

NEL CONTRATTO A TERMINE PER SOSTITUZIONE DI PERSONALE IN FERIE DEVE ESSERE INDICATO IL NOME DEL LAVORATORE SOSTITUITO, ANCHE SE LA POSSIBILITA' DI ASSUNZIONE E' PREVISTA DAL CONTRATTO COLLETTIVO

- – *In base alla legge n. 230 del 1962 (Cassazione Sezione Lavoro n. 18354 del 1 dicembre 2003, Pres. Ciciretti, Rel. Filadoro).*

- – Francesco F. è stato assunto a termine dalla S.p.A. Poste Italiane come portalettere, con contratto a termine motivato con riferimento alla necessità di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno – settembre 1998. Nella lettera di assunzione non era indicato il nome del lavoratore da sostituire. Egli ha chiesto al Giudice del Lavoro di Milano di dichiarare la nullità del termine. Sia il Tribunale che la Corte di Appello di Milano hanno ritenuto legittimo il termine osservando che il contratto collettivo nazionale di lavoro prevedeva la possibilità di stipulazione di contratti a termine per la sostituzione di lavoratori assenti per ferie. Tale previsione era consentita dall'art. 23 della legge n. 56 del 1987; trattandosi di un'ipotesi introdotta dal contratto collettivo non era necessaria, secondo la Corte di Milano, l'indicazione del nome del lavoratore sostituito, prevista dalla legge n. 230 del 1962, per il caso di assunzione a termine eseguita per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto.

La Suprema Corte (Sezione Lavoro n. 18354 del 1 dicembre 2003, Pres. Ciciretti, Rel. Filadoro) ha accolto il ricorso del lavoratore. All'epoca dei fatti – ha affermato la Corte – la legge del 1962 costituiva la regola fondamentale del lavoro a termine, quella che poneva in materia i principi della disciplina inderogabile del rapporto; l'art. 23 della legge del 1987 ha aperto le porte ad una delegificazione del rapporto, dando ampia delega all'autonomia collettiva. Tutte le volte in cui la contrattazione collettiva, tuttavia, non ritenga di abbandonare l'impostazione legale, che presuppone la temporaneità dell'occasione di lavoro, e preveda "*sic et simpliciter*" una estensione delle ipotesi di assenza dal lavoro con diritto alla conservazione del posto che originariamente già consentivano, in base alla previsione legale, di apporre un termine al rapporto di lavoro del sostituto – ha affermato la Corte – non vi è dubbio che la stessa contrattazione debba rispettare anche tutte le altre disposizioni della legge fondamentale: nel caso di specie, i due requisiti della indicazione del nome del sostituto e la causa della sua sostituzione; più in generale, deve riaffermarsi il principio secondo il quale l'art. 23 della legge n. 56 del 1987 ha attribuito alla contrattazione collettiva l'identificazione delle ipotesi nelle quali è ammissibile l'apposizione di un termine di contratto di lavoro subordinato, inserendosi tuttavia nel sistema delineato dalla legge n. 230 del 19062. Tale principio comporta non solo la piena applicabilità delle disposizioni dettate dall'art. 2 della legge del 1962 ai contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dell'art. 23 della legge n. 56 del 1987, ma ancor prima di quelle stabilite dall'art. 1, nei limiti della loro compatibilità e dell'art. 3 in materia di onere della prova. Non essendo stato indicato, nel caso in esame, il nome del lavoratore da sostituire – ha concluso la Cassazione – il termine avrebbe dovuto essere dichiarato illegittimo dalla Corte di Milano.

(tratto da Legge e Giustizia)

n. 18354 del 1 dicembre 2003

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Sezione Lavoro

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Stefano CICIRETTI -Presidente-

Dott. Alessandro DE RENZIS -Consigliere-

Dott. Raffaele FOGLIA -Consigliere-

Dott. Camillo FILADORO -Rel. Consigliere-

Dott. Maura LA TERZA -Consigliere-

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

POSTE ITALIANE S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in Roma ..., presso lo studio dell'avvocato ..., che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ..., giusta delega in atti;

-ricorrente-

contro

F.F.E.

-intimato-

e sul 2° ricorso n°... proposto da

F.F.E., elettivamente domiciliato in Roma, ..., presso lo studio dell'avvocato ... che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ..., giusta delega in atti,

-controricorrente e ricorrente incidentale-

contro

Poste Italiane S.p.A.;

-intimato-

avverso la sentenza n°... della Corte d'Appello di Milano, depositata il ..., udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del ... del Consigliere Dott. Camillo FILADORO;

uditi gli avvocati ...;

udito l'avvocato ...;

udito il PM in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Riccardo FUZIO che ha concluso per il rigetto del ricorso principale, infondato l'incidentale.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al Tribunale di Milano, F.F.E. esponeva di essere stato assunto con contratto a termine dalla S.p.A. Poste Italiane, una prima volta, per necessità di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre 1998 (svolgendo essenzialmente mansioni di portalelettere).

Il 30 settembre 1998 il rapporto si era risolto, ma dopo poco più di un mese, il 7 novembre 1998, egli era stato nuovamente assunto, sempre con contratto a termine, con scadenza 31 gennaio 1999.

Questa seconda assunzione era motivata con esigenze eccezionali, conseguenti alla fase di ristrutturazione e rimodulazione degli assetti occupazionali in corso, presso l'Ente Poste Italiane, in ragione della graduale introduzione di nuovi processi produttivi, di sperimentazione di nuovi servizi, ed in attesa del progressivo, completo riequilibrio sul territorio delle risorse umane. Il termine del secondo contratto veniva prorogato fino all'aprile 1999, sempre con la stessa motivazione.

Il ricorrente assumeva l'insussistenza delle necessità della concomitanza di ferie per la prima assunzione e l'insussistenza della causale addotta negli altri contratti. Il F. precisava che, comunque, il potere di stipulare contratti a termine oltre i casi indicati dalla legge era stato previsto e consentito dai contratti collettivi solo fino al 30 aprile 2000.

Il F. chiedeva l'accertamento dell'unicità del rapporto di lavoro previa dichiarazione di illegittimità dell'apposizione dei termini apposti ai tre distinti contratti, con il pagamento di tutte le retribuzioni non erogate.

Si costituiva in giudizio la società Poste Italiane, già Ente Poste Italiane, deducendo la legittimità dell'apposizione del termine per tutti i contratti di lavoro intercorsi tra le parti. La società rilevava che i contratti a termine erano stati correttamente stipulati, secondo le previsioni dell'art.8 del contratto collettivo, legittimato a introdurre nuove ipotesi di contratto a termine dell'art.23 della legge n.56 del 1987.

L'ipotesi del ricorso ai contratti a termine per far fronte alle esigenze di ristrutturazione dell'ente era prevista, inoltre, da un Accordo sindacale integrativo dell'art.8 del contratto collettivo nazionale. La ristrutturazione poteva considerarsi, del resto, alla stregua di un fatto notorio (come l'abituale concentrazione delle ferie del personale dipendente nel periodo giugno-settembre di ciascun anno).

Quanto alla proroga del secondo contratto, la società aggiungeva che la stessa si ricollegava ad una situazione di protrazione delle esigenze eccezionali che avevano legittimato l'apposizione del termine al contratto precedente.

Il Tribunale accoglieva solo in parte la domanda del ricorrente, ritenendo valido il primo contratto stipulato per la sostituzione multipla di personale assente per ferie, e dichiarando illegittimo l'apposizione del termine al secondo contratto, motivato con la necessità di far fronte alle esigenze eccezionali connesse alla ristrutturazione dell'ente. La conversione del contratto della seconda assunzione travolgeva, come conseguenza, anche la proroga di esso.

Questa decisione era impugnata, in via principale, dal lavoratore che insisteva per l'integrale accoglimento delle domande.

La stessa sentenza era impugnata incidentalmente dalla società Poste Italiane per la parte in cui accoglieva parzialmente le richieste del lavoratore.

Con sentenza 5-12 marzo 2001, la Corte di Appello confermava sostanzialmente la decisione di primo grado, dando solamente atto che la data di decorrenza della nullità del termine era da intendersi il 7 novembre 1998 (data della seconda assunzione), secondo le indicazioni provenienti dalla sentenza del primo giudice.

Osservavano i giudici di appello, quanto alla prima assunzione a termine, che già il contratto collettivo nazionale di lavoro prevedeva, all'art.8, comma secondo, la possibilità di stipulazione di contratti a termine per la sostituzione di lavoratori assenti per ferie.

Corrispondeva a verità che nel primo contratto individuale non fosse previsto, oltre all'indicazione di un termine esplicito, né il nome del lavoratore sostituito, né il periodo di ferie riferito a questi.

Tuttavia né l'art.23 della legge n.56 del 1987, né l'art.8 del contratto collettivo nazionale di lavoro, prevedono la necessità di tali indicazioni formali.

Il fatto che la sostituzione non fosse - nel caso di specie - espressamente motivata dall'assenza di una persona ben individuata e non fosse collegata ad un periodo preciso, coincidente con quello della fruizione delle ferie da parte di questa, ad avviso della Corte di merito, era perfettamente legittimo in relazione al contenuto totalmente innovativo dell'art.23 della legge n.56 del 1987 (rispetto alla fattispecie originariamente prevista dall'art.1 comma secondo lettera b) della legge n.230 del 1962).

La circostanza che l'assunzione a termine fosse avvenuta, nel caso di specie, in un periodo di tempo - indicato dal contratto dal giugno al settembre - ben più ampio di quello corrispondente al periodo di ferie previsto dal contratto, ma coincidente, nel suo complesso, a quello nel quale il personale dipendente era solito godere delle ferie, era di per sé sufficiente a soddisfare le condizioni di legittimità del termine e cioè la correlazione effettiva tra stipulazione e finalità temporanee che tale stipulazione intende perseguire.

A diverse conclusioni i giudici di appello pervenivano, invece, per i due successivi contratti, quello del 7 novembre 1998 ed il terzo, del 1° febbraio 1999.

Questi contratti, infatti, erano stati stipulati - secondo la società Poste Italiane - nell'ambito della previsione dell'accordo del 25 settembre 1997 (integrativo dell'art.8 del c.c.n.l.), che, secondo la dizione stipulata nello svolgimento del processo, fa espresso riferimento ad "esigenze eccezionali conseguenti alla fase di ristrutturazione e rimodulazione degli assetti occupazionali, in relazione alla trasformazione giuridica dell'ente, in ragione della graduale introduzione di nuovi processi produttivi, di sperimentazione di nuovi servizi ed in attesa dell'attuazione del progressivo e completo equilibrio sul territorio delle risorse umane".

Il programma era, evidentemente, finalizzato ad una più elastica ed agevole disposizione delle risorse umane ed era collegato ad un piano di trasformazione e di adeguamento della società.

La Corte d'Appello osservava tuttavia che il piano di trasformazione, sulla base dei dati raccolti, era risultato del tutto indeterminato quanto a modalità di tempo e di strumenti, salvo che per quanto riguarda il ricorso al lavoro a termine.

"Non sono dedotti né il luogo, né il tempo, né il settore, né le mansioni o posizioni di lavoro relativamente ai quali la manovra ha imposto o ragionevolmente reso necessario - in attesa di un assetto organizzativo stabile e definitivo - di procedere nel frattempo ad una o più assunzioni a termine e, per quello che riguarda la causa, all'assunzione a termine dell'appellante".

La Corte ricordava il principio generale, secondo il quale spetta sempre a colui che invoca la legittimità della stipulazione a termine dimostrare la correlazione tra le ragioni della stipulazione a termine e ragioni sottese alla previsione astratta di ammissibilità della stipulazione stessa.

In effetti, la S.p.A. Poste Italiane aveva dedotto alcuni capitoli di prova, tendenti a dimostrare l'esistenza di una "complessa manovra riorganizzativa in atto nella S.p.A. Poste Italiane descrivendone i momenti ed i tempi e ad individuare le ragioni di alcuni ritardi nei tempi dei vari momenti".

Anche ammettendo le prove - ritenute ininfluenti dal primo giudice - non sarebbe dato comprendere perché era stato necessario - entro la previsione del contratto collettivo che consentiva il ricorso alla contrattazione a termine - stipulare un contratto a termine con il F.

Né questa lacuna assoluta poteva essere colmata mediante la dichiarazione congiunta dalle organizzazioni sindacali del 20 gennaio 2001, con la quale si dà atto che il ricorso alla contrattazione a termine operato dalla società Poste Italiane (anche quando le date indicate nei successivi accordi sindacali erano tutte ampiamente scadute), rispondeva comunque alla previsione di cui all'art.8 del contratto collettivo e successive integrazioni.

Una successione di contratti a termine di questo genere, pertanto, doveva considerarsi del tutto al di fuori dalla previsione di cui all'art.23 della legge n.56 del 28 febbraio 1987.

Da tale premessa conseguiva che il lavoratore doveva ritenersi assunto con contratto a tempo indeterminato sin dal 7 novembre 1998 (cioè dalla seconda assunzione) e che il rapporto di lavoro interrotto dalla società Poste Italiane solo per effetto della scadenza dell'ultimo termine (e quindi a prescindere dalla sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso) doveva essere riattivato con il pagamento di tutte le retribuzioni non corrisposte.

Del tutto legittimo - come già ricordato - doveva invece considerarsi il primo contratto a termine, giustificato con la concomitanza della fruizione delle ferie da parte del personale in servizio.

Avverso tale decisione propone ricorso per cassazione la società Poste Italiane, sulla base di due distinti motivi.

Entrambe le parti hanno depositato memoria in prossimità dell'udienza di discussione del 7 ottobre 2003.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Devono, innanzi tutto, essere riuniti i due ricorsi, in quanto proposti contro la medesima decisione.

Preliminare - sotto un profilo logico - appare l'esame del primo motivo del ricorso incidentale proposto dal F.

Con esso si deduce violazione di norma di legge ed, in particolare, degli articoli 1 e 2 della legge n.230 del 1962, nonché della legge n.56 del 1987 e degli articoli 1362* e 2697** del codice civile.

Il F. censura quella parte della decisione con la quale è stata affermata la piena legittimità della prima assunzione a termine, di quella, cioè, motivata con la contemporanea fruizione delle ferie da parte del personale assunto a tempo indeterminato.

Secondo il ricorrente, nessun pregio potrebbe avere l'argomentazione del fatto notorio delle ferie estive, ciò sia perché la contrattazione collettiva limita a solo due settimane - nel periodo giugno settembre di ciascun anno - le ferie usufruibili di ciascun lavoratore, sia perché la clausola del contratto collettivo richiede comunque la necessità di espletamento del servizio in relazione alla "concomitanza" delle assenze per ferie, richiedendo - sia pure implicitamente - un preciso rapporto numerico tra assenze per ferie e sostituzioni.

In altre parole, nel caso di specie avrebbe potuto non registrarsi alcuna "concomitanza" ovvero avrebbe potuto esservi personale in ferie e non sussistere comunque la necessità di provvedere alle assunzioni a termine, almeno nelle mansioni e negli uffici considerati.

Tra l'altro, osserva il ricorrente incidentale, fin dal ricorso introduttivo in primo grado, non si era neppure pretesa la prova dell'effettività delle singole sostituzioni (all'interno della sostituzione multipla).

Non era stato richiesto, cioè, che il nome del personale assente per ferie e sostituito in concreto dal F. fosse indicato nel contratto, ma semplicemente che la società convenuta desse "prova", almeno, che nel periodo in questione, avesse goduto di ferie, nell'unità produttiva di cui si discute, un numero di dipendenti almeno pari a quello dei lavoratori assunti a termine ed in concomitanza con le ferie stesse".

In sostanza, si chiedeva la prova che la società Poste Italiane non avesse assunto a termine più dipendenti di quelli effettivamente assenti per ferie, in un determinato ufficio e periodo (senza neppure accennare alla problematica della piena identità di mansioni e della possibilità di uno scorrimento di mansioni tra sostituto e sostituito).

Nessuna prova sul punto era stata articolata dalla società Poste Italiane, che pertanto doveva considerarsi decaduta da ogni ragione probatoria.

L'art.3 della legge 230 del 1962, sottolinea il ricorrente incidentale, pone a specifico oggetto della prova a carico del datore di lavoro "l'obiettiva esistenza delle condizioni" con evidente riferimento alla effettiva situazione invocata e non certo alla dichiarazione dell'astratta previsione normativa contenuta nell'atto scritto di apposizione del termine.

Del resto, ciò che il lavoratore aveva dedotto sin dal primo atto del giudizio era proprio che la sua assunzione a termine (come quella di tutti gli altri lavoratori assunti in forza dell'art.8 del contratto) era stata disposta per supplire alla cronica ed endemica carenza di personale e non certo per consentire la copertura di ipotesi eccezionali rispetto all'ordinario ciclo organizzativo e produttivo dell'azienda.

I dati numerici risultanti dalla documentazione prodotta confermavano tale tesi.

Osserva il collegio:

il primo motivo del ricorso incidentale è fondato.

L'accoglimento integrale di esso determina come conseguenza l'assorbimento di tutti e due i motivi del ricorso principale;

Occorre, prima di ogni altra cosa, precisare che tutti i contratti a termine di cui è causa riguardano un periodo di tempo ricompreso tra il 1998 ed il 1999, e pertanto fattispecie esauritesi anteriormente all'entrata in vigore del decreto legge n.368 del 2001, che ha espressamente abrogato la legge n.230 del 1962.

Non sono, pertanto, ad essi applicabili, "ratione temporis" le disposizioni derogatorie del regime di diritto comune, di cui all'art.9, ventunesimo comma, del decreto legge n.510 del 1996, convertito con modificazioni nella legge n.608 del 1996, secondo le quali "le assunzioni di personale con contratto di lavoro a tempo determinato effettuate dall'Ente Poste Italiane, a decorrere dalla data della sua costituzione e comunque non oltre il giugno 1997, non possono dar luogo a rapporti di lavoro a tempo indeterminato e decadono allo scadere del termine finale di ciascun contratto".

Il caso di specie deve ritenersi interamente regolato dalla legge del 1962 e dell'art.23 della legge n.56 del 1987.

Tenuto conto dell'ampia previsione di questa norma, non è possibile alcuna contestazione circa la legittimazione del contratto collettivo ad introdurre l'ipotesi dell'assenza per ferie quale nuova eccezione al principio del contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Il Collegio intende richiamare il proprio consolidato orientamento, secondo il quale gli interventi legislativi successivi alla legge n.230 del 1962, in forma di contratto di lavoro a tempo determinato, si sono collocati tutti in una linea di continuità con l'impianto normativo preesistente, che si configura come una sorta di legge "quadro" applicabile a tutti i contratti di lavoro subordinato a termine, con la sola eccezione costituita dalle deroghe espresse dettate da singole, successive disposizioni di legge (Cass. 23 maggio 2003 n.8015, Cfr.

anche Cass. SS.UU. 10343, Cass. n.7519 del 1998, 3843 e 9617 del 2000, 6689 del 2001, 4199, 4680, 6419 e 10189 del 2002, 8352 e 13044 del 2003).

Nonostante alcune significative aperture, all'epoca dei fatti, la legge del 1962 costituiva la regola fondamentale del lavoro a termine, quella che poneva i principi della disciplina inderogabile del rapporto di lavoro a termine.

L'art.23 della legge del 1987 ha aperto le porte ad una delegificazione del rapporto, dando ampia delega all'autonomia collettiva.

Tutte le volte in cui la contrattazione collettiva, tuttavia, non ritenga di abbandonare l'impostazione legale, che presuppone la temporaneità dell'occasione di lavoro, e prevede "sic et simpliciter" una estensione delle ipotesi di assenza dal lavoro con diritto alla conservazione del posto che originariamente già consentivano, in base alla previsione legale, di apporre un termine al rapporto di lavoro del sostituto, non vi è dubbio che la stessa contrattazione debba rispettare anche tutte le altre disposizioni della legge fondamentale: nel caso di specie, i due requisiti della indicazione del nome del sostituto e la causa della sua sostituzione (Cass. n.11921 del 2003).

Più in generale, deve riaffermarsi il principio secondo il quale l'art.23 della legge n.56 del 1987 ha attribuito alla contrattazione collettiva l'identificazione delle ipotesi nelle quali è ammissibile l'apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato, inserendosi tuttavia nel sistema delineato dalla legge n.230 del 1962 (Cass. 26 maggio 2003 n.8352; Cass. n.4199 del 2002).

Tale principio comporta non solo la piena applicabilità delle disposizioni dettate dall'art.2 della legge del 1962 ai contratti a tempo determinato stipulati ai sensi dell'art.23 della legge n.56 del 1987, (Cass. n.10189 del 2002) ma ancor prima di quello stabilito dall'art.1 nei limiti della loro compatibilità e dell'art.9 in materia di onere della prova (Cass. 7 giugno 2003 n.9163).

Poiché l'assunzione a termine per sostituzione di lavoratori assenti per ferie, nel caso di specie, è autorizzata dal contratto collettivo, l'assunzione a tempo determinato di personale per sostituzione di dipendenti assenti per ferie - almeno sotto un profilo astratto - può costituire certamente una fattispecie di legittima apposizione del contratto, non potendosi seguire qui quella giurisprudenza di questa corte che aveva escluso, con orientamento consolidato, tale ipotesi di assenza dal novero della legittima fattispecie, regolata unicamente dalla legge del 1962.

Anche se prevista dalla contrattazione collettiva l'assunzione a termine per sostituzione di lavoratore assente per ferie deve rispondere, necessariamente, a tutti i requisiti indicati dall'art.1 comma secondo della legge n.230 del 1962, e, pertanto, la lettera di assunzione deve contenere il nominativo del dipendente da sostituire e il periodo della sostituzione.

Nel caso di specie sono mancate tali indicazioni nel primo contratto, e non è stata neppure offerta la prova che, almeno sotto un profilo complessivo, le assunzioni a termine non ebbero a superare - quanto a numero di ore - le assenze del personale assente per ferie.

La Corte non condivide il principio di diritto formulato dalle sentenze impugnate, secondo il quale sarebbe condizione sufficiente, tale da legittimare comunque l'apposizione del termine al primo contratto, la circostanza che il F. sia stato assunto per sostituire personale in ferie, dovendo considerarsi come fatto notorio - e non necessitando di alcuna prova né di alcuna ulteriore specificazione ai sensi degli artt.3 e 1, secondo comma, della legge del 1962 - la circostanza che nei mesi tra giugno e settembre il personale dipendente dell'Ente Poste Italiane fosse solito godere massicciamente di un prolungato periodo di ferie, anche superiore a quello di quindici giorni previsto dal contratto all'interno di tale periodo.

Sul punto, i giudici di appello, hanno sottolineato che "si deve pertanto ritenere che la stipulazione a termine, avvenuta in un periodo di tempo indicato dal contratto come quello durante il quale si godono solitamente le ferie, sia sufficiente a soddisfare le condizioni di legittimità del termine e cioè la correlazione effettiva tra stipulazione e finalità temporanee che tale stipulazione intende perseguire".

Tale formulazione confonde causa e causale dell'assunzione a termine e, più di ogni cosa, non tiene conto del rilievo che, nel caso di specie, la contrattazione collettiva non volle derogare assolutamente dal precedente quadro legale, e modificare la funzione economico-sociale del contratto a tempo determinato, limitandosi ad introdurre una ulteriore ipotesi di eccezione alla regola generale del contratto a tempo indeterminato.

Come bene ricordato da entrambe le parti l'ipotesi introdotta nella contrattazione collettiva è la seguente: "necessità di espletamento del servizio in *concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre*". Successivamente la facoltà di assunzione a termine con tale causale è stata estesa fino al mese di ottobre.

La previsione del contratto collettivo, come già ricordato, si inserisce nell'ambito delle disposizioni di legge, e precisamente in quelle di cui all'art.1 comma secondo lettera b) e articolo 3 della legge del 1962.

In base all'art.1, è consentita l'apposizione del termine al contratto "quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione".

Ciò che la legge del 1962 richiede è l'indicazione del dipendente sostituito ed il periodo della sostituzione.

La nuova disposizione dell'art.23 della legge n.56 del 1987 - che consente alla contrattazione collettiva nazionale o locale di individuare nuove ipotesi in cui è consentita l'apposizione del termine - costituisce certamente un ampliamento del numero delle eccezioni consentite, ma non determina ancora un capovolgimento del principio generale secondo il quale il contratto a tempo indeterminato costituisce la regola e l'assunzione a termine l'eccezione.

L'art.1 della legge del 1962 rimane (sempre con riferimento all'epoca dei fatti di causa) pur sempre un'architrave del pur traballante sistema del contratto a termine.

La norma del 1987 attribuisce alla contrattazione collettiva la possibilità di definire nuove ipotesi di legittima apposizione del termine che possono essere diverse e, naturalmente, più ampie rispetto a quelle previste dalla contrattazione collettiva, ma la stessa non può avere alcuna incidenza sull'onere della prova delle condizioni che giustificano sia l'apposizione di un termine al contratto di lavoro, sia l'eventuale temporanea proroga al termine stesso (Cass. 3843 del 2000, cfr. anche n.7519 del 1998, 26 maggio 2003 n.9366 art.8).

L'art.3 della legge n.230 del 1962 pone a carico del datore di lavoro l'onere di fornire la prova "relativa all'obiettivo esistente delle condizioni che legittimano la apposizione del termine, con evidente riferimento alla effettiva situazione invocata e non certo alla dichiarazione della astratta previsione normativa (o contrattuale) contenuta nell'atto scritto di apposizione del termine (Cass. n.4217 del 24 giugno 1986).

A diverse conclusioni, ovviamente, dovrebbe provenirsi qualora i contratti collettivi avessero escluso qualsiasi condizione oggettiva ai fini della legittimità della apposizione del termine (prevedendo, ad esempio, solo la ricorrenza di alcuni requisiti soggettivi del lavoratore - come già sperimentato con il decreto legge n.511 del 1° ottobre 1996, non convertito in legge, per alcune categorie di lavoratori svantaggiati - ovvero che la assunzione a termine fosse circoscritta ad alcuni mesi nell'anno: sulla falsariga di quanto già previsto dalla legge n.84 del 1984 per le aziende di trasporto aereo ed ora dall'art.2 del Decreto

Legislativo n.368 del 2001, dopo l'abrogazione del sistema complessivo delineato dalla legge del 1962).

Come già ricordato nella premessa, nel caso di specie sono mancate sia l'indicazione dei lavoratori via via sostituiti che quella dei periodi di sostituzione effettuati per ciascuno di essi.

Tra l'altro, ricorda il ricorrente incidentale, il contratto collettivo prevede per ciascun lavoratore il diritto a godere di ferie nel periodo considerato solo per quindici giorni. L'assunzione per più mesi non avrebbe potuto mai giustificarsi con la sostituzione di un singolo lavoratore assente per ferie nel periodo giugno-ottobre.

Deve quindi escludersi, anche sotto tale profilo, che vi sia stata "omogeneità" delle assenze per ferie e delle sostituzioni a termine formalmente giustificate con lo stesso titolo.

Tra l'altro, la durata del contratto di lavoro a termine stipulato per la sostituzione di un dipendente avente diritto alla conservazione del posto non deve necessariamente coincidere con quella della prevista assenza del lavoratore sostituito, potendo anche essere più breve (Cass. 2 ottobre 1998 n.9812). Ed il rientro del lavoratore sostituito sia pure nei limiti indicati dall'art.12 della legge 196 del 1997 (all'epoca dei fatti applicabile) costituiva lo sbarramento oltre il quale non poteva protrarsi la prestazione del sostituto.

Una volta terminata la ragione della sostituzione (assenza per ferie) veniva automaticamente meno la ragione della sostituzione.

Nel caso di superamento dei termini (impliciti o espliciti) posti al contratto, si applicavano - all'epoca dei fatti - le sanzioni previste dall'art.12 della legge n.196 del 1997, con la conversione del rapporto a tempo indeterminato, nei casi più gravi.

La ricorrente principale sottolinea che il profilo di censura del primo contratto a termine - relativo alla mancata prova della relazione causale tra situazione di fatto legittimante ed assunzione a termine del sostituto - sarebbe del tutto infondato. Ciò perché l'art.8 del contratto collettivo nazionale di lavoro non prevede affatto l'assunzione "in sostituzione di lavoratori in ferie" ma legittima il ricorso al contratto a termine per "necessità di espletamento del servizio in concomitanza di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre", che è formula ben più ampia attenendo a tutte le molteplici esigenze che si possono creare in questo periodo, anche per l'assenza per ferie dei dipendenti.

La tesi proposta dalla società tende ad impedire qualsiasi controllo tra le ragioni della stipulazione del termine e le ragioni sottese alla previsione astratta della ammissibilità della stipulazione stessa e

(omissis)

La sentenza della Corte d'Appello di Milano deve essere cassata in relazione alle censure accolte (contenute nel ricorso incidentale). A seguito della conversione del primo contratto a termine, il giudice del rinvio dovrà provvedere in ordine alle conseguenze economiche discendenti dalla conversione del rapporto in un unico rapporto a tempo indeterminato, combinando tutte le circostanze di fatto che eventualmente abbiano accompagnato una offerta di prestazioni lavorative successive alla scadenza dei vari termini apposti ai singoli contratti.

Procedendo a tale concreta valutazione il giudice di rinvio dovrà tener conto del principio recentemente ribadito dalle Sezioni Unite di questa Corte, per cui ove, nell'ambito di una controversia sulla sussistenza o meno di un rapporto di lavoro a tempo determinato, si accerti la natura a tempo indeterminato del rapporto stesso, da tale accertamento non deriva automaticamente il diritto del ricorrente alle retribuzioni relative al periodo successivo alla

scadenza del termine illegittimamente apposto, atteso che tale diritto è sinallagmaticamente correlato alla prestazione lavorativa.

Ne consegue che al dipendente che cessi l'esecuzione della prestazione lavorativa per attuazione di fatto del termine nullo non spetta la retribuzione finché non provveda ad offrire la prestazione stessa, determinando una situazione di "mora eccipiendi" del datore di lavoro, situazione questa che non è integrata dalla domanda di annullamento del licenziamento illegittimo con la reintegrazione nel posto di lavoro.

In base allo stesso principio si deve escludere anche il diritto del lavoratore ad un risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni precluse per il periodo successivo alla scadenza, così come, dalla regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, 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 eccipienti" nei confronti del dipendente (Cass. 21 ottobre 1994 n.8672, 11 febbraio 1998 n.1734, 25 maggio 2001 n.7186, 17 ottobre 2001 n.12697, 26 maggio 2003 n.8352, la quale ricorda che l'azione proposta dal lavoratore per far valere la continuità del rapporto non deve essere esperita entro il termine di decadenza, avendo natura di azione di mora acc...nicante. ...in ordine ai criteri di risarcimento del danno subito a causa dell'impossibilità della prestazione derivante dall'ingiustificato rifiuto del datore di lavoro: Cass. S.U. n.2334 del 1991, 8 ottobre 2002 n.14381; in senso contrario Cass. nn.866 del 1999 e 9420 del 2000).

Per quanto riguarda il caso di specie, deve escludersi comunque che la Corte milanese abbia ommesso di pronunciare in ordine alla richiesta di accertamento dell'estinzione del rapporto a seguito del comportamento tenuto dal F. (consistente nel mancato accoglimento dell'invito a riprendere servizio).

Sul punto i giudici di appello hanno espressamente escluso la possibilità di estendere analogicamente la disposizione di cui all'art. 18 della legge n.300 del 1970 al caso di mancata risposta dopo l'accertamento della nullità del termine apposto ad un contratto di lavoro.

Tale conclusione appare ineccepibile. Data, infatti, l'inapplicabilità della disposizione di cui all'art.18 a tale caso non è possibile alcuna estensione della norma invocata sul punto cfr. Cass. 12697 del 2001 e 14596 del 2001, 17524 del 2002 V. Cass. SS.UU. 508 del 1998.

In effetti, tale situazione non è sottoposta a specifica censura da parte della società ricorrente, la quale, solo nella memoria depositata ex art.378 codice di procedura civile si è limitata ad osservare che omettendo ogni pronuncia in ordine alle conseguenze economiche della dichiarata conversione, in realtà la Corte di merito aveva - ancorché implicitamente - inteso rigettare la domanda del F. di condanna al pagamento delle retribuzioni successive alla cessazione del rapporto (per il mancato accoglimento del reiterato invito a riprendere servizio).

Il giudice del rinvio provvederà anche in ordine alle spese del presente giudizio.

PQM

La Corte riunisce i ricorsi. Accoglie il ricorso incidentale, assorbito il principale.

Cassa la sentenza impugnata, in relazione alla censura accolta e rinvia alla Corte d'Appello di Brescia anche per le spese di giudizio.
