

Apposizione del termine

Sugli effetti dell'illegittima apposizione del termine e sull'invocabilità dell'art. 1419, comma 1, c.c.

TRIBUNALE DI ROMA, 8 gennaio 2008 - Rel. Gallo

Nullità della apposizione del termine al contratto di lavoro - Sussistenza di un apporto di lavoro a tempo indeterminato - Applicabilità dell'art. 1419, comma 1 c.c. - Necessaria allegazione da parte del convenuto della nullità dell'intero contratto - Sussiste

(D.Lgs. n. 368/2001; c.c. art. 1419, commi 1 e 2)

La nullità parziale che determina la nullità dell'intero contratto nel caso in cui i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita da nullità deve essere oggetto di tempestiva allegazione, oltre che di prova, da parte del datore di lavoro.

(Omissis) Va quindi rilevato che il contratto concluso tra le parti non conteneva alcuna specificazione delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine e che, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs 368/01, l'atto scritto, ovvero la specificazione delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine, costituiscono, per espressa previsione, una condizione di efficacia della relativa clausola.

La suddetta previsione normativa non contiene la previsione espressa della sanzione della trasformazione automatica del rapporto a termine in rapporto a tempo determinato; peraltro, è comunque applicabile il disposto generale dell'art. 1418 c.c., con conseguente nullità della clausola contraria a norma imperativa, non idonea a determinare la nullità del contratto.

È stata altresì prospettata, data la mancata previsione espressa della conversione del contratto, l'eventuale ap-

plicabilità del disposto dell'art. 1419 c.c., in base al quale la nullità parziale determina la nullità dell'intero contratto nel caso in cui i contraenti non lo avrebbero concluso senza la parte colpita da nullità, circostanza che deve peraltro essere oggetto di tempestiva allegazione, oltre che di prova, da parte del datore; nel caso di specie, la resistente non ha comunque formulato alcuna allegazione attinente alla sussistenza delle ragioni giustificative previste dalla normativa né operato alcuna allegazione astrattamente valutabile sotto il profilo attinente alla nullità dell'intero contratto.

Sulla base di tali considerazioni, il relativo capo di domanda va accolto e, attesa l'accertata nullità della predetta clausola, va quindi dichiarata la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le parti, a decorrere dalla data di efficacia del suddetto contratto e quindi dal 10.9.02 (Omissis).

TRIBUNALE DI ROMA, 30 maggio 2008 - Rel. Mari - C.V. c. A.I. S.r.l.

Nullità della apposizione del termine al contratto di lavoro - Riconoscimento di un apporto di lavoro a tempo indeterminato - Sussiste - Applicabilità dell'art. 1419, comma 1, c.c. - Non sussiste

(D.Lgs. n. 368/2001; c.c. art. 1419, commi 1 e 2)

La clausola di non regresso di cui al paragrafo 8, comma 3, dell'Accordo europeo recepito dalla Direttiva comunitaria n. 99/70/UE, la quale vieta espressamente che l'attuazione della direttiva possa costituire l'occasione per adottare una disciplina che riduca le tutele dei lavoratori, comporta che in

caso d'illegittima apposizione del termine vada riconosciuta la sussistenza di un unico rapporto di lavoro a tempo determinato, con la conseguente inapplicabilità del principio secondo il quale la nullità del termine determina la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'art. 1419, 1 comma, c.c. e la conseguente applicazione dell'art. 2126 c.c.

(*Omissis*) Ai sensi del vigente art. 1, comma 2° del D.L. vo 368/2001, come è noto, «l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1», ovvero, in concreto, le «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo» (al proposito, si rimanda a quanto affermato chiaramente nella già citata circolare del Ministero del Lavoro n. 42/2002 dell'1 agosto 2002).

Di conseguenza, alla luce delle suesposte considerazioni, va dichiarata la sussistenza *inter partes* di un unico rapporto di lavoro a tempo indeterminato fin dall'iniziale decorrenza del contratto stesso, ovvero, dal 16.6.2003. È evidente che la nullità iniziale del termine rende superflua ogni indagine in ordine alla legittimità o non proroga del contratto.

La tesi difensiva di parte resistente, secondo la quale la nullità del termine non comporterebbe la conversione del contratto invalido in contratto a tempo indeterminato trovando invece applicazione l'art. 1419 c.c. e di conseguenza l'art. 2126 c.c. non appare condivisibile.

Anzitutto infatti si deve ricordare che la clausola di non regresso di cui al paragrafo 8, comma 3, dell'Accordo europeo recepito dalla Direttiva comunitaria n. 99/70/UE (sottesa al D. L. vo 368/01) vieta espressamente che l'attuazione della direttiva possa costituire l'occasione per adottare una disciplina che riduca le tutele dei lavoratori, il che invece avverrebbe in tutta evidenza accedendo alla tesi di parte resistente.

Tale interpretazione poi priverebbe completamente il lavoratore di qualsiasi forma di tutela poiché, una volta scaduto il contratto, verrebbe meno ogni interesse ad adire la via giudiziaria in quanto, anche in caso di accoglimento della domanda, il ricorrente - in forza dell'art. 2126 c.c. non otterrebbe nulla più di quanto già ottenuto durante il rapporto, il che rappresenterebbe in concreto la completa liberalizzazione del contratto a termine, obiettivo che invece il D.L. vo in oggetto mostra espressamente di non perseguire, come si evince in modo univoco dall'art. 1 del decreto stesso e dall'intero impianto normativo (*Omissis*).

IL COMMENTO

di Francesco Alvaro

Dottore di Ricerca in Diritto Sindacale e del Lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia

Con le sentenze commentate del Tribunale di Roma dell'8 gennaio 2008 e del 30 maggio 2008 è stato confermato l'orientamento, assolutamente maggioritario sia in dottrina sia in giurisprudenza, secondo il quale dalla nullità del termine apposto al contratto di lavoro discende il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato con decorrenza dall'iniziale stipulazione del contratto a termine.

Una doverosa premessa

Le sentenze che si annotano assumono un particolare significato dal momento che in data recente è apparsa anche la pubblicazione di tre pronunce (1) con le quali, in antitesi con l'esito dei giudizi in esame, lo stesso Tribunale di Roma ha accolto la tesi, da alcuni proposta fin dall'emanazione del D.Lgs. n. 368/2001 (2), secondo cui, nel caso di illegittima apposizione del ter-

Note:

(1) Trib. Roma, 27 maggio 2008, n. 9491; Trib. Roma, 12 marzo 2008, n. 4805; Trib. Roma, 5 luglio 2007, n. 13323, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 775, con nota di A. Vallebona, *Termine ingiustificato: le corrette conseguenze e la nuova norma per i «giudizi in corso»*.

(2) A. Vallebona e C. Pisani, *Il contratto a termine*, Pd., 2002, 36, affermano: «Nella disciplina vigente, ..., non è più contenuta una disposizione del genere per il termine ingiustificato o vietato, ma solo per la prosecuzione di fatto del lavoro oltre la scadenza del termine... e per le riassunzioni a termine senza il prescritto intervallo. Nella specie ... la nullità non investe l'intero contratto di lavoro, ma solo il patto relativo al termine, poiché la necessità di giustificazione ed i divieti si riferiscono appunto solo a tale patto. Pertanto il contratto di lavoro rimane valido, ma senza il termine, con un effetto fin qui identico a quello prima previsto espressamente. Tuttavia una differenza molto rilevante deriva dalla applicabilità della regola della nullità parziale, secondo cui la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità (art. 1419, c. 1, cod.civ.). Il datore di lavoro può, dunque, allegare tempestivamente e comprovare, secondo l'onere su di lui gravante trattandosi di un'eccezione al principio di conservazione del contratto, la volontà ipotetica di non concludere il contratto senza il termine nullo, con la conseguente nullità dell'intero contratto di lavoro».

mine, deve trovare applicazione il principio di nullità dell'intero contratto ai sensi e per gli effetti dell'art. 1419, comma 1, c.c. (3).

Detta tesi si fa derivare dal fatto che l'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001, a differenza di quanto previsto nella legge n. 230/1962, non contempla il principio generale secondo il quale il contratto, salvo tassative ipotesi derogatorie, deve considerarsi a tempo indeterminato (ciò almeno fino all'emanazione della L. n. 247/2007)(4).

La finalità del presente commento è dimostrare che, nella realtà, il contrasto può essere invocato solo rispetto alla seconda delle pronunce in esame, perché è in questa che viene esclusa la possibilità di invocare il regime di cui alla disposizione innanzi citata nell'ipotesi di illegittima apposizione del termine.

Infatti, la prima delle pronunce in epigrafe, pur ritenendo che l'illegittimità del termine comporti la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo determinato sin dall'origine, non esclude l'astratta applicazione del regime della nullità relativa, motivando, però, che, nel caso di specie, la parte interessata (quella datoriale) si è limitata ad invocare la nullità dell'intero contratto senza procedere alla idonea allegazione comprovante l'asunto.

Nel corso della trattazione se, da un lato, si tenterà di confutare le motivazioni alla base della seconda pronuncia, dall'altro, si cercherà di dimostrare che in ipotesi di illegittima apposizione del termine non possa essere esclusa in radice l'astratta applicabilità dell'art. 1419, comma 1, c.c., nel pieno rispetto, però, dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale ad essa propria.

Il principio espresso dalle sentenze in commento

Particolare attenzione meritano le considerazioni operate nella seconda sentenza annotata, la quale ha ritenuto di applicare il principio fatto proprio dalla giurisprudenza maggioritaria formatasi nelle corti di merito (5) secondo cui, pur nel silenzio della legge in proposito(6), l'ingiustificatezza del termine apposto al primo, isolato, contratto di lavoro determina la nullità del termine e l'effetto legale di conservazione del contratto a tempo determinato.

Il Magistrato adito ha fondato la conclusione secondo cui dall'illegittima apposizione del termine non può non discendere il riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato fin dall'iniziale decorrenza del contratto stesso, sulle seguenti considerazioni: a) una diversa interpretazione dell'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 contrasterebbe con la clausola di non regresso (7) contenuta nel paragrafo 8, comma 3, della Direttiva Comunitaria n. 99/70/CEE, la quale vieta che l'attuazione della Direttiva stessa possa costituire l'occasione per adottare una disciplina che riduca le tutele già contemplate nella eventuale disciplina esistente nell'ordinamento dello Stato membro; b) l'applicazione della

nullità all'intero contratto di lavoro priverebbe di qualsiasi tutela il lavoratore, il quale non potrebbe rivendicare nulla di più di quanto già ottenuto nel corso del rapporto di lavoro ai sensi e per gli effetti dell'art. 2126 c.c.

Simile conclusione recentemente è stata avallata dalla Suprema Corte con la pronuncia n. 12985/2008 (8).

La Suprema Corte ha fondato detta conclusione

Note:

(3) Lo stesso principio pare essere stato avallato da Trib. Marsala, 27 gennaio 2005, in *Corriere merito*, 2005, 777 con nota di Sorrentino, secondo cui «la mancanza delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine al rapporto di lavoro (a differenza dell'indicazione indeterminata o generica delle stesse, in ragione della quale si considera senza effetto la clausola appositiva del termine) determina la nullità della clausola contenente l'indicazione del detto termine per violazione di norma imperativa, ricorrendo pertanto un'ipotesi di nullità parziale che non caduca l'intero regolamento negoziale salvo che non risulti che le parti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità». Così anche, Trib. Palermo, 06 maggio 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 395, con nota di M.L. Vallauri, secondo cui: «Nel regime di cui al d.leg. n. 368/2001, la illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro determina, ai sensi dell'art. 1419 c.c., la conversione del rapporto a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato solo qualora la parte interessata non provi il carattere essenziale della clausola di durata».

(4) Occorre precisare che e neppure dopo l'emanazione della L. n. 247/2007, il legislatore ha inteso specificare che la violazione dell'apposizione del termine è sanzionata con il riconoscimento di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, essendo il fondamento dei principi sanzionatori il medesimo di quello concepito con il D.Lgs. n. 368/2001.

(5) Trib. Treviso, 26 settembre 2006, in *Riv. critica dir. lav.*, 2008, 153, con nota di M. Fezzi; Trib. Milano, 29 giugno 2007, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, 155, con nota di M. Lozito; Trib. Reggio Calabria, 20 luglio 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 294; App. Firenze, 11 luglio 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, 459, con nota di L. Menghini; Trib. Milano, 03 aprile 2007, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, 474, con nota di R. Paladini; Trib. Genova, 14 novembre 2006, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, 693, con nota di A. Olivieri; Trib. Milano, 16 ottobre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, I, 857; App. Bari, 20 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1540, con nota di A.M. Perrino; App. Firenze, 30 maggio 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 111, con nota di P. Albi; Trib. Firenze, 20 luglio 2004, in *Foro toscano-Toscana giur.*, 2004, 372; Trib. Milano, 13 novembre 2003, in *Riv. critica dir. lav.*, 2003, 937, con nota di A. Beretta. Per una disamina delle pronunce giurisprudenziali successive al d.lgs. n. 368/2001, si rimanda a S. Ciucciiovino, *Il contratto a tempo determinato, la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, 456.

(6) G. Falasca, *L'impugnazione del contratto a tempo determinato per inesistenza della causale giustificativa*, in *Ventiquattro Avvocato*, 2005, 5, 28.

(7) Per le osservazioni in merito alla compatibilità della disciplina introdotta nel 2001 con la clausola di non regresso si rimanda a M. Tiraboschi, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in Biagi (a cura di) *Il nuovo lavoro a termine, commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001 n. 368*, 68; L. De Angelis, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *Foro It.*, 2002, V, 36; M. Roccella, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in www.cgil.it/giuridico.

(8) Cass., 21 maggio 2008, n. 12985, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 638 con nota di A. Vallebbona, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabili*; in *Riv. it. dir. lav.*, n. 4/2008, 891, con nota di A. Olivieri, *La cassazione e il rasoio di Ockham al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*.

sulla base: a) dei principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale (9); b) dell'interpretazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CEE; c) del sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato definito dalla Corte Costituzionale (10).

Simili argomentazioni non appaiono pienamente condivisibili.

Innanzitutto, il richiamo alla clausola di non regresso, sancita e disciplinata dal paragrafo 8, comma 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato non appare conferente, sia perché l'oggetto del giudizio (la legittima apposizione del termine al contratto) non rientra in quello della direttiva, la quale, invece, concerne esclusivamente la prevenzione degli abusi conseguenti alla successione dei contratti a termine (11), sia perché detta clausola opera solo nell'ipotesi in cui la riduzione della tutela sia giustificata dalla esclusiva attuazione della direttiva (12) e non da ragioni ad essa estranee.

In secondo luogo, non v'è dubbio che dall'illegittimità dell'apposizione del termine, sino all'emanazione della legge n. 247/2007 (13), con cui, nei fatti, è stato reintrodotta il principio generale già previsto nell'art. 1 della L. n. 230/1962 (14), non poteva immediatamente farsi derivare la conversione del rapporto (15), in quanto lo stesso decreto contempla simili sanzioni in ipotesi tassative e ben determinate (16).

Su questo punto si innesta la prima sentenza in epigrafe, la quale, si è già accennato, pur riconoscendo la sussistenza di un rapporto a tempo indeterminato, in conseguenza dell'illegittima apposizione del termine, implicitamente afferma l'astratta applicazione dell'art. 1419, comma 1, il cui meccanismo sanzionatorio, però, non ha potuto trovare applicazione per la carenza delle allegazioni operate dalla società convenuta, che «non ha comunque formulato alcuna allegazione attinente alla sussistenza delle ragioni giustificative previste dalla normativa né operato alcuna allegazione astrattamente valutabile sotto il profilo attinente alla nullità dell'intero contratto».

A fronte dell'affermazione di detto principio, già avallato dal Tribunale di Roma con le sentenze n. 9491 del 27 maggio 2008, n. 4805 del 12 marzo 2008 e n. 13323 del 5 luglio 2007 e fatto proprio da autorevole dottrina sin dall'emanazione del d.lgs. n. 368/2001 (17), occorre analizzare l'applicabilità al caso in esame dell'art. 1419, comma 1 e, in caso di risposta affermativa, i limiti di tale applicazione.

La giurisprudenza sulla "nullità relativa" di cui all'art. 1419 c.c.

In assenza della sanzione legale della conversione, neppure desumibile dal D.Lgs. n. 368/2001, le conseguenze derivanti dall'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro non possono che essere

risolte in base agli ordinari principi contrattuali rela-

Note:

(9) Simile principio, seppur *obiter dicta*, era stato espresso da Cass., 21 maggio 2002, n. 7468, in *Dir. lav.*, 2002, II, 263, con la mia nota: *Contratto a termine: prime osservazioni della Corte di Cassazione*, e da Cass. sez. lav. 26 luglio 2004, n. 11041.

(10) La sentenza della Suprema Corte 12985/2008 ha fatto espresso riferimento alle pronunce della Corte Costituzionale del 15 luglio 2005, n. 283, in *Mass. giur. lav.*, 2005, 736, con nota di A. Vallebona e dell'11 maggio 1992, n. 210, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 731, con nota di P. Ichino; in *Mass. giur. lav.*, 1992, 121, con nota di A. Rondo; in *Foro it.*, 1992, I, 3232, con nota di A. Alaimo; in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 2043, con nota di A. Genovese; in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 433, con nota di A. Chiacchieroni. La considerazione operata nella sentenza in esame non appare corretta. Si consideri, infatti, che nella pronuncia della Corte Cost. n. 283/2005 si afferma: «la conversione del contratto di lavoro a tempo parziale in contratto di lavoro a tempo pieno, fatta salva l'ipotesi in cui le parti non lo avrebbero concluso conoscendo la causa della nullità» (con ciò confermandosi l'astratta applicabilità dell'art. 1419, 1° comma c.c. e la conseguente nullità dell'intero contratto di lavoro con conseguente applicazione dell'art. 2126 c.c.). La questione è affrontata da V. Speciale, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.* 2/2008, in partic. 223.)

(11) Corte Cost. 4 marzo 2008, n. 44, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 383, con nota di A. Vallebona, *Lavoro a termine: il dlgs. n. 368/2001 disciplina validamente sono gli abusi da successione*.

(12) Corte giust. CE, 22 novembre 2005, n. 144/04 (Mangold), in questa *Rivista*, 2006, 459, con nota di P. Nodari.

(13) Il cui art. 1, comma 39, ha disposto che «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato». Si rimanda, comunque, all'osservazione contenuta nella nota n. 4.

(14) Per un commento al contenuto della legge n. 247/2007 e del Protocollo Welfare del 23 luglio 2007 si rimanda a L. Menghini, *Il lavoro a tempo determinato*, in F. Carinci e M. Miscione (a cura di), *Il collegato lavoro 2008*, Milano, 2008, 249 e ss.; G. Proia, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in M. Persiani e G. Proia, *La nuova disciplina del welfare. Commentario alla legge 24 dicembre 2007*, n. 247, Padova, 2008, 100 e ss.; *Il nuovo contratto a tempo determinato: alcune questioni aperte*, in *Guida lav.*, 2008, n. 9, 22; M. Viceconte, *La mini-riforma del contratto a termine nella l. 24 dicembre 2007 n. 247*, in *Lav. e prev. oggi*, 2008, 34; V. Speciale, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, cit., 181; A. Maresca, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell'art. 5, commi 4-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, *Riv. it. dir. lav.*, 2008, n. 3, 287. Per una complessiva disamina dell'istituto, anche alla luce delle innovazioni introdotte con il D.L. n. 112/2008, conv. con L. n. 133/2008, si rimanda a G. Ferraro, (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2008.

(15) *Contra* V. Speciale, *La nuova legge sul contratto a termine*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, 361.

(16) La sanzione della conversione è prevista per il vizio di forma; per la prosecuzione del lavoro dopo la scadenza del termine; per la violazione dell'intervallo minimo tra due contratti; per la riassunzione senza soluzione di continuità. Dopo l'emanazione della L. n. 247/2008, eguale sanzione è prevista per il caso di superamento della durata massima complessiva del contratto per il periodo di 36 mesi e per il caso di stipulazione di un ulteriore contratto (successivo allo spirare dei 36 mesi) senza il rispetto delle formalità previste. Su questo ultimo aspetto si rimanda a M. Tremolada, *Il regime transitorio della regola del periodo massimo di impiego del lavoratore con successivi contratti a termine*, in *Mass. giur. lav.* 2008, 546. L'assenza di un'apposita sanzione a fronte dell'illegittima apposizione del termine al primo contratto di lavoro è stata ritenuta indifferente dal Trib. Roma, 03 febbraio 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 706, n. Orlando.

(17) Si rimanda al contenuto di cui alla nota n. 2.

tivi alla nullità e, in particolare, alla nullità parziale (18).

Le disposizioni codicistiche invocabili sono, come noto, gli artt. 1419 commi 1 e 2, nonché l'art. 1339, ai sensi dei quali: «la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità» (art. 1419 comma 1); «la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative» (art. 1419 comma 2); «le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative, sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti» (art. 1339).

Per poter trovare applicazione il disposto di cui al comma 1 dell'art. 1419 c.c. è necessario che la nullità venga riferita ad un elemento essenziale del negozio o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza e inscindibilità (19).

In base a questa giurisprudenza l'estensione all'intero contratto degli effetti della nullità costituisce l'eccezione, che può essere invocata dimostrando che la clausola colpita da invalidità non ha una valenza autonoma, né persegue un risultato distinto, dimostrando, quindi, che la clausola stessa funziona come *condicio causam dans* o *sine qua non*, perché solo in tal modo la nullità parziale può rilevare per l'intero contratto (20). L'indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale, va condotta con criterio oggettivo, al fine di verificare la perdurante utilità del contratto rispetto agli altri interessi perseguiti (21).

Nell'ipotesi in cui non possa trovare applicazione il regime speciale (*rectius*, eccezionale) contemplato nel comma 1 dell'art. 1419 c.c., la regola generale è quella della conservazione del negozio giuridico affetto da nullità, ai sensi e per gli effetti del secondo comma dello stesso art. 1419 c.c. (22).

L'art. 1419 comma 2, combinato con il disposto dell'art. 1339 c.c., consente non solo la sostituzione automatica delle clausole contrattuali con quelle volute e imposte dall'ordinamento, ma anche la semplice eliminazione delle clausole nulle, senza alcuna sostituzione (23). In particolare, la giurisprudenza ritiene che l'inserzione di norme imperative, in sostituzione dell'eventuale clausola difforme, non richiede necessariamente una espressa disposizione di legge che imponga siffatta sostituzione (24). Ciò perché, si è ulteriormente ritenuto (25), la locuzione codicistica «sono sostituite di diritto» va interpretata nel senso dell'automaticità della sostituzione, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto nei cui confronti la legge ha approntato una propria disciplina.

Sull'essenzialità del termine ex art. 1419, comma 1, c.c.

In termini assolutamente riassuntivi, i principi esaminati nel paragrafo precedente sono quelli fondanti il regime della c.d. nullità relativa.

Appare utile, a questo punto, verificare come gli stessi possono essere trasposti e, quindi, trovare applicazione, nella fattispecie in esame.

A tal fine è necessario analizzare se l'apposizione del termine si pone come elemento essenziale della stipulazione, idoneo a configurare una clausola con valenza autonoma, *sine qua non* il contratto di lavoro non sarebbe stato stipulato, di modo da poter ritenere pienamente applicabile l'art. 1419 comma 1 c.c. (26).

Diversamente l'apposizione del termine, nel caso in cui risultasse inidonea ad inficiare l'intero negozio, non può che rientrare nel novero degli *accidentalium negotiorum* e, quindi, in caso di accertata illegittimità, la nullità non può che essere limitata alla apposizione medesima, con conservazione del contratto di lavoro (ex art. 1419, comma 2 c.c.).

Preliminarmente occorre rilevare che la struttura obbligatoria del contratto a tempo indeterminato è diversa da quella del contratto a tempo determinato (27).

Innanzitutto, il contratto a tempo indeterminato (28) è caratterizzato dalla circostanza che chi si obbliga a prestare la propria attività è obbligato in relazione all'istante in cui il contratto è concluso, nel senso,

Note:

(18) Da intendersi in senso oggettivo per distinguerla da quella di cui all'art. 142, comma 1, c.c. (cd. nullità relativa in senso soggettivo). Sul tema si veda A. D'Antonio, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974; G.B. Ferri, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 271; M. Casella, *Nullità parziale del contratto e inserimento automatico di clausole*, Mi, 1974; G. Criscuoli, *La nullità del negozio giuridico*, Milano, 1959; P. Felcioloni, *Nullità parziale del contratto o di singole clausole: interpretazione ed effetti*, in *Ventiquattrore Avvocato*, 2006, fasc. 4, 6; F. Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 1999.

(19) Cass. 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2858; Cass. 29 maggio 1995, n. 6036; A. Torino, 28 settembre 1992, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, 38 con nota di Poli.

(20) Cass. 26 giugno 1987, n. 5675; Cass. 11 agosto 1980, n. 421; Cass., 8 aprile 1983, n. 2499; Cass., 15 dicembre 1982, n. 6917.

(21) Cass. 21 maggio 2007, n. 11673; Cass. 1 marzo 1995, n. 2340.

(22) Cass. 16 dicembre 2005, n. 27732.

(23) Cass. 10 maggio 2005, n. 9747.

(24) Cass. 6 febbraio 1978, n. 555, in *Giust. civ.*, 1978, I, 908.

(25) Cass. 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. Civ.*, 1997, 1206.

(26) Vescovini, *Questioni sempre attuali in tema di contratto a termine: scorrimento, applicabilità dell'art. 1419, 1° comma, c.c., risoluzione tacita*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, 721;

(27) Sull'argomento si rimanda a G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, pp. 143 e ss; O.F. von Gierke, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *Jherings Jahrbücher*, vol. 64, Tübingen, 1914.

(28) L'aggettivo è da intendersi non già nel senso di illimitatezza temporale dell'obbligazione, bensì nel senso che le relative obbligazioni si producono via via che il tempo trascorre.

cioè, che per il futuro il contraente non è ancora obbligato. Nel contratto a tempo determinato, invece, la misura dell'obbligazione corrisponde alla durata prevista ed il soggetto che esegue, in virtù di quella stessa obbligazione, è immediatamente obbligato per questo stesso tempo, senza che su ciò influisca il suo decorso (29).

In secondo luogo, il termine apposto al contratto rappresenta un termine «funzionalmente essenziale in senso soggettivo» (30), sia perché esso dipende dalla volontà delle parti (della parte datoriale); sia perché il termine di durata della prestazione è considerato essenziale per la parte creditrice della stessa (31).

Ciò significa che alla scadenza del termine inizialmente pattuito, ad esclusione delle ipotesi in cui vi sia l'interesse alla proroga o alla rinnovazione del contratto, il datore di lavoro non ha più interesse alla prestazione (32).

Le considerazioni che precedono, non v'è dubbio, assumono rilevanza al fine di valutare positivamente la teorica diretta a dimostrare l'applicabilità dell'istituto della nullità parziale, ex art. 1419 comma 1, all'illegittima apposizione del termine.

La tesi, infatti, si è già detto, è basata sull'essenzialità del termine e sul documentato interesse del datore di lavoro (33) di stipulare, solo e soltanto, un contratto di lavoro con l'apposizione del termine.

L'apposizione del termine come elemento accidentale

Ciò detto, però, occorre rilevare che il termine apposto al contratto di lavoro non può intendersi come «strutturalmente essenziale», nel senso che non è dettato dal legislatore al fine di qualificare la fattispecie. Anzi, la formulazione della normativa, anche quella contenuta nell'originaria versione dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, prevede che l'apposizione del termine sia legittimata dalla sussistenza delle ipotesi previste dalla legge (34), apparendo, all'evidenza, diversa la previsione ivi contenuta rispetto a quella dell'art. 2097 c.c. (35) (norma, questa, come noto, abrogata dalla legge n. 230/1962).

Di qui, in sostanza, il presupposto della formulazione della teoria (contrapposta alla precedente), secondo la quale, in ipotesi di illegittima apposizione del termine, la nullità rimane circoscritta alla clausola, non inficiando l'intero contratto di lavoro, il quale, quindi, deve considerarsi a tempo indeterminato (36).

In base a detta prospettazione si deve ritenere che nell'originario disegno legislativo, la cui lettura necessariamente deve corrispondere ai principi comunitari, il contratto di lavoro è strutturalmente a tempo indeterminato (principio, questo, ufficializzato con l'emanazione del d.lgs. n. 247/2007) (37) e che, quindi, il termine apposto al contratto di lavoro sia riconducibile al novero degli *accidentalia negotii* (38).

Note:

(29) E. Saracini, *Il termine e le sue funzioni*, Milano, 1979, 61 ss.

(30) L'essenzialità dell'apposizione del termine è stata chiaramente affermata da Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, 904, che, però, ha ritenuto applicabile il disposto del comma 2 dell'art. 1419. Secondo il Tribunale, infatti: «Anche nel regime di cui al d.lgs. n. 368/2001, la nullità del termine apposto al contratto comporta la trasformazione *ex tunc* del rapporto di lavoro a tempo indeterminato; a tal fine è irrilevante che le parti, all'atto di assunzione, abbiano previsto il carattere essenziale della clausola di termine ai sensi dell'art. 1419, 1° comma, c.c. trovando invece applicazione il 2° comma della predetta norma».

(31) Graziani, *Il termine essenziale*, in *Studi di diritto civile e commerciale*, Napoli, 1953.

(32) Si noti, a questo proposito, che ai sensi del comma 3 dell'art. 2097 cod. civ., norma, questa, poi abrogata dalla legge n. 230/1962, la prosecuzione della prestazione lavorativa oltre la scadenza del termine, in assenza di una contraria volontà delle parti, determinava la conversione del contratto a tempo indeterminato.

(33) A proposito dell'interesse all'apposizione del termine al contratto, M. Tiraboschi, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. Biagi (a cura di) *Il nuovo lavoro a termine, commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001 n. 368*, 67, ha affermato che è tutto da dimostrare, in una prospettiva di promozione della occupazione, che maggiori opportunità di assunzione con contratto di *lavoro subordinato* a termine realizzino una situazione di sfavore per il lavoratore, quando l'alternativa non è una assunzione a tempo indeterminato, ma piuttosto un contratto di mera collaborazione (coordinata coordinata e continuativa o anche occasionale) se non addirittura ben altro (dal lavoro nero alla disoccupazione), i sostenitori della violazione della clausola di non regresso sembrano infatti procedere a un mero raffronto tra la Legge 18 aprile 1962, n. 230, e il D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, dimenticando tuttavia che con la legislazione più recente il lavoro a termine aveva già acquisito a tutti gli effetti il ruolo di ipotesi alternativa al modello del lavoro a tempo indeterminato.

(34) Ha affermato G. Suppiej, *Flessibilità del rapporto di lavoro e sistema delle fonti*, relazione al convegno di Trieste del 6 ottobre 2001 in ricordo di Cecilia Assanti, inedita, p. 3 del ciclostilato, «il nuovo testo parla di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, perché il legislatore del 2001 rifugge all'uso del lessico del legislatore corporativo, ma non mi pare che il concetto cambi». Dalla formulazione della clausola contenuta nell'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001, L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Arg. Dir. lav.*, 1/2002, ha ritenuto che il contratto a termine possa atteggiarsi quale figura realmente alternativa e non subalterna del contratto a tempo indeterminato.

(35) L'art. 2097 c.c., ai primi due commi, disponeva: «Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto» (comma 1); «In quest'ultimo caso l'apposizione del termine è priva di effetto se fatta per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato» (comma 2). M. Tiraboschi, *Apposizione del termine*, in M. Biagi, (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine cit.*, 103, ha affermato che «l'assimilazione del disposto di cui all'art. 1, comma 1, del D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, alla lettera dell'art. 2097 del Codice Civile del 1942, sebbene in entrambi i casi sia stata utilizzata la tecnica del ricorso ad una clausola generale per legittimare l'apposizione del termine al contratto di lavoro».

(36) Trib. Roma, 12 gennaio 2005, in *Riv. giur. lav.*, 2005, II, 707 con nota di M. Orlando; Trib. Arezzo, 14 giugno 2002, in *Foro toscano-Toscana giur.*, 2003, 218.

(37) Si rimanda a quanto detto alla nota n. 4.

(38) In questi termini si è espressa Cass. 13 maggio 1983, n. 3293, in *Lav. prev. oggi*, 1983, 1045. Si noti, a questo proposito l'affermazione di M. Bianca, *Diritto Civile, Il Contratto*, Mi, 1987, 3, secondo cui «Tipici elementi accidentali, cioè le modalità accessorie previste dal contratto sono: il termine, la condizione, il modo, la clausola penale e la caparra».

(segue)

Un'interpretativa per valorizzare l'art. 1419 comma 1 c.c., nel rispetto della direttiva n. 70/1999

Le opposte interpretazioni formatesi successivamente alla emanazione del d.lgs. n. 368/2001 sono entrambe portatrici di un fondo di verità.

L'antilogia che da esse deriva, pertanto, appare risolvibile, da un lato, ammettendo l'indubbia innovazione di cui è portatore il disposto dell'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001 (39), dall'altro, applicando in maniera rigorosa il dettato di cui all'art. 1419, comma 1, c.c.

In altre parole, dato per appurato che la determinazione delle esigenze legittimanti l'assunzione a termine è rimessa alla scelta discrezionale operata dall'imprenditore, appare altrettanto chiaro che l'invocabilità dell'art. 1419 comma 1 c.c., ogniqualvolta risulti violato il precetto dell'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001, null'altro rappresenti se non un «salvacondotto idoneo a sanare l'illegittima assunzione a termine», con l'effetto di impedire una qualche forma di tutela ai lavoratori e di generalizzare, così, l'assunzione a tempo determinato (40).

Fatte queste premesse, però, non pare corretto neppure affermare che, rispetto all'apposizione del termine, sia da escludersi in termini assoluti il regime della nullità contemplato nell'art. 1419, comma 1.

L'elemento che più d'ogni altro assume rilevanza ai fini dell'astratta applicabilità della norma appena menzionata è costituito dall'indubbia essenzialità del termine apposto al contratto, essenzialità implicita nella formulazione dell'art. 1, D.Lgs. n. 368/2001.

La clausola generale in esso prevista (41) non sembra rappresentare la causa legittimante il termine, in quanto clausola che permette di collocare il termine stesso nell'ambito della volontà delle parti, dovendosi ritenere necessaria la concorrenza tra questa (elemento soggettivo) e i requisiti ex art. 1 del D.Lgs in esame (elemento oggettivo) (42).

In questo senso, la determinazione del presupposto fondante l'assunzione a tempo determinato e, soprattutto, la collocazione temporale del contratto stesso sono rimesse alla discrezionalità del datore di lavoro, la cui valutazione della sussistenza delle ragioni tecniche organizzative e produttive esistenti all'interno della propria organizzazione non può che assumere natura essenziale nella scelta di stipulazione di un contratto a tempo determinato.

In particolare, la stipulazione del contratto a termine si innesta e va a coincidere con la scelta di politica economico-aziendale dell'imprenditore, dalla sua progettualità (43), che si risolve scientemente e liberamente ad intraprendere con carattere di temporaneità, attività che plausibilmente, in diverso contesto, potrebbero di per sé essere compatibili con la continuità *ad libitum*, ma che, secondo una valutazione ed una strategia aziendale formulate *ex ante*, si circoscrivono in un tempo limitato.

Simile prospettazione se, da un lato, consente di affermare che, certamente, la nullità dell'apposizione del termine incide sull'intero asse contrattuale così come immaginato, voluto e proposto dal datore di lavoro all'altro contraente, dall'altro, dev'essere interpretata in maniera tale da far acquisire, ai fini dell'incidenza della nullità sull'intero contratto, rilevanza essenziale solo in un ambito ristretto di ipotesi, oggettivamente verificabili in sede giudiziale.

Ciò perché, diversamente, rischierebbero di essere stravolti sia il principio comunitario di preferenza/prevalenza del contratto a tempo indeterminato, sia l'interesse generale alla conservazione del contratto che, nell'ipotesi in esame, coincide con la conservazione del posto di lavoro.

La conclusione proposta pare essere pienamente conforme alla lettura restrittiva attribuita dalla giurisprudenza all'art. 1419 comma 1 ed al principio per cui, in materia di contratti, agli effetti dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1419, comma 2, c.c., vige la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale

Note:

(continua nota 38)

Detta conclusione, per i fautori della teoria sopra proposta, si desume dal chiaro tenore dei principi fondanti la Direttiva Comunitaria n. 70/1999. Secondo G. Nicolini, *Il lavoro a tempo determinato*, Napoli, 2003, 28, è proprio dal generale contenuto della direttiva che discende il principio per cui il contratto di lavoro a tempo indeterminato resta la forma di assunzione normale di un lavoratore. Sul punto, G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2002, 40.

(39) Per i primi commenti e le prime reazioni successivi all'emanazione del D.Lgs. n. 368/2001, sia consentito di rinviare al mio contributo, *Spunti di riflessione sul contratto a termine nel decreto legislativo n. 368/2001*, in *Dir. Lav.*, n. 1-2/2002, 77 ss.

(40) Non v'è dubbio, infatti, che in caso di contestazione sulla legittimità della clausola appositiva del termine, qualsiasi datore di lavoro ecciperà l'essenzialità della stessa affermando che, in assenza dell'apposizione del termine, non avrebbe stipulato un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

(41) In relazione al problema della natura dell'art. 1 in esame e, più in particolare, se l'articolo debba costituire una clausola generale, segnalano i contributi di S. Hernandez, *Cause giustificatrici del contratto a termine ed eventuali nullità del contratto in assenza delle medesime, Relazione al Convegno su La nuova disciplina del lavoro a termine*, tenutosi presso il C.N.E.L. il 25/2/2001, in *Dir. Lav.* 1-2/2003, 31 e ss. secondo cui l'art. 1 del decreto legislativo in esame costituisce «semplicemente una norma generale, che utilizza concetti di ampio contenuto e che richiede al giudice l'esercizio di una discrezionalità di fatto (e non normativa), e non vi è motivo di assimilare tale disposizione ad una clausola generale se per clausola generale si intende una norma incompleta che per acquisire concretezza deve attingere a precetti estranei che definiscano la fattispecie»; V. Speciale, *La nuova legge sul contratto a termine*, cit., che ritiene che la stessa rappresenti una «norma generale».

(42) In base alle conclusioni che verranno formulate al termine della trattazione si può ritenere che il datore di lavoro, all'atto della stipulazione del contratto a termine, debba indicare, oltre alla causale dell'apposizione del termine, le ragioni, organizzative e produttive, che attribuiscono a detto elemento rilevanza essenziale nell'assetto del contratto.

(43) S. Hernandez, *Cause giustificatrici del contratto a termine*, cit.

se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto emerge dall'attività ermeneutica svolta dal giudice; per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata (44).

Nel caso di illegittima apposizione del termine, la rilevanza dell'essenzialità dell'apposizione non può essere rimessa alla sola eccezione sollevata dalla parte datoriale in sede di costituzione in giudizio, occorrendo, invece, una serie di indici idonei a dimostrare i vincoli oggettivi di impossibilità per l'azienda di stipulare un contratto a tempo indeterminato. Se permettono di dimostrare, in sostanza, che la scelta imprenditoriale di assumere a termine, lungi dall'essere arbitraria, e caratterizzata da intenti fraudolenti, è stata condizionata dall'esistenza di un particolare assetto organizzativo e produttivo⁴⁵.

In pratica, in analogia con quanto disposto in origine dall'art. 2097, comma 2, c.c. (46), secondo cui «l'apposizione del termine è priva di effetto se fatta per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato», potrà ritenersi applicabile il disposto dell'art. 1419, comma 2, e, quindi, il contratto conserverà i propri effetti, nel caso in cui il datore di lavoro non sia in grado di dimostrare che la clausola nulla ha acquisito un ruolo essenziale non solo in base ad una propria valutazione imprenditoriale, ma in base all'esistenza di una serie di elementi oggettivi, estranei alla semplice manifestazione di volontà.

In difetto di simile allegazione, dovrà presupporre che l'apposizione del termine null'altro ha rappresentato se non lo strumento per non procedere all'assunzione dei lavoratori a tempo indeterminato.

Simile conclusione dimostra, altresì, che in realtà l'antinomia creatasi all'interno della Sezione Lavoro del Tribunale di Roma null'altro rappresenta se non l'applicazione del principio enunciato, se non la lettura, conforme a quanto delineato dal presente commento, dell'art. 1419, commi 1 e 2.

Infatti, dalla lettura delle contrapposte sentenze del Tribunale di Roma emerge con evidenza che, nei giudizi sfociati nell'applicazione dell'art. 1419 comma 1 c.c., la società resistente, oltre ad allegare tempestivamente la volontà ipotetica di non concludere il contratto senza l'apposizione del termine, aveva anche allegato una serie di ulteriori ed oggettive circostanze, quali il contestuale avvio delle procedure di cui gli artt. 4 e 24 della L. n. 223/1991, nonché l'avvenuta stipulazione di accordi riguardanti la mobilità volontaria dei lavoratori a livello nazionale e la mobilità regionale *intra* aziendale. Inoltre, si legge nella motivazione della sentenza del Tribunale di Roma n. 9491/2008: «il contratto sottoscritto dalla parte reca la precisazione che la clausola contrattuale sulla durata del contratto a termine è concordemente ritenuta essenziale».

Dalla lettura delle sentenze in commento, invece,

non è possibile desumere simili allegazioni, anzi, smentite dalla prima sentenza in esame, allegazioni senza le quali l'apposizione del termine non può che essere considerata contraria allo spirito della direttiva ed ai principi generali.

Note:

(44) Cass., 21 maggio 2007, n. 11673.

(45) Se il particolare assetto organizzativo e produttivo non è ritenuto essenziale ai fini dell'art. 1419 c.c. e, quindi, ai fini del riconoscimento della nullità dell'intero contratto di lavoro, lo stesso non può che rilevare, successivamente al ripristino giudiziale del rapporto di lavoro, come elemento legittimante il recesso per giustificato motivo oggettivo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, L. n. 604/1966. In tale senso, si è pronunciato Trib. Ravenna, 18 maggio 2005, in questa *Rivista*, 2005, 853, con nota di Zavalloni, secondo il quale: «Una volta ricostituito di fatto e di diritto il rapporto di lavoro a seguito della declaratoria giudiziale di nullità di un contratto a termine, il datore di lavoro può legittimamente ricorrere - sussistendone le condizioni di legge - alle ordinarie modalità di estinzione del rapporto, ivi compresa quella del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». Vale la pena di rilevare, a questo proposito, che spesse volte, all'atto della stipulazione del contratto a termine, il lavoratore sottoscrive una clausola nella quale è prevista l'essenzialità dell'apposizione del termine al contratto di lavoro.

(46) Sull'interpretazione dell'art. 2097 c.c. si rimanda a G. Balzarini, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 1966.