

2

aprile-giugno 2011

Rivista critica di diritto del lavoro
privato e pubblico

D & L

Da tale importo nulla dovrà essere detratto a titolo di *aliunde perceptum*, atteso che, dalla scadenza dell'ultimo contratto il ricorrente ha percepito esclusivamente l'indennità di disoccupazione rispetto alla quale con motivazione cui il Giudicante ritiene di aderire, la Suprema Corte ha affermato che le indennità previdenziali non possono essere detratte, a titolo di *aliunde perceptum*, dal risarcimento dovuto al lavoratore a seguito del licenziamento illegittimo intimato da datore di lavoro, deponendo in tal senso sia la diversità dei titoli di erogazione che dei soggetti obbligati (cfr. ad es. Cass. 18687/06; Cass. 18137/06; Cass. 2928/05; Cass. 3904/02). E tali conclusioni valgono anche per l'indennità di mobilità che costituisce un'indennità (sostitutiva del trattamento) di disoccupazione, erogata per finalità di assistenza e di solidarietà sociale da un ente pubblico, che è l'unico legittimato a chiederla in restituzione, e che non può essere vanificata sulla base del distinto piano del rapporto di lavoro, consentendo al datore di lavoro, nonostante l'annullamento dell'atto di recesso, di avvantaggiarsi, quantomeno indirettamente, di misure di sostegno poste a tutela del lavoratore. Fermo restando – per come giova ribadire – il potere per l'ente pubblico, una volta accertata l'illegittimità del recesso, di valutare le conseguenze derivanti dal venir meno dei presupposti dell'erogazione, ma sulla base di una valutazione legale che si differenzia nettamente dal diritto di credito del datore di lavoro per eventuali fatti riduttivi della sua obbligazione risarcitoria, non potendosi riconoscere alcuna interferenza fra tale obbligo risarcitorio, il vantaggio patrimoniale conseguito dal lavoratore per effetto dell'erogazione pubblica e l'esclusiva legittimazione dell'ente erogatore in relazione agli eventuali connessi obblighi restitutori» (Cass. sez. lav. 16/3/09 n. 6342).

La specificità della causale «sostitutiva» al vaglio del Tribunale di Milano

Pur non essendo l'oggetto principale del giudizio deciso con le sentenze annotate, queste ultime rivestono estrema rilevanza per alcune osservazioni ivi contenute a proposito della questione della specificità della causale sostitutiva nell'assunzione a termine.

In sostanza, i giudici milanesi hanno dato risposta, sia pure tramite un *obiter dictum*, al quesito circa la sussistenza, sotto il vigore del D. Lgs. 368/01, dell'obbligo in capo al datore di lavoro di indicare puntualmente, al momento della stipulazione del contratto a termine per ragioni sostitutive, il nome del lavoratore sostituito e le ragioni della sostituzione: il problema è oggi tutt'altro che marginale, essendosi di recente assistito all'intervento di tre diverse Corti (Cassazione, Corte Costituzionale e Corte di Giustizia Europea), senza che però sia stata raggiunta una soluzione certa e condivisa.

Pur non intendendo puntualmente ricostruire l'evoluzione della disciplina del contratto a termine nel nostro ordinamento¹, giova però premettere che, sotto il vigore della L.

¹ Per una completa disamina della disciplina del contratto a termine nell'ordinamento italiano: L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del contratto a termine. D. Lgs. 368/01*, Milano 2002; M. Papaleoni, «Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato: D. Lgs. 368/01», in *Arg. dir. lav.* 2002, 664 sgg.; v., inoltre, R. Pessi, «Il Contratto a tempo determinato», *ivi* 2009, 297 sgg.; A. Vallebona, S. Visonà, R. Romei, «Questioni sul contratto a termine», in *Giorn. dir. lav. rel. ind.* 2008, 118, 447.

18/4/62 n. 230, che prevedeva che l'apposizione di un termine a un contratto di lavoro fosse ammessa solo in via eccezionale e a fronte delle ipotesi tassative ivi elencate, sulla scorta dell'art. 1, 2° comma, lett. b) di tale legge la stipulazione di un contratto a termine per ragioni sostitutive era consentita solo per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto e a condizione che venissero indicati il nome del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione.

Successivamente, al fine di stemperare il rigore di tale disposizione, è intervenuto l'art. 23 della L. 28/2/87 n. 56, che autorizzava la contrattazione collettiva, con la partecipazione dei sindacati maggiormente rappresentativi, a individuare ipotesi di apposizione del termine ulteriori rispetto a quelle legali e a stabilire il tetto delle possibili assunzioni a termine in rapporto a quelle a tempo indeterminato².

Nel giugno del 1999 il Consiglio dell'Unione Europea adottava la Direttiva n. 1999/70/Ce, che, nel recepire l'«Accordo quadro Ce, Unice e Ceep sul lavoro a tempo determinato», si proponeva di «creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti a tempo determinato», riconoscendo espressamente che «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno a essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori, contribuendo alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento»³.

A tal fine merita di essere sottolineato che, da un lato, a proposito delle causali per la stipulazione del contratto a termine, la clausola 3 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva stabilisce che il termine deve essere «determinato da ragioni oggettive», dall'altro, che, essendo lo scopo della Direttiva quello di elevare, e non certo ridurre, le tutele a favore dei lavoratori assunti a termine, il legislatore europeo ha inserito nella Direttiva la c.d. «clausola di non regresso»⁴, che vieta di utilizzare l'obbligo dello Stato membro di dare attuazione alla Direttiva come pretesto per operare una riforma peggiorativa delle garanzie offerte ai lavoratori a termine, e sulla cui estensione e precettività si è sviluppato negli anni un vivacissimo e sempre attuale dibattito in seno alla dottrina⁵.

² Così come riconosciuto dalle Sezioni unite, l'art. 23 della L. 56/87, nel consentire alla contrattazione collettiva di stabilire ipotesi ulteriori di assunzione a termine rispetto a quelle previste dalla L. 230/62, aveva conferito una sorta di «delega in bianco» a favore dei sindacati maggiormente rappresentativi a livello nazionale (Cass. sez. un. 2/3/06 n. 4588), mentre non era viceversa possibile derogare alle ipotesi legali con la contrattazione decentrata (Cass. 5/9/08 n. 22512, in *Lav. nella giur.* 2009, 1, 75).

³ Così nel Preambolo dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/Ce.

⁴ Si tratta del punto 3 della clausola 8 («Disposizioni di attuazione») dell'Accordo quadro, che recita testualmente: «L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso».

⁵ In sintesi, come ben riassunto da L. Menghini, «Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle corti superiori», in *Riv. giur. lav.* 2009, 3, 492, «i nodi interpretativi posti dalla clausola in esame erano i seguenti: a) la clausola concerne soltanto la disciplina interna di prima attuazione delle direttive ovvero anche le disposizioni nazionali successive che modificano o integrano la disciplina originaria? b) l'ambito coperto dall'accordo va inteso come l'insieme dei temi espressamente e specificamente toccati dalle previsioni dell'intesa o come l'intero istituto giuridico del contratto a tempo determinato? c) quando si può dire che una norma interna costituisce applicazione dell'accordo recepito dalla Direttiva? d) il livello generale di tutela di cui godono i lavoratori in virtù di una certa disciplina interna, e

Il legislatore italiano, evidentemente ritenendo che la normativa precedente non fosse del tutto conforme al dettato comunitario, ha dato attuazione alla Direttiva 1999/70/Ce con la L. 29/12/2000 n. 422 che ha conferito la delega al Governo per l'emanazione del D. Lgs. 368/01, vero e proprio «Testo Unico» sul contratto a termine, divenuto, come è noto, oggetto di numerose e, spesso, discusse modifiche nel corso degli ultimi anni⁶.

La principale innovazione del D. Lgs. 368/01, che ha abrogato espressamente tutta la previgente disciplina (art. 11), è consistita nell'abbandono del sistema rigido previsto dalla L. 230/62, che come detto prevedeva la tipizzazione delle causali legittimanti il contratto a termine, e nella contestuale introduzione di un sistema articolato per clausole generali, in cui l'apposizione del termine è consentita «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», che devono «risultare, direttamente o indirettamente, in un atto scritto», in cui devono essere «specificate», a pena di inefficacia (art. 1 D. Lgs. 368/01)⁷.

□

che non può essere abbassato in occasione della trasposizione dell'Accordo quadro, richiede di guardare alla sostanza del complesso delle tutele di cui ognuno di essi gode nell'ambito coperto dall'Accordo? Le tutele di cui si discute consentono di valutare possibili compensazioni tra norme più favorevoli e meno favorevoli?». Senza ambizione di completezza, per alcune autorevoli risposte in relazione agli interrogativi in esame e per una panoramica sulla giurisprudenza comunitaria in tema di contratto a termine, si rinvia a M. Miscione, «La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso», in *Lav. nella giur.* 2009, 439; A. Vallebona, «Lavoro a termine: il D. Lgs. 368 del 2001 disciplina validamente solo gli abusi da successione», in *Mass. Giur. av.* 2008, 386; S. Sciarra, «Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea. Un tassello nella modernizzazione del diritto del lavoro», in *W.P. Csdle Massimo D'Antona*, Int-52/2007, 2 sgg.; M. Delfino e P. Saracini, «Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti», in *Dir. lav. merc.* 2009, 2, 403 sgg.; L. Corazza, «Lavoro a termine e clausole di non regresso», in *Dir. lav. rel. ind.* 2008, 449 sgg.; M. Lozito, «La disciplina aggiuntiva del contratto a termine per il settore delle Poste e la Direttiva n. 1999/70/Ce: violazione della clausola di non regresso e poteri del giudice italiano», in *Riv. giur. lav.* 2008, II, 172 sgg.

⁶ Si allude, in particolare, all'inserimento nell'art. 1 del D. Lgs. del 1° comma, mediante la L. 24/12/07 n. 247, che esplicitamente prevede, come del resto già si poteva leggere nel citato Preambolo dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/Ce, che il contratto a tempo indeterminato costituisce la regola e il contratto a termine l'eccezione, prevista solo nei casi consentiti dalla legge; sulle ulteriori modifiche al D. Lgs. 368/01 da parte degli interventi normativi successivi (DL 25/6/08 n. 112, convertito nella L. 6/8/08 n. 133), v. G. Ferraro, «Il contratto a tempo determinato rivisitato», in *Arg. dir. lav.* 2008, 649 sgg., mentre per quanto concerne, da ultimo, le imminenti modifiche (anche processuali), riguardanti in particolare le conseguenze sanzionatorie della stipulazione di un contratto a termine illegittimo, da parte della L. 183/10 (c.d. «Collegato Lavoro»), v., tra i primi commenti, P. Tosi, «Il contratto a tempo determinato nel Collegato Lavoro alla Legge Finanziaria», in *Riv. it. dir. lav.* 2010, I, 473; A. Vallebona, «Una buona svolta del diritto del lavoro: il Collegato 2010», in *Mass. Giur. lav.* 2010, 211; E. Barraco, «Il Collegato lavoro: le principali novità», in *Lav. nella giur.* 2010, 12, 1187.

⁷ Circa gli effetti dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, con il conseguente diritto del lavoratore alla conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato, v. Cass. 12/5/08 n. 12985, in *Lav. nella giur.* 2008, 903, con nota di V. Di Michele, «L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica del Legislatore». Tale pro-

Per quanto attiene l'oggetto della presente analisi, merita di essere sottolineato che le nuove disposizioni, diversamente dalla L. 230/62, non hanno previsto alcun riferimento all'obbligo del datore di lavoro di indicare, nel caso di assunzione a termine per ragioni sostitutive, il nome del lavoratore sostituito o le cause della sostituzione, lasciando quindi agli interpreti il compito di dare una risposta al quesito circa il permanere o meno di tale obbligo nel nuovo quadro normativo.

L'opinione prevalente in seno alla giurisprudenza di merito, all'indomani dell'approvazione del D. Lgs. 368/01, era che la corretta lettura delle nuove disposizioni rendesse necessaria l'indicazione del nome del lavoratore sostituito e delle ragioni della sostituzione, così come previsto dalla disciplina precedente⁴⁸.

Tuttavia, stanti le incertezze interpretative che, non solo rispetto al tema in oggetto, hanno caratterizzato la stagione del D. Lgs. 368/01, in molti si sono chiesti se le disposizioni introdotte siano conformi al dettato comunitario, oltre che ai principi costituzionali a tutela del lavoro subordinato, e ciò sotto diversi aspetti, tra cui quello relativo alla specificità della causale sostitutiva; nell'aprile del 2008, i Tribunali di Roma e di Trani⁴⁹ hanno quindi sollevato davanti alla Corte Costituzionale una questione di costituzionalità degli artt. 1 e 11 del D. Lgs. 368/01, in relazione agli artt. 117 Cost., per violazione degli

nuncia è stata condivisa da gran parte della dottrina: v. A. Olivieri, «La Cassazione e il rasoio di Ockam quale strumento di intervento del contratto a tempo indeterminato: a parità di fattori la spiegazione più semplice tende a essere quella più esatta», in *Riv. it. dir. lav.* 2008, 891; A.M. Perrino, «Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la Realpolitik delle regole», in *Foro it.* 2008, 3574; A. Vallebona, «Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile», in *Mass. Giur. lav.* 2008, 643.

⁴⁸ Trib. Milano 14/9/04, in questa *Rivista* 2004, 904; Trib. Roma 13/7/05, in *Riv. giur. lav.* 2006, 2, 17; Trib. Alba 9/5/07, in *Banca Dati De Jure*; Trib. Reggio Calabria 10/3/06, *ivi*; analog., in dottrina, M. Marinelli, «Contratto a termine e cause di giustificazione», in A. Garilli, M. Napoli (a cura di), *Il Lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino 2003, p. 54 sgg.; Trib. Catania 6/5/09, inedita a quanto consta; *contra*, Trib. Milano 4/5/04, in *Riv. it. dir. lav.* 2005, II, 194; Trib. Firenze 23/4/04, in *Riv. it. dir. lav.* 2005, II, 194, citato anche nella rassegna giurisprudenziale a cura di L. Nannipieri, «La Riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale», in *Riv. it. dir. lav.* 2006, II, 327 sgg., nonché S. Ciucciiovino, «Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del D. Lgs. 368/01», in *Giorn. lav. rel. ind.* 2007, 115, 445. In tema di ragioni sostitutive per il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato, v. V. De Stefano, «La nuova Direttiva sul Lavoro tramite Agenzia Interinale e le ragioni giustificatrici del ricorso alla somministrazione: una comparazione con la disciplina del lavoro a termine», in *Arg. dir. lav.* 2010, 4-5, 899, che, attraverso una ampia disamina di casi giurisprudenziali, evidenzia che «la pur meno numerosa giurisprudenza in tema di ragioni sostitutive del ricorso alla somministrazione ha comunque seguito un approccio rigoroso in termini di specificità della ragione indicata nel contratto o di verifica del nesso causale tra quest'ultima e la specifica missione», sottolineando quindi che «sembra potersi osservare una sostanziale convergenza di approccio interpretativo tra la giurisprudenza sul contratto di lavoro a tempo determinato e quella sul contratto di somministrazione».

⁴⁹ V. Trib. Roma, ord., 26/4/08, in *Lav. nella giur.* 2009, 166, con nota di de Martino, «La giurisprudenza sull'art. 4 bis D. Lgs. 368/01: motivi diversi di un'unica illegittimità»; Trib. Trani, ord., 21/4/08, in *GIU* n. 2/09, I, Serie Spec., annotata da M. Rosano, «Effetti e miraggi provocati dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 44/08 sulla tenuta della legislazione italiana in tema di contratto a termine», in *Riv. it. dir. lav.* 2009, II, 65 sgg.

obblighi comunitari, con particolare riferimento alla «clausola di non regresso» contenuta nella Direttiva attuata, nonché con riferimento agli artt. 76 e 77 Cost., per eccesso di delega rispetto alla legge comunitaria n. 442/2000 di attuazione della citata Direttiva¹⁰.

Su tale questione, la Corte Costituzionale ha dato risposta con la sentenza del 14/7/09 n. 214¹¹, che, relativamente alla causale sostitutiva, ha ritenuto, con una pronuncia interpretativa di rigetto, non fondata la questione sollevata, spiegando come l'onere di specificazione previsto dall'art. 1 D. Lgs. 368/01 «impone che, tutte le volte in cui l'assunzione a tempo determinato avvenga per ragioni sostitutive, risulti per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione».

In sostanza, secondo il Giudice delle Leggi, considerando che per «ragioni di carattere sostitutivo» si debbono intendere motivi connessi con l'esigenza di sostituire uno o più lavoratori, la specificazione di tali motivi, per ragioni di «coerenza anche dal punto di vista sistematico», implica necessariamente anche l'indicazione dei nomi dei sostituiti e delle cause della sostituzione; del resto, l'art. 1, 2° comma, D. Lgs. 368/01, nell'imporre la «specificazione» delle ragioni per l'assunzione a termine, ha la chiara finalità di «assicurare la veridicità e la trasparenza della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto».

Pertanto, la Corte conclude negando la sussistenza della denunciata lesione degli artt. 76, 77 e 117 Cost., «poiché le norme censurate si limitano a riprodurre la disciplina previgente e non determinano alcuna diminuzione della tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime, e, perciò, non si pongono in contrasto con la clausola n. 8.3 dell'Accordo-

¹⁰ In buona sostanza, i giudici remittenti ritenevano che l'abrogazione dell'art. 1, 2° comma, L. 18/4/62 n. 230 avesse comportato, in base al criterio ermeneutico *ubi lex voluit dixit*, l'abolizione dell'onere di indicare il lavoratore sostituito e le cause della sostituzione, che non era stato riprodotto nell'art. 1 del D. Lgs. 368/01; poiché lo scopo della Direttiva, cui la Legge Delega si proponeva di dare puntuale attuazione, era quello di assicurare un miglioramento della protezione offerta al lavoratore e che, per effetto della «clausola di non regresso», l'attuazione della Direttiva non poteva divenire il pretesto per una *reformatio in peius* del trattamento dei lavoratori a termine, le nuove disposizioni dovevano ritenersi in contrasto con gli obblighi comunitari e con le indicazioni contenute nella Legge Delega.

¹¹ In *Lav. nella giur.* 2009, 10, 1005, con nota di V. De Michele, «La sentenza Houdini della Corte Costituzionale sul contratto a termine», ad avviso del quale la soluzione della Corte Costituzionale, con specifico riferimento alla necessaria specificazione delle ragioni sostitutive, deve essere giudicata «superficiale e semplicistica», dal momento che «consiste nel riconoscere un'identità perfetta delle ragioni obiettive indicate nell'art. 1, 2° comma, della L. 230/62 (abrogata) con le ragioni obiettive sinteticamente individuate nella clausola generale dell'art. 1, 1° comma, D. Lgs. 368/01»; v., in dottrina, M. Manicasteri, «Contratto a termine: pronuncia di incostituzionalità», in *Dir. & pratica lav.* 2009, 2023; L. Menghini, «Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori», in *Riv. giur. lav.* 2009, 345 sgg.; T. Vettor, «Il lavoro a termine nella sentenza della Corte Cost. 214/09», in *Arg. dir. lav.* 2009, 4-5, 1041 sgg.; S. Galleano, «Corte Cost. 214/09: luci (qualcuna) e ombre (molte) di una sentenza fatta male», in www.studiogalleano.it; S. Vacirca, «La sentenza n. 214/09 sul contratto a termine: i limiti alla discrezionalità legislativa e l'interpretazione legislativa e l'interpretazione necessaria di norma elastica», in *Riv. giur. lav.* 2009, 637 sgg.; F. Marinelli, «La Corte Costituzionale si pronuncia sulla norma antiprecari. Brevi note a margine di una sentenza in equilibrio tra detto e non detto», in *Riv. it. dir. lav.* 2009, 4, 880 sgg.

quadro recepito dalla Direttiva 1999/70/Ce, secondo la quale l'applicazione dell'Accordo non avrebbe potuto costituire un motivo per ridurre il livello generale di tutela già goduto dai lavoratori».

Per quanto sintetica sul punto, o, come è stato detto, decisamente *tranchant*¹², la pronuncia della Corte Costituzionale pareva aver fugato ogni dubbio circa la persistenza del previgente onere di specificazione nel contratto a termine per ragioni sostitutive, tanto che è stato osservato in dottrina, anche da parte dei critici di tale pronuncia, che «pur trovandoci di fronte a una sentenza interpretativa di rigetto, la perentorietà della motivazione non lascia dubbi: il Giudice che volesse ritenere che la modifica c'è stata (e che l'onere di indicazione del sostituito è sparito) non potrebbe che rimettere nuovamente la questione alla Corte Costituzionale, perché in quel caso sussisterebbe la violazione dei parametri indicati (artt. 76 e 77 Cost.)»¹³.

Tuttavia, a ulteriore conferma dell'ineliminabile incertezza che caratterizza l'attuale disciplina del contratto a termine, prima una parte, sia pur minoritaria, della giurisprudenza di merito¹⁴ e poi, soprattutto, la Cassazione, con due pronunce del gennaio 2010, si sono notevolmente discostate dalla lettura offerta dalla Corte Costituzionale in tema di specificazione della causale sostitutiva, originando una poco edificante disputa tra Corti.

Si legge nelle due sentenze della Suprema Corte nn. 1576 e 1577 del 26/1/10¹⁵, infatti, che, da un lato, «l'onere di specificazione della causale nell'atto scritto costituisce una perimetrazione della facoltà del datore di lavoro di fare ricorso al contratto a tempo determinato per soddisfare una vasta gamma di esigenze aziendali, imponendo la riconoscibilità e la verificabilità della motivazione addotta già al momento della stipula del contratto», dall'altro lato, però, e qui risiede il concetto realmente innovativo delle pronunce della Cassazione, «il concetto di specificità in questione risente di un certo grado di elasticità, dovendo essere valutato dal giudice secondo criteri di congruità e ragionevolezza».

Dall'elasticità nella valutazione della specificità della causale deriverebbe, prosegue la Suprema Corte, che «con riferimento alle ragioni di carattere sostitutivo, il contratto a termine se in una situazione aziendale elementare è configurabile come strumento idoneo a consentire la sostituzione di un singolo lavoratore addetto a specifica e ben determinata mansione, allo stesso modo in una situazione aziendale complessa è configurabile come strumento di inserimento del lavoratore assunto in un processo in cui la sostituzione non sia riferita a una singola persona, ma a una funzione produttiva occasionalmente scoperta».

A fronte dell'evidente divergenza interpretativa rispetto a quanto affermato in prece-

■

¹² Così T. Vettor, «Il lavoro a termine nella sentenza della Corte Cost. 214/09», cit., p. 1049.

¹³ A. Guariso, «Non si chiude ancora definitivamente la partita sul contratto a termine», in questa *Rivista* 2009, 658.

¹⁴ V. Trib. Roma 22/9/09 n. 13455. Sul punto si osserva, però, che, a seguito della pronuncia della Corte Cost., la giurisprudenza di merito largamente prevalente riteneva necessaria l'indicazione del lavoratore sostituito e della ragione della sostituzione: Appello Brescia 1/10/09; Trib. Bologna 15/10/09 n. 597/09; Trib. Foggia 6/10/09, inedite a quanto consta.

¹⁵ V. Cass. 26/1/10 n. 1576 e 1577, in *Riv. it. dir. lav.* 2010, 3, 742, con nota, sostanzialmente adesiva, di V. Durazzo, «L'onere di specificazione delle ragioni sostitutive nel contratto a termine al vaglio della Corte di Cassazione».

denza dalla Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione, non senza un chiaro riferimento alla poco gradita «intrusione di campo»¹⁶ da parte del Giudice delle Leggi nella sfera delle competenze del Giudice di legittimità¹⁷, precisa di «non ignorare la sentenza della Corte Costituzionale 214/09», in particolare nella parte in cui «si afferma che l'onere di specificazione della causale impone che tutte le volte in cui l'assunzione avvenga per soddisfare ragioni di carattere sostitutivo, risulti per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa della sostituzione», precisando, però, che «il passo della sentenza della Corte Costituzionale deve essere letto nel contesto argomentativo in cui esso è stato formulato».

L'interpretazione corretta della pronuncia della Corte Costituzionale (della pronuncia *in toto*, evidentemente, non di quanto ivi specificamente affermato, non passibile di interpretazione diversa da quella letterale), che, conclude quasi ironicamente la Suprema Corte, «per l'autorevolezza della fonte da cui proviene, costituisce un contributo ermeneutico della massima importanza», sarebbe dunque quella per cui, alla luce delle «finalità di trasparenza e veridicità della causa di opposizione del termine e dell'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto»¹⁸, «l'opposizione del termine per ragioni sostitutive è legittima se l'enunciazione dell'esigenza di sostituire lavoratori assenti risulta integrata dall'indicazione di elementi ulteriori (quali l'ambito territoriale, i riferimenti, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto di lavoro), che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente».

Alla luce di quanto detto, appare chiaro che l'intervento della Suprema Corte non si sia limitato a una «coerente lettura» di quanto affermato dalla Corte Costituzionale, quanto di una vera e propria rilettura dell'esigenza di specificazione del contratto a termine sostitutivo, che ha portato, come principali elementi di novità, l'inedita distinzione tra realtà aziendali semplici, per le quali continuerebbe a valere quanto affermato dalla Corte Costituzionale circa la «necessaria indicazione nella causale del lavoratore sostituito e della

□

¹⁶ Così in S. Galleano, «Il faticoso definitivo approdo della Cassazione sulla causale del contratto a termine», in *Lav. nella giur.* 2010, 11, 1096.

¹⁷ Si allude alla parte della sentenza in cui la Corte afferma che, in ogni caso, «ove il giudice delle leggi, nel ritenere non infondato il denunciato vizio di incostituzionalità di una certa disposizione nell'interpretazione non implausibile fornita dal giudice di merito, indichi una possibile, diversa interpretazione della stessa disposizione conforme a Costituzione, tale interpretazione adeguatrice non interferisce con il controllo di legittimità rimesso alla Corte di Cassazione e il suo effetto vincolante per i giudici ordinari e speciali, non esclusa la Corte di Cassazione, riguarda soltanto il divieto di accogliere quella interpretazione che la Corte Costituzionale ha ritenuto, sia pure con pronuncia di infondatezza della questione di legittimità costituzionale, viziata».

¹⁸ Proprio dalla finalità di garantire la trasparenza e la veridicità della causale dedotta, alla base dell'esigenza di specificazione secondo la Corte Costituzionale, discenderebbe, secondo la Cassazione, il fatto che «nell'illimitata casistica che offre la realtà concreta delle fattispecie aziendali, accanto a fattispecie elementari in cui è possibile individuare fisicamente il lavoratore da sostituire, esistono fattispecie complesse in cui la stessa indicazione non è possibile e l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire deve passare necessariamente attraverso la specificazione dei motivi, mediante l'indicazione di criteri che, prescindendo dall'individuazione delle persone, siano tali da non vanificare il criterio selettivo che richiede la norma».

causa della sostituzione», e realtà aziendali complesse, nel cui ambito, secondo la Cassazione, non sarebbe possibile fornire le medesime indicazioni nel contratto, risultando sufficiente l'indicazione di ulteriori elementi in grado di consentire al giudice, *ex post*, la «verificabilità circa la sussistenza effettiva del presupposto invocato».

Come anticipato, per completare il quadro delle Corti Superiori intervenute sul tema in oggetto, si aggiunga che il Tribunale di Trani, con ordinanza del 9/6/08¹⁹, ha sollevato una questione di pregiudizialità comunitaria avente a oggetto la compatibilità della disciplina nazionale sul contratto a termine sostitutivo e la Direttiva 70/1999/Ce; la Corte di Giustizia europea ha dato risposta agli interrogativi sollevati dal Tribunale di Trani con sentenza del 24/6/10, nota come «Sorge»²⁰, rilevando che non vi sia astrattamente incompatibilità tra la normativa comunitaria in tema di contratto a termine, in particolare con riferimento alla c.d. «clausola di non regresso» («priva di efficacia diretta»), e una normativa nazionale «che, nel recepire la Direttiva 1999/70/Ce, ha eliminato il preesistente

□

¹⁹ Trib. Trani, ord., 6/3/09, in *Lav. nella giur.*, 2009, 705, con nota di V. De Michele, «Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine». In sintesi, ad avviso del Tribunale di Trani, si rendeva necessario l'intervento della Corte di Giustizia, oltre che della Corte Costituzionale, al fine di verificare se vi era stata «violazione della clausola di non regresso da parte del legislatore delegato, nel momento in cui aveva abrogato, sulle ragioni sostitutive, l'obbligo previsto dalla norma comunitaria di indicare il lavoratore sostituito con diritto alla conservazione del posto e la causa della sua sostituzione».

Come lucidamente osservato sempre da V. De Michele, «Il Contratto a termine tra giurisprudenza, Collegato lavoro e Carta di Nizza», in *Lav. nella giur.* 2010, 11, 374, «il giudizio incidentale promosso dal Tribunale di Trani con ordinanza del 9/6/08 (data di deposito in Cancelleria) - 6/3/09 (data di iscrizione «a ruolo» in Corte di Giustizia) in causa C-98/09 *Sorge* è stato sostanzialmente ignorato dagli interpreti, anche perché sembrava che la Corte Costituzionale avrebbe potuto risolvere tutti i problemi interpretativi. Non è però andata così».

²⁰ V. Corte Giust. 24/6/10, causa C-98-09, *Sorge c. Poste Italiane Spa*, in questa *Rivista* 2010, 729, con nota di M. Marzolla, «Tre Corti intorno al contratto a termine sostitutivo», che, sia pure sottolineando come non potesse spettare alla Corte di Giustizia il ruolo di arbitro del conflitto tra la Cassazione e la Corte Costituzionale italiane circa la causale sostitutiva, attesa la sua funzione «meramente interpretativa», esprime condivisibili «perplexità» circa la scelta della Corte di Giustizia di utilizzare come parametro per la verifica dell'abbassamento del «livello generale di tutela» garantito dalla normativa precedente al D. Lgs. 368/01 quello del numero di lavoratori coinvolti nelle modifiche peggiorative: si tratterebbe, infatti, di una «verifica diabolica, perché la percentuale degli assunti a termine in sostituzione sugli assunti a termine totali è ovviamente in continua variazione ed è correlata a eventi assolutamente ipotetici e imponderabili (malattie, maternità, nomina di lavoratori in consigli elettivi)». Le medesime perplexità sulla scelta della Corte di Giustizia di utilizzare un parametro «quantitativo» per valutare l'eventuale diminuzione del livello di tutela dei lavoratori assunti a termine da parte del D. Lgs. 368/01 vengono espresse da T. Vettor, «Lavoro a termine e causale sostitutiva. La sentenza *Sorge* tra orientamenti comunitari e applicazioni interne», in *Riv. giur. lav.* 2010, 4, 623, la quale fa notare che «se è pur vero che l'obbligo di specificazione delle ragioni per l'apposizione del termine può essere ritenuto uno strumento di tutela, esso, in quanto dotato di una necessaria elasticità, non appare altrettanto garantista della protezione dei lavoratori e delle lavoratrici quanto la previgente richiesta indicazione del nominativo del sostituito e della causa della sostituzione, in particolare nella prospettiva di una verifica sull'effettiva sussistenza di dette ragioni giustificanti il limite di durata».

obbligo, per il datore di lavoro, di indicare nei contratti conclusi per sostituire lavoratori assenti il nome di tali lavoratori, purché dette nuove condizioni siano compensate dall'adozione di altre garanzie o misure di tutela e riguardino, unicamente, una categoria circoscritta di lavoratori».

Secondo i Giudici del Lussemburgo, spetta quindi «al giudice nazionale verificare la sussistenza delle circostanze indicate» e, nel caso «ritenesse di concludere per l'incompatibilità della normativa nazionale con il diritto dell'Unione, non escluderne l'applicazione, ma operare, per quanto possibile, un'interpretazione della norma nazionale conforme sia alla Direttiva 1999/70/Ce, sia allo scopo dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, allegato alla stessa».

Ad avviso della Corte di Giustizia, quindi, un ruolo decisivo nella valutazione delle disposizioni interne di recepimento alla Direttiva comunitaria in tema di contratto a termine viene assegnato ai giudici nazionali, tra cui i giudici di merito, cui spetta il compito di individuare l'interpretazione delle disposizioni nazionali che sia quanto più in linea con i principi posti dal legislatore comunitario, e proprio alla luce di ciò risultano particolarmente rilevanti e, come si avrà modo di evidenziare, del tutto condivisibili le argomentazioni contenute nelle sentenze in commento.

Venendo allora all'esame di queste ultime, si nota innanzitutto come, secondo i giudici milanesi, alla luce della necessaria specificità della causale del contratto a termine, in caso di assunzione a termine per ragioni sostitutive le disposizioni del D. Lgs. 368/01 non hanno eliminato l'obbligo del datore di lavoro di indicare il nome del lavoratore sostituito e le ragioni della sostituzione; pur non contenendo uno specifico riferimento alla sentenza n. 214/09 della Corte Costituzionale, è tuttavia evidente che entrambe le pronunce in nota abbiano aderito alla tesi di quest'ultima, non essendoci viceversa alcun riferimento alla distinzione tra imprese di medio/grandi e imprese di piccole dimensioni che era stata tracciata dalla Cassazione nelle descritte sentenze nn. 1576 e 1577 del 26/1/10.

In particolare, nella sentenza del 23/11/10 viene precisato il fatto che sia opportuno e, anzi, necessario, scindere, proprio per le descritte esigenze di specificità della causale, le ragioni sostitutive dalle ragioni organizzative, in questo modo escludendo la legittimità della causale c.d. «organizzativo-sostitutiva»²¹, intesa come sostituzione nella funzione produttiva, che la Corte di Cassazione aveva ritenuto configurabile nelle assunzioni a termine sostitutive nell'ambito delle imprese di medio/grandi dimensioni.

Pertanto, non può non sottolinearsi come, nei due casi decisi dal Tribunale di Milano, le società convenute avevano assunto i lavoratori per dichiarate esigenze «organizzative», salvo poi fare riferimento all'esistenza di ragioni «sostitutive» solo, tardivamente, in sede di giudizio, tanto che la soccombenza delle stesse derivava dall'insussistenza, oltre che genericità e comunque non temporaneità, della causale organizzativa invocata, a prescindere da ogni considerazione, espressa infatti dai giudici solamente tramite *obiter dictum*, circa la mancata indicazione del lavoratore sostituito e delle ragioni della sostituzione dedotta in giudizio, ossia *ex post*.

La soluzione accolta dal Tribunale di Milano merita di essere condivisa, non solo, come si dirà, con riferimento alla necessaria specificità della clausola giustificativa del termine, ma anche avuto riguardo alla necessaria «oggettività» delle ragioni per l'apposizione di un

²¹ La condivisibile definizione si trova in V. Durazzo, «L'onere di specificazione delle ragioni sostitutive nel contratto a termine al vaglio della Corte Costituzionale», cit., p. 752.

termine al contratto di lavoro, prevista dalla descritta clausola 5, n. 1, lett. a) dell'accordo quadro allegato alla Direttiva 1999/70/Ce.

Ebbene, se, come di recente affermato dalla Cassazione²², per «ragioni obiettive» ai sensi della norma in esame devono intendersi «le circostanze precise e concrete che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle esigenze imprenditoriali, nell'ambito di un contesto aziendale, la prestazione di lavoro a tempo determinato», non è dato comprendere perché, proprio laddove si possa fare riferimento a criteri realmente obiettivi e verificabili, ossia la sostituzione di un certo lavoratore per un certo periodo, si possa omettere, come sostenuto dalla Cassazione nelle due pronunce del gennaio 2010, tale indicazione puntuale, facendo invece riferimento ad altri elementi, riconducibili alle descritte ragioni «organizzativo-sostitutive», mai previste dal legislatore, oltre che difficilmente (o, di certo, più difficilmente) verificabili in sede di giudizio.

Peraltro, a ciò si aggiunga che non risulta neppure chiaro il motivo per cui tale indicazione sarebbe consentita nelle imprese medio/grandi, e non nelle piccole imprese, laddove invece, proprio alla luce delle dimensioni ridotte dell'organico aziendale, anche in mancanza di una precisa indicazione del nome del lavoratore sostituito e delle ragioni della sostituzione, al lavoratore assunto a termine sarebbe comunque più agevole il controllo della veridicità delle ragioni sostitutive indicate nel contratto, controllo che, ovviamente, gli sarebbe precluso, o comunque reso assai difficoltoso, nelle imprese di dimensioni notevoli, e ciò nonostante l'eventuale indicazione di «ulteriori elementi, quali l'ambito territoriale, i riferimenti, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto»²³.

Con riferimento alla necessaria specificità della clausola giustificativa del termine, poi, che imporrebbe l'indicazione del lavoratore sostituito e delle ragioni della sostituzione, la soluzione accolta dal Tribunale di Milano pare del tutto in linea con l'orientamento più recente della Cassazione in materia, formatosi in seguito alle due sentenze del gennaio 2010.

Oltre alla già citata sentenza n. 10033 del 27/4/10, infatti, assume notevole rilevanza quanto affermato dalla Suprema Corte nella pronuncia n. 2279 dell'1/2/10²⁴, che in diversi punti richiama testualmente, ma, questa volta, senza ulteriori interpretazioni, quanto in precedenza statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 214/09.

In particolare, ad avviso della Suprema Corte, il legislatore, per evitare un uso indiscriminato del contratto a termine, ha imposto la trasparenza, la riconoscibilità e la verificabilità della causale già al momento della stipulazione del contratto, attraverso l'onere di specificazione; proprio per questo motivo, «le ragioni indicate devono essere sufficientemente particolareggiate, in maniera da rendere possibile la conoscenza dell'effettiva portata delle stesse e quindi il controllo di effettività delle stesse». Se così non fosse, precisa la Corte, e non si fornisse un'interpretazione del termine «specificate» che non consentisse, nella piena trasparenza, quel controllo di effettività, assicurato, seppure in maniera diversa, dalla disciplina previgente, «risulterebbe un contrasto con la clausola di non regresso di cui alla clau-

²² Cass. 27/4/10 n. 10033, in *Lav. nella giur.* 2010, 11, 1096.

²³ Cass. 26/1/10 nn. 1576 e 1577.

²⁴ Cass. 1/2/10 n. 2279, in *Riv. it. dir. lav.* 2010, 3, 754, con nota di F. Marinelli, «La Cassazione chiarisce sull'onere di specificazione delle ragioni giustificative del termine», che, diversamente da quanto sostenuto in questa sede, ritiene vi sia una sostanziale «continuità rispetto a quanto recentemente sostenuto dalla stessa Cassazione con riguardo alle ragioni di carattere sostitutivo».

sola 8 n. 3 dell'accordo quadro recepito dalla Direttiva, in quanto rappresenterebbe un ingiustificato arretramento in rapporto al precedente livello generale di tutela applicabile nello Stato italiano».

Volendo allora applicare tali principi, che, nella loro funzione di tutela del lavoratore al momento dell'assunzione a termine, da formali divengono sostanziali²⁵, alla questione della specificità della causale sostitutiva, ne deriva che indicare ragioni «specifiche», nell'accezione sopra enunciata, non può significare limitarsi a un'enunciazione del tipo di ragioni, ma, come correttamente osservato nelle pronunce in commento, implica necessariamente l'indicazione di chi viene sostituito, per quanto tempo e per quale ragione, e ciò al fine di consentire, innanzitutto, al lavoratore un controllo *ex ante* delle ragioni indicate, ma anche per rendere più agevole e «oggettivo» il controllo *ex post* da parte del giudice²⁶.

Marco Biasi

5. Corte d'Appello di Brescia 22 febbraio 2011, pres. Frangipane, est. Terzi, Isonzo Multiservice Soc. coop. (avv. Putrignano e Redaelli) c. Adjei (avv. Boiocchi e Manerba).

➤ **Contratto a progetto - Contestazione della natura del rapporto -**

▣

²⁵ «Il formalismo si delinea come corrispettivo dell'indifferenza contenutistica: nel naufragio del diritto, quest'ultimo ha afferrato il salvagente della forma» (Così in N. Irti, *Il Salvagente della Forma*, Bari 2007, I).

²⁶ Come coerentemente puntualizzato dalla Corte di Appello di Bari nel febbraio 2010, ovvero poco dopo il descritto «ripensamento» della Suprema Corte sull'onere di specificazione della causale, infatti, «solo conoscendo anticipatamente la causale della sostituzione e il nominativo del dipendente è possibile, per il lavoratore prima e per il giudice poi, verificare l'effettiva sussistenza di un nesso eziologico tra l'assunzione a tempo determinato e l'assenza del sostituito» (Appello Bari 8/2/10, in *Lav. nella giur.* 2010, 4, orientamento confermato da Appello Bari 22/2/10). Del resto, la Corte d'Appello di Bari si era pronunciata per la necessaria specificità dell'indicazione delle ragioni sostitutive anche precedentemente all'intervento della Corte Cost. sul punto: v., in particolare, Appello Bari 9/10/07, in *Riv. giur. Lav.* 2008, 2, 145 sgg., con nota di D. Carpagnano, «Assunzione a termine per ragioni di carattere sostitutivo»; Trib. Modica 1/12/09, in *D&G* 2010, 3, secondo cui «i principi espressi dalla Corte Cost. sono del tutto condivisibili, in quanto rispondenti, ad avviso di questo Tribunale, all'unica soluzione ermeneutica compatibile con il principio di gerarchia delle fonti (tra legge delega e legge delegata) e con il quadro normativo europeo». *Contra*, però, Trib. Milano 11/1/11, ancora inedita a quanto consta, ove, mediante un richiamo all'orientamento espresso dalle due pronunce della Cassazione nn. 1576 e 1577/10, si sostiene che, nella stipulazione del contratto a termine per ragioni sostitutive, l'indicazione delle mansioni dei lavoratori sostituiti, delle ragioni dell'assenza e dell'ambito territoriale di riferimento sia sufficiente perché la causale risulti «sufficientemente dettagliata e immodificabile (gli elementi suddetti, infatti, la oggettivizzano nei suoi requisiti, la rendono non variabile unilateralmente e ne consentono la verifica)», tanto che «nel corso di un processo in cui ne fosse posta in discussione la fondatezza sarebbe possibile controllarne la sua effettività».