delle singole ipotesi in cui è ritenuto opportuno stipulare contratti di lavoro a termine, dall'altro lato, però, proprio per consentire al lavoratore prima ed al giudice poi di verificare la legittimità della clausola di apposizione del termine, la nuova disciplina impone non solo la stipulazione per iscritto (*ad substantiam*) del contratto, ma anche di specificare le dette ragioni.

La Corte di Cassazione, nella recente sentenza n.2279 del 2010, ha ben precisato in proposito che con il termine in esame "specificate" il legislatore ha inteso attribuire un vero e proprio onere di specificazione, a partire dal momento della stipulazione del contratto di lavoro, delle ragioni oggettive perseguendo la finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto (cfr anche Corte Costituzionale n.214 del 2009), ed ha aggiunto che tale onere di specificazione impone la indicazione sufficientemente dettagliata della causale nelle sue componenti identificative essenziali, sia quanto al contenuto

che alla sua portata spazio-temporale e più in generale circostanziale, si da rendere possibile la conoscenza dell'effettiva portata delle stesse e quindi il controllo della loro effettività.

Solo tale interpretazione del termine "specificate", ha chiarito la Suprema Corte, in grado di consentire, nella piena trasparenza, quel controllo di effettività, assicurato seppur in maniera diversa, dalla disciplina previgente, permette di rispettare la clausola di non regresso di cui all'art.8, n.3 dell'accordo quadro trasfuso nella Direttiva 1999/70 CE che è riferita ad ogni aspetto della disciplina nazionale del contratto a termine e quindi anche a quella del primo o unico contratto a tempo determinato.

Ciò premesso, questa Corte territoriale osserva che nel contratto stipulato *inter partes* a giustificazione dell'apposizione del termine c'è un mero richiamo alle ipotesi astratte previste da accordi sindacali relativi alla mobilità del personale e ad imprecisate esigenze della sportelleria

Sicché non è dato sapere, dal tenore del contratto individuale di lavoro, quale delle molteplici esigenze legittimanti in astratto la conclusione di contratti a termine il datore di lavoro abbia inteso soddisfare nella fattispecie, tanto più che le ipotesi stesse sono in parte contraddittorie.

I processi di mobilità *tuttora in corso*, evocano la creazione di vuoti più o meno temporanei di organico in determinati settori cui ben si può far fronte con assunzioni a termine; ed inducono ad ipotizzare rimodulazioni di assetti organizzativi del personale da adeguare a spostamenti del personale così da rendere necessario, per un tempo limitato, il ricorso a personale a tempo determinato.

Quanto al riferimento agli accordi collettivi (in atti resistente I grado) , si rileva che tali accordi, conclusi a seguito dell'apertura della procedura di mobilità ex lege n.223/91, prevedono la mobilità territoriale del personale in esubero, essenzialmente in ambito regionale o provinciale, da destinare alle funzioni di "produzione", ossia prevalentemente al recapito o alla sportelleria, o per evitare il cd. "pendolarismo", mobilità da attuarsi su base volontaria, e prevedono, altresì, tempi e termini diversi poi modificati e prorogati, (31 ottobre 2002, poi 30 novembre 2002).

Solo nell'accordo del 23 ottobre 2001 è, inoltre, prevista espressamente la possibilità per la società di continuare a ricorrere all'attivazione di contratti a tempo determinato per sostenere il livello di servizio di Recapito durante la fase di realizzazione dei processi di mobilità di cui all'accordo stesso, ancorché nella prospettiva di ridurne gradualmente l'utilizzo.

Orbene, dal richiamo generico a tali accordi contenuto nel contratto individuale non emerge, né è stato ivi precisato, il coinvolgimento dell'ufficio di destinazione del lavoratore nell'ampio processo di mobilità né la sua permanenza nel periodo di durata del contratto.

Aggiungasi che il contratto reca la indicazione, quale settore di destinazione della lavoratrice, la Filiale di Macerata, ossia di una macro struttura, mentre il Comune di Corridonia Stazione è indicato come luogo di lavoro dove *di norma* avrebbe dovuto essere resa la prestazione lavorativa.

Tali carenze in ordine all'Ufficio di destinazione non consentono di verificare, secondo i principi di trasparenza enunciati dalla Suprema Corte, la effettività della sussistenza della causale di apposizione del termine alla luce degli Accordi richiamati nell'atto, ossia lo svolgimento di funzioni interessate dai processi di mobilità e la sussistenza nell'ufficio di destinazione di conseguenti vuoti di organico da coprire temporaneamente con contratti a termine.

Ne deriva che la clausola appositiva del termine al contratto in esame non soddisfa i requisiti richiesti dalla recente normativa con conseguente nullità della stessa sotto un profilo formale.

Nel caso in esame la genericità ed ambiguità della clausola riportata nel contratto si riflette necessariamente sull'onere probatorio in quanto le spiegazioni offerte dalla società in giudizio attengono soltanto al contenuto degli accordi ed alla situazione generale dell'azienda ma nulla dicono in ordine alla posizione del lavoratore ora appellato.

Infatti, se può riconoscersi che era in atto nel 2002 un profondo processo di riorganizzazione in attuazione degli accordi conclusi al termine della procedura *ex lege* n. 223/91, ciò non implica necessariamente, e neppure con un nesso di causalità probabilistica, che la assunzione del ricorrente fosse funzionale a coprire, per un tempo limitato, un vuoto di organico in un certo specifico ufficio o settore venutosi a creare proprio a causa del processo di ristrutturazione.

Quindi, le deduzioni espositive della società Poste Italiane e le conseguenti richieste istruttorie appaiono del tutto inidonee all'assolvimento dell'onere probatorio in merito al luogo, tempo, settore e mansioni ovvero alle posizioni di lavoro relativamente ai quali la complessa ed estesa ristrutturazione e riorganizzazione aziendale – ampiamente esposta – abbia comportato la necessità di addivenire all'assunzione a termine dell'odierno appellato.

Pertanto, le allegazioni di fatto e probatorie contenute nella memoria e la documentazione prodotta appaiono idonee a provare l'esistenza di una complessa manovra riorganizzativa in atto nella s.p.a. Poste Italiane nell'anno 2002, ma non certo a dimostrare la legittimità della singola assunzione e quindi appaiono irrilevanti ai fini della decisione.

Infatti, la società ha documentalmente dimostrato che l'assunzione a tempo determinato della Patriossi è avvenuta nel periodo in cui si attuavano gli accordi successivi alla procedura di mobilità *ex lege* n. 223/91; ma nulla ha dedotto, e quindi, provato circa l'effettivo collegamento fra l'assunzione del ricorrente e la documentata situazione sopra riassunta.

Assolutamente generico, come tale inammissibile, è l'unico capitolo di prova formulato con riferimento alla posizione dell'appellante. In tale capitolo si legge, infatti, testualmente che “*al momento della assunzione di parte ricorrente i lavoratori a tempo indeterminato applicati nella regione Marche ammontavano a 3.971 unità e che Poste Italiane spa ha effettuato, nel medesimo periodo e nella medesima regione di riferimento n. 311 assunzioni a tempo determinato in misura inferiore all'8% individuato dal citato art. 25 e dagli accordi sindacali regionali (e pari a 218) ”*. E'

evidente la mancanza di indicazione di precisi dati numerici quanto all'ufficio ed alla sede di lavoro della Patriossi sulle unità di personale carenti e sulle loro mansioni, sull'organico dell'ufficio, sulle momentanee carenze dell'organico in attesa del vaglio delle domande di mobilità .

Al riguardo giova precisare che la prova sulla sussistenza delle ragioni obiettive che hanno giustificato l'apposizione del termine grava sul datore di lavoro anche alla luce della nuova normativa, in quanto, come reiteratamente chiarito dalla Suprema Corte (da ultimo sent. 2279/2010) anche anteriormente alla esplicita introduzione del comma "premessso" dall'art.39 della legge n.247 del 24 dicembre 2007, secondo cui "Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato", l'art.1 del Dlgs. ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro è normalmente a tempo indeterminato, costituendo pur sempre l'apposizione del termine una ipotesi derogatoria, come è desumibile dalla tecnica legislativa adottata secondo la quale l'apposizione del termine "è consentita" solo "a fronte" di determinate specifiche ragioni derogatorie, come tali normalmente da provare in giudizio da chi le deduce a sostegno delle proprie difese.

Va, quindi, affermata la nullità della clausola di durata.

Conseguenze della nullità della clausola di durata

Il rapporto

Quanto alle conseguenza della ritenuta invalidità va detto subito che la sentenza della Corte Costituzionale 214/2009 ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 bis d.lgs 368/2001, introdotto dall'art. 21 comma i bis d.l. 112/2008, sicchè, una volta espunta dall'ordinamento la norma che limitava il diritto del lavoratore al solo indennizzo, da quantificarsi secondo predeterminati criteri di calcolo, non possono che essere ribaditi i principi affermati dalla prevalente giurisprudenza di merito e di legittimità in tema di conversione del rapporto e di quantificazione del danno subito dal dipendente.

Poste Italiane spa, dopo aver evidenziato che la nuova normativa limita la previsione della conversione del rapporto ad ipotesi tassativamente indicate, ha rilevato che nella fattispecie dovrebbe trovare applicazione l'art. 1419 c.c., con conseguente estensione della invalidità all'intero contratto, in considerazione del carattere essenziale della clausola nulla.

L'eccezione deve essere disattesa.

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 Costituzionale 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 (Cass. 12985/2008).

Se è vero che, nella vigenza della l. 8 aprile 1962 n. 230, il legislatore esplicitamente affermava che il contratto di lavoro stipulato al di fuori delle ipotesi tassative previste dall'art.1, doveva reputarsi a tempo indeterminato (art. 1, co. 1), e che viceversa, una identica affermazione non è contenuta, *expressis verbis*, nel testo del d.lgs. 368/01, nondimeno, non può da ciò desumersi che sia stata mutata la disciplina delle conseguenze da ricollegare alla stipula di un contratto a termine privo dei requisiti normativamente previsti dalla fattispecie, ritagliata dal legislatore per la valida costituzione di un rapporto a tempo determinato.

In via interpretativa, si deve, al contrario, ritenere, che, nel caso in cui il contratto difetti di uno dei requisiti essenziali stabiliti per la valida apposizione del termine - quale è la specificazione delle ragioni di cui al comma 2 dell'art. 1 - e non sia quindi integrata la fattispecie delineata dal decreto legislativo in parola - sia da reputarsi a tempo indeterminato fin dal suo inizio e disciplinato dalle relative disposizioni di legge.

A supporto dell'assunto, esaminata la suddetta novella, occorre osservare come si evinca l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato, in caso di difetto delle condizioni di un valido contratto a termine, da varie disposizioni del testo normativo: innanzitutto, va considerata la disciplina stabilita dall'art. 5, che nelle ipotesi di illegittima successione di contratti a termine, di continuazione oltre i termini stabiliti dalla medesima norma e di assunzioni successive, prevede la conseguenza della trasformazione del contratto a tempo indeterminato. Si deve rilevare che sarebbe illogica la previsione della sanzione della trasformazione in contratto a tempo indeterminato, prevista dall'art 5 citato per la fattispecie dei contratti a termine successivi, e non per il difetto - ancor più grave - di cui all'art. 1, delle condizioni giustificatrici della apposizione del termine, assenti o insufficientemente specificate.

Va valutato, poi, che il comma 2 dell'art. 1, prevede, in caso di mancata specificazione per iscritto delle ragioni che giustificano l'assunzione a tempo determinato, la sanzione dell' "inefficacia" dell'apposizione del termine: tale inefficacia resta limitata chiaramente solo a tale clausola, permanendo la validità e l'efficacia della restante parte del contratto che si deve considerare, quindi, a tempo indeterminato, non essendo più caratterizzato da alcun limite temporale.

Difformemente da quanto sostenuto dalla difesa della società appellata, il legislatore, proprio nello stesso comma 2 dell'art.1, ha, quindi, stabilito che, nel caso di mancata indicazione per iscritto delle ragioni concrete del contratto a tempo determinato, oltretutto delle condizioni specifiche che ne giustificano la stipulazione, il rapporto non resta *sine titulo*, ma continua ad essere regolamentato dalle disposizioni del contratto, salvo che dalla clausola attinente all'apposizione del termine che risulta inefficace.

La conclusione non muta nel caso di accertamento, nel corso dell'istruttoria, dell'assenza nella realtà delle esigenze formalmente dichiarate nel contratto.

Si versa, evidentemente, non in un'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 1419 cc (con dovere del giudice di valutare se la clausola nulla relativa al termine fosse essenziale per i contraenti), ma in una differente fattispecie di nullità parziale di cui al comma 2 della medesima norma, nella quale (come si evince dall'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 368/01) le clausole nulle sono sostituite di diritto dalla disciplina del contratto a tempo indeterminato, disciplina che, per essere posta a tutela della parte debole del rapporto e di interessi generali prevalenti su quelli delle parti, continua ad essere imperativa e vincolante per chi assuma un lavoratore in regime di subordinazione, salvo che siano completamente integrati i requisiti di una diversa fattispecie, come, ad esempio, quella del lavoro a tempo determinato.

Va osservato del resto, che, nello stesso modo, la giurisprudenza della Suprema Corte, con riferimento alla disciplina previgente, nel caso di mancanza delle condizioni per la stipulazione del contratto a durata determinata, ha sempre reputato sussistere solo la nullità parziale della clausola relativa al termine, in applicazione dell'art. 1419, co. 2, cc (Cass. 9962/2002, 595/1990, 3293/1983, 6372/1980).

Il rapporto, dunque, resta regolato da quanto previsto nel testo contrattuale, con l'eccezione della apposizione del termine che risulta inefficace (o nulla).

Una soluzione ermeneutica siffatta è conforme alla citata Direttiva 1999/70/CE e all'interpretazione adeguatrice sollecitata costantemente dalla Corte di Giustizia, e dalla Corte Costituzionale considerato che, come sopra già osservato, l'art. 8.3 del menzionato dettato comunitario stabilisce la c.d. "*clausola di non regresso*", secondo la quale il recepimento dello stesso "*non costituisce motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso*".

Ricordato, infatti, come, nella vigenza della l. 230/62, qualora non si rientrasse nelle ipotesi tassative per la valida instaurazione di un rapporto a termine, si instaurasse un rapporto a tempo indeterminato, se si accogliesse la tesi di parte appellata - secondo la quale, in seguito alla novella, nel caso di difetto di specificazione per iscritto delle ragioni di cui al comma 2 dell'art. 1 della stessa, si verserebbe in un'ipotesi di rapporto *sine titulo* da regolarsi, solo per la sua durata, con l'art. 2126 cc - sarebbe inevitabilmente ridimensionato, sensibilmente, il grado di tutela del dipendente.

Anche detta eccezione va, quindi, rigettata.

Conseguenze patrimoniali : art. 32 5° comma legge 183/2010

Con riferimento alle conseguenze risarcitorie, occorre valutare gli effetti sul caso in esame della riforma contenuta nell'art. 32, 5° comma, della legge n. 183/2010, secondo cui "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 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604".

Questa Corte territoriale, in primo luogo, prende atto dell'orientamento della Suprema Corte, secondo cui la norma si applica ai giudizi in corso anche in appello e

in cassazione (Cass. ord. n. 2112/2011), nonostante i dubbi che erano sorti con riferimento al testo del comma 7, che aveva indotto questa Corte ad una diversa interpretazione, che ora si ritiene di modificare, adeguandosi all'interpretazione della Suprema Corte.

Deve escludersi, inoltre, che l'indennità prevista dall'art. 32 possa considerarsi sostitutiva della conversione del rapporto, come, peraltro, è evidente sulla base del dato letterale ("nei casi di conversione..."), che pone la conversione come presupposto per l'applicazione dell'indennità.

La stessa Corte costituzionale, che ha recentemente rigettato le questioni di costituzionalità sollevate con riguardo alla norma (sent. n. 303/2011), ha rilevato che *dall'esame dei lavori preparatori si desume che la disposizione di cui all'art. 32, comma 5, dell'anzidetta legge dev'essere correttamente letta come riferita alla conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato e che, conseguentemente, la previsione della condanna al risarcimento del danno in favore del lavoratore dev'essere intesa «come aggiuntiva e non sostitutiva della suddetta conversione» (ordine del giorno G/1167-B/7/1-11 accolto al Senato della Repubblica innanzi alle commissioni I e XI riunite nella seduta del 2 marzo 2010)*.

In dottrina è stato sostenuto che l'indennità possa considerarsi aggiuntiva al risarcimento del danno di diritto comune: la Suprema Corte, tuttavia, ha rilevato che l'espressione "onnicomprensiva" contenuta nella norma acquista significato solo escludendo qualsiasi altro credito del lavoratore, indennitario o risarcitorio (Cass. n. 2112 citata). Il Collegio, pur dando atto della serietà delle contrarie argomentazioni, ritiene di aderire all'interpretazione della Suprema Corte, tenendo conto anche della chiara volontà del legislatore manifestata nei lavori preparatori.

Ciò premesso, prima di determinare l'importo indennitario, occorre stabilire l'ambito temporale coperto dall'indennità.

Secondo la Corte costituzionale, nella sentenza citata, l'indennità coprirebbe il periodo c.d. intermedio, e cioè quello che decorre dalla scadenza del termine fino alla sentenza che ne accerta la nullità e dichiara la conversione.

La Corte Costituzionali non motiva questa affermazione, o meglio si limita a spiegare le ragioni per cui l'ambito temporale non possa andare oltre la sentenza, anche se la riammissione al lavoro non si sia verificata, con conseguente effetto ripristinatorio del rapporto anche sotto il profilo dell'obbligo retributivo dal momento della sentenza, ma non spiega perché l'ambito debba spingersi appunto fino alla decisione.

L'affermazione, che non vincola, come è noto, l'interprete, trattandosi di una sentenza interpretativa di rigetto non appare convincente.

E' verosimile, mancano sul punto argomentazioni motivazionali, che la Corte volesse far riferimento a quella giurisprudenza, richiamata anche dall'ordinanza n. 2112 della Cassazione, ma solo con riferimento alla disciplina previgente, secondo cui, trattandosi di rapporto a prestazioni corrispettive, la retribuzione spetta solo se viene fornita la controprestazione e cioè l'attività lavorativa, salvo le deroghe previste (Cass. S.U. n. 14381/2002).

La giurisprudenza richiamata, tuttavia, riguarda l'applicazione dei principi di diritto comune che, se da un lato escludono il diritto alla retribuzione, dall'altro obbligano la parte inadempiente, che ha reso impossibile la controprestazione per causa a lui imputabile, a risarcire il danno integrale dalla messa a disposizione delle energie lavorative, corrispondente alle retribuzioni perse fino alla sentenza, comprese quindi quelle relative al periodo di durata del processo, salvo l'*aliunde perceptum* o *percipiendum*.

Con l'art. 32 la situazione è cambiata, perchè la norma detta una disciplina diversa dal diritto comune e può quindi configurare una di quelle deroghe previste dalla giurisprudenza citata.

La stessa Corte costituzionale ha chiarito la valenza sanzionatoria dell'indennità, che non è prevista quindi a titolo di risarcimento del danno, nonostante l'uso del termine "risarcimento" nella norma, e prescinde quindi dal danno effettivo. Ne consegue che non occorre la messa in mora, né può essere detratto l'*aliunde perceptum* o *percipiendum* e l'indennità è dovuta anche in caso di assenza integrale del danno per avere il lavoratore reperito subito un'altra occupazione con analoga retribuzione.

Pertanto, non trovando applicazione le norme di diritto comune non può essere invocata la giurisprudenza citata, che a quei principi si ispirava, ma occorre una nuova interpretazione adatta alla diversa normativa.

Questa Corte territoriale ritiene che occorre considerare la natura della sentenza che "converte" il rapporto da tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato. Non si tratta evidentemente di una sentenza costitutiva, poiché il rapporto a tempo indeterminato non decorre dalla sentenza, ma, per effetto della conversione, dall'inizio del rapporto a termine, e si tratta quindi di una sentenza dichiarativa, che accerta la natura del rapporto con effetto *ex tunc* a seguito della dichiarazione di nullità del termine (in diritto civile, d'altra parte, tutte le pronunce di nullità hanno natura dichiarativa).

Trattandosi di sentenza dichiarativa sussistono ragioni giuridiche per far decorrere l'obbligo retributivo conseguente alla conversione dalla sentenza e non da un momento precedente, in applicazione di una giurisprudenza, che, come si è detto, non è applicabile alla nuova normativa.

E' possibile allora una diversa interpretazione, che sia il più possibile conforme al dato letterale e sia costituzionalmente compatibile.

Sotto il profilo costituzionale l'interpretazione deve essere compatibile con l'art. 111 Cost. e con la regola generale secondo cui la durata del processo non può produrre effetti negativi per chi agisce e vince la causa. La tesi secondo cui l'indennità coprirebbe tutto il periodo fino alla sentenza, appare in contrasto con questi principi, contrasto non sollevato sotto questo profilo e che la Corte costituzionale non ha esaminato.

L'art. 111 Cost. impone, infatti, che sia consentito alla parte che ha ragione di ottenere una tutela ripristinatoria analoga a quella che avrebbe ottenuto ove avesse avuto ragione nel momento della proposizione del giudizio.

Diversamente opinando, il danno effettivo aumenta per il lavoratore se propone istanze istruttorie che comportano la dilatazione della durata e ciò limita

evidentemente il libero esercizio della difesa in giudizio, con lesione anche dell'art. 24 Cost.

Ma la diversa interpretazione non convince neppure sul piano letterale.

Va considerato, infatti, che il comma 7 dell'art. 32 consente solo per i giudizi in corso la possibilità di integrare domande ed eccezioni e l'esercizio dei poteri officiosi del giudice con riguardo agli elementi di determinazione dell'indennità e lo esclude quindi evidentemente per le cause nuove. La norma, infatti, sarebbe superflua, se fosse possibile in qualsiasi fase del giudizio ed anche in appello integrare domande ed eccezioni relative ai criteri ex art. 8.

Per le cause nuove, quindi, il lavoratore solo con il ricorso di primo grado potrà dedurre e proporre istanze istruttorie e il convenuto lo potrà fare solo con la comparsa di costituzione.

Ne consegue che i criteri di cui all'art. 8 vanno valutati con riguardo alle condizioni esistenti al momento del deposito del ricorso (ad esempio dimensioni dell'azienda e numero dei dipendenti in quel momento), anche perché solo con il ricorso può essere individuato il petitum specifico, e cioè il numero di mensilità richieste a titolo indennitario, ed occorre quindi far riferimento alle condizioni esistenti al momento del deposito del ricorso.

In conclusione, sia sotto il profilo del rispetto dei principi costituzionali che sotto il profilo della formulazione letterale, la norma va interpretata nel senso che l'indennità copre il periodo fino al deposito del ricorso, e cioè fino alla domanda, e quindi da quella data spettano le retribuzioni per effetto della conversione.

Siffatta interpretazione consente anche di dare coerenza al profilo degli accessori. Se si ritenesse, infatti, che l'indennità copre tutto il periodo fino alla sentenza, ne conseguirebbe logicamente che non sarebbero dovuti interessi e rivalutazione sull'indennità, o comunque sarebbero dovuti solo con decorrenza dalla stessa sentenza fino al pagamento. Ne conseguirebbe che il tempo di durata del processo sarebbe a danno del lavoratore con conseguente ulteriore riduzione del valore dell'indennità in modo inversamente proporzionale alla durata stessa.

L'interpretazione che questa Corte territoriale prospetta assicura che gli accessori siano riconosciuti dovuti dalla data di deposito del ricorso, perché questo è il momento a cui i criteri si riferiscono.

Nel caso in esame, pertanto, l'indennità di cui all'art. 32 copre il periodo fino al deposito del ricorso di primo grado (26.11.2004), mentre per il periodo successivo sono dovute le retribuzioni.

Quanto alla misura dell'indennità la Corte ritiene nella fattispecie di dare rilievo alla tipologia delle mansioni espletate (area operativa, operatore di sportello) ed al fatto che l'appellante ha messo in mora la società dopo circa 1 anno dalla scadenza del contratto.

L'indennità, pertanto, va determinata nella misura minima di 2,5 mensilità, che, come si è detto, è dovuta indipendentemente dal danno effettivo, senza possibilità di detrarre aliunde perceptum o percipiendum. E' inoltre irrilevante la messa in mora.

Il contrasto in giurisprudenza nel merito e la mutevolezza del quadro normativo di riferimento sono ragione della disposta totale compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

in riforma della sentenza appellata, dichiara la nullità del termine apposto al contratto stipulato tra le parti con decorrenza 1.10.2002 e la conseguente sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato dalla stessa data, tuttora in atto;

condanna la Poste Italiane S.p.A. a corrispondere a Patriossi Sonia l'indennizzo ex art. 32, 5° comma, legge 183/2010, nella misura di 2,5 mensilità, oltre rivalutazione e interessi, per il periodo fino al deposito del ricorso di primo grado, fermo il diritto alle retribuzioni, con rivalutazione e interessi, per il periodo successivo per effetto dell'intervenuta conversione del rapporto;

compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Roma, 17.1.2012

Il Presidente estensore

L. DIMBARDI AMM. VO
D.ssa Daniela Testa

CORTE DI APPELLO DI ROMA
Sezione Lavoro e Previdenza

DEPOSITATO IN CANCELLERIA



Roma, il 2 FEB. 2012

L. DIMBARDI AMM. VO
D.ssa Daniela Testa