n. 1970/09 Sent.
n. 52225/09 Cron.
n. 24753/06 R.g.l.

TRIBUNALE DI FOGGIA

In composizione monocratica

IL GIUDICE DEL LAVORO

dr. Angela Quitadamo

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa iscritta al n. / Ruolo Affari Contenziosi sez. Lavoro decisa all'udienza del 5.10.2009

TRA

[redacted] rappr.to e difeso dall'avv. V. Colonna per procura in atti

ricorrente

E

POSTE ITALIANE S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappr.ta e difesa dagli avv.ti L.Fiorillo e G.Carrieri per procura in atti

resistente

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con lo spiegato ricorso al Tribunale di Foggia in funzione di giudice del lavoro la parte ricorrente di cui in epigrafe, premesso di aver lavorato alle dipendenze delle Poste Italiane S.p.a. con le mansioni di portalettere junior dal 18.10.2003 al 14.1.2004 in virtù di contratto di lavoro a tempo determinato concluso *ai sensi dell'art.1 del D.l.vo N.368/01 per ragioni di carattere sostitutivo correlate alla specifica esigenza di provvedere alla sostituzione del personale addetto al servizio recapito presso il Polo Corrispondenze...*; di non avere, tuttavia, mai sostituito personale assente con diritto alla conservazione del posto, ma di essere stata semplicemente inserita nella struttura organizzativa della Società per sopperire ad una carenza strutturale dell'organico aziendale nello specifico profilo professionale di portalettere, così che il contratto in questione non era conforme al modello delineato dal citato art. 1 d.lgs.n.368/01, la cui entrata in vigore non era valsa a privare lo strumento del contratto a termine del carattere di misura eccezionalmente diretta a sopperire a temporanee esigenze del datore di lavoro, pur nell'ottica di un'organizzazione più flessibile del lavoro; di avere, infatti, sottoscritto un contratto privo dell'indicazione del lavoratore sostituito e della

precipua ragione dell'assenza nella specifica unità produttiva; tutto ciò premesso, chiedeva all'adito giudice dichiararsi la nullità del termine apposto al contratto a suo tempo concluso e l'attuale sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le parti in causa; per l'effetto, condannarsi Poste Italiane S.p.a. alla riammissione in servizio di essa parte ricorrente, nonché al pagamento in proprio favore di tutte le retribuzioni maturate a far data dall'inizio del rapporto sino all'effettivo suo ripristino, oltre accessori di legge; il tutto con vittoria di spese di lite.

Poste Italiane S.p.a. resisteva alla domanda e ne chiedeva il rigetto.

Esaurita la trattazione, la causa veniva decisa come da separato dispositivo letto in udienza

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda è fondata.

L'odierna fattispecie soggiace alla disciplina introdotta con il D.Lgs.n.368/01, e ciò per quanto disposto dall'art.11, comma secondo, della legge citata - il quale recita: "*... le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'articolo 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*" – in relazione alla circostanza che in data 11.7.03, ossia dopo tale entrata in vigore, è stato sottoscritto il nuovo CCNL di settore, incontestatamente applicato ai dipendenti della società resistente, e che il rapporto dedotto in causa è sorto nella vigenza di tale ultima fonte di eteroregolamentazione collettiva.

Tanto chiarito, l'art. 1 del citato decreto legislativo statuisce: *1. È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo. 2. 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 l. 3. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione. 4. La scrittura non è tuttavia necessaria quando la durata del rapporto di lavoro, puramente occasionale, non sia superiore a dodici giorni.*

E' opinione unanime della giurisprudenza di legittimità e di merito che la legge in esame, nonostante l'effetto abrogativo delle previgenti disposizioni legislative espressamente richiamate (legge 18 aprile 1962, n. 230, e successive modificazioni,

articolo 8-bis della legge 25 marzo 1983, n. 79, articolo 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56) e comunque incompatibili, sancito dal primo comma dell'art.11, non abbia inteso derogare al principio ispiratore della precedente normativa, secondo cui il modello generale di disciplina del rapporto di lavoro subordinato resta il contratto a tempo indeterminato, così che la legittima apposizione di un termine finale alla durata del rapporto non possa prescindere dalla ricorrenza di eccezionali e temporanee esigenze inerenti all'organizzazione e alla produzione dell'impresa datrice di lavoro, al cui precipuo soddisfacimento mira lo strumento in discorso.

In effetti, il carattere innovativo della nuova legislazione risiede essenzialmente nell'abolizione del principio di tipicità delle ipotesi legittimanti l'apposizione di un termine finale alla durata del rapporto.

Il suddetto principio era stato consacrato con la legge n.230/62 attraverso il carattere tassativo dall'elenco di cui all'art.1 e, lungi dall'essere stato accantonato in occasione delle modifiche apportate al sistema dalla legge n.56/87, appariva adeguatamente salvaguardato per il tramite delle Rappresentanze Sindacali dei lavoratori, cui venne demandato il compito di impegnarsi onde giungere in sede di contrattazione collettiva alla formulazione di ipotesi tassative e specifiche di legittima apposizione del termine ai contratti individuali.

Con l'adozione del D.Lvo n.368/01 cade ogni riferimento a singole fattispecie legittimanti il ricorso al contratto a tempo determinato, e si affida all'autonomia delle parti il compito di individuare di volta in volta le specifiche situazioni di fatto elevabili ad idonee ragioni giustificative dell'apposizione del termine, nell'ottica di garantire una maggiore flessibilità del mercato del lavoro, di aumentare la competitività dell'economia comunitaria e di evitare l'imposizione di vincoli legali che inibiscano la creazione e lo sviluppo delle piccole e medie imprese (cfr. la direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, di cui il Decreto in esame costituisce attuazione).

Tuttavia, la nuova legislazione non ignora la indispensabilità di un controllo sulla serietà ed adeguatezza delle ragioni - quali che siano, tecniche, organizzative, produttive o sostitutive (queste ultime, in realtà, assimilabili alle seconde), in concreto individuate dalle parti - a giustificare obiettivamente la temporaneità del rapporto, nonché sulla loro effettiva ricorrenza in seno all'azienda datrice di lavoro, in modo da scoraggiare un ricorso abusivo allo strumento in discorso. Tale esigenza appare soddisfatta attraverso la perdurante imposizione della forma scritta alla clausola di

apposizione del termine, nella quale devono essere specificate *le ragioni di cui al comma 1.*

Trattasi, pertanto, di un controllo che il legislatore consente *a posteriori*, ossia attraverso il concreto raffronto tra l'effettivo assetto organizzativo datoriale e le circostanze di fatto elevate a presupposti di efficacia del termine finale di durata del rapporto, purchè, ovviamente, siffatte circostanze siano univocamente, ancorchè implicitamente, ricavabili dal contenuto complessivo dell'atto scritto di assunzione.

In definitiva, il primo comma dell'art. 1 d.lgs. n.368/01, con l'espressione: *è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo,* ha inteso inequivocabilmente sancire, *a contrario*, il divieto per il datore di lavoro di ricorrere al contratto a tempo determinato fuori delle ipotesi di ricorrenza delle suddette ragioni, né alcun serio dubbio può avanzarsi sulla natura imperativa di tale norma; il secondo comma ha additato, nella forma scritta e nel carattere specifico delle ragioni in discorso, i requisiti di efficacia della clausola di apposizione del termine, richiesti per consentire il controllo sull'effettività di tale ricorrenza.

Ne consegue che il grado di specificazione delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine, necessario a soddisfare il precetto normativo di cui all'art.1, secondo comma, d.lgs.n. 368/01, non può essere determinato aprioristicamente, ma dovrà coincidere con l'idoneità e sufficienza in concreto della rappresentazione di tali ragioni a consentire il controllo *a posteriori* di cui si è detto innanzi.

In quest'ottica, e con precipuo riferimento alla fattispecie all'odierno vaglio, si erano creati due contrapposti orientamenti giurisprudenziali, l'uno favorevole e l'altro contrario ad un'interpretazione del dettato normativo che consentisse di omettere l'indicazione, in seno al contratto individuale a tempo determinato stipulato a fronte di esigenze di carattere sostitutivo, del nome del lavoratore assente da sostituire e della causa specifica della sostituzione; in base all'orientamento più rigoroso l'omissione di siffatta indicazione avrebbe dovuto comportare *ex se*, ed in base ad una valutazione aprioristica, l'inefficacia del contratto; l'orientamento meno rigoroso era propenso ad escludere una valutazione aprioristica di inefficacia del termine apposto al rapporto di lavoro ai sensi del secondo comma dell'art.1 d.lgs. n.368/01, in ipotesi di omessa indicazione del nominativo del lavoratore sostituito, e ad affermare che siffatta valutazione dovesse discendere da un'indagine in concreto circa la ricorrenza o meno di altri elementi di adeguata specificazione dell'esigenza sostitutiva in argomento, nel

senso che questa si sarebbe potuta specificare a sufficienza attraverso il riferimento ad altre indicazioni, come ad esempio il particolare settore o servizio di adibizione del personale assente da sostituire, l'ambito spaziale, abbastanza circoscritto in relazione alle dimensioni aziendali, le indicazioni circa la durata del rapporto, poichè, attraverso le suddette indicazioni, sarebbe stato possibile esercitare il controllo sull'uso del contratto a termine in modo conforme a quanto inderogabilmente sancito dal primo comma del citato art.1 d.lgs.n.368/01, ossia verificare la circostanza che l'assunzione del ricorrente fosse stata o meno in effettivo rapporto di causalità con la momentanea scopertura dell'organico nel predetto periodo.

Con la sentenza n.214 dell'8 luglio 2009 la Corte Costituzionale, nel dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368 del 2001, sollevate, in riferimento agli artt. 76, 77 e 117, primo comma, della Costituzione, da distinti Tribunali, ha affermato che l'onere di specificazione previsto dal secondo comma dell'art. 1 D.Lgs.n.368/2001 "*...**impone che, tutte le volte in cui l'assunzione a tempo determinato avvenga per soddisfare ragioni di carattere sostitutivo, risulti per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione.** Infatti, considerato che per "ragioni sostitutive" si debbono intendere motivi connessi con l'esigenza di sostituire uno o più lavoratori, **la specificazione di tali motivi implica necessariamente anche l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire e delle cause della loro sostituzione; solamente in questa maniera, infatti, l'onere che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle parti** che intendano stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato **può realizzare la propria finalità**, che è quella di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto...*"

In definitiva il Giudice delle Leggi ha fornito, con la sentenza interpretativa di rigetto, una lettura delle norme in esame che, per non essere tacciate di determinare una diminuzione della tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime e, dunque, per non porsi in contrasto con la clausola n.8.3 dell'accordo-quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, ed in ultima analisi con gli artt. 76 e 117, primo comma, Cost., devono essere intese come riproduttive della disciplina previgente, vale a dire del dettato della legge n.230/62.

Chi scrive, pur conscio del carattere non vincolante delle pronunce interpretative di rigetto della Corte Costituzionale, è propenso a recepire i surriferiti argomenti – con

ciò mutando il proprio precedente orientamento - in relazione al carattere altamente qualificato della fonte interpretativa in discorso, ed alla natura delle argomentazioni spese, verosimilmente dirette, secondo lo schema tipico del ragionamento *a contrario*, ad ipotizzare una pronuncia – questa, sì, vincolante – di incostituzionalità della normativa al vaglio, ove di essa non si offra la suddetta lettura, che pertanto appare chiaramente condizionante il giudizio di legittimità costituzionale infine espresso.

Ne discende che, nella fattispecie all'odierno vaglio, l'omessa indicazione, in seno al contratto intercorso tra le parti, del nominativo del lavoratore da sostituire e della causa specifica della sostituzione comporta l'impossibilità di ricondurre l'assunzione della parte ricorrente al carattere temporaneo, non già strutturale, della carenza di organico in seno all'azienda datrice di lavoro.

Alla luce delle suesposte considerazioni è nulla, per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 1, commi primo e secondo, d.lgs. n.368/01, la clausola di apposizione del termine finale al rapporto dedotto in causa, e quest'ultimo in ogni caso è da reputarsi a tempo indeterminato, dunque tuttora in vita. In proposito vale la pena richiamare il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui la disposizione dell'art. 1419 comma 2 c.c., a norma della quale la nullità di singole clausole contrattuali non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, trova applicazione anche nel caso di apposizione del termine finale ad un contratto di lavoro subordinato, fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge, che non può mai essere considerata come una *condicio sine qua non* della stipulazione, ma costituisce un patto riconducibile al novero degli *accidentalia negotii*, il cui difetto non può porre in forse l'interesse principale e reciproco delle parti a collaborare nella produzione o nello scambio di beni o di servizi, e quindi resta sostituibile con la norma imperativa, ex art. 1419 c.c.(cfr. per tutte Cass.n.3293/83).

Al riguardo occorre evidenziare che il contegno datoriale non ha integrato gli estremi del recesso unilaterale, bensì della mera manifestazione di volontà di avvalersi degli effetti di una clausola che, per quanto nulla, è stata pur sempre sottoscritta da entrambe le parti in sede di conclusione del contratto. Ne consegue che, lungi dall'operare la tutela reintegratoria e risarcitoria dettata dalla legge sui licenziamenti (art.18 St. lav.), deve trovare applicazione il principio generale sul diritto del lavoratore alle retribuzioni, per il periodo successivo allo spirare del termine nullo, esclusivamente dal momento in cui in capo al datore di lavoro si sia determinata una situazione di *mora*

alle retribuzioni, per il periodo successivo allo spirare del termine nullo, esclusivamente dal momento in cui in capo al datore di lavoro si sia determinata una situazione di *mora accipiendi*, in virtù della ricezione di un atto idoneo a manifestare la volontà del debitore di offrire la prestazione lavorativa; enunciato che 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. Cass.SS.UU. n.14381/02; Cass. 27 giugno 1996 n. 5930, 27 febbraio 1998 n. 2192, 26 maggio 2001 n. 7186, 17 ottobre 2001 n.12697 cit.).

Rispetto alla fattispecie all'odierno vaglio tale situazione può dirsi verificata non prima della data (25.2.2009) di notifica del ricorso giudiziale, non risultando l'epoca di ricezione dell'istanza di tentativo obbligatorio di conciliazione ex art. 410 cpc. da parte dell'Azienda datrice di lavoro, così che le retribuzioni, maggiorate degli accessori di legge, spetteranno alla parte ricorrente a partire da detta data.

La questione relativa alle conseguenze sul piano giuridico dell'introduzione nell'ordinamento, con l'art. 21, comma 1 bis, l.n.133/2008, dell'art. 4 bis del D.Lgs. n.368/2001, appare superata dalla relativa declaratoria di illegittimità costituzionale contenuta nella citata sent. C. Cost. n.214/09, che pertanto ha definitivamente espunto detta norma dall'ordinamento giuridico [redacted]

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale di Foggia in funzione di giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando sulla domanda depositata in data 28.11.06 da [redacted] nei confronti di Poste Italiane S.p.a., uditi i procuratori delle parti, così provvede: Dichiara l'inefficacia del termine finale apposto al contratto di lavoro intercorso tra le parti in forza di atto del 17.10.03 e per l'effetto dichiara che tra dette parti intercorre un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; ordina alla società resistente di riammettere in servizio la ricorrente con le medesime mansioni per le quali è stata assunta; condanna la società resistente a corrispondere in favore della ricorrente la somma pari alle retribuzioni maturate con decorrenza dal 13.3.2006 sino all'effettivo soddisfo, oltre accessori di legge; condanna la società resistente al pagamento delle spese di lite, che liquida in euro 1.200,00 di cui euro 900,00 per onorari, con distrazione.

Foggia, 5.10.2009

IL G.L.

IL CANCELLIERE
16 OTT. 2009
IN CANCELLERIA