

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI ROMA
SEZIONE CONTROVERSIE LAVORO
PREVIDENZA E ASSISTENZA OBBLIGATORIA

La Corte, composta dai seguenti magistrati:

Dott.ssa Maria Antonia Garzia

Presidente rel.

Dott. Fabio Eligio Anzilotti Nitto de' Rossi
Consigliere

Dott.ssa Sabrina Mostarda
Consigliere

ha pronunciato, mediante lettura del dispositivo,
all'udienza del
5.10.18 , la seguente

SENTENZA

nella controversia in materia di lavoro in grado di appello
iscritta

al n. 3305 del Ruolo Generale Affari Contenziosi
dell'anno 2017
vertente

TRA

Co. Ch. rappresentata e difesa come in atti dall'Avv. RIZZO
ROBERTO ,

elettivamente domiciliati in VIA RENO 21 00198 ROMA

RICORRENTE IN

RIASSUNZIONE

E

POSTE ITALIANE SPA rappresentata e difesa come
in atti

dall'Avv. FIORILLO LUIGI elettivamente domiciliati in
VIALE MAZZINI
134 00195 ROMA

RESISTENTE IN

RIASSUNZIONE

OGGETTO Riassunzione del giudizio a seguito di rinvio della
Corte di

Cassazione con sent. n. 17011/17

CONCLUSIONI: Come da scritti difensivi

Fatto e diritto

La Corte di Cassazione con pronuncia 17011/17 ha cassato la sentenza della Corte di appello n. 5243/10 che confermando la pronuncia del Tribunale n. 16956/07 dichiarava la nullità del termine del contratto stipulato da Co. Ch. in data 23.3.05 e poi prorogato fino al 15.5.05 per carenza di specificità della causale. La Corte, confermando il consolidato orientamento formatosi sul punto in tema di contratto di lavoro a tempo determinato nel regime di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, ha sostanzialmente evidenziato come il lavoratore assunto a termine per ragioni sostitutive di lavoratore assente non deve essere necessariamente destinato alle medesime mansioni o allo stesso posto del lavoratore assente, atteso che la sostituzione ipotizzata dalla norma va intesa nel senso più confacente alle esigenze dell'impresa; pertanto, non può essere disconosciuta all'imprenditore - nell'esercizio del potere di autorganizzazione - la facoltà di disporre (in conseguenza dell'assenza di un dipendente) l'utilizzazione del personale, incluso il lavoratore a termine, mediante i più opportuni spostamenti interni, con conseguente realizzazione di un insieme di sostituzioni successive per scorrimento a catena, sempre che vi sia una correlazione tra assenza ed assunzione a termine, nel senso che la seconda deve essere realmente determinata dalla necessità creatasi nell'azienda per effetto della prima.

Co. Ch. con la riassunzione del presente giudizio chiedeva accertarsi le ulteriori cause di nullità del termine, in primis l'assenza della valutazione dei rischi presso l'ufficio di applicazione e, secondariamente l'insussistenza fattuale e la mancata dimostrazione delle esigenze sostitutive.

Poste si costituiva contestando l'avverso ricorso e chiedendo altresì la condanna alla restituzione di quanto indebitamente versato in esecuzione della sentenza del Tribunale n. 16956 al lordo delle ritenute.

Parte ricorrente in riassunzione aveva dedotto sin dal ricorso di primo grado quale profilo di nullità del contratto a termine, la violazione dell'art 3 lett. D) del DLGS 368/01.

L'art 3 del predetto DLGS 368/01 elenca una serie di ipotesi nelle quali l'assunzione a termine è vietata e precisamente: L'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato non è ammessa: a) per la sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) salva diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, entro i sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, che abbiano riguardato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di lavoro a tempo determinato, salvo che tale contratto sia concluso per provvedere a sostituzione

di lavoratori assenti, ovvero sia concluso ai sensi dell'articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223, ovvero abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi; c) presso unità produttive nelle quali sia operante una sospensione dei rapporti o una riduzione dell'orario, con diritto al trattamento di integrazione salariale, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a termine; d) da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'articolo 4 del decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni.

L'art 4 DLGS 626/'94 prevede che il datore di lavoro -che è tenuto all'osservanza delle misure generali di tutela della sicurezza e salute dei lavoratori- effettui una valutazione dei rischi per la sicurezza e salute dei dipendenti, avuto riguardo all'attività aziendale o della singola unità .

All'esito della valutazione (comma 2) l'imprenditore deve elaborare la cd mappa dei rischi e cioè un documento in cui siano specificati: i rischi valutati, i criteri adottati per la loro individuazione, l'indicazione delle misure di prevenzione e protezione adottate, nonché delle attrezzature utilizzate.

La valutazione e la mappa dei rischi (comma 6) vengono realizzate in collaborazione con il responsabile del servizio prevenzione, con il medico competente e sentito il rappresentante per la sicurezza.

La legge (comma 2) obbliga il datore di lavoro a custodire il documento contenente la mappa dei rischi nell'azienda o nell'unità produttiva e ad aggiornare la valutazione e la mappa dei rischi in occasione di significative variazioni del processo produttivo.

E' appena il caso di evidenziare che gli obblighi in questione sono connotati dalla cogenza propria delle norme imperative trattandosi di obblighi strumentali per la realizzazione dell'interesse primario della sicurezza sul luogo di lavoro.

Il divieto di assumere lavoratori a termine da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi può dunque ragionevolmente intendersi come una sanzione indiretta per l'azienda non in regola con la normativa sulla sicurezza sul lavoro.

Non può dubitarsi che l'onere di fornire la prova della rispondenza della clausola appositiva del termine alle previsioni autorizzative legali (essendo l'apposizione del termine tuttora meramente consentita , in presenza di specifiche ragioni legittimanti, ex art.1, co.1, d.lgs. cit.), grava sul datore di lavoro, e ciò in base al generale principio di cui all'art. 2697 c.c., spettando pur sempre a chi invochi la

legittimità della stipulazione di un contratto di lavoro a termine dimostrarne la sussistenza di tutti i presupposti di legge.

Deve aggiungersi che nello specifico la prova del rispetto della condizione di cui all'art 3 lett. d) non è stata fornita dal datore di lavoro attraverso la produzione documentale della mappa dei rischi. Poste assume che il lavoratore non avrebbe formulato apposita eccezione circa la violazione dell'obbligo di valutazione dei rischi e che per tale ragione l'azienda avrebbe omesso di difendersi specificamente allegando detto documento che, in sede di costituzione sulla riassunzione si offriva invece di depositare. La prospettazione difensiva di Poste tuttavia non convince. Sin dal ricorso di primo grado la Co. Ch. denunciava infatti l'illegittimità del termine per omessa effettuazione della valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 626/94, citando testualmente sia l'art. 3, lettera d del d.lgs. 368/01 sia l'art. 4 L. 626/94 e menzionando espressamente l'obbligo di Poste di dimostrare di aver effettuato detta valutazione con ogni scelta consequenziale sia relativamente al complesso aziendale, sia alla specifica unità produttiva presso cui aveva operato la dipendente.

La richiesta di provare l'avvenuta effettuazione della valutazione dei rischi , con la produzione del documento che la conteneva, nel giudizio di rinvio dopo la pronuncia della Corte di legittimità è pacificamente tardiva e non può essere accolta.

Sussiste pertanto il diritto della ricorrente in riassunzione alla conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato

All'accertamento del diritto della Coppari alla conversione del rapporto consegue la condanna di Poste Italiane al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 32 L. 183/2010 . L'indennità prevista dall'art. 32, comma 5, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (come autenticamente interpretato dall'art. 1, comma 13, della legge 28 giugno 2012, n. 92) è applicabile a qualsiasi ipotesi di conversione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato . La normativa è infatti finalizzata a realizzare un equilibrato componimento dei contrapposti interessi. Al lavoratore garantisce la conversione del contratto di lavoro a termine in un contratto di lavoro a tempo indeterminato, unitamente ad un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, senza necessità ne' dell'offerta della prestazione, ne' di oneri probatori di sorta. Al datore di lavoro, per altro verso, assicura la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso. Ma non oltre, pena la vanificazione della statuizione giudiziale impositiva di un rapporto di lavoro sine die. A fugare ogni dubbio è intervenuto l'art. 1 comma 13 della legge 28.6.2012 n. 92 secondo cui

la disposizione di cui al comma 5 dell'art. 32 della legge 4 novembre 2010 n. 183 si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro . Ne discende che, come chiarito dallo stesso legislatore, l'indennità di cui all'art. 32, commi 5 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183, costituisce una specie di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro per i danni causati dalla nullità del termine nel periodo cosiddetto *intermedio* , che decorre dalla scadenza del termine sino alla sentenza di conversione , restando escluse solo le retribuzioni maturate successivamente all'accertamento giudiziale (fra le più recenti in tal senso Cass. 12295/2014). Il giudicante , tenuto conto del fatto che si è trattato di un limitato periodo lavorato (per complessivi 2 mesi) , delle dimensioni della società , e del tempo trascorso prima dell'impugnativa del vizio (oltre un anno) ritiene di dovere quantificare l'indennità in complessive 4 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Non è stata comprovata in atti la dedotta presenza di accordi collettivi per il riassorbimento del personale assunto a tempo determinato, circostanza che avrebbe potuto comportare il dimezzamento dell'indennità erogabile ai sensi dell'art. 32 comma 6 L. 183/2010. L'indennità di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, dovuta al lavoratore a titolo di risarcimento del danno per l'illegittima apposizione del termine al rapporto di lavoro, non ha natura retributiva e su di essa spettano la rivalutazione monetaria e gli interessi legali solo dalla data della pronuncia giudiziaria dichiarativa della illegittimità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro subordinato(Cass. 3062/16).

Deve invece accogliersi la domanda di Poste alla condanna di Co. Ch. alla restituzione di quanto erogato in esecuzione della sentenza di primo grado che condannava la società alla reintegra della dipendente con il pagamento di tutte le retribuzioni nelle more maturate. Tale condanna, come correttamente argomentato da Poste, deve essere disposta al lordo delle trattenute . Infatti l'azione di ripetizione di somme pagate in esecuzione della sentenza d'appello successivamente cassata, ovvero della sentenza di primo grado provvisoriamente esecutiva riformata in appello, non si inquadra nell'istituto della *condictio indebiti* (art. 2033 c.c.) (Cass. 14178/09, 21992/07), e il diritto alla restituzione sorge direttamente in conseguenza della riforma della sentenza, la quale, facendo venir meno *ex tunc* e definitivamente il titolo delle attribuzioni in base alla prima sentenza, impone di porre la controparte nella medesima situazione in cui si trovava in precedenza (Cass. 8829/07). Non c'è ragione, in assenza di disposizioni speciali che riguardino la materia lavoristica, perché qui non debba valere il medesimo insegnamento. Se il datore di lavoro è il vincitore

finale della lite giudiziaria, anche pro quota, rimetterlo nella situazione precedente l'attribuzione patrimoniale, privata ex art. 336 c.p.c. di titolo, significa - come è evidente - che il lavoratore dovrà restituire al datore medesimo anche quanto da quest'ultimo pagato al fisco. Sarà poi il lavoratore a poter recuperare dal fisco. Come del resto è espressamente previsto dalla legge. L'art. 10, comma 1, lettera d-bis, TUIR (D.P.R. 917/86), riguardante gli oneri deducibili dal reddito complessivo, consente di dedurre, ai fini IRPEF, le somme restituite all'ente erogatore, se assoggettate a tassazione in anni precedenti, e stabilisce ulteriormente che l'ammontare, in tutto o in parte, non dedotto nel periodo d'imposta di restituzione può essere portato in deduzione dal reddito complessivo dei periodi d'imposta successivi; in alternativa, il contribuente può chiedere [e senza essere assoggettato a termini di decadenza] il rimborso dell'imposta corrispondente all'importo non dedotto. L'introduzione (che risale, nella prima stesura, all'art. 5, comma 1, lett. b, D. Lgs. 314/97) di un nuovo onere deducibile - corrispondente all'importo delle somme che in un periodo d'imposta sono state assoggettate a tassazione secondo il criterio di cassa, e sono state poi restituite al soggetto erogatore - risponde all'esigenza di permettere il recupero dell'imposta pagata su tali somme e si è resa necessaria proprio in quanto il sistema dei rapporti tra erario, sostituto e sostituito comporta di regola che il recupero, a carico del contribuente, delle somme a suo tempo a lui erogate avvenga al lordo delle imposte che l'ente erogatore ha versato all'erario in qualità di sostituto (in termini, Risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate 110/05 e 71/08, citate anche da parte appellante).

L'art. 38 D.P.R. 602/73 disciplina invece l'istanza di rimborso in ipotesi di indebito correlato all'adempimento dell'obbligazione tributaria (qualunque sia la ragione per cui il versamento si appalesi erroneo, e quindi relativamente ad errori tanto connessi al versamento in sé quanto riferibili all'an o al quantum del tributo: Cass. 16617/15), cui sono legittimati tanto il sostituto che il sostituito (Cass. 16105/15), soggetta a decadenza, è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di indebito correlato all'adempimento dell'obbligazione tributaria (qualunque sia la ragione per cui il versamento si appalesi erroneo, e quindi relativamente ad errori tanto connessi al versamento in sé quanto riferibili all'an o al quantum del tributo: Cass. 16617/15), e non anche in conseguenza delle particolari vicende cui il reddito, al quale la ritenuta accede, è sottoposto.

Diverso è anche il caso (Cass. 1462/12) del datore di lavoro che corrisponda - per suo errore - una retribuzione maggiore del dovuto (e operi di conseguenza ritenute fiscali erronee per eccesso); in tale evenienza - insegna correttamente la Cassazione - il datore di lavoro, salvi i rapporti col fisco, potrà ripetere l'indebito nei confronti del lavoratore secondo i principi generali ex art. 2033 c.c., e quindi nei soli limiti di quanto effettivamente percepito da quest'ultimo (restando

esclusa, nell'ottica propria della *condictio indebiti*, la possibilità di ripetere importi al lordo di ritenute fiscali mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente). Tuttavia, nel caso di specie Poste non ha provato tempestivamente l'avvenuto versamento delle trattenute cui era obbligata e questo impedisce di prendere in considerazione la richiesta di condanna al lordo, potendosi avallare solo la richiesta di restituzione al netto. Peraltro dalla documentazione prodotta da Poste emerge che la somma erogata a titolo risarcitorio in ossequio alla pronuncia di declaratoria di nullità del termine comprendeva anche le somme versate a titolo di retribuzione per i periodi successivi alla sentenza di declaratoria della nullità del termine (4.10.07) e fino al 31.12.2007 . Tale somma non corrisposta a titolo risarcitorio ma in ragione del disposto ripristino del rapporto deve essere detratta dal complessivo importo che deve essere restituito dal lavoratore.

P.Q.M.

La Corte, decidendo in sede di rinvio , nei limiti del devoluto, confermata la pronuncia di declaratoria di nullità del termine apposto al contratto stipulato tra la società Poste Italiane e Co. Ch. il 23.3.05, di accertamento della sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e condanna di Poste Italiane spa al ripristino del rapporto, condanna Poste Italiane spa al pagamento di quattro mensilità di retribuzione, oltre interessi e rivalutazione dalla presente sentenza;

condanna Co. Ch. alla restituzione a Poste Italiane spa della somma di euro 19.847,98, oltre interessi, previa detrazione della somma ricevuta a titolo di retribuzioni dal 4.10.07 al 31.12.2007.

Condanna Poste Italiane spa al pagamento delle spese di lite che liquida in complessivi euro 1500,00 per il primo grado, euro 2000,00 per ciascuna procedura in grado di appello, ed euro 3000,00 per il procedimento in Cassazione , oltre iva e cpa e oltre spese generali nella misura del 15% da distrarsi in favore del procuratore antistatario

Depositata in cancelleria il 11/10/2018.