

Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183

GIUSEPPE IANNIRUBERTO

Presidente onorario aggiunto della Corte di Cassazione

1. - *Premessa.* — Il legislatore negli ultimi anni è intervenuto con una certa frequenza nell'intento di modificare la regolamentazione di alcuni istituti del diritto del lavoro, in relazione ai quali giustamente si può richiamare la felice espressione, già utilizzata in passato a proposito di tali istituti, di un «cantiere aperto». A questo destino non si è sottratta la disciplina del contratto a termine, che, dopo una fase di tranquillità succeduta alla l. 18 aprile 1962, n. 230, è stata interessata da varie incursioni legislative, che, con alterne fortune e con ripensamenti, hanno reso un quadro d'insieme, che ha provocato dibattiti, contrasti in dottrina ed in giurisprudenza, decisioni della Corte costituzionale, che, a loro volta, hanno ulteriormente arricchito la problematica relativa.

In questa logica complessiva si colloca la l. 4 novembre 2010, n. 183, che con l'art. 32, in maniera particolarmente incisiva, ha modificato la disciplina del contratto a termine, in primo luogo per quanto riguarda la decadenza dalla relativa impugnazione: dispone, infatti, il co. 3 lett. d) che il regime delle decadenze contenuta nell'art. 6 della l. 15 luglio 1966 n. 604, come modificato dal co. 1 della stessa legge n. 183, si applica all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro ai sensi degli artt. 1, 2 e 4 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 e successive modifiche, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo. Il suc-

Sommario: 1. - *Premessa.* — 2. - *Ambito di applicazione della normativa.* — 3. - *Segue. La somministrazione irregolare.* — 4. - *Le conseguenze economiche.* — 5. - *Segue. In presenza di accordi sindacali.* — 6. - *L'applicazione alle situazioni pendenti.* — 7. - *Segue. La retroattività della disciplina ed i dubbi di costituzionalità.* — 8. - *Gli obblighi contributivi.* — 9. - *Le regole processuali.*

cessivo co. 4, lett. a), verosimilmente nella logica di evitare un eventuale problema di costituzionalità, precisa che tale normativa si applica anche ai rapporti pendenti alla data in vigore della legge (nel qual caso l'impugnativa va proposta tenendo conto della scadenza del termine), nonché ai contratti a termine stipulati in forza di leggi previgenti al d.lgs. n. 368 e conclusi alla data in vigore della legge in commento, nel qual caso la decorrenza del termine per l'impugnativa è fissata dalla data di entrata in vigore della nuova legge (1).

Con questo ardito intervento, quindi, si è introdotta una certa assimilazione, quanto alle decadenze, con il licenziamento invalido, ma, soprattutto, una evidente eccezione alla disciplina dell'azione di nullità, che — come è noto — non è sottoposta ad alcuna prescrizione (art. 1422 c.c.). L'intento perseguito dal legislatore è quello di evitare che questa azione, nella specie, possa essere fatta valere

a distanza di anni dalla conclusione del rapporto, esponendo il datore di lavoro all'eventualità di essere chiamato a rispondere dei danni patiti dal lavoratore per il periodo intercorrente tra la cessazione del rapporto e la sentenza che accerti la nullità. Si tratta di una scelta condivisibile in un'epoca nella quale il ricorso a figure contrattuali flessibili è ampiamente diffuso e nella quale è quanto mai necessario che si abbia chiarezza su questi rapporti, ormai entrati a pieno titolo nell'attuale realtà socio-economica.

2. - *Ambito di applicazione della normativa.* — Passando all'esame di questa disciplina, va posto in evidenza che il co. 5 dispone che nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento nella misura di un'indennità onnicomprensiva, variabile da 2,5 a 12 mensilità, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604.

È opportuno segnalare che resta la differenza di disciplina rispetto al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, in quanto, ai sensi dell'art. 36, co. 6, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, la violazione delle disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori non può mai comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato, ma il lavoratore ha solamente diritto al risarcimento dei

(1) Sui problemi conseguenti alla nuova disciplina sulle impugnazioni si rinvia al nostro precedente contributo *Le regole per le impugnazioni nel c.d. «collegato lavoro»*, in questa rivista 2010, 888.

danni derivanti dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative (2).

Ciò premesso, un primo interrogativo riguarda l'individuazione dei casi di conversione, ai quali la norma si riferisce e cioè se essa riguardi soltanto quelli testualmente previsti dall'art. 5, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368 in presenza di una successione di contratti a termine, ovvero quelli regolati da altri articoli di tale d.lgs., od ancora tutte le fattispecie per le quali il giudice comunque accerti la illegittimità del termine.

Per quanto è dato desumere da qualche decisione di merito (3), l'ambito di applicabilità dell'art. 32 sarebbe limitato ai soli rapporti di lavoro a termine di cui al d.lgs. n. 368.

La genericità dell'espressione («nei casi di conversione») contenuta nel co. 5, se messa a confronto con quanto si legge nel co. 3 lett. *d*) e nel co. 4 lett. *a*) — che richiamano gli artt. 1, 2 e 4 d.lgs. n. 368 — ed in particolare con il co. 4 lett. *b*) — ove si parla espressamente di «contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di leggi previgenti» al richiamato d.lgs. — sta a significare che il nuovo regime sanzionatorio si applica in tutti i casi in cui, per effetto dell'accertata illegittimità del termine apposto, il rapporto va considerato come a tempo indeterminato, quale che sia la disciplina che preveda una siffatta conseguenza (4).

3. - *Segue. La somministrazione irregolare.* — Un problema, che si è già posto, è se la disciplina in esame possa essere applicata al caso di somministrazione irregolare. È opportuno sgombrare il campo dal rilievo — che potrebbe essere addotto a sostegno della risposta negativa — che la somministrazione non è espressamente richiamata nel corpo dell'art. 32, perché il co. 4, lett. *d*) menziona tra i casi ai quali si applica quella norma, tutti quelli in cui «si chiedi la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto»: non si può contestare che l'espressione è tanto ampia da comprendere anche il caso della somministrazione irregolare, alla luce di quanto dispone al riguardo l'art. 27 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Del resto questa norma prevede, nel caso di somministrazione avvenuta al di fuori dei limiti e delle condizioni previste dagli artt. 20 e 21 dello stesso d.lgs., che il lavoratore può convenire in giudizio anche soltanto l'utilizzatore al fine di sentir costituire nei suoi confronti un rapporto di lavoro dipendente. Va altresì ricordato che la somministrazione può essere sia a tempo determinato che a tempo indeterminato. Orbene, una volta che sia accertata — anche nell'ambito di uno stesso giudizio — l'imputazione del rapporto all'utilizzatore, qualora non ricorrano le ipotesi di legittima

apposizione del termine, non si vede perché il lavoratore non possa agire — sempre nei confronti dell'utilizzatore — anche per chiedere la conversione in contratto a tempo indeterminato.

Ricorrendo allora i relativi presupposti, è possibile agire per l'una e per l'altra tutela, nell'osservanza delle modalità di impugnazione e con gli effetti previsti dal richiamato art. 32 (5).

4. - *Le conseguenze economiche.* — Il secondo interrogativo riguarda le conseguenze di carattere economico. È stata prospettata la tesi (6) che non prevedendo la norma espressamente la condanna all'indennità come alternativa alla dichiarazione di nullità del termine, non vengono meno gli effetti che a tale accertamento conseguono, ossia, oltre alla continuità del rapporto ed al pagamento delle retribuzioni *medio tempore* maturate, anche l'indennità in oggetto. Una diversa opinione comporterebbe che venga «sterilizzata» parte di quanto il lavoratore avrebbe avuto diritto a ricevere per effetto dell'accertata pendenza del rapporto; è stata poi prospettata la considerazione che, in tema di licenziamento illegittimo, il lavoratore ha diritto al risarcimento che va dall'illegittimo recesso alla reintegra (e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità), nonché, qualora non opti per la continuazione del rapporto, a 15 mensilità (art.

(2) I termini della questione relativa sono efficacemente riassunti da L. MENGHINI, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci e L. Zoppoli, Torino 2004, 570 e ss.

(3) Trib. Napoli 21 dicembre 2010, in causa n. 31056/09, inedita, per quanto consta, che, sulla base di tale premessa, ha escluso l'applicabilità della nuova disciplina al rapporto di lavoro marittimo, sottratto, per la sua specialità, alle regole generali del contratto di lavoro.

(4) In base a tale considerazione, riserve vanno espresse in ordine alla conclusione, alla quale è pervenuto la decisione di cui alla nota, che precede. Non vi è dubbio che l'inapplicabilità della l. 15 aprile 1962, n. 230 al lavoro marittimo (ritenuta costituzionalmente legittima da Corte cost. 10 marzo 1994, n. 80, in questa rivista 1994, 287), non significa che ipotesi di conversione di contratti a termine non siano previste nella disciplina speciale: per la conferma di ciò basta solo tener conto, ad esempio, degli artt. 326 e 332 cod. nav.

(5) Trib. Roma 30 novembre 2010, inedita a quanto consta.

(6) F.V. PONTE, in V. FERRARI, F.V. PONTE, M. FERRARI, *Il «collegato lavoro»*, Forlì 2010, 26.

Trib. Busto Arsizio 18 dicembre 2010, n. 528, inedita a quanto consta. Nello stesso senso Trib. Napoli 21 dicembre 2010, cit. Si argomenta in tale ultima decisione che la direttiva 1999/70/Ce e la giurisprudenza comunitaria non permettono di considerare l'indennità in oggetto tale da garantire l'effettività della tutela. Salvo l'interrogativo circa la conformità con l'assetto richiamato, il problema, per ora, è quello di vedere quale sia la volontà del legislatore.

18, co. 5, l. 20 maggio 1970, n. 300). La tesi non si sottrae a rilievi critici. L'originario co. 4 *bis* aggiunto al d.lgs. n. 368 con l'art. 21 d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito in l. 6 agosto 2008, n. 133, del quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale (7), prevedeva «unicamente» il pagamento di un indennizzo.

La mancata riproduzione di tale avverbio nel co. 5 dell'art. 32 fa pensare che il legislatore non abbia più voluto escludere la dichiarazione di conversione del rapporto (e, quindi, della permanenza del vincolo tra le parti), ma non pure prevedere un indennizzo che si aggiunge al risarcimento per il periodo nel quale il lavoratore non è stato messo in condizione di prestare la sua opera. E che questo il legislatore abbia voluto intendere è dimostrato dal fatto che, essendo la dichiarazione di nullità del termine accompagnata dal diritto al ristoro dei danni per il periodo in cui il rapporto non ha avuto esecuzione, il co. 5 parla di «condanna [...] al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva», espressione che ovviamente non può che riferirsi a quel danno, che il lavoratore ha subito. Del resto, proprio il richiamo alle conseguenze risarcitorie del licenziamento illegittimo, nel quale è previsto un indennizzo minimo pari a cinque mensilità, conferma che con l'art. 32 si è voluto forfezzare il danno, sia pure in una fascia compresa tra 2,5 e 12 mensilità.

La conclusione che alla dichiarazione di continuità del rapporto si aggiunga questo trattamento indennitario, suffragata dalla formulazione della norma e dalle risultanze dei

lavori preparatori, potrebbe nondimeno essere messa in discussione per quanto si dirà in seguito (8).

5. - *Segue. In presenza di accordi sindacali.* — Il dubbio sorge perché il co. 6 dello stesso art. 32 dispone una riduzione della misura massima dell'indennizzo in presenza di accordi collettivi, che prevedano l'assunzione di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie.

Orbene, in base a tale norma, qualora si siano avuti dei contratti a termine illegittimi ed, in virtù di accordi collettivi, sia prevista in futuro l'assunzione anche a tempo indeterminato — e, quindi, eventualmente anche solamente a tempo — il datore, a fronte dell'obbligo così configurato, viene ad essere in qualche modo agevolato, mentre al lavoratore non solo non sono assicurate la permanenza e la continuità del vincolo, ma, ove si rivolga al giudice, si vede ridotta nel massimo l'indennità. Tutto ciò significa che dall'accordo sindacale deriva un trattamento decisamente meno favorevole rispetto a quello del quale il lavoratore potrebbe fruire nel caso in cui tale accordo non esista.

Il dubbio, che si adombra, è che la mancata permanenza del vincolo, non assicurata dal co. 6, potrebbe significare che pure il co. 5 non preveda una tale conseguenza.

La lettura complessiva, però, non consente una siffatta conclusione, ma sta a significare che il legislatore, nella sua insindacabile discrezionalità (9), ha inteso favorire una gestione sindacale della situazione descritta, allo scopo di evitare un

contenzioso seriale; con questa interpretazione non sono prospettabili dubbi di legittimità costituzionale, in quanto la differenza è giustificata dalla situazione dei datori di lavoro che si sono impegnati in un programma di stabilizzazione (10).

Pur con la doverosa attenzione a tale lettura — certamente più rispettosa della lettera della norma — desta qualche riserva l'intento con tali modalità perseguito, perché, se è bene che vada favorita la possibilità di una gestione in sede collettiva della questione, è pur vero che al lavoratore viene proposta l'alternativa tra l'agire per ottenere un definitivo riconoscimento dell'esistenza di un rapporto a tempo indeterminato e quella di rinunciare alla tutela giudiziaria in attesa del momento di una nuova assunzione, anche a tempo determinato, senza che venga garantita quella stabilità, che è sempre una meta, alla quale ogni prestatore di lavoro normalmente aspira. È di tutta evidenza che se una siffatta regolamentazione è un incentivo per i datori di lavoro a concludere un accordo in sede sindacale, l'unico vantaggio riconosciuto al lavoratore — sempre che abbia aderito alle associazioni stipulanti l'accordo (11) — è la possibilità di non adire il giudice, con l'alea insita in ogni giudizio e con il non dover attendere i tempi della giustizia per la definizione della controversia.

Sarà l'esperienza a dimostrare se lo scopo perseguito — di evitare un contenzioso e gli inconvenienti che i tempi processuali normalmente comportano anche per la parte istante — avrà successo.

(7) Corte cost. 14 luglio 2009 n. 214, in questa rivista 2009, 653.

(8) A. VALLEBONA, *Indennità per il termine illegittimo: la questione di costituzionalità*, in questo fascicolo, ritiene che la conversione avrebbe effetto *ex nunc*. Cass. (ord.) 28 gennaio 2011, n. 2112 ha espressamente escluso che l'indennità in esame si aggiunga al danno subito dal lavoratore.

(9) A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il «collegato» 2010*, in questa rivista 2010, 213.

(10) P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «collegato lavoro» alla legge finanziaria*, in «Riv. it. dir. lav.» 2010, I, 482.

(11) È evidente che, qualora e per qualsiasi motivo non sia applicabile l'accordo, al lavoratore potrà essere riconosciuta l'indennità nella misura prevista dal co. 5.

6. - *L'applicazione alle situazioni pendenti.* — Altra significativa innovazione è contenuta nell'art. 32 co. 7, dato che le disposizioni testé commentate si applicano anche ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge (non vi è motivo di dubitare che la disposizione si applica anche ai contratti a termine non ancora scaduti e/o ai giudizi non ancora in corso (12)).

A parte le considerazioni che seguono, non è da escludere, nell'immediato, un incremento del contenzioso, dato che, essendo previsti per tutti i contratti a termine conclusi prima dell'entrata in vigore della legge, termini di decadenza per denunziarne la legittimità, è verosimile che molti lavoratori si accingeranno a far valere le loro ragioni per non vedersi preclusa ogni tutela.

Va aggiunto ancora che, in applicazione della nuova disciplina, qualora si siano avuti prima della sua entrata in vigore più contratti a termine illegittimi, che non integrano la fattispecie dell'art. 5 d.lgs. n. 368, il lavoratore può attivarsi, rispettando i termini previsti dallo stesso art. 32, per proporre tante impugnazioni ed altrettanti giudizi, allo scopo di ottenere, per ogni singolo contratto, l'indennità prevista, quand'anche non si fosse fatto carico di offrire in precedenza la sua prestazione e pur avendo collocato proficuamente *aliunde* le sue energie lavorative tra un rapporto e l'altro.

Questa idea, prospettata in alcuni dibattiti, va però opportunamente precisata e chiarita.

In presenza di una pluralità di con-

tratti a termine l'accertamento della illegittimità della relativa clausola comporterà la configurazione di un unico contratto a tempo indeterminato, così che i vari rapporti a termine, successivamente posti in essere, vengono ad essere inglobati nell'unico accertato rapporto a tempo indeterminato, con l'ulteriore conseguenza che l'indennità risarcitoria, di cui alla norma in commento, non potrà che essere unica, a prescindere da ogni maggiore danno subito dal lavoratore.

Può anche accadere, però, che, nella serie di contratti a termine se ne rinvergano alcuni legittimi ed altri illegittimi. In situazioni del genere, alla continuità giuridica conseguente alla dichiarazione di illegittimità, può essere succeduto un rapporto, che correttamente sia stato risolto e che questa situazione abbia a ripetersi. Se tutto ciò si dovesse accertare, la conclusione è che, per ciascun periodo caratterizzato da un accertamento di illegittimità del termine e da una successiva legittima cessazione del rapporto, comunque verificatasi, al lavoratore va riconosciuta, per quante volte una vicenda del genere si dovesse ripetere, l'indennità in questione.

Va infine sottolineato che, secondo la nuova disciplina, la condanna al pagamento dell'indennità risarcitoria prescinde del tutto dalla messa in mora del datore e dall'eventuale attività, economicamente redditizia, svolta dal lavoratore dopo la scadenza del contratto a termine (13).

7. - *Segue. La retroattività della disciplina ed i dubbi di costituzionalità.*

— La norma ha chiaramente valore retroattivo ed incide sulla misura del danno che, in ipotesi di un remoto atto di messa in mora o di giudizio non ancora definito, verrebbe — anche sensibilmente — ad essere ridotta.

Orbene, se è evidente che il legislatore ha inteso porre sullo stesso piano situazioni analoghe, pur se verificatesi in epoche diverse (sono salvi, ovviamente, gli effetti dei giudicati già formati), seri dubbi di legittimità della norma sono stati e si possono proporre (14).

Il dubbio è stato superato (15) in base al rilievo che, con tale disposizione, si è voluto evitare che per situazioni simili (contratti stipulati in un medesimo arco temporale) si potessero avere liquidazione di danni in misura diversa, per effetto di circostanze temporali occasionali, quali la durata del rapporto o del singolo processo, circostanze che, comunque, possono incidere sul *quantum*, pur se nei limiti della forfezzazione prevista dalla nuova disciplina. D'altra parte, la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 *bis* d.lgs. n. 368 è stata motivata per l'irrazionalità di una differenza dovuta a fattori del tutto casuali e per non essere accompagnata dal passaggio da un regime normativo ad un altro; pertanto, una volta che sia stato unificato il trattamento sanzionatorio, verrebbe meno la irragionevole differenza di regolamentazione (16).

Queste considerazioni, peraltro, non eliminano i dubbi di costituzionalità. È bene partire dal rilievo che, con la sentenza 214 del 2009, la Corte

(12) P. TOSI, *op. cit.*, 483.

(13) Questi elementi potranno essere presi in considerazione per la determinazione del *quantum* nell'ambito della fascia indicata dalla legge in commento. Di contrario avviso Trib. Roma 30 novembre 2010, *cit.*, che non ha ammesso una prova sull'*aliud perceptum*, per il fatto che la circostanza era stata dedotta come «mera eventualità» e non come allegazione, dando così ad intendere che, di fronte ad una puntuale presa di posizione da parte del datore, il fatto, se provato, poteva incidere anche sulla misura dell'indennità.

(14) La questione è stata già sollevata. Cfr., in proposito, Trib. Trani (*ord.*) 20 dicembre 2010, annotata in senso contrario da A. VALLEBONA, *Indennità per il termine illegittimo*, *cit.*, Cass. (*ord.*) 28 gennaio 2011, n. 2112 ha prospettato un dubbio di legittimità per contrasto con gli artt. 3, 4, 24 e 117 Cost., per quanto riguarda la misura dell'indennità risarcitoria.

(15) P. TOSI, *op. cit.*, 484.

(16) Corte cost. 14 luglio 2009 n. 214 *cit.*

costituzionale non ha esaminato tutti le questioni di legittimità che erano state sollevate, limitandosi a valorizzare la irragionevolezza di un trattamento differenziato dovuto a circostanze del tutto accidentali. Non risulta affrontata l'altra questione, che pure era stata prospettata in alcune delle ordinanze di rimesione, per il fatto che il lavoratore veniva ad essere privato di una tutela prevista dalla precedente disciplina. Ciò premesso, gli interrogativi che sorgono possono essere i seguenti.

a) Il lavoratore che, in base all'assetto precedente, ha provveduto a costituire in mora il datore per aver offerto la sua prestazione, qualora per il decorso del tempo (dovuto sia all'attivazione tardiva del giudizio — pendente o non alla data del 24 novembre 2010 — sia all'andamento del processo) abbia maturato il diritto al risarcimento in misura superiore a quella prevista dalla nuova norma, viene a subire una compressione di un diritto già maturato.

b) Il previsto trattamento indennitario deroga alla disciplina generale dell'inadempimento contrattuale, penalizzando un soggetto che tradizionalmente è considerato parte debole, ed al quale la Costituzione assicura una tutela minima inderogabile.

c) Secondo la nuova regola l'andamento del giudizio non influisce sulla misura dell'indennità, per cui ritardi — comunque determinati — recano pregiudizio alla parte istante (ma anche al datore, se la durata del processo può incidere sul *quantum*).

d) La retroattività della disciplina lede diritti già acquisiti ed interviene per risolvere controversie giudiziarie in corso.

e) Le nuove regole sono contrarie

a quel principio di «non regresso», ripetutamente affermato dalla giurisprudenza comunitaria.

Una risposta ai vari dubbi non può prescindere da alcune preliminari considerazioni.

Come si è già posto in evidenza, con l'art. 32 l'indennità è dovuta indipendentemente dalla messa in mora e la sua misura non è condizionata dall'eventuale *aliud perceptum* o *percipiendum*, che il lavoratore abbia avuto (o avrebbe avuto) modo di conseguire collocando utilmente le sue energie lavorative.

In base a questa considerazione il dubbio prospettato *sub b)* potrebbe essere superato, limitatamente al pregiudizio subito dal lavoratore, dopo l'entrata in vigore della legge n. 183, in quanto si tratta di una disciplina specifica per alcune ben definite fattispecie e giustificata dalla peculiarità delle stesse.

Anche il dubbio *sub e)* potrebbe essere superato considerando che, secondo la giurisprudenza comunitaria (17), non si verifica un abbassamento delle tutele se la riduzione è compensata da altre garanzie, che, nella specie, sono appunto costituite — come testé è stato segnalato — dall'automaticità del trattamento indennitario ed a prescindere dalla prova di un effettivo pregiudizio patito dal lavoratore.

Discorso analogo riguarda il dubbio *sub c)*, in quanto la misura dell'indennità va determinata tenendo conto dei criteri menzionati dall'art. 8 della legge n. 604, tra i quali il comportamento e la condizione personale delle parti, per cui, sempre per il periodo successivo all'entrata in vigore della legge, il giudice in base a tali elementi può trovare un punto

di equilibrio tra le opposte posizioni delle parti in causa.

Meno agevole è superare gli altri dubbi di legittimità.

La Corte costituzionale (18), con riferimento ai rapporti di durata, ha più volte affermato il principio secondo il quale il legislatore, nei casi di successione di leggi, può anche modificare in senso sfavorevole la disciplina dei rapporti, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti (con il limite imposto in materia penale dall'art. 25, co. 2, Cost.), a condizione però che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti. D'altra parte la stessa Corte ha più volte affermato il principio del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto e non può essere leso da disposizioni retroattive che trasmodino in regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate su leggi anteriori. Per altro verso, non va trascurato il fatto che le lungaggini del processo — che possono essere dovute sia a disfunzioni degli uffici giudiziari sia a comportamenti dilatori della parte convenuta — possono comportare che, per situazioni del tutto sovrapponibili, si possa verificare un pregiudizio economico diverso ed in misura maggiore rispetto a quanto previsto dalla nuova disciplina.

Anche la giurisprudenza comunitaria offre spunti di riflessione sulla correttezza di una legislazione avente efficacia retroattiva: in svariate decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (19) si è affermato il contrasto con il diritto ad un

(17) Corte Cee 24 giugno 2010, causa c-98/09, in questa rivista 2010, 627.

(18) Tra le più recenti decisioni Corte cost. 24 luglio 2009, n. 236, in «Dir. rel. ind.» 2010, 161 e 26 gennaio 2009, n. 24, in «Giur. cost.» 2009, 165. V. pure per questa problematica, Cass. 5 marzo 2007, n. 5048 e, in dottrina, L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Encl. dir.*, Agg. 1, Milano 1999, 899; M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività*, in «Giur. it.» 2007, 1838.

(19) Tra le più recenti decisioni della Cedu, per il caso Sc., 29 luglio 2004 (ricorso 36813/97), in «Foro it.» 2005, IV, 1 e 29 marzo 2006 (ricorso 36813/97 ed altri); caso UN., 18 dicembre 2008 (ricorso 20153/204).

processo equo (art. 6, par. 1, della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo) se, per effetto dell'applicazione di regole cambiate nel corso di un processo, il giudice è tenuto ad una decisione su una base diversa da quella che si prospettava al momento dell'introduzione del giudizio, a meno che ricorrano preponderanti motivi di interesse generale.

Bastano questi brevi cenni per rendersi conto che i dubbi prospettati possono essere ritenuti non manifestamente infondati.

8. - *Gli obblighi contributivi.* — Nulla dice la legge n. 183 circa le conseguenze dell'accertamento dell'illegittimità del termine sull'obbligo del datore di lavoro quanto ai contributi previdenziali.

Orbene, per quanto è dato desumere dalla giurisprudenza, ormai consolidata, in situazioni, in qualche modo assimilabili a quelle in esame, ossia in tema di risarcimento dei danni da licenziamento illegittimo, occorre distinguere la situazione relativa al rapporto di lavoro e le conseguenze concernenti l'obbligo previdenziale. Anche prima delle modifiche apportate con la l. 11 maggio 1990, n. 108 la Cassazione (20) ebbe ad affermare che nel periodo compreso tra la data dell'illegittimo licenziamento e quella della pronuncia giudiziale contenente l'ordine di reintegra del lavoratore, durante il quale il rapporto di lavoro è quiescente ma non estinto, rimangono in vita il rapporto assicurativo previdenziale ed il corrispondente obbligo del datore di lavoro di versare all'ente previdenziale i contributi assicurativi,

che, pertanto, sono dovuti indipendentemente dalla erogazione della retribuzione e vanno commisurati a quella che sarebbe stata la normale retribuzione nell'intero periodo, anche se non coincidente con l'importo del danno liquidato in applicazione dei criteri di risarcimento fissati dalla legge. L'affermazione risulta ulteriormente rafforzata dalla modifica dell'art. 18, l. 20 maggio 1970, n. 300 ad opera della richiamata legge n. 108, che ha previsto un risarcimento del danno subito dal lavoratore in misura non inferiore a cinque mensilità — ritenendo, pertanto, detraibile l'*aliud perceptum* o quanto il lavoratore avrebbe potuto riscuotere attivandosi per trovare altra occupazione (21) — mentre ha confermato che resta integro l'obbligo contributivo in relazione a tutto il periodo che va dall'illegittimo recesso alla sentenza di reintegra. Questo principio, ormai indiscusso in materia di licenziamento, è stato applicato anche nell'ipotesi di contratti a termine illegittimi, essendosi ritenuto che il datore di lavoro che non abbia provveduto ai versamenti dovuti nei termini di legge resta obbligato, in via esclusiva per l'adempimento, anche nell'ipotesi in cui l'inadempimento sia conseguenza della nullità del termine di durata apposto al contratto di lavoro, non potendosi ravvisare, in tale situazione, una impossibilità della prestazione derivante da causa oggettiva non imputabile allo stesso datore di lavoro (22). La circostanza che, in base alla nuova disciplina, il danno subito dal lavoratore per la mancata attività conseguente alla scadenza del termine, è determinata

in una misura «onnicomprensiva» allora sta solo a significare che, per questo titolo, egli null'altro può pretendere, ma tutto ciò non escluderebbe che il datore sia tenuto al versamento dei contributi calcolati su tutte le somme che avrebbe dovuto corrispondere se il rapporto non fosse stato illegittimamente interrotto (23).

9. - *Le regole processuali.* — Nel momento in cui il legislatore ha previsto che le nuove regole si applicano ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge, con il co. 7 ha disposto che il giudice fissa alle parti un termine per l'eventuale integrazione della domanda e delle relative eccezioni ed esercita i poteri istruttori ai sensi dell'art. 421 c.p.c. Non controversa la piena applicabilità al giudizio di primo grado, con una palese deroga alle preclusioni già maturate e come comminate dagli artt. 414 e 416 c.p.c., si è posto l'interrogativo dell'applicabilità della norma nei giudizi di impugnazione. È stato osservato che vi sarebbe un'antinomia fra i due periodi che compongono il co. 7, perché da un lato, nel fare riferimento a «tutti i giudizi», il legislatore sembra voler sancire un'applicazione generalizzata a tutti i rapporti ancora *sub iudice*, senza alcuna differenziazione fra i diversi gradi e fasi di giudizio; dall'altro, però, quanto alle modalità di applicazione della nuova normativa, richiama l'art. 421 c.p.c., che disciplina l'esercizio dei poteri istruttori nel giudizio di primo grado, ma non l'art. 437 c.p.c. relativo al giudizio di appello, prevedendo poi la possibilità di integrare le domande e

(20) Cass. Sez. Un., 5 luglio 2007, n. 15143, in questa rivista 2007, 732, con nota di L. PERINA.

(21) Principio consolidato a seguito di Cass. Sez. Un., 27 luglio 1999, n. 508, in questa rivista 1999, 1061 ed, in epoca più recente, da Cass. 18 maggio 2006, n. 11670, in «Riv. crit. dir. lav.» 2006, 936.

(22) Cass. 17 marzo 2009, n. 6448.

(23) Non è di questo avviso Trib. Trani 20 dicembre 2010, cit. (e la tesi è condivisa da A. VALLEBONA, *op. ult. cit.*, coerentemente all'opinione secondo la quale la conversione avrebbe efficacia *ex nunc*), che, sulla base di tale rilievo, ha ravvisato un ulteriore profilo di incostituzionalità della norma in commento.

le eccezioni, e, quindi, il *thema decidendum* del giudizio di primo grado, senza alcun esplicito riferimento ai motivi di impugnazione. E poiché la retroattività di una legge deve risultare da una dichiarazione non equivoca, nella richiamata situazione di incertezza, la conclusione non può essere che quella dell'inapplicabilità della norma in esame ai giudizi di impugnazione (24).

Alla stregua di una giurisprudenza consolidata e relativa ad ipotesi varie di applicazione dello *ius superveniens* nei giudizi pendenti e per le quali si sono prospettati interrogativi simili, un'altra lettura è però possibile, ponendosi altrimenti, anche a questo proposito, un problema di legittimità costituzionale — simile del tutto a quello prospettato ed accolto dalla Corte costituzionale (25) — per aversi una diversità di trattamento dovuto al fatto accidentale del momento in cui si trova il processo (26). Non vi è dubbio che, in un sistema caratterizzato da rigide preclusioni, la possibilità di introdurre delle deroghe va valutata con attenzione, ma l'ampiezza della formulazione del testo deve indurre a ricercare gli opportuni adattamenti, soprattutto se, come nella specie, gli elementi letterali desumibili dal richiamato co. 7, appaiono ampiamente indicativi dell'intento di disporre applicazione

anche nei giudizi di impugnazione. In questa prospettiva, porre l'accento sul richiamo del solo art. 421 c.p.c. e sul fatto che nella seconda parte del co. 7 si parla di «giudice» e non di «collegio» appare argomento labile per contrastare tale conclusione: in effetti la norma non è altro che manifestazione di un principio generale, proprio del processo del lavoro, circa il potere-dovere del giudice di avvalersi dei poteri di ufficio per la ricerca della verità, con la conseguenza che la mancata esplicita menzione dell'art. 437 c.p.c. non può significare che un siffatto potere — indipendentemente da una formale previsione — non debba e possa essere esercitato dal giudice del gravame. D'altra parte, quando nel secondo periodo del co. 7 si legge «con riferimento a tali ultimi giudizi», è evidente che il richiamo va a ciò che è contenuto nel primo periodo, ossia a «tutti i giudizi, ivi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della legge», donde l'impossibilità logica di operare una selezione a seconda dello stato del processo all'atto dell'operatività della legge in questione.

Fatta questa premessa, per l'applicabilità della norma è necessario che, nei giudizi in corso, sia (ancora) in discussione la questione del risarcimento: tanto si ricava dal testo del co.

7, ove si fa cenno ad una necessità «ai soli fini della determinazione dell'indennità» di cui ai commi precedenti. Il rilievo è valido anche per il giudizio di primo grado, non potendosi escludere *a priori* che il lavoratore aspiri ad ottenere una declaratoria sulla pendenza del rapporto, ma non anche il ristoro del pregiudizio economico perché, ad esempio, ha avuto subito modo di svolgere un'attività egualmente lucrativa, tale da non aver subito alcun danno.

Pendendo il giudizio di primo grado, quand'anche si siano verificate le preclusioni e le decadenze previste dagli artt. 414 e 416 c.p.c., ambo le parti sono abilitate ad integrare le domande, le eccezioni e le richieste istruttorie e, pertanto, il giudice dovrà concedere alle parti i termini per adeguare le rispettive difese e, quindi, più in particolare fissare per il convenuto un termine per replicare alle richieste della controparte.

Se, intervenuta la legge, il giudice non provveda a darvi applicazione, tale omissione deve essere denunziata come motivo di appello (27).

In pendenza del termine per appellare o del procedimento di appello, l'entrata in vigore della legge richiede che la parte, nel primo caso, formuli un apposito motivo di gravame, mentre nel secondo caso può adeguare le sue difese e, sempre che

(24) A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit.; L. DE ANGELIS, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, in «WP C.S.D.L.E. MASSIMO D'ANTONA. It», 2010, 111.

La tesi è stata accolta da alcune decisioni di merito (App. Milano 28 dicembre 2010, n. 1090, nonché App. Roma 26 novembre 2010, inedite per quanto consta), che pongono appunto l'accento sul fatto che l'art. 437 c.p.c. non consente l'ampliamento delle domande e delle eccezioni in appello, nonché sul rilievo che nell'art. 32 co. 7 si richiama l'art. 421 c.p.c. e si menziona il «giudice» e non il «collegio».

(25) Trib. Trani 20 dicembre 2010, cit., nel far propria la tesi dell'inapplicabilità della norma al giudizio di impugnazione, ha ravvisato in ciò un ulteriore profilo di incostituzionalità per irragionevole disparità di trattamento, in quanto il lavoratore, per il quale si sia già concluso il giudizio di primo grado, potrebbe continuare a godere del più favorevole trattamento previsto dalla disciplina precedente, senza subire quella riduzione di tutela introdotta dalla legge n. 183. Questo rilievo, peraltro, sollecita una riflessione: se il problema in tanto si pone in quanto la formulazione della norma e l'antinomia esistente nel testo fanno dubitare dell'effettiva volontà del legislatore e se la non applicabilità della disciplina al giudizio di impugnazione comporta un profilo di incostituzionalità, c'è da chiedersi se, nel dubbio, non debba essere accolta l'interpretazione più conforme alla Costituzione (tra le più recenti sul punto cfr. Cass. 18 novembre 2010, n. 23338).

(26) Corte cost. 23 novembre 2006, n. 393, in «Foro it.» 2007, I, 1; Corte cost. 28 marzo 2008, n. 2, in «Giur. cost.» 2008, 928.

(27) Per una fattispecie analoga cfr. Cass. 23 luglio 2007, n. 16274.

I richiami alla giurisprudenza di legittimità riportati nelle note seguenti riguardano problematiche pienamente assimilabili a quelle affrontate nel testo, in quanto relative alla conseguenza dell'applicazione di uno *ius superveniens* a giudizi pendenti.

sia necessario, il giudice dell'appello deve svolgere l'opportuna attività istruttoria (28).

Contro questa tesi risultano prospettati alcuni rilievi critici, si è osservato che il meccanismo del rito del lavoro non consente l'ampliamento del *thema decidendum* e che, se così non fosse, verrebbe a non essere rispettato il doppio grado del giudizio di merito.

Orbene, a parte la considerazione che, nel sistema vigente, la garanzia del doppio grado di giudizio di merito non è costituzionalmente tutelata (29), certo è che, al di fuori delle tassative ipotesi previste dagli artt. 353 e 354 c.p.c., il giudice di appello è tenuto a farsi carico di tutte le questioni sulle quali — per qualsivoglia ragione — è mancato l'esame da parte del giudice di primo grado, dal che si evince chiaramente che il sistema processuale vigente prevede pure che possa mancare su alcune questioni il doppio esame di merito. Per altro verso, costituendo un principio assolutamente non controverso che il giudice di rinvio

dalla Cassazione deve applicare la norma sopravvenuta, quand'anche in contrasto con il principio di diritto enunciato nella sede di legittimità (30), non si vede perché nelle fattispecie considerate dalla legge n. 183 si debba sostenere una soluzione diversa, che, oltre tutto, si dovrebbe confrontare con la questione di costituzionalità nei termini in precedenza esposti.

La mancata applicazione della nuova legge da parte del giudice d'appello, abilita la parte interessata a denunziarne la violazione con apposito motivo di ricorso, in mancanza del quale è preclusa alla Cassazione la possibilità di esame (31).

L'entrata in vigore della legge quando penda il giudizio di Cassazione ne comporta l'applicazione alla duplice condizione che, da un lato, la sopravvenienza sia posteriore alla proposizione del relativo ricorso, e ciò perché, in tale ipotesi, il ricorrente non ha potuto tener conto dei mutamenti successivamente avvenuti quanto ai presupposti legali che condizionano la disciplina dei

singoli casi concreti; dall'altro lato, che la normativa sopraggiunta sia pertinente rispetto alle questioni agitate nel ricorso (32). In questa situazione, ai sensi dell'art. 384, co. 3, c.p.c., la Corte, sempre che sia stata dedotta in sede di legittimità la questione sull'*an e/o sul quantum* di una pretesa risarcitoria, in primo luogo deve fissare un termine affinché le parti possano svolgere le loro osservazioni e, dall'altro, non potendo procedere alla valutazione dei criteri né, ovviamente, ad alcuna attività istruttoria e, sulla base di ciò determinare l'ammontare dell'indennità, non ha altra possibilità che l'annullamento della sentenza, con rinvio al giudice del merito (33). Contro questa ipotesi ricostruttiva non varrebbe opporre che la modifica del *thema decidendum*, in base alle regole processuali vigenti, non sarebbe consentita in particolare nel giudizio di legittimità, in quanto l'ampia formulazione della norma non consente di operare una distinzione fra giudizio di primo grado e giudizi di impugnazione (34).

(28) Cass. 10 novembre 2003, n. 16859.

(29) Corte cost. 3 aprile 1982, n. 69, in «Foro it.» 1982, I, 1213, Corte cost. 7 marzo 1983, n. 52, *ibidem* 1984, I, 625.

(30) Cass. 27 ottobre 2006, n. 23169.

(31) Cass. 7 agosto 2008, n. 21382.

(32) Cass. 8 maggio 2006, n. 18775.

(33) Cass. 11 ottobre 1999, n. 11382.

(34) Con due recenti sentenze (3 gennaio 2011, n. 65 e 4 gennaio 2011, n. 80) la Cassazione si è posta il problema dell'applicabilità del giudizio di legittimità della legge 183. In ambedue le decisioni, per quanto è dato comprendere dalla motivazione, la Corte ha dato — sia pure implicitamente — risposta all'interrogativo in termini positivi pur non affrontando *ex professo* il problema avendo rilevato che la questione della misura del risarcimento non aveva costituito oggetto del ricorso, ovvero che il relativo quesito di diritto (essendo applicabile, *ratione temporis*) l'ormai abrogato art. 366 *bis* non era stato formulato correttamente. Nello stesso senso Cass. (*ord.*) 28 gennaio 2011, n. 2112.

IL CONTRATTO A TERMINE DOPO LA LEGGE 4 NOVEMBRE 2010, N. 183. — Riasunto. *Lo studio ha per oggetto gli effetti della legge 183/2010 sui contratti a termine dei quali sia contestata la legittimità. Dopo aver individuate le fattispecie alle quali la disciplina è riferibile, ed esaminati i possibili dubbi di costituzionalità, propone soluzioni circa la sua applicabilità ai giudizi di impugnazione pendenti.*

THE FIXED-TERM CONTRACT AFTER THE LAW 4 NOVEMBER 2010, N. 183. — Summary. *The study concerns the effects of law 183/2010 on fixed-term contracts, which is contested the legality. Having identified the cases to which the discipline is related, and having examined the possible issues of constitutionality, the study proposes solutions regarding its applicability to pending appeals.*