

Approfondimenti

Danno emergente

Indennità risarcitoria del contratto a termine illegittimo

Luca Failla e Paola Salazar - Failla & Partners Studio Legale

L'indennità riconosciuta per effetto della illegittima reiterazione del contratto a tempo determinato costituisce **danno emergente** e **non va assoggettata a tassazione**. Questo l'importante principio espresso dalla **Corte di Giustizia Tributaria di secondo grado del Lazio** con la **sentenza n. 394 del 26 gennaio 2023**.

Si legge infatti nella decisione che l'indennità risarcitoria prevista dalla legge nei casi di reiterato ricorso al contratto a tempo determinato riconosciuto illegittimo, quale ristoro del danno patito - quantificata nel caso specifico in sette mensilità - va qualificato **danno emergente**, concretizzandosi in una **perdita di chance** consistente nella possibilità della stabilizzazione invece della precarietà occupazionale sofferta.

Essa riveste pertanto natura risarcitoria (omnicomprensiva anche della eventuale contribuzione come stabilito da ultimo dall'art. 28 D.Lgs. n. 81/2015).

Per tale ragione **non è assoggettabile a tassazione**, perché **non costituisce reddito**, anche perché percepita in **assenza** di una corrispondente **controprestazione lavorativa**.

La controversia traeva origine da una istanza di rimborso avanzata dall'ex lavoratore a termine che, vittorioso in Tribunale contro il suo ex datore di lavoro, aveva poi subito da parte dell'azienda sostituto d'imposta, delle trattenute in occasione del pagamento dell'indennità risarcitoria riconosciutagli dalla sentenza e dalla legge nei casi di conversione del rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato - ex art. 32 legge n. 183/2010.

In prima istanza la C.T.P. di Roma, sez. 20, n. 13124/20/2019 aveva negato l'istanza del lavoratore «in quanto l'indennità percepita, previa sua qualificazione in diritto del lavoro, ha natura di

lucro cessante ed in quanto tale è soggetta a tassazione separata» mentre in sede di gravame il lavoratore ha ottenuto di vedersi rimborsare le imposte già versate.

Il **punto controverso** è proprio questo: il riconoscimento da parte del Giudice del lavoro dell'**illegittimità** dell'assunzione con **contratto a tempo determinato** configurerebbe - secondo la pronuncia in commento - un'ipotesi di danno non contrattuale ma extracontrattuale ex art. 2043 c.c. poiché l'Ordinamento giuridico privilegia l'assunzione con contratto a tempo indeterminato e riserva all'assunzione con contratto a termine una posizione residuale circoscritta a specifiche, contingenti necessità che, se reiterate allontanano tale tipologia contrattuale dalla sua originaria funzione.

Quando la **reiterazione** di tale forma di contratto diviene **ingiustificabile**, perché per durata, per causale, per mancato rispetto dei limiti e delle garanzie previsti dalla legge si discosta dall'obiettivo principale, determina un danno che, nel caso specifico, trova il proprio titolo nel principio del *neminem ledere* di cui all'**art. 2043 c.c.** in base al quale «qualunque fatto doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che lo ha commesso a risarcire il danno».

La conseguenza è che l'indennità riconosciuta dalla legge nei casi di trasformazione del rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato avendo natura sanzionatoria e di ristoro del danno ingiusto patito non può essere qualificata come lucro cessante - non qualificandosi come emolumento corrisposto in sostituzione di redditi perduti ex art. 6, comma 2, D.P.R. n. 917/1986 (Tuir) - ma come **danno emergente** in ragione del **pregiudizio** derivante dall'**illegittima precarizzazione** del rapporto di

lavoro conseguente all'uso non corretto del contratto a termine.

La sentenza nel ricostruire questi principi si è fondata - seppure molto brevemente - sulla ricostruzione della natura giuridica del contratto a tempo determinato e, soprattutto, sui principi che la Corte costituzionale ha elaborato in questo ambito proprio con riferimento alla valutazione dei margini di legittimità della norma che ha istituito l'indennità risarcitoria (art. 32 legge n. 183/2010).

Principi in tema di illegittimità di contratto a termine

La legge ha introdotto da tempo dei meccanismi di limitazione e di controllo dell'assunzione con contratto a tempo determinato.

Originariamente, come noto, nel quadro della disciplina del contratto a tempo determinato risalente originariamente alla legge n. 230/1962 il meccanismo delle causali era rimesso alla contrattazione collettiva in ossequio all'obiettivo di prevedere che tale forma di contratto venisse qualificata, proprio in forza delle fattispecie tipizzate, come eccezione rispetto al contratto a tempo indeterminato. Tale caratterizzazione, oggetto di ampliamento da parte della contrattazione collettiva, è rimasta sostanzialmente immutata fino alla disciplina introdotta in attuazione della normativa comunitaria dal D.Lgs. n. 368/2001 e così è transitata - con l'eccezione del contratto acausale per un massimo di 12 mesi - nel Codice dei contratti di cui al **D.Lgs. n. 81/2015** che oggi - almeno fino ad una prossima annunciata revisione - rivede in parte il sistema delle causali nel testo emendato nel 2018 dal D.L. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. "Decreto Dignità").

In definitiva, nel nostro Ordinamento giuridico, il contratto di lavoro a tempo indeterminato continua a costituire di fatto la forma comune di rapporto di lavoro.

L'evoluzione normativa degli ultimi venti anni che ha accompagnato - insieme con la disciplina del lavoro interinale prima e della somministrazione di lavoro poi - la sempre più ampia richiesta di flessibilità da parte del mondo imprenditoriale, ha costituito la premessa per la ricostruzione di una disciplina del contratto a termine che seppure frutto di continui ripensamenti da parte del Legislatore - soprattutto sul fronte della dura-

ta massima, delle causali e della possibilità delle proroghe - risulta fondata su una "contenuta" valorizzazione di questo strumento contrattuale ma senza dimenticare il principio della prevalenza del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (art. 1 D.Lgs. n. 81/2015).

In questo quadro, i limiti (e le conseguenti sanzioni) che a tal fine il Legislatore identifica nella disciplina del contratto a tempo determinato sono finalizzati proprio ad evitare gli abusi nel ricorso a tale forma di contratto in un contesto economico che favorendo l'utilizzo di forme più ampie di flessibilità organizzativa non deve tuttavia pregiudicare l'aspirazione individuale verso la stabilizzazione del rapporto di lavoro.

È in questa cornice che può essere vista anche la decisione in commento.

In definitiva l'Ordinamento giuridico pone dei **limiti alla reiterazione dei contratti a termine** e se tali limiti vengono violati è prevista la possibilità di fare accertare al Giudice del lavoro che lo strumento del contratto a termine è stato usato in modo illecito, ma la sanzione - che in questo scenario si configura come **risarcimento da fatto illecito** - deve essere contenuta anch'essa entro precisi limiti.

La legge prevede innanzitutto che l'avvenuta cessazione del rapporto di lavoro a tempo determinato debba essere impugnata entro il termine di 180 giorni da chi voglia richiedere al giudice la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

Tale previsione, già in vigore pur con diversi termini di impugnazione (60 giorni) dal 24 novembre 2010 (data di entrata in vigore della legge n. 183/2010, c.d. "Collegato lavoro") è stata poi ripresa dal *Jobs Act* nell'**art. 28 del D.Lgs. n. 81/2015**.

In particolare, nei casi di trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato, il datore di lavoro è **condannato altresì al risarcimento dei danni**, stabiliti in un'indennità onnicomprensiva in misura ricompresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio, al comportamento e condizioni delle parti (art. 8, legge n. 604/1966).

La legge stabilisce inoltre che la predetta indennità **ristora per intero il pregiudizio subito dal**

Approfondimenti

lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia che ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro (art. 28, comma 2, secondo periodo, D.Lgs. n. 81/2015). La norma trova applicazione anche al pubblico impiego ma prevede che il limite massimo dell'indennità è ridotto alla metà nel caso in cui i contratti collettivi prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati a termine, nell'ambito di specifiche graduatorie. (1)

La Corte costituzionale (Corte cost. 9 novembre 2011, n. 303 e Corte cost. 25 luglio 2014, n. 226) aveva dichiarato la legittimità dell'originaria disposizione dell'art. 32 legge n. 183/2010 che prevedeva già l'erogazione dell'indennità risarcitoria prima che la norma venisse trasposta nell'art. 28 del D.Lgs. n. 81/2015.

Secondo la Consulta la norma (che si accompagna all'obbligo di impugnare la cessazione del contratto) non introduce soltanto un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione, ponendo rimedio all'ingiustificata ed eccessiva differenza tra risarcimenti liquidati nella legislazione previgente, ma assicura al lavoratore illegittimamente assunto a termine la possibilità dell'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

La norma, infatti, non si limita a forfettizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ma, innanzitutto, assicura a quest'ultimo (nell'ambito del rapporto di lavoro privato) l'**instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato**. La **condanna al risarcimento del danno** è dunque intesa come **aggiuntiva** e non sostitutiva della suddetta conversione.

Il danno così forfettizzato copre solo il periodo "intermedio" tra la scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto fino alla sentenza che ne accerta la nullità: a partire dalla sentenza con la quale il giudice converte il rapporto in un contratto di lavoro a tempo indeterminato il datore è in ogni caso obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli le retribuzioni dovute. (2)

La Suprema Corte, in linea con la Consulta, ha quindi poi chiarito che in tema di risarcimento del danno per i casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato, lo *ius superveniens ex art. 32*, commi 5, 6 e 7, legge n. 183/2010 configura, alla luce dell'interpretazione adeguatrice offerta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 303/2011 una sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro che ha apposto il termine nullo; pertanto, l'**importo dell'indennità è liquidato dal giudice**, nei limiti e con i criteri fissati dalla norma, a prescindere dall'intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e dalla prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore (senza riguardo, quindi, per l'eventuale *aliunde perceptum*), trattandosi di indennità "**forfettizzata**" e "**onnicomprensiva**" per i danni causati dalla nullità del termine nel periodo c.d. "*intermedio*" (dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione). (3)

Il testo della norma scaturito dal *Jobs Act* ha di fatto poi recepito integralmente la norma interpretativa dell'originario art. 32 legge n. 183/2010 introdotta dalla Legge Fornero (legge n. 92/2012) tanto che oggi è contenuta nell'art. 28 D.Lgs. n. 81/2015 il quale prevede espressamente che «l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il Giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

In definitiva, il Legislatore sceglie di determinare il *quantum* del risarcimento del danno stabilendo un **minimo** e un **massimo** ed esclude in partenza la possibilità che detto risarcimento possa raggiungere limiti spropositati dettati - come spesso avvenuto nella vigenza del D.Lgs. n. 368/2001 - dall'inerzia del lavoratore nel proporre domanda giudiziale e dalle lungaggini del processo.

A detta indennità **non può essere aggiunto alcun ulteriore importo che derivi dai tempi della decisione**, ma il giudice può solo graduarla, tra il minimo ed il massimo, con riferimento al caso concreto, ovvero secondo quanto previsto dalla legge «avuto riguardo al **numero dei di-**

(1) Per il settore pubblico cfr. art. 36 D.Lgs. n. 165/2001 ed *ex plurimis* Cass. civ., sez. lav., 31 marzo 2022, n. 10455, ord.

(2) In merito all'ottemperanza all'ordine di ricostituzione del

rapporto di lavoro cfr. Cass. civ., sez. lav., 10 giugno 2014, n. 13060.

(3) Cfr. Cass. civ., sez. lav., 29 febbraio 2012, n. 3056.

pendenti occupati, alle **dimensioni** dell'**impresa**, all'**anzianità di servizio** del prestatore di lavoro, al **comportamento** e alle **condizioni delle parti**», come previsto dall'art. 8 legge n. 604/1966, richiamato prima dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 e poi dall'art. 28 D.Lgs. n. 81/2015 cit. (4)

La **sentenza** che accerta la nullità della clausola appositiva del termine e ordina la ricostituzione del rapporto di lavoro ha **natura dichiarativa e non costitutiva**: la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato opera *ex tunc* dal momento dell'illegittima costituzione del rapporto di lavoro a tempo determinato. (5)

L'**indennità risarcitoria**, invece, proprio perché ristora per intero il pregiudizio subito dal lavora-

tore, comprese le conseguenze retributive e contributive rientranti tra la scadenza del termine e la pronuncia della sentenza, (6) si configura - secondo la giustizia tributaria - come un **importo già al netto dei contributi** dovuti e proprio in ragione della sua valenza sanzionatoria onnicomprensiva come un vero e proprio **risarcimento per danno di natura extra-contrattuale**.

Un principio da valutare con estrema attenzione che potrebbe indurre ad attribuire la medesima natura giuridica anche all'indennità risarcitoria omnicomprensiva introdotta dalla Legge Fornero in materia di licenziamento individuale ingiustificato rientrante nell'ambito della disciplina dell'art. 18 legge n. 300/1970.

(4) Inps, circolare 22 febbraio 2011, n. 40, punto 8 «Legge n. 183/2010 - Art. 32. Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato - indennità riconosciuta dal giudice».

(5) In merito alla spettanza dell'indennità di disoccupazione

v. Cass. civ., sez. lav., 26 agosto 2020, n. 17793, ord.

(6) Cass. civ., sez. lav., 26 marzo 2019, n. 8385; negli stessi termini, più di recente, cfr., Cass. civ., sez. lav., 13 luglio 2021, n. 19967, ord.