

547/12
7/02/12



Sent. N° 547/12
R. G. N° 8437/08

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI ROMA
SEZIONE LAVORO

composta da

dr. Giovanni CANNELLA - Presidente relatore
dr.ssa Maria Rosaria MARASCO - Consigliere
dr.ssa Tiziana ORRU' - Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nelle causa iscritta al n. 8737/200⁹~~5~~ R.G.

T R A

[Redacted]

elett.te domicil. in Roma, via di Ripetta 22
rapp. e dif. dagli avv.ti Gerardo e Leonardo Vescei
giusta procura in atti

APPELLANTE

E

[Redacted]

elett.te domicil. in Roma, via Cosseria 2
rapp. e dif. dall'avv. Filippo Aiello giusta procura in atti

APPELLATO

OGGETTO: appello contro la sentenza del 12.10.2009 del Tribunale di Roma.

CONCLUSIONI: Come da atto di appello e da memoria di costituzione.

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 29.10.2009 la [REDACTED] proponeva appello avverso la sentenza emessa in data 12.10.2009, con cui il Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro, aveva dichiarato la nullità del termine apposto al contratto tra le parti, dichiarando sussistente un rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dal 2.5.2006 e condannando la società al ripristino del rapporto e a corrispondere le retribuzioni maturate dalla messa in mora fino alla sentenza, oltre accessori.

Contestava le argomentazioni del primo giudice e chiedeva quindi la riforma della sentenza con il rigetto della domanda.

L'appellato si costituiva, contestando l'appello e chiedendone il rigetto.

All'udienza odierna la causa è stata decisa come da separato dispositivo.

Motivi della decisione

Con il primo motivo l'appellante contesta la sentenza impugnata per non avere rilevato la sussistenza di comportamenti concludenti in antitesi con la domanda di riammissione e quindi dell'acquiescenza alla cessazione del rapporto.

I comportamenti vengono ravvisati nell'aver atteso due anni prima di proporre il ricorso e nell'aver instaurato altri rapporti di lavoro.

Al riguardo la Suprema Corte ha affermato, che, nel giudizio instaurato ai fini del riconoscimento della sussistenza di un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato, sul presupposto dell'illegittima apposizione al contratto di un termine finale ormai scaduto, per la configurabilità di una risoluzione del rapporto per mutuo consenso, è necessario che sia accertata - sulla base del lasso di tempo trascorso dopo la conclusione dell'ultimo contratto a termine, nonché del comportamento tenuto dalla parti e di eventuali circostanze significative - una chiara e certa comune volontà delle parti medesime di porre definitivamente fine ad ogni rapporto lavorativo; la valutazione del significato e della portata del complesso di tali elementi di fatto compete al giudice di merito, le cui conclusioni non sono censurabili in sede di legittimità se non sussistono vizi logici o errori di diritto (Cass. n. 17150/2008).

Nel caso in esame, dalla scadenza del contratto a termine, peraltro non brevissimo (sei mesi dal 2.5.2006 al 2.11.2006), erano trascorsi meno di due anni al momento del deposito del ricorso (13.5.2008), ma già l'appellato aveva mostrato interesse al ripristino del rapporto con la messa in mora del 13.6.2007, ad appena sette mesi dalla scadenza del contratto.

Quanto agli altri rapporti di lavoro, a parte il breve rapporto a termine dal 10.9.2007 al 9.10.2007, è emerso, in effetti, la conclusione da parte dell'appellato di un rapporto a tempo indeterminato dal 1.3.2008 al 25.5.2009 come direttore operativo della società [REDACTED]

La conclusione di tale contratto, tuttavia, non può rivelare di per sé la volontà di non coltivare o di rinunciare alla pretesa qui azionata: anzi, proprio la circostanza della proposizione del ricorso dopo pochi mesi dall'instaurazione di un diverso rapporto, dimostra la volontà di persistere nell'intento, né si può pretendere che il lavoratore licenziato o estromesso debba attendere l'esito di giudizi anche lunghi senza collocarsi diversamente in attesa della decisione finale.

Il motivo va quindi rigettato.

Nel merito l'appellante contesta la sentenza per non avere riconosciuto la sussistenza di esigenze temporanee che giustificavano l'assunzione a termine e per aver erroneamente ritenuto che l'appellato avesse svolto mansioni diverse da quelle contrattuali di assunzione (autista per una serie di specifici eventi).

I motivi di merito sono infondati.

Dalla prova testimoniale è emerso, infatti, come correttamente ritenuto dal primo giudice, che l'attività dello [REDACTED] non si limitò alle mansioni di autista in occasione degli eventi indicati nella lettera di assunzione, ma è consistita di fatto nel compito di autista del Presidente della società, non solo per gli eventi indicati ma per ogni sua necessità, ed anche in ulteriori compiti accessori svolti in ufficio e non previsti nel contratto.

Il contratto è quindi nullo, essendo stato utilizzato l'appellato anche per compiti diversi da quelli giustificati dalla causale indicata e comunque per esigenze non temporanee, e cioè limitate ad eventi definiti nel tempo, ma permanenti, come va considerata ovviamente l'attività di autista a disposizione del Presidente.

Rimangono assorbiti gli ulteriori motivi d'appello, che peraltro appaiono infondati, in considerazione della tardività della documentazione prodotta solo in appello relativa alla valutazione dei rischi e al contingentamento, il cui rispetto peraltro non risulta dai documenti prodotti.

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".

La Corte, 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 si è 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 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, per di più sul punto del tutto immotivata, non appare convincente.

E' verosimile 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 perdute 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 cambia, poiché 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.

Occorre partire allora dalla 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).

Se quindi la sentenza è dichiarativa non vi sono 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.

Altrimenti si avrebbe il paradosso che 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.

Pertanto sia sotto il profilo del rispetto dei principi costituzionali che sul piano letterale si può interpretare la norma 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.

Tale 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.

Con l'interpretazione qui sostenuta, invece, gli accessori sono dovuti dal deposito del ricorso, perché è quello 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 (13.5.2008), mentre per il periodo successivo sono dovute le retribuzioni.

Quanto alla misura dell'indennità la Corte ritiene nella fattispecie, tenendo conto da un lato del comportamento del lavoratore, che ha proposto il ricorso dopo circa un anno e mezzo dalla scadenza del contratto, ma dall'altro delle notevoli dimensioni della società e del numero dei dipendenti, di determinare l'indennità nella misura di 4 mensilità, che, come si è detto, è dovuta indipendentemente dal danno effettivo, senza possibilità di detrarre *aliunde perceptum* o *percipiendum*.

L'*aliunde perceptum* va detratto, invece, per il periodo successivo al deposito del ricorso, essendo dovute le retribuzioni in assenza di prestazione lavorativa, almeno fino alla reintegrazione, intervenuta, in esecuzione della sentenza di primo grado, in data 2.12.2009, retribuzioni che vanno ridotte quindi in proporzione a quanto percepito per l'attività lavorativa svolta *aliunde* nell'importo già determinato dal primo giudice in € 1.327 mensili, ma limitatamente al periodo dal 13.5.2008 al 25.5.2009.

Pertanto, in parziale riforma della sentenza impugnata, confermata la pronuncia di nullità del termine e di conversione in rapporto a tempo indeterminato, la società va condannata a corrispondere al lavoratore l'indennizzo ex art. 32, 5° comma, legge 183/2010, nella misura di 4 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, detratto l'importo di € 1.327 mensili dal 13.5.2008 al 25.5.2009.

Va accolto, infine, il motivo d'appello della società relativo alla mancata prova dello straordinario.

La società va condannata pertanto al pagamento all'appellato della minor somma di € 2.603,94 per competenze retributive (con esclusione anche del TFR, trattandosi di un rapporto in corso), oltre rivalutazione e interessi.

In considerazione della soccombenza pressochè integrale le spese di lite del grado vanno poste a carico della società, ferma la pronuncia sulle spese di primo grado, da distrarsi a favore del procuratore dell'appellato antistatario.

P.Q.M.
La Corte

in parziale riforma della sentenza impugnata, confermata la pronuncia di nullità del termine e di conversione in rapporto a tempo indeterminato, condanna la società a corrispondere alla lavoratrice l'indennizzo ex art. 32, 5° comma, legge 183/2010, nella misura di 4 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, detratto l'importo di € 1.327 mensili dal 13.5.2008 al 25.5.2009;

condanna la società al pagamento all'appellato della minor somma di € 2603,94 per competenze retributive, oltre rivalutazione e interessi;

condanna l'appellante a rifondere all'appellato le spese di lite del grado, liquidate in € 3.500,00, di cui € 2.400 per onorari, ferma la pronuncia sulle spese di primo grado, da distrarsi a favore del procuratore dell'appellato antistatario.

Roma, 24.1.2012

L. DIR. FOR. AMB. VO
D.ssa Daniela Testa

Il Presidente estensore

