



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

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. IANNIRUBERTO Giuseppe - Primo Presidente f.f. -

Dott. DUVA Vittorio - Presidente di sezione -

Dott. PAPA Enrico - Consigliere -

Dott. MENSITIERI Alfredo - Consigliere -

Dott. CRISCUOLO Alessandro - Consigliere -

Dott. LUPO Ernesto - Consigliere -

Dott. PROTO Vincenzo - Consigliere -

Dott. PREDEN Roberto - Consigliere -

Dott. FOGLIA Raffaele - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA FREZZA 17, rappresentato e difeso dagli avvocati CARLO DE ANGELIS, MICHELE DI LULLO, NICOLA VALENTE, giusta delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

....., elettivamente domiciliata in ROMA VIA PISISTRATO 11, presso lo studio dell'avvocato GIANNI ROMOLI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato FRANCESCO ROMANO, giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 270/01 della Corte d'Appello di TRENTO, depositata il 24/07/01; udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/05/04 dal Consigliere Dott. Raffaele FOGLIA;

udito l'Avvocato Francesco ROMANO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PALMIERI Raffaele che ha concluso per l'accoglimento del ricorso, con conferma dell'orientamento di gran lunga prevalente della Sezione lavoro.

Svolgimento del processo

Con ricorso al Tribunale di Trento,, dipendente della ditta G. esponeva di aver trasformato, a far data dal 1.9.1987 il proprio rapporto di lavoro in rapporto di lavoro a tempo parziale, e di aver comunicato tale cambiamento all'Inps. Sennonchè, questo Istituto, nel liquidarle la pensione di anzianità, aveva tenuto conto di una base retributiva media settimanale decisamente inferiore a quella prevista dall'art. 5,

c. 11 della legge 19.12.1984, n. 863, non essendo stata la ricorrente in grado di esibire il contratto scritto di part-time.

Ciò premesso la chiedeva la riliquidazione della pensione di anzianità e la condanna dell'Istituto al pagamento degli arretrati, con accessori di legge.

La domanda veniva accolta dal Tribunale adito con sentenza a sua volta confermata dalla Corte di appello di Trento sul presupposto che il contratto part-time intercorso tra le parti doveva ritenersi nullo, per mancanza del requisito della forma scritta previsto ad substantiam dal citato art. 5, e che per il periodo durante il quale il rapporto aveva comunque avuto svolgimento, dovevano conservarsi gli effetti del contratto invalido, ai sensi dell'art. 2126 c.c. sia in relazione agli aspetti retributivi che a quelli contributivi.

Secondo il Giudice del gravame, la non convertibilità del contratto part-time nullo in contratto a tempo pieno operava anche nei confronti dell'Inps al quale i contributi spettano in funzione dell'effettiva consistenza del rapporto e, quindi, della retribuzione effettivamente corrisposta (cita Trib. Milano, 7.11.1998, Riv. Crit.

Dir. Lav., 1999, 181).

Avverso la sentenza di appello l'Inps ha proposto ricorso per Cassazione articolato in un unico motivo, cui resiste la con controricorso.

Essendosi registrato un contrasto all'interno della Sezione Lavoro della Corte, gli atti del giudizio sono stati trasmessi al Primo Presidente il quale ne ha ritenuto opportuno la rimessione a queste Sezioni Unite.

Motivi della decisione

Deducendo la violazione dell'art. 5 della legge n. 863 del 1984 e dell'art. 1 della legge 7.12.1989, n. 389, l'Istituto ricorrente rileva - in contrasto con quanto ritenuto nella sentenza impugnata - che il principio di proporzione tra retribuzione e contribuzione è affermato dalla legge n. 863/84 in riferimento soltanto al contratto di lavoro part-time che soddisfi i requisiti dettati dalla medesima legge, mentre, nel caso di contratto nullo, l'aspetto contributivo torna ad essere disciplinato dalla regola generale dettata dall'art. 1 della legge n. 389/89, che impone di correlare la base contributiva al minimale di retribuzione giornaliera.

A giudizio dell'intimata, invece, pure in caso di contratto part-time nullo, gli effetti conservativi dei diritti del lavoratore previsti dal citato art. 2126 c.c. si estendono ai profili contributivi: in sostanza, anche nel caso di contratto part-time privo di forma scritta, il minimale contributivo dovrebbe essere individuato sulla base della retribuzione oraria, come previsto dall'art. 5 della legge n. 864/84 per il rapporto di lavoro a tempo parziale che si fonda su un valido contratto scritto.

1. La questione e i termini del contrasto.

In ordine alla questione relativa alla applicabilità o meno, al contratto di lavoro part time nullo per difetto della forma scritta, della particolare (e più favorevole, per il datore di lavoro) disciplina in tema di contribuzione previdenziale, dettata, per il contratto di lavoro a tempo parziale validamente stipulato, dall'art. 5, c. 5 della legge n. 863 /84, si sono delineati due orientamenti contrastanti.

Oggetto del contrasto è l'individuazione dei criteri per determinare la base contributiva, e di conseguenza l'ammontare dell'obbligo contributivo gravante sul datore di lavoro, in relazione ad un rapporto di lavoro subordinato che si sia effettivamente svolto con le modalità del contratto part time, al quale sia applicabile ratione temporis la regolamentazione dettata dal d.l. n. 726 del 1984, nell'ipotesi in cui il contratto di lavoro sia nullo per difetto della forma scritta, prevista ad substantiam dall'art. 5, comma quinto, del suddetto decreto legge.

Pur essendosi univocamente sostenuto in giurisprudenza che il dipendente, in applicazione del principio contenuto nell'art. 2126 cod. civ., abbia diritto ugualmente alla retribuzione e a tutti i trattamenti che derivano dallo svolgimento del rapporto lavorativo, in proporzione alla qualità e quantità del lavoro effettivamente prestato, da una parte si

sostiene che, qualora il datore di lavoro si sia sottratto all'applicazione della normativa di garanzia in favore del lavoratore, dettata dal predetto decreto, non possa usufruire, sul piano contributivo, della disciplina più favorevole in esso contenuta, con la conseguenza, quanto alla contribuzione, nonerebbero ad applicarsi le norme ordinarie; dall'altra parte si sostiene che sia l'aspetto contributivo che quello retributivo, pur in presenza di una causa di nullità del contratto, devono regolamentarsi tenendo conto del lavoro effettivamente prestato, sicchè il datore di lavoro, pur in ipotesi di contratto di lavoro part-time nullo per difetto di forma, non potrebbe essere obbligato al versamento dei contributi sulla base della disciplina ordinaria dettata per il rapporto di lavoro subordinato (in particolare, dall'art. 7 della legge n. 638 del 1983), ma continui a fruire del trattamento contributivo ridotto dettato per il part-time.

2.- La disciplina del part time.

Il lavoro a tempo parziale ha ricevuto per la prima volta una disciplina specifica con l'art. 5 del d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, poi convenite in legge 19 dicembre 1984, n. 863.

Il secondo comma di tale dell'art. 5 di tale decreto legge prevede che "Il contratto di lavoro a tempo parziale deve stipularsi per iscritto. In esso devono essere indicate le mansioni e la distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno. Copia del contratto deve essere inviata entro trenta giorni al competente ispettorato provinciale del lavoro".

La disciplina legale detta una articolata previsione legata alla necessaria forma scritta del contratto e di alcuni suoi contenuti essenziali, ma non indica quali siano le conseguenze in caso di violazione di tale prescrizione (come è previsto invece, ad esempio, nella disciplina del contratto a termine).

La giurisprudenza della Suprema Corte si è uniformemente orientata, invece, nel senso che la forma scritta sia richiesta dalla legge per la validità del contratto, sulla base della chiarezza del dato letterale e della imperatività della norma, nonchè della ratio legis, che è quella di fornire una maggior tutela al lavoratore in relazione ad un rapporto che dovrebbe favorire l'espansione dell'occupazione (Cass., 26.7.2002, n. 11108; Cass., 28.5.2003, n. 8492 ed altre).

Se, tuttavia è pacifico che il contratto part-time privo di forma scritta sia nullo per contrarietà a norme imperative, le stesse pronunce non ne ricavano - come la dottrina prevalente - l'automatica conversione del rapporto in rapporto di lavoro a tempo pieno, ma affermano che il contratto in sé rimane nullo, anche se tale nullità non produce effetto, ai sensi dell'art. 2126, c. 1, cod.civ., per il periodo in cui il rapporto ha avuto comunque esecuzione, con il conseguente diritto del lavoratore alla retribuzione, la quale va peraltro rapportata alla attività lavorativa effettivamente svolta anzichè a quella prevista per il contratto di lavoro a tempo pieno.

Il fenomeno dell'avvenuta prestazione di attività lavorativa al di fuori di un valido contratto viene preso in considerazione dall'ordinamento e tutelato come rapporto contrattuale di fatto, ovvero come rapporto le cui obbligazioni derivano da un fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico, e non dal contratto stesso.

Nel caso di specie, il fondamento della tutela, che prevede il sorgere in capo al datore di lavoro di una obbligazione analoga a quella che deriverebbe dal contratto qualora esso fosse valido, è costituito appunto dalla norma contenuta nell'art. 2126 c.c..

L'applicabilità al rapporto della tutela dettata dall'art. 2126 primo comma offre al lavoratore la possibilità di conservare non solo il diritto alla retribuzione, consequenziale al principio della irripetibilità delle prestazioni nei rapporti di durata, ma anche a tutti i trattamenti economici connessi con lo svolgimento della prestazione lavorativa, quale il diritto all'indennità di fine rapporto.

Nel corso del tempo, il lavoro a tempo parziale si è rivelato sempre più uno strumento idoneo sia alle esigenze di maggiore duttilità del mercato del lavoro, sia alla necessità dei datori di lavoro di contenere le spese, retribuendo il lavoratore solo nei periodi o negli orari di effettiva utilità.

Si sono avuti quindi una serie di interventi normativi atti ad incentivare e facilitare il

ricorso a tale tipo contrattuale, fino alla nuova disciplina organica della materia, contenuta nel d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, in parte modificato dal d.lgs. 26 febbraio 2001, n. 100, di attuazione della direttiva CE 97/81, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, che ha abrogato la disciplina precedente dettandone una nuova, di più facile applicazione per le imprese.

Nella nuova legge, mentre in precedenza l'ipotesi del part-time era ricondotta ad una disponibilità del lavoratore a prestare la propria opera secondo orari differenti rispetto al modulo tradizionale, il rapporto di lavoro a tempo parziale acquista pari dignità concettuale rispetto al lavoro a tempo pieno. L'art. 1 del d.lgs. n. 61 del 2000 si apre infatti con l'affermazione secondo la quale il rapporto di lavoro subordinato può svolgersi a tempo pieno o a tempo parziale. La legge inoltre contiene la definizione dei tre possibili tipi di part time, orizzontale, verticale e misto.

Per quanto concerne in particolare il problema in esame, la disciplina della forma del contratto di lavoro a tempo parziale è stata profondamente innovata dal d.lgs. n. 61 del 2000, in quanto, pur essendo sempre prevista la stipulazione del contratto in forma scritta, si chiarisce che essa è richiesta a fini di prova, con la precisazione che "qualora la scrittura risulti mancante, è ammessa la prova per testimoni nei limiti di cui all'art. 2725 cod.civ. (art. 8, c. 1).

Pertanto, secondo le disposizioni attualmente vigenti, la forma scritta non è più necessaria per la validità di tale rapporto di lavoro, e l'unica conseguenza si ha sul piano probatorio, con il divieto di far ricorso alla prova testimoniale, salvo che nel caso disciplinato dall'art. 2725 c.c. Inoltre, la nuova legge contiene una disciplina di maggior favore per il lavoratore in caso di part time privo di forma scritta, laddove prevede la possibilità che egli richieda che sia dichiarata la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla data in cui la mancanza della scrittura sia giudizialmente accertata; tale disciplina evita sia le conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla rigida interpretazione giurisprudenziale sia l'automatismo della conversione del rapporto in lavoro a tempo pieno, proposto da parte della dottrina.

Va, per completezza, rammentato che il ricorso al part-time, come pur ad altre forme di occupazione alternative rispetto al contratto di lavoro a tempo indeterminato e ad orario pieno, ha nuovamente richiamato l'attenzione del legislatore: la recente legge 14.2.2003, n. 30, contenente la delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro, ispirata all'intento di migliorare le capacità di inserimento professionale di quanti siano in ricerca di una occupazione, contiene all'art. 3 una delega specifica al governo in materia di riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale, che è visto come tipologia contrattuale particolarmente idonea a favorire l'incremento del tasso di occupazione, con facoltà di concedere agevolazioni previdenziali alle imprese che ne faranno uso, e di estenderlo senza limitazioni nel settore del lavoro agricolo. Il successivo decreto legislativo 10.9.2003, n. 276, emesso in attuazione della delega, contiene una nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale, accanto ad altre in parte nuove tipologie di lavoro subordinato tutte caratterizzate da una accentuata flessibilità:

Deve avvertirsi, comunque, che le nuove norme contenute nel decreto legislativo n. 61 del 2000, tra le quali quelle relative alla forma del contratto, non si applicano ai rapporti a tempo parziale conclusi prima dell'entrata in vigore del decreto stesso, non avendo esse efficacia retroattiva (questa Corte aveva in precedenza ritenuto non retroattive le norme contenute nella legge del 1984: sent.

17.11.1994, n. 9724), e pertanto la questione in esame conserva la sua attualità, per i rapporti ai quali continui ad applicarsi la disciplina del 1984. 3. La contribuzione previdenziale nel contratto di lavoro a tempo pieno e a tempo parziale.

Per meglio comprendere l'incidenza pratica della scelta interpretativa operata dai due orientamenti giurisprudenziali, appare opportuno delineare brevemente i due sistemi di calcolo della contribuzione, da utilizzare nel contratto di lavoro a tempo pieno e nel contratto di lavoro a tempo parziale.

Il criterio generale per determinare l'importo della retribuzione da considerare a base di

calcolo per il pagamento dei contributi nel lavoro a tempo pieno si fonda sulla regola della commisurazione della contribuzione dovuta ad un minimale retributivo giornaliero.

Questo minimale era dapprima riferito ad un limite minimo variabile (cfr. legge 21.12.1978, n. 843 art. 20), mentre successivamente, l'art. 7 della legge n. 638 del 1983 fissò il limite minimo di retribuzione giornaliera, da utilizzare come retribuzione base sulla quale operare il calcolo dei contributi dovuti per il lavoro subordinato, ancorandolo al 7,50% dell'importo del trattamento minimo mensile di pensione a carico del fondo pensioni lavoratori dipendenti in vigore al 1 gennaio di ciascun anno.

La norma svolgeva la duplice funzione di garantire comunque ai lavoratori dipendenti una contribuzione minima, anche nel caso di retribuzione inferiore ai minimi o addirittura mancante, con la garanzia di un costante adeguamento di essa al costo della vita data dall'aggiornamento annuale del minimo contributivo giornaliero.

Successivamente l'art. 1, c. 2, del decreto legge 9 ottobre 1989, n. 338, convertito in legge 7 dicembre 1989, n. 389, ha previsto un innalzamento della percentuale dal 7,5 al 9,5 % a decorrere dal periodo di paga in corso alla data del 1 gennaio 1989.

Prima di una autonoma regolamentazione normativa del rapporto a tempo parziale, la giurisprudenza si era decisamente orientata in favore della infrazionabilità del minimale al di sotto della giornata lavorativa anche nel lavoro a tempo parziale, accogliendo le tesi degli enti previdenziali (in tal senso, cfr. Cass. 27.2.1986, n. 1251; Cass., 7.7.1987, n. 5910).

La tesi della infrazionabilità del minimale giornaliero nel part time si prestava a determinare una certa disparità di trattamento tra i rapporti di part-time verticale, in cui l'importo della contribuzione previdenziale dovuta veniva calcolato in relazione ai giorni di lavoro effettivamente prestato, mentre per il part-time orizzontale il datore di lavoro, data l'infrazionabilità, era tenuto a versare la contribuzione piena. Tale tesi comportava una onerosità contributiva che scoraggiava un ampliamento sostanziale del ricorso al part-time da parte delle imprese.

La questione venne sottoposta anche all'attenzione della Corte costituzionale, sotto il profilo della possibile violazione del principio di uguaglianza, ma la Corte, con ordinanza 21.7.1988, n. 835, la dichiarò non fondata (nei riguardi dell'art. 20 della legge 21.12.1978, n. 843, all'epoca in vigore), affermando che il sistema allora vigente era giustificato dalla preminente finalità di assicurare comunque un minimo di contribuzione datoriale per poter garantire la tutela dei lavoratori sotto il profilo previdenziale.

Il legislatore del 1984 è intervenuto proprio per eliminare questa incongruenza: l'art. 5, comma 5, del decreto legge 726 del 1984 ha consentito il frazionamento del minimale retributivo in considerazione delle ore di lavoro effettivamente prestate, sostituendo, nel settore del lavoro a tempo parziale, al minimale retributivo giornaliero il minimale retributivo orario. Tale comma, nella sua formulazione originaria stabiliva infatti che: "La retribuzione minima oraria da assumere quale base di calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale è pari ad un sesto del minimale giornaliero di cui all'articolo 7 del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito con modificazioni nella legge 11 novembre 1983, n. 638".

La norma dettata per il contratto di lavoro parziale sostituiva quindi al minimo contributivo giornaliero, previsto per la generalità dei rapporti di lavoro, un minimo orario, da applicarsi soltanto al rapporto di lavoro a tempo parziale, pari ad un sesto del minimale giornaliero di cui al predetto articolo 7 della legge n. 638 del 1983: un sistema di contribuzione più favorevole per il datore di lavoro in ragione del presumibile minor impegno complessivo del lavoratore a tempo parziale, per cui l'ammontare di contribuzione dovuta si calcolava moltiplicando il valore minimo dovuto per ogni ora di lavoro (calcolato secondo il criterio anzidetto) per il quantitativo di ore effettivamente prestato - o dichiarato; il sistema, al tempo stesso, garantiva anche al lavoratore un trattamento previdenziale non irrisorio, perchè la retribuzione minima oraria era commisurata a un sesto (non ad un ottavo, a fronte di una durata abituale di otto ore della giornata lavorativa) della retribuzione minima giornaliera.

Il sistema così introdotto, sebbene generalmente salutato come più favorevole per il part-time stesso, non andò esente da critiche dottrinarie e da interpretazioni adeguatissime, in quanto penalizzava il part-time verticale. Si osservò, inoltre, che le prestazioni lavorative effettuate con tempi superiori alle sei ore giornaliere, ma non per tutte le giornate lavorative, rimanevano gravate da costi contributivi maggiori, essendo gravate da contributi proporzionalmente maggiori di quanto previsto per il lavoro a tempo pieno il che accentuava la disparità di trattamento tra lavoratori a tempo ordinario e parziale.

Per ovviare a tali inconvenienti, con decreto legge 9.10.1989, n. 338, furono introdotte alcune significative modifiche nel sistema di calcolo della contribuzione nel rapporto di lavoro a tempo parziale.

L'articolo 1, comma 4, del decreto legge indicato sostituì infatti il comma quinto dell'art. 5 del decreto legge n. 726 del 1984 con la seguente formula: "La retribuzione minima oraria da assumere quale base di calcolo dei contributi previdenziali dovuti per i lavoratori a tempo parziale si determina rapportando alle giornate di lavoro settimanale ad orario normale il minimale giornaliero di cui all'articolo 7 del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, e dividendo l'importo così ottenuto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo nazionale di categoria per i lavoratori a tempo pieno".

Quindi, sulla base del criterio contenuto nell'articolo 1, c. 4, del d.l. 9.10.1989 n. 338, convertito in legge n. 389 del 1989 (poi ripreso dall'articolo 9, comma 1, del d.lgs. n. 61 del 2000), il calcolo del minimale orario di retribuzione da utilizzare per calcolare l'importo della contribuzione a carico dei datori di lavoro per il rapporto di lavoro a tempo parziale si effettua 1) moltiplicando il minimale giornaliero previsto dalla legge per il numero delle giornate di lavoro settimanale ad orario normale previste dal contratto collettivo, e 2) dividendo successivamente tale prodotto per il numero delle ore di orario normale settimanale previsto dal contratto collettivo nazionale di categoria per il lavoratore a tempo pieno (il procedimento di calcolo del minimale orario di retribuzione da porre a base di calcolo per determinare l'ammontare dei contributi nel part-time è illustrato nella Circolare del 10.4.1989 n. 68 dell'Inps).

L'ammontare dovuto di contribuzione si ottiene poi moltiplicando il minimale orario di retribuzione così ottenuto per il numero di ore effettivamente lavorate dal lavoratore a tempo parziale. In definitiva, il sistema così come modificato nel 1989 avvicina il più possibile il minimale retributivo orario alla retribuzione oraria effettivamente percepita. Parallelamente, la stessa legge ha imposto a tutti i datori di lavoro, anche non aderenti alle associazioni stipulanti i contratti collettivi, il rispetto dei trattamenti retributivi stabiliti dalla disciplina collettiva per il versamento della contribuzione.

Inoltre, l'articolo 1 del d.l. n. 338 del 1989 imponeva di far riferimento, per determinare la retribuzione imponibile, a quella fissata dalle leggi o dai contratti collettivi, e, solo se più favorevole, a quella prevista dal contratto individuale.

In sostanza, il sistema per determinare la base retributiva sulla quale calcolare l'ammontare dei contributi dovuti per il part-time rappresentava una sintesi tra il criterio della retribuzione minima giornaliera, fissato per il lavoro a tempo pieno, e il criterio del minimo orario, originariamente previsto per il part-time, più favorevole per il datore di lavoro rispetto al sistema dettato dalla legge dell'84, in quanto la retribuzione oraria tiene conto del numero di ore effettivamente previste per quel tipo di contratto ove a tempo pieno.

Parallelamente a quanto è previsto dal sistema di calcolo della retribuzione, il sistema di calcolo della contribuzione all'interno del part-time regolare è commisurato effettivamente ora alla qualità e quantità del lavoro prestato.

Il sistema così determinato è apparso adeguato a contemperare le esigenze contributive con l'attuazione del principio di eguaglianza, tanto che è stato integralmente mutuato dal successivo articolo 9 c. 1, del d.lgs. n. 61 del 2000, che ha ridisciplinato tutti gli altri aspetti del contratto di lavoro part-time, lasciando invariato il solo aspetto

contributivo.

4.- La giurisprudenza di legittimità.

La giurisprudenza di questa Corte - con riferimento alla disciplina precedente il d.lgs. n. 61 del 2000 - ha costantemente ritenuto che il requisito della forma scritta del contratto di lavoro a tempo parziale sia richiesto ad *substantiam* dalla legge, mentre non costituisce condizione di validità del contratto stesso il prescritto invio di copia di esso entro trenta giorni all'Ispettorato provinciale del lavoro (Cass., 24.6.1998, n. 6265).

La mancanza della forma scritta non può dar luogo alla conversione del contratto, con l'automatica instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo pieno, sia per la mancanza di una norma di legge destinata a sostituire la clausola nulla (come avviene invece nella disciplina del lavoro a termine dettata dalla legge n. 230 del 1962), sia perchè l'applicazione d'ufficio di un diverso tipo contrattuale presuppone che la volontà delle parti sia orientata in tal senso, mentre le motivazioni solitamente sottostanti al *part time* inducono di norma ad escludere che la volontà delle parti sia quella di sostituire ad esso un contratto di lavoro a tempo pieno.

Per quanto concerne il diritto alla retribuzione e l'entità di essa, in applicazione del principio contenuto nell'art. 2126 cod. civ. non si pone in dubbio che il lavoratore abbia comunque diritto a percepire la retribuzione per l'attività prestata, e che la retribuzione stessa debba essere commisurata all'attività effettivamente prestata e non corrispondente all'orario pieno, sia in riferimento al principio della corrispettività della prestazioni, sia perchè una retribuzione maggiore, rapportata ad un'attività che non è stata in effetti svolta, costituirebbe un indebito arricchimento per il lavoratore. Egli avrà diritto poi non solo al pagamento della retribuzione, ma anche alla salvaguardia di tutti gli altri diritti patrimoniali conseguenti allo svolgimento di un rapporto di lavoro subordinato, e previsti dall'art. 2126 cod. civ. Quanto al trattamento contributivo da applicare al contratto di *part time* irregolare, la giurisprudenza, anche di legittimità, ha registrato una divergenza di opinioni.

Secondo l'orientamento prevalente "Al contratto di lavoro a tempo parziale, pur eseguito ma nullo per difetto di forma, non può applicarsi la disciplina in tema di contribuzione previdenziale quale posta dall'art. 5 quinto comma del decreto legge n. 726 del 1984, convertito in legge n. 863 del 1984, ma deve invece essere applicato il regime ordinario di contribuzione prevedente anche i minimali giornalieri di retribuzione imponibile ai fini contributivi, e così anche la più recente disciplina di cui all'art. 1 del d.l. n. 338 del 1989, convertito in legge n. 389 del 1989, in tema di limite minimo di retribuzione imponibile. Ciò perchè la contribuzione previdenziale deve essere calcolata in rapporto alla retribuzione dovuta, rappresentata nella specie dal minimale retributivo giornaliero stabilito dalla legge, e non già alla retribuzione effettivamente corrisposta in relazione alla quantità della prestazione, in quanto la decurtazione prevista in caso di *part-time* regolare, siccome norma eccezionale, non può trovare applicazione al di fuori dei casi tassativamente previste non può essere estesa al diverso caso di una prestazione di fatto" (così Cass., 2.12.1999, n. 13445, Cass., 26.4.2002, n. 6097, Cass., 28.5.2003, n. 8492;

Cass., 5.8.2003, n. 11805 e Cass., 28.1.2004, n. 1589).

Il secondo orientamento sostiene invece che "Nel contratto di lavoro a tempo parziale la mancanza della forma scritta comporta nullità per difetto di forma e non anche per illiceità della causa o dell'oggetto. Pertanto, la nullità non produce effetto per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione, con la conseguenza che il datore di lavoro è obbligato alla retribuzione e alla contribuzione secondo la previsione del contratto *part-time*" (Cass. 29.12.1999, n. 14692).

Il primo orientamento esclude che, in caso di *part-time* nullo per difetto di forma, il datore di lavoro si possa giovare del più favorevole criterio di calcolo della contribuzione dettato per il *part-time* regolare, ed afferma che si debba in questo caso far riferimento ai criteri ordinari per la determinazione della base contributiva giornaliera dettati per il rapporto di lavoro subordinato, atteso che la contribuzione previdenziale deve essere

calcolata in rapporto alla retribuzione dovuta, rappresentata, nella specie, dal minimale retributivo giornaliero stabilito dalla legge, non già dalla retribuzione effettivamente corrisposta in relazione alla quantità della prestazione, in quanto la decurtazione prevista per il rapporto di part time regolarmente stipulato e formalizzato costituisce norma eccezionale, non applicabile come tale fuori dai casi espressamente previsti né estensibile all'ipotesi - diversa - di prestazione lavorativa di fatto (spec. Cass. 26 aprile 2002, n. 6097 e Cass. 5 agosto 2003, n. 11805).

Tale disciplina, che prescinde dalle ore di lavoro in concreto lavorate, trova la sua ragione e fondamento nelle finalità di soddisfare esigenze pubblicistiche di mutualità e solidarietà (espressi da vari istituti, quali l'integrazione al minimo delle pensioni, la rivalutazione automatica delle stesse, l'automatismo delle prestazioni).

In definitiva, in caso di part time irregolare, ad avviso della giurisprudenza prevalente della Suprema Corte, l'aspetto contributivo torna ad essere regolato secondo il principio generale della materia, in base al quale è irrilevante la retribuzione effettivamente percepita, se inferiore ai minimi della contrattazione collettiva, ed essa diventa rilevante solo se supera tali limiti. Inoltre, si afferma che il più favorevole trattamento, quanto agli obblighi contributivi, dettato per il part-time regolare, è una conseguenza non già della prestazione lavorativa a tempo ridotto, ma del rispetto delle formalità previste dalla legge.

Questa Corte (nella specie, sent. n. 13445 del 1999) ha richiamato anche alcune pronunce della Corte costituzionale (ord. 21.7.1988, n. 835; sent. 20.7.1992, n. 392) che, in relazione alla situazione precedente alla introduzione della disciplina legislativa del part-time del 1984, avevano ritenuto non irrazionale la parificazione del trattamento riservato ai datori di lavoro in relazione a prestazioni a tempo parziale e a tempo pieno, in base al quale essi erano tenuti in entrambi i casi alla contribuzione sulla base del minimo retributivo imponibile, senza potersi differenziare le rispettive posizioni in considerazione delle ore in concreto lavorate.

Il secondo orientamento afferma invece che l'efficacia del contratto nullo, ex art. 2126 cod. civ. si estenderebbe anche al rapporto contributivo che discende dall'esecuzione di esso, e quindi tale efficacia riguarderebbe non solo i due soggetti stipulanti ma anche l'istituto previdenziale, obbligando al versamento della contribuzione nei suoi confronti il datore di lavoro secondo quanto previsto per il contratto a tempo parziale. In definitiva, tale orientamento riconduce anche gli effetti di natura legale al contratto stipulato dalle parti, ancorché nullo, e ritiene che essi siano disciplinati secondo quanto prevede la legge per quel tipo di contratti.

La tesi muove dalla considerazione che la necessità della forma scritta riveste l'intero contratto, in quanto l'art. 5 del decreto legge n. 726 del 1984 prevede che esso debba contenere l'indicazione delle mansioni e l'analitica distribuzione dell'orario per giorni, settimane, mesi ed anni. Ne trae la conseguenza che l'assenza di forma comporti non la nullità di una singola clausola ma dell'intero contratto, non essendo ipotizzabile una sua parziale validità ex art. 1419 c.c., ed altresì esclude la possibilità di una conversione di esso in un contratto a tempo pieno, mancandone il contenuto. Inoltre, pur riconoscendo al requisito di forma la funzione di controllo dei limiti del lavoro a tempo parziale, e di evitare elusioni (anche contributive), ritiene che la nullità per mancanza di forma non si traduca in una nullità per illiceità della causa o dell'oggetto, con la conseguenza che tale nullità non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione e con l'ulteriore conseguenza che il datore di lavoro è tenuto alla contribuzione secondo la previsione dettata per il contratto di lavoro a tempo parziale.

Si può ricondurre alla linea di pensiero della sentenza n. 14692 del 1999 anche la sentenza n. 6265 del 1998, in cui - all'interno di una fattispecie in cui il contratto scritto esisteva, ed è stato esibito in giudizio - in motivazione si afferma che "così come, in materia di lavoro, in relazione ai diritti spettanti al lavoratore per la sua attività lavorativa, deve considerarsi la concreta attuazione del rapporto (art. 2126 c.c.), indipendentemente dalla validità del contratto, egualmente, sul corrispondente e parallelo rapporto

assicurativo, spiega efficacia il concreto atteggiarsi del rapporto così come eseguito".

La giurisprudenza minoritaria - che qui non si ritiene di seguire - u ripropone un problema sistematico in ordine alla divaricazione tra retribuzione rilevante nel concreto rapporto di lavoro e retribuzione virtuale assunta come parametro ai fini contributivi, con riferimento al rapporto "di fatto" derivante dall'art. 2126 c.c.

Deve osservarsi che l'orientamento giurisprudenziale che qui si contrasta, anche se correttamente ne rileva alcune conseguenze dissonanti derivanti dall'applicazione dell'aliquota contributiva su retribuzioni eventualmente non reali, non tiene però conto che la possibile divaricazione a vantaggio del rapporto previdenziale consente il tendenziale conseguimento di una migliore tutela assicurativa dei lavoratori, oltre ad un equilibrio finanziario della gestione previdenziale e della parità delle condizioni tra le imprese, a prescindere dalla loro adesione alle organizzazioni sindacali più rappresentative.

Nè si può condividere quella parte, pur autorevole della dottrina che, nel manifestare particolare preoccupazione a causa di questa divaricazione, ritiene che la nozione di retribuzione contributiva, ai sensi dell'art. 12 della legge 30.4.1969, n. 153 e successive modifiche, dovrebbe ricavarsi, in forza dell'interpretazione dei contratti collettivi ivi indicati, alla stregua dell'art. 36 Cost., posto che detto articolo, ben può qualificarsi innovativo, nel senso che ha aggiunto al principio di "onnicomprendività", ai fini contributivi, di cui al medesimo art. 12, il criterio del minimale contributivo, sicchè, in definitiva, deve affermarsi che la necessità di rendere possibile un confronto tra retribuzioni "concretamente" rilevanti nel rapporto di lavoro e retribuzioni "virtualmente" rilevanti, ai fini contributivi, nel rapporto previdenziale, impone che tutto quanto rileva, in denaro e in natura, secondo l'art. 12, del pari rilevi secondo le fonti di cui all'art. 1.

D'altra parte, la denunciata, possibile divaricazione non solo emerge, per quanto si è detto, dalla stessa legge (art. 1), ma ha superato altresì il vaglio della Corte Costituzionale. Invero, l'art. 28 DPR 27 aprile 1968 n. 488, nel settore dell'agricoltura, determinava la retribuzione utile ai fini contributivi sulla base delle retribuzioni di cui ai contratti collettivi vigenti annualmente per ogni provincia, con possibile divaricazione dalla retribuzione spettante. Orbene, detto sistema, che non consentiva di tener conto di usi normativi che stabilivano una giornata lavorativa di durata inferiore a quella fissata dalla contrattazione collettiva di settore, è stato ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 342 del 1992, testualmente "in combinato disposto con l'art. 1, primo comma, del DL n. 338 del 1989, convertito in legge n. 389 del 1989", osservandosi che esso consente di effettuare un bilanciamento d'interessi, assicurato dall'utilizzazione di contratti collettivi come modelli generali o parametri validi per la generalità dei datori di lavoro, senza peraltro conferire ai contratti collettivi medesimi efficacia "erga omnes" per quanto attiene al rapporto di lavoro, essendo questo del tutto distinto da quello previdenziale.

E', infine, opportuno rilevare (cfr. già in Cass. 28.10.1999 n. 12122) che l'obbligatorietà del minimo contributivo non risulta condizionata all'applicazione delle fonti di cui al più volte citato art. 1, a differenza di quanto enunciato in materia di fiscalizzazione degli oneri sociali dall'art. 6, comma nono, della stessa legge n. 389 del 1989, che prevede l'operatività del beneficio solo quando vengano corrisposte in concreto le retribuzioni determinate da dette fonti. Al riguardo, si distinguono appunto, rispettivamente, un obbligo, per quanto attiene al rapporto previdenziale, a prescindere dal contenuto del rapporto di lavoro, ed un onere, per quanto attiene alla predetta operatività.

Dalle considerazioni che precedono discende, in particolare, che il principio di cui ora devesi fare applicazione non è più soltanto quello per cui l'imponibile si determina sul "dovuto" e non su quanto "di fatto erogato" (art. 12 legge n. 153 del 1969).

Invero, quando, dopo la legge n. 389 del 1989, alle regole sull'imponibile contributivo si aggiunge il nuovo ed ulteriore criterio del "minimale" contributivo dell'art. 1 legge n. 389 del 1989, la retribuzione "dovuta" in sinallagma nel rapporto di lavoro risulta rilevante solo se "è superiore" ai minimi previsti dal contratto collettivo, mentre in caso contrario

non rileva e vale la misura minima determinata dal contratto collettivo. In altre parole, secondo la norma in esame, gli accordi collettivi diversi da quelli stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale (ad es. gli accordi aziendali o provinciali), ovvero gli accordi individuali, hanno rilevanza ai fini contributivi solo quando determinino una retribuzione superiore al minimale, mentre, in caso contrario, restano irrilevanti e la contribuzione va parametrata al minimale (in tal senso, Cass., SS.UU., 29.7.2002, n. 11199).

Va ancora una volta avvertito che la questione sottoposta all'esame della Corte va delimitata cronologicamente, in quanto è limitato ai soli contratti conclusi entro l'ambito di applicazione della legge n. 863 del 1984, perchè prima di tale legge non esisteva il minimale contributivo orario, ed anche ai rapporti di lavoro part-time - in qualsiasi forma instaurati - si applicava, per il calcolo della contribuzione dovuta, il minimale contributivo giornaliero;

successivamente alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 61 del 2000, tale problema è superato perchè la nuova disciplina non lascia alcuno spazio per ipotizzare che il part-time concluso in forma orale sia nullo, e quindi si applica anche al part-time instaurato in forma orale il minimale contributivo orario.

Così circoscritti i limiti concettuali e cronologici del problema, occorre ancora considerare che esso è strettamente connesso alla consolidata interpretazione, fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, in ordine alla nullità del contratto di lavoro part-time concluso senza la necessaria forma scritta. A questa decisa presa di posizione in tema di nullità del contratto consegue il possibile riverberarsi del mancato rispetto della disciplina dettata per la forma del contratto sugli aspetti contributivi di esso.

Tale problema interpretativo discende anche dal fatto che la Suprema Corte non abbia mai inteso aderire al diverso percorso ricostruttivo della fattispecie fatto proprio dalla parte della dottrina che, anch'essa, propendeva per la necessità della forma scritta ad substantiam. Tale corrente di pensiero, come si è già esposto, percorreva senz'altro la strada della conservazione del contratto, e della conversione del contratto a tempo parziale, nullo, in un valido contratto a tempo pieno.

Dalla ferma presa di posizione nel senso di nullità totale del contratto, e dalla considerazione che non esistono elementi per presumere, in via generale, che il lavoratore a tempo parziale voglia la trasformazione del proprio rapporto in tempo pieno, e che il contratto a tempo parziale ha per definizione un contenuto diverso dal contratto di lavoro a tempo pieno, deriva l'esclusione della possibilità della conversione e la nullità totale del contratto di part-time nullo per difetto di forma (e quindi, stipulato in violazione della norma imperativa che tale onere formale imponeva), nonchè la necessità di individuare, in questa situazione, secondo quali norme venga regolamentato l'aspetto contributivo.

A giudizio di queste Sezioni Unite l'orientamento maggioritario che afferma la necessità di tornare all'applicazione della regola generale in materia contributiva in caso di part-time irregolare, presentano una maggiore coerenza motivazionale.

A ben vedere, l'argomento testuale, posto a base dell'orientamento giurisprudenziale minoritario, secondo il quale il comma 5 dell'art. 5 d.l. 726/1984, che introduce la retribuzione minima oraria quale base contributiva, si riferirebbe ai lavoratori a tempo parziale in sé, prescindendo dall'essere essi legati o meno da un valido contratto, appare alquanto debole, in quanto la norma è inserita nella disciplina legale del part-time, che al comma 2 prevede chiaramente l'obbligatorietà della forma scritta, e quindi il riferimento diretto sembra limitato ai contratti validamente costituiti.

Ulteriori argomenti potrebbero, in via di principio, desumersi da alcune riflessioni sulla causa del contratto. Se si ritenesse - con la prevalente dottrina - che la causa del contratto di lavoro a tempo parziale sia la stessa di un normale rapporto di lavoro subordinato (nel senso, appunto, che le speciali modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative non incidano sulla causa del contratto) non vi sarebbero ostacoli a che, in caso di inapplicabilità della disciplina normativa dettata per il part-time, torni ad

applicarsi la disciplina generale dettata per il lavoro subordinato, e, dunque, all'interno di essa, il criterio di determinazione del minimale orario giornaliero.

Se invece si dovesse ritenere che il part-time costituisce in realtà, rispetto al lavoro subordinato a tempo pieno, una autonoma figura contrattuale, dotata di pari dignità (fondamento normativo di tale affermazione si ha nel disposto dell'art. del d.lgs. n. 61 del 2000 e, per il passato, dal comma 2 dell'art. 5 d.l. 7267/1984 che fa entrare nel contenuto necessario del contratto le modalità temporali della prestazione) potrebbe ritenersi improprio affermare che, poichè il contratto part-time è nullo per difetto di forma, cessa di applicarsi la regola speciale e torna ad applicarsi la regola generale, facendo riferimento all'ammontare dell'obbligo contributivo previsto per un altro e diverso contratto, che le parti non hanno mai inteso concludere e che non ha alcun nesso con il rapporto che ha effettivamente avuto luogo.

Senonchè rispetto a quest'ultima linea, espressiva di un nuovo "corso" assunto dal legislatore negli ultimi anni, la disciplina applicabile al caso di specie rimane più saldamente coerente - anche in conformità con le linee di fondo della normativa comunitaria - ad una tendenziale preferenza verso il lavoro subordinato a tempo pieno, quale formula più vicina agli obiettivi di stabilità e di tutela del lavoro costituzionalmente garantiti dagli artt. 2, 3, 4 e 35 Cost.

Del resto lo stesso principio del minimo retributivo imponibile da osservarsi in ogni ipotesi (cioè sia nei casi in cui la retribuzione corrisposta sia inferiore al minimale perchè il datore di lavoro non osserva, nel rapporto ad orario pieno, i minimi contrattuali, sia nei casi in cui detti limiti non siano osservati in ragione di una durata lavorativa inferiore a quella normale) è stata da questa Corte reputato non irrazionale nè in contrasto con il principio costituzionale di uguaglianza atteso che il sistema della previdenza, improntato ad esigenze di socialità, non è fondato necessariamente su di una rigida sinallgmaticità tra contributi e prestazioni.

Non v'è dubbio che il summenzionato sistema deve rispondere anche a principi solidaristici che valgano a legittimare il legislatore ordinario ad imporre ad enti, comunità e categorie di lavoratori il versamento di contributi, volti a beneficio non degli stessi destinatari dell'obbligo contributivo, ma di altri soggetti, e, quindi, diretti ad avvantaggiare la collettività o altre categorie di lavoratori o di cittadini (così, Cass., 24.1.2004, n. 1589).

In base a tali considerazioni, del resto, anche la Corte costituzionale ha dichiarato non fondate, in riferimento agli artt. 3, 24 e 39 Cost., le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione a normative comportanti obblighi ed effetti analoghi (cfr. sent. 20.7.1992, n. 342; ord., 5.7.1988, n. 835).

Ciò detto, e tornando al dato normativo in questione, deve rilevarsi che una attenta lettura dell'art. 5 del d.l. n. 726 del 1984 - che prescrive precisi adempimenti tutti volti al fine di garantire il lavoratore anche attraverso controlli funzionalizzati ad impedire possibili abusi - induce a ritenere che il sistema contributivo regolato dal c. 5 del medesimo articolo risulti applicabile solo in presenza di tutti quei presupposti previsti dai precedenti commi e risulti condizionato in particolare dall'osservanza dei prescritti requisiti formali.

Tali conclusioni sono sostenute anche evidenti ragioni logico- sistematiche: risulterebbe, infatti, privo di razionalità un sistema che imponesse, per esigenze solidaristiche, a soggetti rispettosi della legge l'osservanza del "principio minimale" con l'applicazione ad essi di criteri contributivi da parametrare su retribuzioni anche superiori a quelle in concreto corrisposte al lavoratore, e nello stesso tempo esentasse da detti vincoli assicurando loro un trattamento di fatto privilegiato quanti, nello stipulare il contratto part-time, mostrano, col sottrarsi alle prescrizioni di legge, di ricorrere a tale contratto particolare per il perseguimento di finalità non istituzionali, agevolando così di fatto forme di lavoro irregolare (così Cass. n. 1589/2004 cit.).

Le considerazioni fin qui svolte inducono a confermare in questa sede l'orientamento già espresso da questa Corte in via prevalente, e, dunque, a condividere il motivo di ricorso dell'Inps..

In presenza dei presupposti di cui all'art. 384, n. 1 c.p.c., che consentono di decidere la presente causa nel merito, va respinta la domanda della ricorrente.

Ricorrono le condizioni previste dall'art. 152 disp. att. c.p.c. per esentare la soccombente dalle spese del presente giudizio.

P. Q. M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, respinge la domanda di nei confronti dell'Inps. Nulla spese.

Così deciso in Roma, il 20 maggio 2004.

Depositato in Cancelleria il 5 luglio 2004