

## Il regime transitorio dell'art. 32 del “Collegato lavoro” al vaglio della giurisprudenza

di Gian Paolo Valcavi

A meno di due mesi dalla entrata in vigore del Collegato lavoro, la giurisprudenza - come attestano la pronunce recentemente pubblicate sui Bollettini Adapt (Tribunale di Roma 30 novembre 2010 n. 18986; Tribunale di Roma 1 dicembre 2010, n. 19101; Tribunale di Busto Arsizio 29 novembre 2010, n. 528 e Tribunale di Trani 20 dicembre 2010, ordinanza) – ha già delineato diverse interpretazioni in merito alla “indennità onnicomprensiva” prevista dal comma 5 dell'art. 32 della l. n. 183/2010. Si tratta di quella condanna, aggiuntiva al ripristino del rapporto di lavoro, da pronunciarsi nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato a tempo determinato, ove venga accertata la nullità della clausola appositiva del termine.

L'art. 32, comma 5 prevede che «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».

La norma pone interessanti questioni interpretative ed applicative, poiché con essa si è intervenuti sulla disciplina del risarcimento del danno, stabilendo, al contempo, l'applicabilità delle nuove regole anche ai rapporti di lavoro a tempo determinato in corso ed ai giudizi ad essi relativi pendenti all'atto dell'entrata in vigore della legge, in virtù del disposto del comma 7.

Prima della riforma, l'orientamento del formante giurisprudenziale circa i presupposti e le conseguenze dell'accertata illegittimità della clausola appositiva del termine era monolitico.

Per quanto atteneva le sorti del rapporto, in modo pressoché unanime si riteneva che, in mancanza di alcun valido evento o atto interruttivo, il rapporto di lavoro proseguiva anche dopo la scadenza del termine illegittimo, cosicché dal rifiuto della prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro derivava l'obbligo di risarcimento del danno cagionato.

In un tale contesto, il tempo intercorso tra la data di scadenza del termine (*recte*: di messa in mora) e quella di riammissione in servizio del lavoratore veniva assoggettato alle generali regole sulla *mora accipiendi* (Speziale, 1993).

Dopo la costituzione in mora il datore di lavoro era, così, assoggettato alle regole sul risarcimento dei danni da inadempimento delle obbligazioni (artt. 1223-1227 c.c.) e, quindi, chiamato ad indennizzare sia l'illegittima perdita del posto di lavoro, sia il mancato guadagno nel frattempo registrato dal lavoratore. Il limite dei danni risarcibili era pertanto fissato dalle regole sulla prevedibilità (art. 1225 c.c.) e sulla causalità diretta ed immediata (Cass. 22 maggio 2009, n. 11926 e Cass. 17 giugno 2009, n. 14058).

Effetto di ciò era la generale qualificazione delle mancate retribuzioni maturate fino alla data di riammissione in servizio come una conseguenza prevedibile, diretta ed immediata dell'illecito rifiuto della prestazione lavorativa, a cui si aggiungeva l'obbligo di riammissione in servizio del lavoratore.

Successivamente alla denunciata illegittimità del termine ed all'offerta della prestazione lavorativa (con le forme di cui agli artt. 1208 e 1214 c.c.), gravavano integralmente sul datore di lavoro gli effetti negativi del tempo necessario all'accertamento giudiziale della nullità della clausola

appositiva del termine, nonché intercorrente tra l'impugnazione e l'effettivo avvio dell'azione giudiziale.

Quest'ultima, in mancanza di una norma quale quella contenuta oggi nell'art. 32 ed in applicazione della regola d'imprescrittibilità dell'azione di nullità, poteva avvenire a distanza di molti anni dalla data di cessazione del rapporto, con rilevanti effetti economici per il datore di lavoro – creditore in mora della prestazione lavorativa.

In un tale contesto è intervenuto il comma 5, art. 32, l. n. 183/2010 allo scopo di dettare nuove e specifiche regole per il risarcimento del danno da accertata illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro subordinato. Il quesito di fondo, cui danno risposte diverse le sentenze oggetto di attenzione, è quindi quale debba essere la funzione della “indennità omnicomprensiva” indicata nella citata norma.

Le opzioni interpretative suggerite dalla dottrina, all'indomani dall'entrata in vigore della legge, vedevano contrapposti coloro che sostenevano come tale indennità sostituisse le regole di cui agli artt. 1223-1227 c.c. per il solo ristoro dei danni medio tempore maturati e ferma, quindi, la riammissione in servizio (Tosi, 2010 e Tatarelli, 2010) a coloro che, in modo più restrittivo, enfatizzando l'aggettivo “*omnicomprensivo*”, ritenevano che con tale indennità dovesse considerarsi risarcito ogni tipo di danno derivato dall'accertata nullità del termine, ivi compresa la mancata riammissione in servizio (Vallebona, 2010).

A tali orientamenti se ne aggiungeva un terzo che riteneva l'indennità una condanna accessoria ed aggiuntiva rispetto alle regole generali sul risarcimento dei danni (Cossu e Giorgi, 2010).

Le sentenze in commento offrono supporto alla prima ed alla terza opzione interpretativa proposte dalla dottrina, segnalandosi, invece, l'ordinanza del Tribunale di Trani come innovativa, poiché volta a ritenere l'art. 32, l. n. 183/2010 radicalmente contrastante con la Costituzione.

Il Tribunale di Roma, con le due sentenze del 30 novembre e del 1° dicembre 2010, mostra di aderire alla prima opzione interpretativa, ritenendo che l'art. 32, comma 5 della l. n. 183/2010 intervenga sulla disciplina delle conseguenze economiche della accertata nullità della clausola appositiva del termine e, quindi, sull'obbligo risarcitorio gravante sul datore di lavoro per il periodo non lavorato «[...] a partire dal momento in cui il lavoratore ha messo a disposizione le proprie energie lavorative».

In altri termini, gli effetti della mora del datore di lavoro, creditore della prestazione lavorativa illegittimamente rifiutata, sarebbero integrati da un lato dall'obbligo di ristabilire l'effettiva prosecuzione del rapporto con la riammissione in servizio del lavoratore e dall'altro dall'obbligo di versare la citata indennità omnicomprensiva, quale sanzione sostitutiva del danno patrimoniale effettivamente maturato.

All'opposto, il Tribunale di Busto Arsizio, con la sentenza n. 528 del 29 novembre 2010, mostra di aderire alla terza linea interpretativa, affermando che «una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto comunitario, impone di interpretare la disposizione dell'art. 32, 5° comma nel senso di tutela aggiuntiva e non alternativa a quella risarcitoria».

Pur a fronte dell'utilizzo da parte del legislatore dell'aggettivo “*omnicomprensivo*” e di una chiara volontà emergente dall'analisi dei lavori parlamentari (ed in particolare l'intervento del Ministro Sacconi) in senso conforme alla opzione adottata dal Tribunale di Roma, il Tribunale di Busto Arsizio sembra ritenere che l'adesione alla precedente linea interpretativa si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Unica via, quindi, per evitare la sanzione di illegittimità costituzionale sarebbe quella di ricorrere ad una interpretazione “costituzionalmente orientata” della norma e, quindi, qualificare l'indennità come garanzia ulteriore rispetto alle generali regole di risarcimento del danno applicabili fino alla data di entrata in vigore del Collegato lavoro; con ciò, quindi, abrogando di fatto l'aggettivo “*omnicomprensivo*”.

Il Tribunale di Trani con l'ordinanza del 20 dicembre 2010, pur condividendo i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal Tribunale lombardo, ne deduce conseguenze diverse, poiché, non ravvisando alcuna possibile interpretazione costituzionalmente orientata come salvifica della norma,

rimette alla Corte costituzionale la valutazione della conformità agli artt. 3, 11, 24, 101, 102, 111 e 117 Cost. dell'art. 32, commi 5 e 7 della l. n. 183/2010.

L'immediato termine di paragone circa i dubbi di costituzionalità dell'art. 32, l. n. 183/2010 appare l'art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del d.l. n. 112/2008, che disponeva: «Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (Norme sui licenziamenti individuali), e successive modificazioni».

Si rammenta che la Corte costituzionale con la sentenza 8 luglio 2009, n. 214 aveva dichiarato l'illegittimità della sopracitata disposizione sul presupposto che «[...] situazioni di fatto identiche (contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata, per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi) risultano destinatarie di discipline sostanziali diverse (da un lato, secondo il diritto vivente, conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato e risarcimento del danno; dall'altro, erogazione di una modesta indennità economica), per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio alla data (anch'essa sganciata da qualsiasi ragione giustificatrice) del 22 agosto 2008 (giorno di entrata in vigore dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001, introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112)».

Nel caso di specie, il pericolo di disparità di trattamento potrebbe essere scongiurato dal fatto che tutte le impugnative dei contratti a termine saranno assoggettate alla nuova disciplina, siano esse giudizialmente in corso o in via di proposizione; i soli rapporti definiti con sentenza passata in giudicato saranno, attesa la incontrovertibilità delle statuizioni contenute nella decisione, esonerati dalla novità legislativa. In questo senso sembra propendere anche la Cassazione con l'ordinanza del 21 gennaio 2011, n. 2112.

Non sfugga, inoltre, che la norma in esame non interviene, come invece faceva il d.l. n. 112/2008, sull'intero impianto sanzionatorio del contratto di lavoro a termine viziato: l'art. 32, ferma restando la prosecuzione del rapporto (per effetto della declaratoria di nullità della clausola appositiva del termine), attenua gli effetti patrimoniali sino ad oggi ricollegati alla *mora accipiendi* del datore di lavoro.

Nessuna attinenza è, quindi, evincibile con i presupposti su cui si è basata la citata sentenza della Corte costituzionale n. 214/2009: la nuova disciplina non si limita, infatti, a dettare le «[...] conseguenze della violazione delle previgenti regole limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale [...]» ma detta una regola unitaria e valevole per ogni impugnazione non ancora definita con sentenza passata in giudicato.

Profili di dubbio di violazione dell'art. 3 Cost. potrebbero sorgere con riferimento ai giudizi pendenti in secondo grado o avanti la Corte di Cassazione, laddove si aderisse all'interpretazione secondo la quale l'art. 32 non sarebbe applicabile a tali giudizi per via dell'esplicito richiamo fatto dal comma 7 al solo art. 421 c.p.c. ed alla possibile integrazione delle “domande” ed “eccezioni” e non anche ai motivi di appello (Vallebona, 2010; nel senso della inapplicabilità: Corte di appello di Roma, 24 novembre 2010 e 30 novembre 2010; Corte di appello di Milano, 14 dicembre 2010).

Delicata appare, altresì, la valutazione del rischio di violazione degli artt. 24 e 111 Cost. per contrasto con il generale principio di affidamento legittimamente posto dal cittadino sulla certezza dell'ordinamento giuridico e con il principio del giusto processo, perché la norma avrebbe modificato, nel corso dei procedimenti giudiziari, la tutela sostanziale accordabile al diritto azionato, senza che ricorrano idonee ragioni oggettive o generali.

In questo senso deve essere segnalata la recentissima ordinanza 20 gennaio 2011 della Corte di Cassazione, con cui è stata rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 32, commi 5 e 6, della l. n. 1183/2010.

Secondo la Corte sarebbe ravvisabile un primo contrasto con gli artt. 24 e 111 Cost., poiché il risarcimento “omnicomprensivo” sarebbe sproporzionato per difetto rispetto al danno effettivamente subito dal lavoratore.

Un tale conflitto con la Carta Costituzionale determinerebbe una violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (per la notevole differenza tra il rimedio giudizialmente ottenibile ed il danno effettivamente patito) ed un corrispondente illecito vantaggio per il creditore che, non subendo un danno dal trascorrere del tempo, potrebbe avere l’interesse a procrastinare l’esito della lite, così da rinviare l’esecuzione dell’emanando ordine di reintegra, unica provvedimento di condanna effettivamente temuto.

A ciò dovrebbe aggiungersi, ad avviso della Suprema Corte, il contrasto con l’art. 117 Cost. e l’art. 6 della CEDU, poiché potrebbe ravvisarsi un illecito intervento del legislatore nell’amministrazione della giustizia, non per fini generali, ma per influire esclusivamente su una singola controversia o su un gruppo di esse.

Una ultima considerazione merita il possibile inquadramento giuridico della soluzione prospettata dal Tribunale di Busto Arsizio.

Una volta esclusa che tale “indennità omnicomprensiva” possa essere qualificata come una forma di risarcimento del danno in senso proprio, si tratterebbe di comprenderne la compatibilità con le generali regole sul risarcimento del danno che vede il danneggiato aver diritto ad una liquidazione dei soli danni prevedibili, diretti ed immediati da liquidarsi secondo il criterio dell’*id quod plerumque accidit*.

Evidente, che avendo il lavoratore, secondo l’interpretazione proposta, ottenuto il ristoro integrale del danno emergente e del lucro cessante, la “somma omnicomprensiva” risulterebbe essere eccedente il danno effettivamente subito e, quindi, non soddisfattiva, ma punitiva.

Si tratterebbe di una vera e propria pena privata, sanzionatoria dell’illegittimo ricorso al rapporto di lavoro a termine da parte del datore di lavoro.

In effetti, la considerazione che l’indennità non venga parametrata alla luce di una rigorosa prova del danno subito dal lavoratore, ma venga determinata sulla base di elementi soggettivi, estranei al rapporto dedotto in causa (quali, tra l’altro, le dimensioni dell’impresa, l’anzianità di servizio del lavoratore e le condizioni delle parti) potrebbe portare ad aderire a questa possibile qualificazione. Sanzione di natura civilistica, quindi, perché l’obbligo del datore di lavoro di versare la somma sarebbe automaticamente connesso alla declaratoria di nullità parziale del contratto, senza che via sia alcuna discrezionalità sul punto da parte del giudice, il cui potere di intervento sarebbe limitato alla quantificazione della somma, da effettuarsi sulla base di criteri totalmente svincolati alla effettiva allegazione e prova del danno subito.

Pena privata di natura civilistica in quanto volta prevalentemente a disincentivare (ed a reprimere) l’utilizzo del contratto a termine al di fuori delle ipotesi legittime: ecco, quindi, che, se così letta, una tale sanzione potrà assurgere ai massimi laddove nella valutazione del comportamento delle parti emerga un chiaro intento fraudolento del datore di lavoro e, specularmente, potrà essere contenuta nei minimi ove emerga una situazione di assoluta buona fede da parte del datore di lavoro.

Una impostazione sistematica di tale fatta inciderebbe sulla “gerarchia” dei criteri elencati nell’art. 8 della l. n. 604/1966: il comportamento delle parti dovrebbe essere esaminato per primo e su un piano subordinato dovrebbero essere posti gli ulteriori parametri di natura soggettiva (dimensione, condizioni, anzianità di servizio).

Giova, peraltro, evidenziare che una tale qualificazione potrebbe essere compatibile anche con la tesi propugnata dal Tribunale di Roma, proprio perché la “somma omnicomprensiva” pare avere, più che una funzione risarcitoria, una finalità sanzionatoria, per via dell’abbandono dei generali criteri di risarcimento del danno, diretto, immediato, prevedibile e non evitabile.

L’adesione ad una (quella del Tribunale di Roma) o all’altra tesi (quella del Tribunale di Busto Arsizio), dipende quindi dalla rilevanza che l’interprete attribuisce alla denunciata illegittimità costituzionale della norma: ove la ritenga infondata potrà ritenere che si tratti di una nuova regola,

sostitutiva di quelle generali di cui agli artt. 1223-1227 c.c., che affianca il diritto alla riammissione in servizio. All'opposto, ove ritenga l'eccezione fondata ma superabile con l'interpretazione proposta dal Tribunale di Busto, dovrà concludere che si tratti di una sanzione ulteriore rispetto alle regole generali sul risarcimento del danno.

***Gian Paolo Valcavi***  
Scuola internazionale di Dottorato  
in Formazione della persona e mercato del lavoro  
Adapt – CQIA  
Università degli Studi di Bergamo