

In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine

di
Gaetano Zilio Grandi e Mauro Sferrazza

ADAPT
LABOUR STUDIES
e-Book series
n. 9

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

DIREZIONE

Michele Tiraboschi (*direttore responsabile*)

Roberta Caragnano

Lilli Casano

Maria Giovannone

Pietro Manzella (*revisore linguistico*)

Emmanuele Massagli

Flavia Pasquini

Pierluigi Rausei

Silvia Spattini

Davide Venturi

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Gabriele Gamberini

Andrea Gatti Casati

Francesca Fazio

Laura Magni (*coordinatore di redazione*)

Maddalena Magni

Martina Ori

Giada Salta

Francesca Sperotti

In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine

di

Gaetano Zilio Grandi e Mauro Sferrazza

ISBN 978-88-98652-02-0

© 2013 ADAPT University Press – Pubblicazione on line della Collana ADAPT

Registrazione n. 1609, 11 novembre 2001, Tribunale di Modena

INDICE

1. Prospettiva dello studio.....	1
2. La prima disciplina in materia di contratto a tempo determinato.....	4
3. L'evoluzione della disciplina	9
4. Il ruolo della contrattazione collettiva	13
5. Il contributo della giurisprudenza.....	18
6. La riforma del 2001 e i dubbi di costituzionalità.....	21
7. La disciplina dettata dal decreto legislativo n. 368/2001	28
8. Il dibattito sul carattere delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine	37
9. Il protocollo sul welfare e la successione dei contratti a termine	43
10. Il sistema delle deroghe	50
11. Il regime delle impugnazioni introdotte dal Collegato lavoro.....	54
12. Nullità del termine e tutela risarcitoria	63
13. Il contratto a termine secondo la legge n. 92/2012	70
14. Il contratto "a-causale"	74
15. Le ulteriori modifiche apportate dalla riforma Fornero.....	76
16. Il contratto a termine delle start-up innovative.....	87

Il presente saggio è il risultato di uno studio comune di Gaetano Zilio Grandi e Mauro Sferrazza. Nell'ambito del predetto comune lavoro, quest'ultimo ha specialmente approfondito i profili ricostruttivi della disciplina in materia ed allo stesso sono, in particolare, attribuibili i §§ 1, 2, 3, 4, 5, 11, 12 e 16. Gaetano Zilio Grandi ha particolarmente redatto le parti relative all'esame critico della novella legislativa ed allo stesso sono, segnatamente, da attribuire i §§ 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14 e 15.

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

1. Pierluigi Rausei, Michele Tiraboschi (eds.), **Lavoro: una riforma a metà del guado**, 2012
2. Pierluigi Rausei, Michele Tiraboschi (eds.), **Lavoro: una riforma sbagliata**, 2012
3. Michele Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2012
4. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2012**, 2012
5. Buratti, Catalfamo, Correale, Cortesi, Covini, De Virgilio, Di Stani, Fionda, Innessi, Magni, Mariani, Marrazzo, Massagli, Mazzini, Milito, Morello, Neri, Oddo, Ori, Perletti, Petruzzo, Pignatti Morano, Salta, Seghezzi, Simoncini, Tolve, Tomassetti, Valcavi, Vari, Zucaro, **I programmi alla prova**, 2013
6. Umberto Buratti, Lilli Casano, Lidia Petruzzo, **Certificazione delle competenze**, 2013
7. Lilli Casano (a cura di), **La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?**, 2013
8. Francesca Fazio, Emmanuele Massagli, Michele Tiraboschi, **Indice IPCA e contrattazione collettiva**, 2013

1. Prospettiva dello studio

Le riforme del mercato del lavoro praticate dal legislatore italiano negli ultimi quindici anni, dal c.d. “pacchetto Treu” del 1997 alla c.d. “legge Biagi” del 2003, hanno – di fatto – avviato un processo di pluralizzazione delle tipologie contrattuali e di attenuazione della tutela inderogabile dei diritti del lavoratore, realizzando una progressiva deregolamentazione del mercato del lavoro. La recente riforma c.d. Fornero di cui alla legge 28 giugno 2012, n. 92 ⁽¹⁾, che «si propone l’obiettivo ambizioso di contribuire a spostare il nostro ordinamento dall’equilibrio proprio del modello mediterraneo all’equilibrio proprio del modello nord-europeo» ⁽²⁾, non riduce la congerie di moduli negoziali flessibili, avendo abrogato solo il contratto di inserimento, lasciando invece sopravvivere, con più o

⁽¹⁾ Sulla legge di riforma v. R. BENINI (a cura di), *Guida alla riforma del lavoro*, Nuova Giuridica, Matelica, 2012; P. RAUSEI, *La nuova riforma del lavoro. Legge 28 giugno 2012, n. 92. Guida operativa*, Ipsoa, Milano, 2012; M. TIRABOSCHI, M. MAGNANI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012. Per un esame del disegno di legge v. M. LAI, *Riforma del mercato del lavoro: prime considerazioni*, in *DPL*, 2012, 1394 ss.; P. RAUSEI, M. TIRABOSCHI, *Lavoro: una riforma sbagliata. Ulteriori osservazioni sul DDL n. 5256/2012. Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, ADAPT University Press, giugno 2012.

⁽²⁾ In questi termini si esprime P. ICHINO, *Riforma del lavoro: contesto, intendimenti del Governo e ratio legis*, in *DPL*, 2012, 1497 ss. L’A. definisce «equilibrio mediterraneo» il carattere del nostro Paese, «nel quale perdere il posto di lavoro è più pericoloso di quanto non lo sia nei Paesi caratterizzati da equilibri diversi, perché è più difficile trovarne un altro [...]. Un circolo causale che spiega perché dove è più difficile perdere il posto la disoccupazione fa più paura».

meno significative restrizioni, gli altri contratti. Nell'ultimo intervento legislativo, tuttavia, sembra, possibile scorgere un (timido) tentativo di separare la flessibilità buona da quella cattiva. L'intenzione (rimasta, però, essenzialmente tale) sembra, cioè, quella di ritagliare alla flessibilità uno spazio suo proprio, connesso ad esigenze aziendali genuine, e di contrastare la flessibilità cattiva, ossia quella «utilizzata impropriamente per mascherare rapporti di lavoro subordinato e, dunque, principalmente per ridurre il costo della manodopera con danno del lavoratore»⁽³⁾. L'obiettivo dichiarato è quello di portare «ad uno stadio più avanzato il processo di contenimento del lavoro precario inteso come tutto quello che non è subordinato a tempo indeterminato»⁽⁴⁾. L'eliminazione «del contratto di inserimento, l'avvio di una modifica in senso restrittivo dei tirocini formativi (articolo 1, commi 34 e 35) e la generale "stretta" sul lavoro autonomo "sospetto" indicano la scelta razionale del legislatore di favorire esperienze di lavoro dipendente, subito praticabili e chiaramente delimitate»⁽⁵⁾.

Nell'intento dichiarato di realizzare un modello di regolamentazione del lavoro all'insegna della *flexicurity* europea, dunque, la legge n. 92 «prevede sul versante della *flexibility* nel rapporto di lavoro una mera manutenzione della variegata serie di figure contrattuali portatrici di una flessibilità c.d. "in entrata", in linea di principio, come detto, per contenere quella "cattiva" ed eliminare gli abusi del datore di lavoro»⁽⁶⁾. In tale quadro di riferimento la riforma sottopone a revisione anche il contratto di lavoro a termine che, a distanza di oltre un decennio dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 368/2001, «continua a rappresentare un tormentato terreno di scontro politico, sulle possibili e/o necessarie modifiche da adottare, ma anche dottrinale, sull'interpretazione di molti aspetti cruciali del decreto, concernenti soprattutto le ragioni che legittimano l'apposizione del termine e le

⁽³⁾ P.A. VARESI, *Note introduttive alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, in R. BENINI (a cura di), *Guida alla riforma del lavoro*, cit., 20.

⁽⁴⁾ P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *DRI*, 2012, 957.

⁽⁵⁾ L. MENGHINI, *Contratto a termine (art. 1, comma 9 – 13, l. n. 92/2012)*, in *LG*, 2012, 929, che ritiene tali esperienze «più convenienti delle altre per il lavoratore ed agevolmente percorribili anche per i datori di lavoro».

⁽⁶⁾ M. BROLLO, *Lavoro a tempo parziale dopo la l. n. 92/2012: meno flex, più security*, in *LG*, 2012, 968.

sanzioni applicabili in caso di uso abusivo» (7). Del resto, «la disciplina del contratto a tempo determinato è, da almeno un decennio, una sorta di cantiere aperto, il vero laboratorio di sperimentazione di ogni tentativo di innovazione regolativa in materia di lavoro cosiddetto flessibile o *non-standard*» (8), rappresentando, il contratto a termine, «la primigenia forma di flessibilità nel nostro sistema di regolazione del rapporto di lavoro» (9). Il presente lavoro intende costituire un primo momento di riflessione sulla effettiva portata della novella legislativa in materia e fornire un contributo allo studio della tipologia lavorativa qui in esame. In particolare, dopo un tentativo di ricostruzione dell'evoluzione della disciplina in materia, concentreremo l'attenzione sui principali nodi interpretativi rinvenibili nelle modifiche apportate alla stessa, alcuni dei quali già segnalati nel dibattito dottrinale sviluppatosi all'indomani del varo della c.d. riforma Fornero. Le novità introdotte sul contratto a termine sono, infatti, tra quelle dell'intera riforma che hanno destato maggiori perplessità e richiamato l'attenzione non solo degli studiosi, ma anche delle imprese, atteso che si tratta di uno strumento contrattuale che, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, della produzione e del lavoro, ha ormai assunto una notevole rilevanza pratica per le stesse.

(7) L. ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso* (nota a C. giust. 24 giugno 2010, n. 98), in *RIDL*, 2010, 4, 1050. L'A. osserva come «il tema delle causali che legittimano l'utilizzo del lavoro a termine, in generale, e l'ipotesi di ricorso a tale forma contrattuale per ragioni sostitutive, in particolare, sono emblematici del come, nonostante il continuo accavallarsi di sentenze di merito, di pronunce di illegittimità e di legittimità costituzionale, ma anche di ormai numerose sentenze della Corte di giustizia, questo aspetto della nuova normativa continui a rimanere foriero di innumerevoli incertezze interpretative».

(8) S. GIUBBONI, *Il contratto a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *RIDL*, 2011, 2, 227, secondo cui «anche la legge n. 183 del 2010 (nota ormai anche al largo pubblico come Collegato lavoro) finisce per confermarne lo scomodo ruolo di banco di prova delle effettive capacità di riforma e di modernizzazione asseritamente perseguite dal legislatore».

(9) M. BALLISTRERI, *Rapporto di lavoro e nuovo contratto a termine*, in *DPL*, 2012, 38, 2377.

2. La prima disciplina in materia di contratto a tempo determinato

Ma prima di esaminare come il legislatore del 2012 ha ridisegnato il contratto di lavoro a tempo determinato è opportuno richiamare, seppur brevemente, la previgente disciplina in materia.

La regolamentazione del rapporto di lavoro a termine è stata storicamente caratterizzata da una stratificazione normativa che ha dato vita ad un sistema non certo unitario e coerente, che racchiude modelli disciplinari basati su ragioni di accesso alla tipologia negoziale in esame alquanto differenziate ⁽¹⁾, ciascuno destinato (almeno nelle intenzioni del legislatore) ad assolvere specifiche funzioni economico-sociali. «L'esistenza di una pluralità di modelli di disciplina è evidente qualora si guardi alle scelte effettuate in merito ai due elementi essenziali costituiti dalle tecniche di delimitazione della possibilità di apporre il termine finale al contratto di lavoro e dalle ragioni per le quali viene ammesso il ricorso al lavoro a tempo determinato» ⁽²⁾.

Anche al fine di porre un argine all'abuso del ricorso al lavoro a termine basato sulla genericità e permissività delle disposizioni di cui all'articolo 2097 c.c., la legge 18 aprile 1962, n. 230, configura lo stesso come eccezione rispetto all'ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato,

⁽¹⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *I contratti a termine*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Esi, Napoli, 1988, 111; R. COSIO, *I contratti a termine tra flessibilità amministrata e flessibilità contrattate*, in RGL, II, 1989, 502.

⁽²⁾ L. MENGHINI, *Il termine*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 1998, vol. II, 414.

ammettendolo soltanto in una serie di ipotesi tassativamente elencate e previa stipulazione in forma scritta. Viene limitata la possibilità di proroga e si inverte il principio dell'onere della prova circa la sussistenza delle condizioni legittimanti l'apposizione del termine, onere che viene, appunto, posto a carico del datore di lavoro.

L'apposizione del termine rimane senza effetto se non risulta da atto scritto ⁽³⁾, pur essendo pacifico che, fuori dalle ipotesi di sostituzione di lavoratori assenti, tale forma è imposta soltanto per la clausola relativa al termine ⁽⁴⁾ e non anche in relazione alle specifiche ragioni che la giustificano ⁽⁵⁾.

La *ratio* della disciplina è stata individuata a volte in una mera funzione antifraudolenta, diretta a legittimare il termine solo in ipotesi di assenza di un'occasione stabile di lavoro ⁽⁶⁾, altre volte nell'esigenza di limitare il facile accesso allo strumento da parte di imprese che mirino a modellare l'organico in relazione al variare delle esigenze produttive e aziendali ⁽⁷⁾. Tuttavia, dopo lo Statuto dei lavoratori e la legge sui licenziamenti anche

⁽³⁾ Anteriore o contestuale all'inizio del rapporto (cfr., ad esempio, Cass. 12 novembre 1993, n. 11173, in *DPL*, 1994, 304; Cass. 16 ottobre 1986, n. 6076, in *LPO*, 1987, 953. *Contra*, a titolo esemplificativo, Pret. Roma 29 novembre 1995, in *LG*, 1996, 578; Trib. Lodi 18 febbraio 1983, in *OGL*, 1983, 835; Trib. Brescia 2 aprile 1979, in *OGL*, 1979, 560, che riconosce la legittimità dell'apposizione del termine nel caso il ritardo sia di pochi giorni. Secondo Pret. Milano 24 gennaio 1995, in *LG*, 1995, 493; Pret. Milano 30 gennaio 1989, in *DPL*, 1989, 1167; Pret. Milano 7 dicembre 1988, in *L80*, 1989, 143, l'anteriorità o contestualità dell'atto rispetto all'inizio del rapporto lavorativo può desumersi anche dalla richiesta all'ufficio di collocamento.

⁽⁴⁾ Termine che può essere individuato anche in modo indiretto con il riferimento ad un evento futuro certo (cfr. Cass. 24 giugno 1991, n. 7079, in *DPL*, 1991, 2462).

⁽⁵⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. 8 luglio 1995, n. 7507, in *D&L*, 1996, 119, nonché in *OGL*, 1995, 613.

⁽⁶⁾ Cfr., tra gli altri, G. BALZARINI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 1966, 47; R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO, *La sostituzione del lavoratore assente*, in AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità nell'organizzazione aziendale*, Giuffrè, Milano, 1986, 111.

⁽⁷⁾ Cfr., tra gli altri, L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro a termine: un «modello» normativo da superare?*, in *RTDPC*, 1978, 1011; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990, 81.

il primo orientamento dottrinale sembra assegnare alla disciplina in materia una funzione di limitazione all'uso della forza lavoro ⁽⁸⁾.

Diverse le ipotesi per le quali è ammessa la tipologia contrattuale di cui trattasi.

Anzitutto, il carattere stagionale dell'attività ⁽⁹⁾, seppure la giurisprudenza ha precisato che l'assunzione a termine è illegittima quando l'attività stagionale, pur inclusa nel prescritto elenco di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, come successivamente modificato e integrato, sia di fatto svolta continuativamente o, comunque, per periodi che vanno oltre i limiti della stagionalità ⁽¹⁰⁾.

Altra ipotesi è quella della sostituzione di lavoratori assenti che hanno diritto alla conservazione del posto ⁽¹¹⁾. Obbligatoria l'indicazione del

⁽⁸⁾ Cfr. O. MAZZOTTA, *Successione (ereditaria) nel posto di lavoro e uso del contratto a termine* (nota a Trib. Vicenza 26 novembre 1976), in *GI*, 1979, I, 2, 138; E. GHERA, *Le punte stagionali di attività*, in AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità nell'organizzazione aziendale*, Giuffrè, Milano, 1986, 132.

⁽⁹⁾ Per una disamina critica della stessa definizione giuridica dell'attività stagionale, con specifico riferimento al criterio temporale, v. in particolare Cass. 20 ottobre 1993, n. 10401, in *RGL*, 1994, II, 721.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass. 29 gennaio 1993, n. 1095, in *RIDL*, 1994, II, 396, che, peraltro, precisa che nel caso in cui l'azienda che assume il lavoratore a termine svolga attività stagionali e non, il contratto è legittimo laddove il lavoratore sia adibito a mansioni proprie delle lavorazioni stagionali.

⁽¹¹⁾ Nella fattispecie non rientra l'ipotesi delle ferie (Cass. 13 maggio 1983, n. 3293, in *LPO*, 1983, 1405), così come quella di spostamento del lavoratore ad un posto diverso (Trib. Milano 22 settembre 1981, in *L80*, 1981, 926), anche se la Suprema Corte ha riconosciuto la legittimità dell'assunzione a termine nel caso di sostituzione di un dipendente spostato ad altro posto di lavoro per temporanea inidoneità a svolgere le mansioni d'origine (Cass. 20 febbraio 1995, n. 1827, in *NGL*, 1995, 550), mentre vi rientrano quelle di sospensione del rapporto di lavoro previste dalla contrattazione collettiva (Trib. Roma 9 maggio 1996, in *DL*, 1996, II, 295) e di assenza *post partum* per ulteriori periodi rispetto a quelli di legge (Pret. Milano 18 aprile 1984, in *OGL*, 1984, 1012). Laddove sussistente un nesso diretto e necessario è stata ammessa anche la discussa sostituzione a catena o a scorrimento, ossia l'ipotesi in cui un lavoratore assente viene rimpiazzato con un lavoratore già in servizio, che viene a sua volta sostituito con un lavoratore assunto a termine (cfr. Cass. 17 febbraio 1993, n. 1952, in *DPL*, 1993, 1013; Cass. 10 giugno 1992, n. 7102, in *NGL*, 1992, 623, nonché in *MGL*, 1992, 584). Trib. Roma 9 maggio 1996, cit., 285, ha ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore a termine assunto in sostituzione di un lavoratore poi licenziato per superamento del periodo di comporto.

nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione. Non è necessario, invece, che vi sia coincidenza temporale tra periodo dell'assenza del lavoratore sostituito e durata del contratto a termine ⁽¹²⁾, così come può essere irrilevante la contemporanea presenza di sostituto e sostituito per alcuni giorni per circostanze casuali ⁽¹³⁾ o per esigenze di passaggio delle consegne ⁽¹⁴⁾. L'estinzione del rapporto lavorativo dell'assente (ad esempio, per decesso, dimissioni, ecc.) non determina la cessazione anticipata del rapporto lavorativo instaurato con il sostituto, né la trasformazione dello stesso in rapporto a tempo indeterminato ⁽¹⁵⁾.

Ulteriore ipotesi è quella legata all'esigenza dell'impresa di avvalersi di una unità lavorativa aggiuntiva per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo con carattere straordinario oppure occasionale. La previsione normativa non include le esigenze volte a sopperire ad incrementi della domanda prevedibili o ricorrenti in determinati periodi o eventi, bensì a quelle opere o servizi che, seppur rientranti nell'ambito dell'ordinaria attività dell'impresa, determinano una fluttuazione rilevante in occasione di eventi eccezionali, cui non è possibile far fronte con le risorse strutturali e la normale organizzazione produttiva, pur adeguatamente programmata ⁽¹⁶⁾.

Ancora, per la legge n. 230/1962 è possibile ricorrere al contratto a tempo determinato nel caso di necessità di impiego di manodopera per le fattispecie di lavorazioni successive nelle quali occorre utilizzare prestatori di lavoro in possesso di specializzazioni diverse da quelle normalmente impiegate. In particolare, siffatte evenienze sono tipiche delle lavorazioni nei cantieri edili ⁽¹⁷⁾ e navali ⁽¹⁸⁾.

Infine, altra ipotesi particolare di ricorso al termine è quello delle «assunzioni di personale riferite a specifici spettacoli ovvero specifici

⁽¹²⁾ Cfr. Cass. 20 febbraio 1995, n. 1827, cit., 550; Cass. 17 febbraio 1993, n. 1952, cit., 1013.

⁽¹³⁾ Cfr. Pret. Milano 25 febbraio 1975, in *OGL*, 1976, 652.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Trib. Milano 16 gennaio 1976, in *OGL*, 1976, 259.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass. 10 giugno 1992, n. 7102, cit.; Cass. 17 aprile 1986, n. 2729, in *MGL*, 1986, 374.

⁽¹⁶⁾ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 27 marzo 1996, n. 2756, in *FI*, 1996, I, 2427; Cass. 8 luglio 1995, n. 7507, cit., 119; Cass. 12 maggio 1995, n. 5209, in *NGL*, 1995, 546.

⁽¹⁷⁾ Cfr. L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, VI ed., Giappichelli, Torino, 1996, 172.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass. 1° febbraio 1988, n. 871, in *MGL*, 1988, 357.

programmi radiofonici o televisivi»⁽¹⁹⁾. Anche in questa ipotesi è richiesta la temporaneità e limitazione nel tempo dei programmi⁽²⁰⁾ e la prestazione del lavoratore a termine deve inserirsi con vincolo di necessità diretta, seppur complementare, nello specifico spettacolo⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Art. 1, lett. e, l. n. 230/1962, come modificato dalla l. 23 maggio 1977, n. 266.

⁽²⁰⁾ In tal senso F. MAZZIOTTI, *Lavoro a termine nello spettacolo: produzione di programmi dell'emittenza pubblica e privata*, in *L80*, 1983, 847.

⁽²¹⁾ Cfr. Cass. 20 febbraio 1995, n. 1827, cit., 550.

3. L'evoluzione della disciplina

Preso atto dell'orientamento giurisprudenziale prevalente volto ad escludere la legittimità dell'apposizione del termine nelle assunzioni dirette a fronteggiare le punte stagionali di attività, con il decreto legge 3 dicembre 1977, n. 876, convertito, con modificazioni, nella legge 3 febbraio 1978, n. 18, il legislatore introduce un nuovo schema legale in materia, cui è possibile far ricorso allorché «si verifichi, in determinati e limitati periodi dell'anno, una necessità di intensificazione dell'attività lavorativa, cui non sia possibile sopperire con il normale organico».

Le disposizioni che ammettono il ricorso alle assunzioni a termine nelle ipotesi delle punte stagionali di attività non si limitano a «tipizzare un'ulteriore ipotesi ben definita, ma, proprio per il pericolo di abusi insito nella nuova figura, si preoccupano di introdurre un particolare meccanismo (l'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro preceduta dal parere sindacale) volto a garantire il controllo che la nuova possibilità non si traduca in un continuo ridimensionamento dei livelli occupazionali dell'azienda in rapporto ad ogni minima variazione delle esigenze produttive o che non sia ammessa in presenza di un organico sottodimensionato rispetto alle necessità proprie dei periodi normali» ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ L. MENGHINI, *Il termine*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 1998, vol. II, 414.

La *ratio* del nuovo impianto normativo sembra essere quella di agevolare una espansione controllata del lavoro a tempo determinato ⁽²⁾.

Occorre rammentare che, inizialmente, siffatta nuova possibilità era limitata ad alcuni specifici settori dell'area commercio e turismo e mantenuta entro un preciso termine di efficacia, poi prorogato dalla legge 24 novembre 1978, n. 737. Tuttavia, alla luce della situazione economica e dei livelli della disoccupazione dell'epoca, il legislatore ha successivamente esteso la nuova disciplina a tutti i settori economici ed eliminato il limite temporale ⁽³⁾.

La dottrina non ha mancato di sottolineare come, a differenza del precedente assetto normativo basato sulla legge del 1962, diretto essenzialmente a consentire le assunzioni a tempo determinato soltanto in modo correlato e funzionale alle esigenze organizzativo-produttive di carattere straordinario e oggettivamente temporaneo, il nuovo modello di disciplina si caratterizza per una funzione più spiccatamente economico-sociale, rendendo possibile l'integrazione "ordinaria" dell'organico, con il conseguente rischio di creare una specifica categoria di lavoratori stagionali (*i.e.* precari) nell'ambito delle risorse lavorative dell'impresa ⁽⁴⁾. Sotto il profilo formale è necessario l'atto scritto, il nulla osta dell'Ispettorato del lavoro ⁽⁵⁾ ed il parere delle organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative in ambito provinciale.

Quanto ai requisiti sostanziali è, anzitutto, richiesto un effettivo incremento dell'attività produttiva in limitati e determinati periodi dell'anno, che non denoti una strutturale carenza di organico ⁽⁶⁾ e non derivi da programmate iniziative del datore di lavoro ⁽⁷⁾.

⁽²⁾ Cfr. E. GHERA, *Le punte stagionali di attività*, in AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità nell'organizzazione aziendale*, Giuffrè, Milano, 1986, 132, che evidenzia la controtendenza rispetto alla legge del 1962.

⁽³⁾ V. art. 8-bis, l. 25 marzo 1983, n. 79.

⁽⁴⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *I contratti a termine*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Esi, Napoli, 1988, 113; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990, 130.

⁽⁵⁾ Considerato una *condicio juris*, in difetto della quale il contratto si considera a tempo indeterminato (cfr. Cass. 8 luglio 1995, n. 7507, in *D&L*, 1996, 119).

⁽⁶⁾ Cfr. Pret. Roma 30 aprile 1985, in *GC*, 1985, I, 3242.

⁽⁷⁾ Cfr., tra gli altri, P.G. ALLEVA, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1982-1983*, in *RGL*, 1983, 400; C. VENTUROLI, *Contratti a termine e punte stagionali: una soluzione*

Inoltre, ai fini della legittimità dell'apposizione del termine, si richiede che l'incremento dell'attività non possa essere affrontato con l'organico ordinario, nel senso che, non è, quindi, consentito il ricorso a tale strumento contrattuale nel caso di un organico stabilmente sottodimensionato ⁽⁸⁾. Insomma, l'organico (non sottodimensionato) normale non deve essere in grado di fronteggiare l'incremento di produzione, ad organizzazione del lavoro invariata ⁽⁹⁾.

Una parentesi, per così dire, "incidentale" è quella che attribuisce maggiori possibilità di assunzione a termine alle imprese del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali. La legge 25 marzo 1986, n. 84, abbandona il sistema di legittimazione all'assunzione a termine di cui alla legge n. 18/1978 e, ritornando al passato, ossia alla regola della tassatività delle ipotesi in ordine alle quali è ammesso il tempo determinato, ne aggiunge una all'elenco di cui alla legge n. 230/1962: è ammessa (nell'area delle imprese e dei servizi prima ricordati) l'assunzione a termine per un periodo massimo di sei mesi (compresi tra aprile ed ottobre di ciascun anno) e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti, nei limiti del quindici per cento dell'organico dell'azienda che, alla data del primo gennaio dell'anno del ricorso a siffatte assunzioni, risulti impiegato nei servizi di cui trattasi.

La dottrina ha evidenziato come la nuova previsione conceda – di fatto – alle imprese di cui si è detto una vera e propria quota di pura flessibilità, atteso che le assunzioni possono anche prescindere da ragioni oggettive ed esigenze di produzione ⁽¹⁰⁾. In altri termini, pur dovendosi ritenere che ci si possa avvalere dell'apposizione del termine solo in presenza di esigenze occupazionali di natura temporanea, il legislatore, in sede di definizione della fattispecie, non ha introdotto detta limitazione,

per il passato, un problema per il futuro (nota a Cass. 29 settembre 1983, n. 5739), in *GI*, 1984, I, 1, 474; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., 133.

⁽⁸⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *I contratti a termine*, cit., 105; E. GHERA, *Le punte stagionali di attività*, cit., 146.

⁽⁹⁾ In tal senso, per tutti, v. A. VALLEBONA, *Il giudice diventa imprenditore per... disestare l'impresa: sulle paradossali conseguenze di un uso alternativo del diritto in tema di contratti a termine per le punte di attività aziendale* (nota a Pret. Roma 2 gennaio 1985), in *GC*, I, 912.

⁽¹⁰⁾ Cfr. P.G. ALLEVA, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1985-86*, in *DLRI*, 1986, 634; M. D'ANTONA, *I contratti a termine*, cit., 115.

ritenendo che il contenimento nei predefiniti ambiti percentuali sia sufficiente a scongiurare gli abusi ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ In tal senso F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, III ed., Utet, Torino, 1992, 69.

4. Il ruolo della contrattazione collettiva

La tipologia negoziale di cui trattasi cambia ancora volto con la legge 28 febbraio 1987, n. 56, il cui articolo 23 abbandona la tecnica della individuazione delle ipotesi legali che legittimano l'apposizione di un termine al contratto di lavoro e attribuisce alla contrattazione collettiva la possibilità di introdurre ulteriori ipotesi derogatorie del regime ordinario, facendo comunque salvi i limiti percentuali già codificati ⁽¹⁾. Oltre alle ipotesi già vigenti, infatti, nel contratto di lavoro può ora essere apposto un termine anche «nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale», che «stabiliscono il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato». Il comma 3 della suddetta norma, poi, attribuisce alla contrattazione collettiva il compito di regolamentare l'assunzione diretta (settori turismo e pubblici esercizi) per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore ad un giorno ⁽²⁾.

⁽¹⁾ La fissazione e il rispetto dei limiti percentuali sembra debba qualificarsi quale vero e proprio onere per la contrattazione collettiva, venendo meno, in difetto, lo stesso potere derogatorio delle disposizioni legislative in materia. Sulla complessa e dibattuta problematica v., tra gli altri, R. COSIO, *I contratti a termine tra flessibilità amministrate e flessibilità contrattate*, in *RGL*, II, 1989, 511; G. FERRARO, *I contratti di lavoro*, Cedam, Padova, 1991, 93; G. NICOLINI, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1992, 195.

⁽²⁾ La norma si prefigge di dare un assetto "legale" al diffuso impiego di manodopera nelle giornate festive e del fine settimana, specie nei ristoranti e bar (sul tema v. C.

Consistente la portata innovativa e la stessa prospettiva della novella: si punta ad un “adeguamento” della disciplina per via negoziale e non più, invece, affidata ad interventi normativi episodici e settoriali o agli orientamenti giurisprudenziali. In tale contesto, alla fonte collettiva viene assegnato il compito di vigilare sull’accesso ad un istituto meno protettivo. Tanto che si è anche affermato che «l’art. 23 l. n. 56 del 1987 attribuisce alla contrattazione collettiva una “delega in bianco”, lasciando ai contratti piena libertà in senso qualitativo e quantitativo; pertanto i contratti collettivi potranno aggiungere nuove cause giustificative della apposizione del termine rispetto a quelle legali, e, addirittura, modificare quelle esistenti» (3).

Alla contrattazione collettiva, insomma, è affidata l’individuazione e la verifica delle ipotesi di ammissibilità ed opportunità del lavoro a termine (4), seppur non sono mancate le dispute dottrinali circa l’ampiezza dei poteri della predetta contrattazione, secondo alcuni esente da limitazioni legate a situazioni od occasioni caratterizzate da lavoro provvisorio (5) e in ordine alla possibilità di individuazione di ipotesi non già nuove, ma solo concorrenti con quelle già previste (6). Una sintesi interpretativa può

ASSANTI, *Corso di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1993, 308; G. PERA, *Diritto del lavoro*, V ed., Cedam, Padova, 1996, 335).

(3) A. CIRIELLO, *Il contratto a termine nel diritto giurisprudenziale* (nota a Trib. Ariano Irpino 3 aprile 2006), in *GM*, 2007, 3148.

(4) Cfr. M. D’ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale dei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, 541.

(5) Di tale avviso, tra gli altri, M. D’ANTONA, *I contratti a termine*, in AA.VV., *Il diritto del lavoro negli anni ‘80*, Esi, Napoli, 1988, 122; R. COSIO, *I contratti a termine tra flessibilità amministrate e flessibilità contrattate*, cit., 509; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990, 143; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, III ed., Utet, Torino, 1992, 70; F. LISO, *Ragionamenti de iure condito e de iure condendo per una nuova politica del lavoro*, in *RIDL*, 1995, 173. *Contra*, L. MENGHINI, *Sperimentazione o svolta nella disciplina del lavoro a termine?*, in *RIDL*, 1987, I, 580; M.G. GAROFALO, *Prime osservazioni sul decreto legge n. 1 del 1993*, in *NGL*, 1993, 1, 75; G. PERA, *Diritto del lavoro*, cit., 335.

(6) La soluzione positiva è affermata, in giurisprudenza, da Cass. 4 maggio 1994, n. 4294, in *MGL*, 1994, 351 e in dottrina da R. COSIO, *Il contratto a termine: flessibilità amministrate e flessibilità contrattate*, in *DPL*, 1987, 2037; M. D’ANTONA, *I contratti a termine*, cit., 122. Per la soluzione contraria v. M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., 145.

forse rinvenirsi in una decisione di merito secondo cui la norma non attribuisce «alla contrattazione collettiva né la possibilità di derogare all’impianto del precedente quadro legale, né di modificare la funzione economico-sociale del contratto a tempo determinato. La contrattazione, quindi, può individuare altre ipotesi di eccezione alla regola del contratto a tempo indeterminato, ma deve rispettare l’impianto normativo generale perché se può ritenersi consentito l’ampliamento del numero delle eccezioni non può essere capovolto il principio generale secondo il quale è sempre il contratto a tempo indeterminato a costituire la regola nel sistema» (7).

Ma la svolta è, comunque, di notevole rilievo, considerato che il legislatore si affida in modo deciso alla flessibilità contrattata, frutto, a sua volta, del concetto di “garantismo collettivo”, «a suo tempo elaborato in riferimento ad una legislazione, quella del diritto del lavoro “dell’emergenza”, che per la prima volta aveva autorizzato pur limitate deroghe *in peius* ad alcuni trattamenti di fonte legale» (8). Tanto che non è mancato un autorevole tentativo di costruire concettualmente in termini di “terzietà” siffatto nuovo effetto costitutivo della legittimazione negoziale a stipulare contratti diversi da quello ordinario a tempo indeterminato, nell’ambito di quelli che sono i tipici effetti – normativo ed obbligatorio – del contratto collettivo (9). Tuttavia, la tesi dell’effetto “terzo” non riesce a sfondare il muro rappresentato dal concetto di “deroga” ed a prevalere sull’ottica derogatoria tipica della legislazione in materia: basta prendere atto dell’effetto riespansivo della disciplina ordinaria (*i.e.* la conversione dell’illegittimo contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato) quale sanzione ad ogni violazione delle regole per l’accesso alla fattispecie di lavoro “flessibile”. Volendo tentare, senza alcuna pretesa di esaustività, una rapida sintesi riassuntiva delle ragioni di ammissibilità del contratto di lavoro a tempo determinato individuate dalla contrattazione collettiva sembra possibile

(7) Trib. Ariano Irpino 3 aprile 2006, in *GM*, 2007, 3148, con nota di A. CIRIELLO, *Il contratto a termine nel diritto giurisprudenziale*, cit.

(8) Così R. DEL PUNTA, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *DRI*, 2004, 543. Sul tema v. A. CESSARI, R. DE LUCA TAMAJO, *Dal garantismo al controllo*, II ed., Giuffrè, Milano, 1987.

(9) Cfr. M. D’ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, cit., 529 ss.

osservare come le stesse si riferiscano essenzialmente ad esigenze imprenditoriali di carattere oggettivo e generalmente transitorio, con una tendenza che mostra un'attenta "erosione" degli spazi della disciplina legale ed un'apertura all'istituto in misura notevolmente superiore a quanto fosse lecito attendersi ⁽¹⁰⁾. In particolare, «nei contratti di categoria le parti sociali hanno introdotto ipotesi di lavoro a termine connesse a fattispecie oggettive, e cioè a situazioni od esigenze aziendali oggettive, che richiedono apporti lavorativi oggettivamente limitati nel tempo» ⁽¹¹⁾, ma anche ipotesi di lavoro a termine individuate in relazione a determinate condizioni soggettive dei lavoratori, che, nella prospettiva di favorire l'accesso al mercato del lavoro a particolari categorie di lavoratori, consentono l'assunzione degli stessi anche a prescindere dalla sussistenza di ragioni ed esigenze oggettive dell'impresa.

Peraltro, successivamente, con riferimento al reimpiego dei lavoratori collocati in mobilità, la legge 23 luglio 1991, n. 223 circoscrive il rapporto di lavoro a tempo determinato proprio ad alcune ipotesi enucleate in relazione alle condizioni soggettive del lavoratore.

Si tenta di fare del contratto a termine uno strumento diretto ad agevolare l'occupazione e, in tale ottica, l'articolo 8, comma 2, della predetta legge prevede che «i lavoratori in mobilità possono essere assunti con contratto di lavoro a termine di durata non superiore a dodici mesi», disponendo una riduzione della contribuzione a carico del datore di lavoro, che si estende per ulteriori dodici mesi qualora il rapporto venga trasformato a tempo indeterminato. Secondo un dato orientamento si tratta di una fattispecie autonoma di ammissione del rapporto a tempo determinato, rispetto a quelle coniate dalla legge n. 230/1962 ed individuate dalla contrattazione collettiva ⁽¹²⁾, ma prassi e parte della giurisprudenza

⁽¹⁰⁾ Cfr. M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., 165.

⁽¹¹⁾ L. MENGHINI, *Il termine*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, Utet, Torino, 1998, vol. II, 433, che evidenzia, altresì: «[...] gli esiti negoziali si caratterizzano non solo per la notevole mole di ipotesi ammesse, ma soprattutto per il fatto che queste molto spesso non sono assolutamente nuove, ma interferiscono e si sovrappongono a quelle legali, non per specificarle, ma per consentire margini di utilizzo dell'istituto più ampi di quelli concessi dalla disciplina legislativa, rispetto alla quale si mostra di voler superare ogni strettoia applicativa legata ad interpretazioni restrittive o comunque contrastanti».

⁽¹²⁾ Cfr. M. ROCCELLA, *Lavoratori in mobilità e assunzioni a termine*, in *DPL*, 1992, 1725; E. BALLETTI, *Collocamento dei lavoratori in mobilità*, in G. FERRARO, F. MAZZIOTTI, F.

sembrano di contrario avviso, affermando come necessaria, ai fini dell'accesso alle agevolazioni contributive per l'assunzione a tempo determinato di lavoratori in mobilità, la sussistenza di una ipotesi di ammissibilità prevista dalla legge o dalla contrattazione collettiva ⁽¹³⁾.

Occorre, in generale, precisare che, in specifici casi, il legislatore ha previsto limitazioni alla durata ed espressi divieti di rinnovo del contratto, ma l'ottica seguita dalle predette ultime leggi in materia è quella di un incremento dell'occupazione, segnatamente, con riguardo a determinate categorie di lavoratori. Muta, dunque, la prospettiva, nel senso che si rende possibile la stipulazione dei contratti a tempo determinato anche in ipotesi in cui la prestazione lavorativa si riferisca a mansioni di cui l'impresa si avvalga in modo permanente. Tali previsioni normative, dunque, di certo ampliano le possibilità di utilizzo del lavoro non stabile, seppure la dottrina non ha mancato di evidenziare che, per tutta una serie di "ostacoli" e ragioni (autorizzazioni, limiti percentuali, necessità di specifiche esigenze oggettive o condizioni soggettive, ecc.), l'assetto della disciplina non giunge ancora ad una effettiva realizzazione della piena alternativa tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine ⁽¹⁴⁾.

SANTONI (a cura di), *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Jovene, Napoli, 1992, 1725; A. RICCARDI, *Sulla disciplina del contratto a termine dei lavoratori in mobilità* (nota a Pret. Monza 9 agosto 1996; Pret. Milano 27 aprile 1996), in *MGL*, 1996, 534.

⁽¹³⁾ In tal senso Pret. Monza 9 agosto 1996, in *MGL*, 1996, 533; circ. Inps 12 novembre 1991, n. 260, in *DPL*, 1991, 3125. *Contra*, circ. Ministero lavoro, 23 aprile 1992, in *LPO*, 1992, 899; Pret. Milano 27 aprile 1996, in *MGL*, 1996, 533; Pret. Milano 6 luglio 1995, in *D&L*, 1995, 902.

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. D'ANTONA, *I contratti a termine per «punte stagionali» tra delegificazione e rilegificazione* (nota a Cass. 24 gennaio 1985, n. 336, e Pret. Roma 26 gennaio 1986), in *RGL*, 1986, II, 114; M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, cit., 159.

5. Il contributo della giurisprudenza

Occorre anche segnalare come questa evoluzione normativa sia stata accompagnata da un certo “dinamismo” della giurisprudenza ⁽¹⁾, che si è sempre più orientata nel senso di una lettura “aperta” della disciplina sul lavoro a termine, dimostrandosi sensibile alle esigenze delle imprese e di salvaguardia della produttività. La legislazione in materia induce i giudici a rendere più morbida la rigida interpretazione tipica di norme che configurano il lavoro a termine quale mera eccezione al lavoro a tempo indeterminato ⁽²⁾. Infatti, sotto tale profilo, non si può non osservare che seppure le causali di ingresso al lavoro a termine hanno, via via, disperso la loro portata di “eccezioni”, divenendo sempre meno tali, ad ogni buon conto hanno conservato la loro qualità di requisito imprescindibile per l’accesso alla tipologia negoziale di cui trattasi, laddove il contratto di lavoro a tempo indeterminato non necessita di alcuna causale e requisito di forma.

Per quanto particolarmente concerne la prosecuzione del rapporto oltre la data del termine, l’articolo 2, comma 2, parte prima, della legge del 1962, nella sua versione originaria, prevedeva la trasformazione dello stesso in rapporto a tempo indeterminato sin dal momento

⁽¹⁾ Per una sintesi della giurisprudenza formatasi, in particolare, dopo l’art. 23, l. n. 56/1987, v. P. LAMBERTUCCI, *L’evoluzione della disciplina del contratto a termine tra oscillazioni giurisprudenziali e normativa comunitaria*, in *ADL*, 2001, 503 ss. Per un’esauriente rassegna della vasta giurisprudenza comunitaria, costituzionale, di legittimità e di merito sul contratto di lavoro a tempo determinato v. l’opera collettanea di G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2008.

⁽²⁾ In tali termini, in particolare, Cass. 20 ottobre 1993, n. 10401, in *RGL*, 1994, II, 721.

dell'assunzione, secondo alcuni, a prescindere dalla volontà delle parti ⁽³⁾, secondo altri, solo in presenza di concorde volontà delle stesse ⁽⁴⁾. Nel testo modificato dall'articolo 12 del c.d. "pacchetto Treu", di cui alla legge 24 giugno 1997, n. 196, viceversa, si prevede che «se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al 20% fino al decimo giorno successivo, al 40% per ciascun giorno ulteriore. Se il rapporto di lavoro continua oltre il ventesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi ovvero oltre il trentesimo negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini». In diverse parole, si "ammorbidiscono" le conseguenze della continuazione del rapporto di lavoro, monetizzandole entro un determinato arco temporale e solo successivamente si dispone la trasformazione in tempo indeterminato del rapporto lavorativo, peraltro non dalla data di costituzione dello stesso, ma soltanto dal momento del superamento dei predetti termini.

Sempre l'articolo 2, comma 2, parte seconda, versione originaria, del testo normativo del 1962 disponeva, poi, che il contratto doveva considerarsi a tempo indeterminato quando il lavoratore veniva riassunto a termine entro quindici o trenta giorni dalla scadenza di un contratto di durata rispettivamente inferiore o superiore a sei mesi.

La parte terza della stessa predetta disposizione normativa considerava a tempo indeterminato il contratto nel caso di assunzioni successive a termine con finalità elusive. La fattispecie della successiva assunzione a tempo determinato dello stesso prestatore di lavoro è stata costruita quale frode di carattere oggettivo: si prescinde dalla intenzionalità e dalla consapevolezza dell'elusione, richiedendosi però lo stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale ⁽⁵⁾. Anche detta previsione è stata, poi, così modificata dall'articolo 12 della sopra ricordata legge n.

⁽³⁾ Cfr. A. MATTARELLA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 1970, 136.

⁽⁴⁾ Cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro a termine – Linee interpretative e prospettive di riforma: gli anni ottanta*, Giuffrè, Milano, 1980, 405; ma anche Cass. 18 maggio 1982, n. 3062, in CC, 1982, I, 2694; Pret. Roma 13 settembre 1976, in TR, 1977, 40.

⁽⁵⁾ Cfr. Cass. 10 agosto 1983, n. 5345, in LPO, 1983, 2117; Cass. 4 settembre 1981, n. 5046, in FI, 1981, I, 2664.

196/1997: «qualora il lavoratore venga riassunto a termine entro un periodo di dieci giorni ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata, rispettivamente, inferiore o superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato. Quando si tratti di due assunzioni a termine, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto».

Nella prospettiva di progressiva riduzione dello sfavore verso siffatta tipologia negoziale viene, dunque, incrementata la possibilità di successiva stipulazione di contratti a termine. Rimane, tuttavia, dubbia l'effettiva portata della seconda parte della norma e, segnatamente, la corretta interpretazione del riferimento alle «due assunzioni successive a termine» ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Sulle diverse interpretazioni v. M. MISCIONE, *Nuove sanzioni per il contratto a termine*, in *DPL*, 1997, 2101; M. PAPALEONI, *Spigolature su alcuni recenti provvedimenti normativi in materia di lavoro (L. 24 giugno 1997, n. 196; D.Lgs. 26 maggio 1997, n. 152)*, in *MGL*, 1997, 756; M. ROCCELLA, *Contratti a termine: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *DPL*, 1997, 2354; A. TAMPIERI, *La nuova disciplina sanzionatoria del contratto a termine*, in L. GALANTINO (a cura di), *Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione. Commento alla legge 24 giugno 1997, n. 196*, Giuffrè, Milano, 1997, 318.

6. La riforma del 2001 e i dubbi di costituzionalità

Una vicenda da taluni definita “strana” ⁽¹⁾, dai contorni non ben chiari e definiti ⁽²⁾, conduce all’emanazione del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 sul contratto di lavoro a termine, in funzione di adeguamento della disciplina al principio comunitario secondo cui al contratto di lavoro, di regola a tempo indeterminato, si può apporre un termine soltanto quando sussista una ragione oggettiva ⁽³⁾. Il predetto decreto legislativo ⁽⁴⁾ si pone, dunque, in linea con le previsioni della

⁽¹⁾ Cfr. G. PERA, *La strana storia dell’attuazione della direttiva CE sui contratti a termine*, in *LG*, 2001, 305. Per una ricostruzione della vicenda v. M. BIAGI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁽²⁾ Su tale profilo v. G. CAZZOLA, *C’eravamo tanto amati*, Sperling e Kupfer, Milano, 2001, 191 ss.

⁽³⁾ V. direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999, che a sua volta recepisce l’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 dall’UNICE, dal CEEP e dalla CES. Sulla direttiva e sul suo recepimento v. L. ZAPPALÀ, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua la direttiva travisandola*, in *DML*, 3, 2001, 1 ss.; M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell’Unione europea*, in *FI*, 2002, V, 93 ss.; A. BELLAVISTA, *La direttiva sul lavoro a tempo determinato* e A. GARILLI, *Il recepimento della direttiva sul lavoro a termine nell’ordinamento italiano*, entrambi in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003; N. MIRANDA, *La nuova disciplina del lavoro a termine alla luce della normativa comunitaria*, in *D&L*, 2004, 503 ss.

⁽⁴⁾ Per una disamina complessiva del decreto v. L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *DRI*, 2006, 1, 109.

direttiva europea, ma va oltre, non ritenendosi vincolato dalle precedenti disposizioni interne, che, però, pur abrogate, vengono sostanzialmente confermate.

Sotto tale profilo è possibile osservare come la legge-delega (legge 29 dicembre 2000, n. 422, c.d. legge comunitaria per il 2000) si limitava semplicemente ad autorizzare il Governo ad emanare «le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive», senza dettare ulteriori principi e criteri. Del resto, l'accordo quadro europeo e la relativa direttiva presentavano una portata precettiva assai limitata e non si era mancato di osservare che la disciplina vigente in materia, salvo alcuni aspetti di carattere marginale, era già sostanzialmente conforme a quanto previsto nel predetto accordo quadro e nella relativa direttiva ⁽⁵⁾. Insomma, «sarebbe bastato aggiungere le poche disposizioni mancanti in tema di formazione professionale, informazioni ai lavoratori e sindacali, computo dei lavoratori a termine» ⁽⁶⁾.

In sede di valutazione dell'ammissibilità di un referendum abrogativo avente ad oggetto la legge n. 230/1962 anche la Corte costituzionale aveva avuto modo di osservare che, considerata «la lettera e lo spirito della direttiva in questione l'ordinamento italiano risulta anticipatamente conformato agli obblighi da essa derivanti» ⁽⁷⁾. In altri termini, «si è dato invero per presupposto, da taluni, che il decreto legislativo del 2001 comportasse un deteriore trattamento dei lavoratori a termine, con particolare riguardo alla disciplina vigente, e altresì che la nuova disciplina non avesse ragione di essere, posto che il nostro paese aveva già risposto *ante litteram* alla direttiva comunitaria con lo *ius conditum*; inoltre, secondo la medesima prospettiva, il decreto legislativo del 2001

⁽⁵⁾ Cfr. G. PERA, *La strana storia dell'attuazione della direttiva CE sui contratti a termine*, cit., 305; M. BIAGI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, cit.; N. MIRANDA, *La nuova disciplina del lavoro a termine alla luce della normativa comunitaria*, cit., 522; M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, cit., 99.

⁽⁶⁾ A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *DL*, 2002, I, 1 ss., spec. 28 ss.

⁽⁷⁾ C. cost. 7 febbraio 2000, n. 41, in *FI*, 2000, I, 701, nonché in *RIDPC*, 2000, 175, con nota di M. CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari: verso l'inammissibilità dei referendum su «leggi comunitariamente necessarie»?*.

non poteva riguardare il complesso della disciplina, ma piuttosto solo integrare la suddetta normativa previgente»⁽⁸⁾.

Tutto ciò considerato, sono stati avanzati dubbi di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 368/2001, tanto per eccesso di delega, quanto per contrasto con l'articolo 76 Cost., avuto riguardo, quale "norma interposta", alla legge n. 422/2000. Tuttavia, a ben vedere, non è la direttiva a rappresentare la "fonte" del decreto⁽⁹⁾, il cui recepimento ha in realtà costituito non la giustificazione, ma soltanto l'occasione per la riforma del contratto a tempo determinato. «Questa scelta di politica legislativa poteva, in astratto, essere del tutto legittima: niente impediva, in concomitanza con l'adeguamento alle disposizioni comunitarie, di introdurre modifiche radicali alla normativa previgente, disciplinare anche altri aspetti, con il solo limite della perdurante conformità ai principi della direttiva; non appare tuttavia, in concreto, costituzionalmente legittimo l'utilizzo del decreto legislativo (cioè di una fonte che viene efficacemente definita *subprimaria*), considerati i limiti della delega parlamentare conferita al Governo»⁽¹⁰⁾.

In breve, come già osservato in precedenti scritti, nulla impediva che venisse emanata una nuova disciplina non in funzione meramente integrativa, bensì di più ampia riscrittura della stessa. Del resto, la dottrina internazionalistica⁽¹¹⁾ ritiene che ben possa un ordinamento nazionale legiferare su una materia in ordine alla quale l'organo supremo ha giudicato non fondata una paventata violazione del diritto comunitario secondario: «ragione per la quale ben poteva il legislatore italiano

⁽⁸⁾ G. ZILIO GRANDI, *La normativa comunitaria sul lavoro a termine*, in *DRI*, 2007, 4, 1053.

⁽⁹⁾ Cfr. F. BALESTRIERI, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368)*, in *ADL*, 2002, 115.

⁽¹⁰⁾ L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *RIDL*, 2006, 3, 327, che prosegue: «Non mi pare poi possibile giustificare ex art. 76 Cost. le modifiche radicali e le disposizioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle "occorrenti" per dare attuazione alla direttiva con la previsione della delega, che autorizzava, come da prassi, ad apportare le "occorrenti modifiche ed integrazioni", "per evitare disarmonie con le discipline vigenti"».

⁽¹¹⁾ Per tutti v. M. CONDINANZI, *Comunità europee. Unione Europea e adattamento*, in S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2006.

normare nuovamente l'istituto, ovviamente nei limiti tracciati dalla direttiva comunitaria»⁽¹²⁾.

Per completezza espositiva occorre dire che Corte costituzionale n. 44/2008, ha dichiarato illegittimo l'articolo 10, commi 9 e 10, del decreto legislativo n. 368/2001 nella parte in cui abroga il diritto di precedenza di cui all'articolo 23, comma 2, della legge n. 56/1987. Il giudice delle leggi ha ritenuto sussistente la violazione dell'articolo 77, comma 1, della Costituzione, in quanto l'articolo 1, comma 1, della legge 29 dicembre 2000, n. 422 «delega il Governo ad emanare "i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B" e, per quanto concerne la direttiva 1999/70/CE relativa al caso in esame non ha dettato – a differenza di altre ipotesi – specifici criteri o principi capaci di ampliare lo spazio di intervento del legislatore delegato».

Altro profilo di possibile illegittimità costituzionale è legato all'abrogazione, da parte del decreto legislativo n. 368/2001 dell'articolo 1, comma 2, lettera b, della legge n. 230/1962 che ammetteva l'apposizione di un termine al contratto di lavoro per la sostituzione di lavoratori assenti, per i quali sussisteva il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto fosse indicato il nominativo del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione. La disposizione di cui all'articolo 1, commi 1 e 2, del decreto del 2001, invece, prevede genericamente la possibilità di fare ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive, con il solo obbligo di indicare per iscritto tali ragioni, ma non anche di specificare le ragioni della sostituzione ed il nome del lavoratore sostituito. Il Tribunale di Trani ha così deciso di sollevare una questione di legittimità costituzionale, nella parte in cui viene introdotta una nuova disciplina del contratto a termine per ragioni di carattere sostitutivo peggiorativa, sotto il profilo della tutela del lavoratore rispetto a quella contenuta nella legge del 1962, consentendo al datore di lavoro di non indicare il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione, ed un'altra questione di pregiudizialità⁽¹³⁾, innanzi alla Corte di giustizia,

(12) G. ZILIO GRANDI, *La normativa comunitaria sul lavoro a termine*, cit., 1054.

(13) Sulla tematica v. V. DE MICHELE, *Questioni di pregiudizialità comunitaria e costituzionale sul contratto a termine*, in *LG*, 2008, 705 ss.; A. DI FLORIO, *L'applicazione del diritto sovranazionale nella giurisprudenza del lavoro. Il contratto a termine*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*,

in ordine alla possibile violazione della clausola di non regresso ⁽¹⁴⁾ contenuta nell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 99/70/CE, rappresentando, secondo il rimettente, l'eliminazione esplicita dell'obbligo di indicazione del nome e della causale di assenza del sostituito, un arretramento di tutela per il lavoratore.

Con sentenza n. 214/2009 ⁽¹⁵⁾ la Corte costituzionale ha adottato una decisione interpretativa di rigetto, ritenendo che l'onere di specificazione previsto dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 368/2001 impone che, tutte le volte in cui l'assunzione a termine avvenga per soddisfare ragioni di carattere sostitutivo, debba risultare per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la ragione della sua sostituzione. Infatti, afferma la Corte, «considerato che per ragioni sostitutive si debbono intendere motivi connessi con l'esigenza di sostituire uno o più lavoratori, la specificazione di tali motivi implica necessariamente anche l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire e delle cause della loro sostituzione; solamente in questa maniera, infatti, l'onere che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle parti che intendano stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato può realizzare la propria finalità, che è quella di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto. Non avendo gli impugnati artt. 1, comma 1, ed 11 del d.lgs. n. 368 del 2001 innovato, sotto questo profilo, rispetto alla disciplina contenuta nella legge n. 230 del 1962, non sussiste la denunciata violazione dell'art. 77 della Costituzione».

L'intervento del giudice delle leggi non ha, tuttavia, superato le incertezze interpretative, considerato che con due sentenze del 26 gennaio 2010, n. 1576 e n. 1577, la Corte di cassazione ha fornito una propria lettura della suddetta decisione. La Suprema Corte, infatti,

Atti del I Workshop in Diritto dell'Unione europea e internazionale, Venezia, Palazzo Ducale, 26-27 marzo 2010, Aracne, 2010, 369 ss.

⁽¹⁴⁾ Sul tema v. L. CORAZZA, *Lavoro a termine e clausole di non regresso*, in *DLRI*, 2008, 499 ss.

⁽¹⁵⁾ Sulla quale v. G. FERRARO, *A proposito della sentenza n. 214/2009 sul lavoro a termine*, in *DLM*, 2009, 433 ss.; T. VETTOR, *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte Costituzionale n. 214 del 2009*, in *ADL*, 2009, 1049 ss.

evidenza come «nella illimitata casistica che offre la realtà concreta delle fattispecie aziendali, accanto a fattispecie elementari in cui è possibile individuare fisicamente il lavoratore o i lavoratori da sostituire, esistono fattispecie complesse in cui la stessa indicazione non è possibile e l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori deve passare necessariamente attraverso la specificazione dei motivi, mediante l'indicazione di criteri che, prescindendo dall'individuazione delle persone, siano tali da non vanificare il criterio selettivo che richiede la norma» ⁽¹⁶⁾.

Incertezze interpretative alimentate, se possibile, dalla stessa sentenza dei giudici comunitari.

La Corte di Lussemburgo, dopo aver ribadito l'ampia portata del principio del non regresso e della connessa impossibilità per i legislatori nazionali di ridurre il livello generale di tutela complessivamente offerto ai lavoratori a termine, afferma che, al fine di valutare la sussistenza di una *reformatio in peius* della disciplina italiana a seguito dell'attuazione della direttiva, la modifica peggiorativa deve riguardare il «livello generale di tutela» dei lavoratori a tempo determinato e per verificare se sussiste o meno l'effettivo abbassamento di siffatto livello generale di tutela, la Corte demanda al giudice nazionale di sottoporre la normativa interna ad una duplice verifica quali-quantitativa del livello di riduzione e, dunque, ad accertare se la stessa interessi tutti i lavoratori a termine oppure soltanto una data categoria e se siffatta riduzione del livello di tutela sia o meno compensata da altre misure.

Ma la Corte non si limita a rinviare semplicemente l'indagine ai giudici nazionali, visto che sembra anticipare lo stesso giudizio, nel momento in cui afferma che «le modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 368/2001 al diritto nazionale precedente non interessano tutti i lavoratori che abbiano concluso un contratto di lavoro a tempo determinato, bensì unicamente coloro che ne abbiano concluso uno al fine di sostituire un altro lavoratore». Il ragionamento della Corte, in breve, lascerebbe intendere che, per quanto riguarda la normativa italiana di cui si discute, non sussiste violazione della clausola di non regresso perché i lavoratori

⁽¹⁶⁾ Cass. 26 gennaio 2010, n. 1576 e n. 1577, in *Red. MGC*, 2010, 1. Sul tema, alla luce delle decisioni del giudice di legittimità, v. M. DI FRANCESCO, *Contratto di lavoro a tempo determinato ed onere di specificazione del nominativo del sostituito*, in *LPO*, 2010, 445 ss.

assunti a termine per ragioni sostitutive non costituiscono percentuale rilevante.

L'utilizzo da parte della Corte di giustizia di un criterio meramente quantitativo lascia alquanto perplessi ⁽¹⁷⁾: non è certo agevole stabilire cosa debba intendersi per «porzione significativa dei lavoratori impiegati a tempo determinato», né sono dati statistici facilmente reperibili quelli che attestino quanti siano i lavoratori assunti a termine per ragioni sostitutive rispetto a quelli assunti a termine per ragioni tecniche, organizzative o produttive. «Ugualmente complesso si rivela poi l'utilizzo, da parte del giudice nazionale, del criterio *quali-quantitativo* suggerito dalla Corte di giustizia» ⁽¹⁸⁾.

Da ultimo, per inciso, oltre ai profili di legittimità, in dottrina sono state anche avanzate perplessità sul piano "politico". Il Governo, infatti, utilizzando la delega ricevuta con la legge n. 422/2000, ha anche recepito un accordo sindacale interno, non sottoscritto, però, dalla CGIL, ossia da parte della confederazione sindacale maggiormente rappresentativa sul piano nazionale.

⁽¹⁷⁾ Cfr. M. DELFINO, P. SARACINI, *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in *DLM*, 2009, 404 ss. In argomento v. anche M. MISCIONE, *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *LG*, 2009, 437 ss.

⁽¹⁸⁾ L. ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso* (nota a C. giust. 24 giugno 2010, n. 98), in *RIDL*, 2010, 4, 1057.

7.

La disciplina dettata dal decreto legislativo n. 368/2001

In linea con il principio posto in sede comunitaria ⁽¹⁾, secondo cui la regola rimane quella della normalità del rapporto a tempo indeterminato ⁽²⁾, l'articolo 1, comma 1, del decreto ammette l'apposizione del termine solo ⁽³⁾, «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo». Per l'effetto, la ricorrenza delle predette giustificazioni «condiziona la legittimità del patto» e «ove il magistrato escluda la sussistenza di queste ragioni, la conseguenza» sarà «ovviamente quella, già acquisita, della conversione in contratto a tempo indeterminato», anche se «su questo punto capitale, in verità, il decreto, come sempre fatto coi piedi, è muto nell'art. 1» ⁽⁴⁾. In tal senso anche la prevalente

⁽¹⁾ Recita il 6° considerando della direttiva 1999/70/CE: «i contratti a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro». Nella stessa direzione, il 7° considerando precisa che «l'utilizzazione di contratti a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi».

⁽²⁾ Sul tema v. A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001.

⁽³⁾ Scriveva F. TOFFOLETTO in un articolo pubblicato da *Il Sole-24 Ore*, 10 luglio 2001, 23, rispetto alla bozza di decreto in circolazione: «È [...] sbagliata e pericolosa, perché certamente fonte di un futuro pesante contenzioso giudiziario, la necessità [...] della sussistenza di ragioni giustificatrici del contratto; se si vuole che questo strumento funzioni, tale previsione va cancellata».

⁽⁴⁾ Così si esprime, all'indomani del varo del testo normativo, G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *RIDL*, 2002, 1, 15.

giurisprudenza ⁽⁵⁾, specie considerato che «in caso di mancata specificazione delle ragioni che giustificano l'assunzione a tempo determinato, la sanzione legislativamente stabilita dal comma 2 della norma è quella dell'inefficacia dell'apposizione del termine» che «resta limitata chiaramente a tale clausola, permanendo la validità e l'efficacia della restante parte del contratto che si deve considerare a tempo indeterminato, non essendo più caratterizzato da alcun limite temporale» ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Cfr., per tutte, C. cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *DRI*, 2009, 3, 736 (s.m.); Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *MGC*, 2008, 5, 779; Trib. Milano 8 gennaio 2004, in *GC*, 2005, 3, 819; Trib. Milano 26 febbraio 2003, in *RCDL*, 2003, 309. Osserva, tuttavia, L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *RIDL*, 2006, 3, 331: «la "conversione" (per usare questa espressione impropria) in contratto a tempo indeterminato non garantisce in alcun modo la stabilità: una volta ricostituito il rapporto, il datore di lavoro potrà comunque procedere a un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, se in effetti, pur essendo nulla l'apposizione del termine per un motivo che potremmo genericamente definire "formale" (ad esempio per mancata o insufficiente specificazione scritta della causale), il rapporto si era instaurato per far fronte a un'esigenza di natura temporanea e transitoria e non vi è possibilità di reimpiego del lavoratore in modo stabile». V. anche Trib. Ravenna 18 maggio 2005, in *LG*, 2005, 853, con nota di D. ZAVALLONI, *Il cordone ombelicale tra contratto a termine convertito e licenziamento per g.m.o.*

⁽⁶⁾ Così testualmente Trib. Milano 21 aprile 2004, in *D&L*, 2004, 319. Trib. Roma 21 febbraio 2005, in *RGL*, 2005, II, 706, con nota di M. ORLANDO, *Il «caso poste» e le conseguenze della nullità del termine*, afferma, invece: «è applicabile la regola civilistica 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 cod. civ.)».

Sulla questione, una parte della dottrina aveva osservato che la "conversione" in contratto di lavoro a tempo indeterminato è sancita dalla legge (art. 1, comma 2) solo nel caso di assenza di atto scritto e per le ipotesi (art. 5) di prosecuzione del rapporto oltre la scadenza, o di riassunzione senza l'intervallo minimo: se ne ricava che nel caso di nullità della clausola appositiva del termine dovrebbe trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., con nullità dell'intero contratto se il datore di lavoro avesse dimostrato che, senza la previsione del tempo determinato, non avrebbe concluso il negozio, con le conseguenze ex art. 2126 c.c. (A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *DL*, 2002, I, 20 ss.; M. PAPALEONI, *Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato: d. lgs. 6 settembre 2001 n. 368*, in *ADL*, 2002, 685 ss.). Ma la dottrina maggioritaria, osserva come una tale tesi sia «insopportabilmente incoerente» e conduce, paradossalmente, a far gravare la sanzione della nullità sul soggetto tutelato (cfr., tra i tanti, L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *FI*, 2002, V, 39;

Del resto, il recepimento della direttiva comunitaria non può certo rappresentare motivo per ridurre il livello di tutela del lavoratore garantito dalla previgente disciplina che, appunto, disponeva la trasformazione a tempo indeterminato del contratto cui veniva illegittimamente apposto un termine ⁽⁷⁾.

Il legislatore abbandona, dunque, la tecnica delle causali predeterminate e rispetto al previgente sistema incentrato sulla tassatività tipologica, volto a soddisfare le esigenze di certezza, introduce il sistema della clausola generale ⁽⁸⁾, consentendo di adeguare lo strumento alla continua evoluzione dei processi produttivi, anche se, a ben vedere, rispetto al passato muta soltanto la metodologia di individuazione ed estrinsecazione delle condizioni oggettive richieste, ma non già la *ratio*

G. SANTORO PASSARELLI, Note introduttive del *Commentario al d.lgs. n. 368/2001*, in *NLCC*, 2002, 27 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Sub art. 1, ibi*, 46 ss.). A tal proposito, la stessa Corte costituzionale, in fattispecie in tema di nullità del contratto a tempo parziale, ha così affermato: «l'art. 1419, primo comma [...] non è applicabile rispetto al contratto di lavoro, allorché la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore», operando anche un espresso riferimento, tra le altre ipotesi, alla clausola appositiva del termine» (C. cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *RIDL*, 1992, II, 731, con nota di P. ICHINO, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità del part-time ad opera della Corte costituzionale*).

⁽⁷⁾ M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, 95/3, 487; U. CARABELLI, V. LECCESE, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *DLRI*, 2004, 536; L. GAROFALO, *Le clausole di «non regresso» nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *RGL*, 2004, I, 39.

⁽⁸⁾ Di "clausola generale" parla P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. III, 404; G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, cit., 16; 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*, Giuffrè, Milano, 2002, 41 ss. Usa il termine "norma elastica", R. COSIO, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *IPrev*, 2002, n. 3, 307 ss. V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 1, 368, parla di "norma aperta", mentre U. CARABELLI, *Intervento*, in *La nuova legge in materia di contratto di lavoro a termine*, Cesri, 22 ottobre 2001, in *www.unicz.it*, 4, fa riferimento alla figura della "categoria riassuntiva". Sulla tematica v. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, 5 ss.

della previsione, che si premura di ancorare le condizioni a specifici, e alternativi ⁽⁹⁾, elementi.

Nel contempo, la diversa impostazione della nuova normativa taglia «fuori l'autonomia collettiva dal governo diretto della flessibilità» ⁽¹⁰⁾, «spiazzandone» il ruolo che viene di fatto «confinato» ad una mera funzione di controllo *ex post* sui limiti quantitativi di utilizzo di siffatto modulo flessibile ⁽¹¹⁾. «È venuta così a chiudersi la “valvola di sfogo”

⁽⁹⁾ Cfr. A. MISCIONE, *Il contratto a termine davanti alla Corte di giustizia: legittimità comunitaria del d.lgs. 368 del 2001* (nota a C. giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adelener c. Elog (Grecia)*), in *ADL*, 2006, n. 6, 1623 ss.

⁽¹⁰⁾ P. CAMPANELLA, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Aidlass, Giuffrè, Milano, 2003, 597 ss.

⁽¹¹⁾ «A ragione si è ravvisata nel ridimensionamento del controllo sindacale la connotazione fondamentale, da un punto di vista di politica del diritto, dell'intervento riformatore» (R. DEL PUNTA, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *DRI*, 2004, 544). Di pari avviso, tra gli altri, S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *RGL*, 2002, I, 505 ss.; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 2001, 91, 361 ss.; L. ANGELINI, *Ruolo del sindacato e tutela collettiva nella nuova disciplina del rapporto di lavoro a termine*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., 362 ss.; L.M. DENTICI, *Abrogazioni, disciplina transitoria e sanzioni nel d. lgs. n. 368 del 2001*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 167 ss.

M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., 85, propone una diversa chiave di lettura, evidenziando che anche nel nuovo contesto normativo le parti sociali possono giocare un ruolo attivo, pur in difetto di una espressa previsione normativa, atteso il concreto interesse dei datori di lavoro a «predeterminare alcune ipotesi più ricorrenti di possibile apposizione del termine, così come i contratti collettivi predeterminano le ipotesi di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento, in presenza, cioè, di una clausola generale». P. PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e contingentamento delle forme flessibili di impiego*, in *ADL*, 2002, 375 ritiene possibile affermare che la contrattazione collettiva integri e, per certi versi, colmi la definizione oggettiva generale contenuta nell'art. 1 del decreto legislativo. In tema v. anche L. MONTUSCHI, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *DRI*, 2006, 1, 109 ss., spec. 117.

Tuttavia, se anche dopo la riforma del 2001 la contrattazione collettiva ha continuato di certo a svolgere un ruolo importante nella individuazione delle causali oggettive, non appare possibile negare che, secondo la nuova disciplina, gli accordi sindacali possono solo specificare (*i.e.* certificare) ragioni che devono essere, comunque, oggettivamente esistenti, non potendo svolgere più alcun ruolo “normativo” o estensivo. Peraltro, il richiamo alle previsioni della contrattazione collettiva fatto nel contratto individuale di

costituita dalle valutazioni delle parti sociali circa l'opportunità del ricorso al lavoro a tempo determinato in relazione alle peculiari situazioni delle imprese e del mercato; valutazioni valorizzate dal consolidamento, nel corso degli anni Novanta, dell'orientamento secondo cui l'articolo 23 conteneva una "delega in bianco"»⁽¹²⁾.

È, infatti, ora il giudice (e non più la contrattazione collettiva) a dover valutare la sussistenza e la legittimità delle ragioni giustificatrici del contratto a termine⁽¹³⁾ e a dover "qualificare" il generico riferimento legislativo alle ragioni di carattere tecnico, produttivo organizzativo o sostitutivo, idonee a giustificare il ricorso all'istituto a termine. E, in tal ottica, è necessario che le parti individuino ed indichino, a pena di nullità, i motivi dell'apposizione del termine⁽¹⁴⁾, con onere della prova a carico del datore di lavoro⁽¹⁵⁾.

lavoro non mette l'impresa al riparo dal sindacato giudiziale. Insomma, la contrattazione collettiva «potrà soltanto specificare (in modo non vincolante per l'interprete) le esigenze temporanee di tipo oggettivo [...]. Non sarebbe dunque ammissibile l'individuazione di ipotesi legittimanti [...] sulla base di requisiti soggettivi del lavoratore, ovvero in casi in cui l'occasione di lavoro sia priva del requisito della temporaneità» (M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., 70).

⁽¹²⁾ Così P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *DRI*, 2012, 958.

⁽¹³⁾ Cfr. A.M. PERRINO, *Contratti a tempo determinato: prime notazioni sul d.lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, in *FI*, 2001, I, 3516 ss. Sottolineano, in particolare, l'ampliamento della discrezionalità dei giudici, P. ICHINO, *Contratti a termine, un decreto trappola*, in *Corriere della Sera*, 22 ottobre 2001; ID., *Il contratto di lavoro*, cit., 407; L. RUGGIERO, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della direttiva n. 99/70/Ce*, in *GLav*, 2001, 41, II; E. GHERA, *Il diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, 618 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Trib. Milano 13 ottobre 2003 e Trib. Milano 8 agosto 2003, in *Note inf.*, 2004, 29, 47 ss.; Trib. Milano 21 giugno 2002, *ivi*, 2002, 24, 33. *Contra*, Trib. Milano 4 maggio 2004, in *RIDL*, 2005, II, 194, con nota di M. VINCIGUERRA, *La prima giurisprudenza applicativa della nuova disciplina del contratto a termine*. Sul tema v. anche Trib. Milano 29 agosto 2005, in *D&L*, 2005, 743, con nota di G. MORO, *Specificazione dei motivi di apposizione del termine e (altre ipotesi di) conversione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato*.

⁽¹⁵⁾ In tal senso anche A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., 34; L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *ADL*, 2002, 1, 49; R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Giuffrè, Milano 2001, 247 ss.; M. PAPALEONI, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, in *RIDL*, 2001, I, 388; E. GHERA, *Il diritto del lavoro*, cit., 618; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*,

Le ragioni della deroga alla regola della durata indeterminata del rapporto devono, dunque, essere necessariamente specificate per iscritto nel contratto di lavoro ⁽¹⁶⁾: siffatto obbligo di specificazione rappresenta, infatti, «il necessario contrappeso, sul piano formale della perdita di garanzia insita nel ricorso ad una tecnica legislativa imperniata su di una clausola generale. E cioè: proprio il fatto che la legge rinunci ad una previa elencazione delle esigenze temporanee giustificanti l'apposizione del termine, richiede che le stesse siano indicate nell'atto stesso con cui il termine viene apposto» ⁽¹⁷⁾.

A differenza di quanto previsto dal legislatore del 1962, quello del 2001 consente, dunque, alle imprese di stipulare contratti a tempo determinato in presenza di ragioni di natura tecnica, organizzativa, produttiva o sostitutiva, lasciando così alle stesse l'autonoma individuazione delle singole ipotesi atte a giustificare la conclusione di siffatti contratti; nel contempo, però, proprio al fine di consentire al prestatore di lavoro la verifica della legittimità della clausola di apposizione del termine, la

Giappichelli, Torino, 2010, 134; F. BALESTRIERI, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368)*, in *ADL*, 2002, 165. Anche la stessa relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo precisa che «in caso di contenzioso incomberà pur sempre sul datore di lavoro l'onere della prova della giustificatezza dell'assunzione a termine». Con riferimento alla disciplina precedente, v., per tutti, in dottrina, A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1988, 65, e in giurisprudenza Cass. 29 marzo 2000, n. 3843, in *MGL*, 2000, 658, nonché in *NGL*, 2000, 440.

⁽¹⁶⁾ Trib. Milano 29 agosto 2005, cit., ha precisato che la specificazione delle ragioni può anche avvenire in un documento separato rispetto al contratto vero e proprio, ma è necessario che tali ragioni siano «esplicite, specifiche e inequivoche e che il lavoratore conosca e accetti, in modo altrettanto esplicito e inequivoco il contenuto dell'intero contratto di lavoro a termine, in tutti i suoi elementi effettivamente configurati», considerato che «la *ratio* della legge è che il contratto di lavoro a termine non possa mai essere "completato" *ex post* dal datore di lavoro con ragioni giustificative fittizie».

Si rammenta che nella previgente disciplina un onere di specificazione delle ragioni dell'apposizione del termine era previsto unicamente per la sostituzione di lavoratori assenti, con necessaria indicazione del nome del lavoratore sostituito e della causa dell'assenza. La stessa Suprema Corte aveva affermato che, a parte siffatta eccezione, non sussisteva un onere generale di specificare e richiamare, nel contratto individuale di lavoro, l'ipotesi legale o contrattuale giustificativa dell'apposizione del termine (Cass. 8 luglio 1995, n. 7507, in *OGL*, 1995, 613; Cass. 10 marzo 1982, n. 1556, in *OGL*, 1982, 1137).

⁽¹⁷⁾ Trib. Bologna 2 dicembre 2004, in *ADL*, 2005, 655.

nuova disciplina sul lavoro a termine impone non solo la stipulazione per iscritto, ma anche la specificazione delle ragioni di cui si è detto.

Del resto, «l'obbligo di motivazione specifico e concreto appare coerente con l'enunciazione di una clausola generale»⁽¹⁸⁾ ed ha tre finalità, tra loro strettamente connesse: assicurare al lavoratore conoscenza delle ragioni dell'assunzione; cristallizzare la causale, rendendola immutabile; permettere il successivo controllo giudiziale⁽¹⁹⁾. Va da sé che nel momento in cui il datore di lavoro deve indicare *ab origine*, per iscritto e con la necessaria precisione, le ragioni concrete dell'apposizione del termine, risulta vincolato a tale indicazione, con la conseguenza che «più dettagliata sarà l'indicazione delle ragioni giustificatrici a monte, più ampia e penetrante sarà la possibilità rimessa al controllo giurisprudenziale circa la concreta sussistenza delle ragioni e il nesso eziologico delle stesse con il singolo rapporto di lavoro»⁽²⁰⁾.

In difetto, dunque, di siffatta specifica indicazione delle ragioni oggettive che legittimano l'apposizione del termine la giurisprudenza ritiene a priori nullo il contratto a termine: «La innovativa introduzione di una formula legislativa ampia e generica di individuazione delle clausole giustificative del termine non consente comunque che tale ampiezza e genericità sopravviva nell'atto scritto, ove le ragioni dell'apposizione del termine devono essere "specificate", pena la inefficacia dell'apposizione del termine, proprio per consentire un controllo sulla legittimità dell'assunzione ed evitare una inammissibile ricerca *ex post* di una giustificazione valida del contratto»⁽²¹⁾.

È già stato, sotto tale profilo, segnalato come il legislatore del 2001 abbia totalmente (e, per certi versi, inspiegabilmente) ommesso «di considerare l'incertezza dell'esito dell'eventuale verifica giudiziale nelle vaste zone

⁽¹⁸⁾ Così App. Firenze 30 maggio 2005, in *RIDL*, 2006, II, 111, con nota di P. ALBI, *Le ragioni oggettive che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato*, secondo cui vi sarebbe «un controllo giudiziale ancora più rigoroso rispetto a quello esigibile nell'astratto concorso delle ipotesi derogatorie di cui all'abrogata l. n. 230/1962, poiché il datore di lavoro dovrà provare il ricorrere di una ipotesi concreta ed oggettiva che sia ricollegata con nesso di stretta causalità ad un rapporto di lavoro la cui durata predefinita è giustificata dalla prima».

⁽¹⁹⁾ Cfr. L. DE ANGELIS, *Su aspetti formali del contratto a termine*, in *ADL*, 2002, 762 ss.

⁽²⁰⁾ Così A. CIRIELLO, *Il contratto a termine nel diritto giurisprudenziale* (nota a Trib. Ariano Irpino 3 aprile 2006), in *GM*, 2007, 3152.

⁽²¹⁾ In tali termini Trib. Ariano Irpino 3 aprile 2006, cit., 3148.

grigie che l'art. 1 lascia aperte tra l'area della sicura legittimità e quella della sicura illegittimità dell'apposizione del termine: zone nelle quali il contratto collettivo avrebbe ben potuto dare alle parti individuali quel quadro di certezza del diritto che la norma di legge non è in grado di fornire. Si è così rinunciato a un utile elemento di flessibilità (negoziata) certa, in cambio di una flessibilità incerta in quanto sottoposta al vaglio dell'autorità giudiziaria, soggetto terzo rispetto alle dinamiche dei rapporti sindacali e di lavoro»⁽²²⁾. La legge del 2001 sul contratto a termine segna, in altri, termini, l'inizio del tramonto di quell'assetto normativo (sensato, logico e rispondente alle esigenze della produzione, del mercato e dell'occupazione) incentrato sulla devoluzione alla contrattazione collettiva di corpose competenze in ordine alla regolamentazione della flessibilità dei rapporti lavorativi⁽²³⁾.

Sul piano della disciplina occorre, inoltre, ricordare la possibilità, prevista dall'articolo 4, di proroga del contratto a termine, seppur condizionata al permanere di una ragione obiettiva e con onere della prova in capo al datore di lavoro.

Vengono, poi, espressamente ammesse anche ragioni giustificatrici di carattere "sostitutivo", nel senso che, a conferma della normativa previgente, è possibile assumere a tempo determinato per sostituire un lavoratore assente che ha diritto alla conservazione del posto. Normativa precedente che è abrogata ad opera della norma di cui all'articolo 11, comma 1, anche se il comma 2 fa salve, mantenendole fino alla naturale scadenza, le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro che, sensi dell'articolo 23 della legge n. 56/1987, prevedevano altre causali di giustificazione⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ M. VINCIGUERRA, *La prima giurisprudenza applicativa della nuova disciplina del contratto a termine*, in *RIDL*, 2005, 1, 194.

⁽²³⁾ Cfr. M. RICCI, *Le finalità del d.lgs. n. 276/2003*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2004, 4 ss.

⁽²⁴⁾ «L'ambigua formulazione normativa ha creato diversi dubbi interpretativi: la questione concernente il riferimento ai soli "contratti collettivi nazionali" contenuto nella norma, da cui l'implicita esclusione dei contratti aziendali o decentrati; i problemi legati a quei contratti collettivi che non hanno scadenza o prevedono un rinnovo tacito in caso di mancata disdetta; il contrasto collegato alla portata dell'espressione contenuta nell'art. 11 "salvo diverse intese" (L. GIASANTI, *La nuova legge sui contratti a termine nell'interpretazione della giurisprudenza di merito*, in *GC*, 2005, 3, 820). Sul tema v. G. SUPPIEJ, *La disciplina transitoria dei contratti di lavoro a termine*, in *GLav*, 2001, 41, XLV.

«Il contratto a termine», è stato amaramente osservato, «può essere valutato come più favorevole di quello a tempo indeterminato, garantendo il posto per un certo tempo e restando in ogni caso il datore di lavoro obbligato per l'equivalente della retribuzione per il tempo previsto. Certo. Giacché in ultima istanza dell'effettività della normativa decide il lavoratore interessato in termini di valutazione concreta del proprio interesse. Il lavoratore di fatto può accettare in ogni caso il termine, come può non rivendicare i propri diritti e non impugnare le transazioni. Non è previsto, soprattutto perché ingestibile, un sistema di tutela officiosa della parte debole, con la possibile nomina di un curatore degli interessi dello sprovveduto. Mere implicazioni di fatto. Perché oltre il diritto c'è la vita» ⁽²⁵⁾.

⁽²⁵⁾ G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, cit., 17.

8. Il dibattito sul carattere delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine

La disciplina del contratto a termine introdotta dal legislatore del 2001 apre il dibattito sulla questione se il contratto a termine continui o meno a caratterizzarsi per i requisiti dell'eccezionalità e/o della temporaneità⁽¹⁾, rispetto al contratto di lavoro a tempo indeterminato e, soprattutto, se detti presupposti restino assoggettati al sindacato giudiziale⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sul tema v. particolarmente Trib. Pavia 12 aprile 2005, in *ADL*, 2006, 260, con nota di G. LUDOVICO, *Sui requisiti sostanziali e formali richiesti per l'apposizione del termine al contratto di lavoro e sulla loro autonomia*.

⁽²⁾ In tema Trib. Milano 11 maggio 2006, in *MGL*, 2006, 28, 10, con nota di A. MORDÀ, *Contratto a termine e obblighi del datore di lavoro*; App. Firenze 30 maggio 2005, in *RIDL*, 2006, II, 111, con nota di P. ALBI, *Le ragioni oggettive che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato*.

Dibattuta la questione se la genericità delle ragioni di cui all'art. 1 comporti una sindacabilità giudiziale dei motivi enunciati, ossia se il giudice possa decidere, caso per caso, quali siano le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo che giustificano una valida apposizione del termine (cfr. L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, in *FI*, 2002, V, 38; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, 1, 393 ss.) oppure se l'accertamento giudiziale debba rimanere circoscritto alla verifica della sussistenza e permanenza della ragione giustificativa del termine, la cui scelta operata dal datore di lavoro rimane insindacabile (cfr. M. PAPALEONI, *Forma e contenuto del nuovo contratto a termine*, in *MGL*, 2001, 1077). Secondo altri «l'onere probatorio appare ormai ridotto a poca cosa, potendo riguardare soltanto la veridicità della ragione addotta e non il merito della scelta di ricorrere al lavoro a termine» (M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, 134).

Che le “ragioni” indicate dall’articolo 1, comma 1, debbano essere “oggettive” non sembra dubbio ⁽³⁾. Occorre, invece, domandarsi se tali ragioni obiettive, che già riducono la possibilità di impiego del modulo a termine, debbano anche necessariamente essere qualificate dall’elemento della “temporaneità”. Secondo il Ministero del welfare ⁽⁴⁾ ed una parte della dottrina ⁽⁵⁾ detto requisito non è indispensabile, a patto che le giustificazioni addotte siano oggettive e verificabili. In senso contrario altra dottrina ⁽⁶⁾, che tra l’altro osserva come non si possa dimenticare che il nostro ordinamento configuri pur sempre il lavoro a tempo determinato come una “deroga” rispetto a quello a tempo indeterminato e non si vede quale altra causale oggettiva che non sia, appunto, correlata ad un’esigenza aziendale di carattere temporaneo possa essere addotta per giustificare l’apposizione del termine. Insomma, «se un qualche significato le “ragioni” di cui all’art. 1 co. 1 debbono avere, è arduo pensare che esso non ruoti intorno alla “temporaneità”, visto che è soltanto in presenza di una condizione specifica inerente all’essenza dell’istituto del lavoro a termine, che l’ordinamento consente l’accesso al medesimo istituto» ⁽⁷⁾. Nella stessa direzione, la giurisprudenza, in

⁽³⁾ Per tutti v. M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, 106.

⁽⁴⁾ Cfr. circ. 1 agosto 2002, n. 42, in *G.U.* 13 agosto 2002, n. 189 e in *GLav*, 2002, 34, 19.

⁽⁵⁾ Cfr., tra gli altri, F. BIANCHI D’URSO, G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *MGL*, 2001, 3, 118; M. TIRABOSCHI, *Apposizione del termine*, cit., 102 ss.; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *DL*, 2002, I, 1 ss. *Contra*, S. CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *LG*, 2001, 916; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 361; P. GREMIGNI, *Contratto a tempo determinato: le precisazioni del Ministero*, in *GLav*, 2002, 34, 15.

⁽⁶⁾ Cfr. R. DEL PUNTA, *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, 3 ss.; M. PAPALEONI, *Luci ed ombre nella riforma del contratto a termine*, in *RIDL*, 2001, I, 367 ss.; A. PERULLI, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, in *DLRI*, 2002 1 ss.; P. SALVATORI, *La giustificazione del termine: le ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo*, in G. PERONE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, 2002, 31 ss.

⁽⁷⁾ R. DEL PUNTA, *La sfuggente temporaneità: note accorpate su lavoro a termine e lavoro interinale*, in *DRI*, 2004, 545. Fermo restando che, secondo l’A., il requisito della temporaneità dovrà essere valutato con un giudizio *ex ante*: «Se un’esigenza avente all’inizio le sembianze della temporaneità si riveli poi capace di consolidarsi (perché ad

contrasto con l'interpretazione ministeriale, ha affermato la «strutturale temporaneità causale» del contratto a tempo determinato ⁽⁸⁾.

In definitiva, sembra doversi affermare che «la nuova normativa non ha sovvertito il principio di eccezionalità del contratto a termine» ⁽⁹⁾ e la giustificazione del termine resta subordinata alla presenza di una oggettiva occasione temporanea di lavoro ⁽¹⁰⁾: «anche dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 368, cit. l'apposizione del termine al rapporto di lavoro subordinato costituisce deroga al principio generale secondo cui detto rapporto, per sua natura, non è a termine» ⁽¹¹⁾. Infatti, nonostante il decreto non enunci in maniera espressa il principio per cui il contratto a tempo indeterminato è la modalità ordinaria di assunzione di un lavoratore, detto principio rappresenta parte integrante della legge,

una commessa ne seguono altre, perché un nuovo assetto organizzativo dà buona prova di sé e offre lo spunto per una riorganizzazione stabile, perché la punta di più intensa attività si protrae più di quanto accada di solito, etc.), da tale consolidamento non si potrà trarre argomento per negare che quell'esigenza fosse permanente, e pertanto non consentisse una valida apposizione del termine».

⁽⁸⁾ Cfr. Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, in *RIDL*, II, 41 ss., con nota di E. RAIMONDI, *La Cassazione conferma la natura temporanea delle causali giustificative del termine*; App. Firenze 30 maggio 2005, cit. In termini non dissimili v. Trib. Napoli 16 marzo 2007 e Trib. Bolzano 20 aprile 2006, entrambe inedite, a quanto consta. *Contra*, Trib. Pavia 12 aprile 2005, cit.: «il termine è opponibile anche in presenza di attività non meramente temporanee o non eccezionali né straordinarie od imprevedibili, purché sorretto da ragioni oggettive e verificabili in concreto». V. anche App. Napoli 13 settembre 2005, inedita, a quanto consta.

⁽⁹⁾ Trib. Arezzo 14 giugno 2002, in *FT*, 2003, 218.

⁽¹⁰⁾ Cfr. V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit., 380 ss.; che usa l'espressione "temporaneità relativa"; E. GHERA, *Il diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2002, 615 ss.; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro: il rapporto di lavoro*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2002, 308 ss.; M. PAPALEONI, *Le linee fondamentali della nuova disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato: d. lgs. 6 settembre 2001 n. 368*, in *ADL*, 2002, 665 ss.; G. PROIA, *Brevi note sulle ragioni che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *ADL*, 2002, n. 1, 187 ss. F. BALESTRIERI, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato (d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368)*, in *ADL*, 2002, 155 ss. ritiene che «temporaneità non significa innanzitutto transitorietà certa, ma difetto di stabilità *ex ante* [...] sarà sufficiente che non sia evidente o non risulti comunque *ab origine* la stabilità del posto di lavoro».

⁽¹¹⁾ Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, in *RCDL*, 2002, 609, con nota di S. CHIUSOLO, *La riforma del contratto di lavoro a termine*, nonché in *GLav*, 2002, 23, 12.

considerato che, in virtù del c.d. primato comunitario, lo stesso deve essere desunto dalla disciplina comunitaria ⁽¹²⁾.

La partita che si gioca, dunque, va ben oltre la questione dei caratteri delle cause di apposizione del termine, per investire la stessa concezione del lavoro a tempo determinato quale modello generale ordinario dei rapporti di lavoro, posto sullo stesso piano di quello a tempo indeterminato. Interpretazione, questa, inizialmente basata anche sulla prima versione della relazione ministeriale di accompagnamento al decreto, laddove si affermava che «questa nuova normativa trasforma in una regola quella che è stata finora una “eccezione”» e, di conseguenza, i contratti a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato «avranno d’ora in poi parità di *status* giuridico». Siffatto riferimento, tuttavia, non compare più nella relazione definitiva, anche considerato che l’iter procedurale del testo ha dismesso qualsiasi richiamo alla perdita del carattere di eccezionalità ⁽¹³⁾ e, anzi, richiama espressamente il preambolo dell’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/Ce, secondo cui «i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori».

Secondo un primo orientamento dottrinale, dunque, con la nuova disciplina il contratto di lavoro a termine viene a porsi come alternativa al contratto a tempo indeterminato ⁽¹⁴⁾. Ma la tesi interpretativa prevalente

⁽¹²⁾ Cfr. Trib. Milano 11 maggio 2006, cit., 10 ss.; App. Bari 20 luglio 2005, in *FI*, I, 1540; Trib. Milano 25 novembre 2004 e Trib. Milano 10 novembre 2004, in *RCDL*, 2005, 152; Trib. Milano 21 aprile 2004, *ivi*, 2004, 319.

⁽¹³⁾ Cfr. L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, cit., 36 ss.; L. MENGHINI, *La nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in L. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002, 26 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. TOFFOLETTO, *Sui contratti a termine una svolta lunga 40 anni*, pubblicato su *Il Sole-24 Ore* del 29 ottobre 2001, 23; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003, 155 ss. M. QUARANTA, *Il contratto a tempo determinato: autonomia individuale e contrattazione collettiva*, in M. RUSCIANO, C. ZOLI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, X, ESI, Napoli, 2006, 487, deduce dalla tecnica normativa utilizzata e dall’abbandono del criterio della tassatività delle ipotesi di legittimità del termine, il venir meno della presunzione assoluta dell’indeterminatezza del contratto di lavoro.

(¹⁵) e qui sostanzialmente condivisa ritiene che il legislatore italiano «si è guardato dall'abolire il principio di specialità o eccezionalità» (¹⁶) e che, dunque, il contratto di lavoro a tempo indeterminato continui a rappresentare la forma normale dei rapporti di lavoro, sebbene siffatta regola non sia stata esplicitata (a differenza che nella legge del 1962): insomma, l'assenza di un limite temporale nel rapporto di lavoro è la regola, laddove l'apposizione del termine resta l'eccezione e deve essere giustificata sulla base delle previsioni legali di accesso alla fattispecie. E di tale avviso sembra essere anche la giurisprudenza (¹⁷).

In conclusione, «nel nostro ordinamento la regola generale è ancora quella del contratto a tempo indeterminato, mentre quello a tempo determinato costituisce l'eccezione» (¹⁸). Anche se continuiamo a ritenere poco rilevante la questione della relazione sistematica tra contratto a tempo indeterminato e a tempo determinato alla stregua di regola ed eccezione, considerato che se per motivi storici, normativi e

(¹⁵) Cfr. A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 38; G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *RIDL*, 2002, 1, 15 ss.; A. TURSI, *Fornitura di lavoro e lavoro a termine*, in *RIDL*, 2002, 1, 467 ss. Sul tema v. anche R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Milano 2001, 242 ss.; M. PAPALEONI, *La riforma del contratto a termine*, in *RIDL*, 2001, 368 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *ADL*, 2002, 1, 177 ss.; A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Aidlass, Giuffrè, Milano, 2003, 92.

(¹⁶) A. TURSI, *Fornitura di lavoro e lavoro a termine*, cit., 470.

(¹⁷) Cfr. Cass. 21 maggio 2002, n. 7468, cit., 12; Trib. Milano 4 maggio 2004, e Trib. Firenze 23 aprile 2004, in *RIDL*, 2005, II, 194, con nota di M. VINCIGUERRA, *La prima giurisprudenza applicativa della nuova disciplina del contratto a termine*; App. Salerno 18 settembre 2002, in *LG*, 2003, 2, 188. Deve segnalarsi che già C. cost. 7 febbraio 2000, n. 41, in *FI*, 2000, I, 701, nonché in *RIDPC*, 2000, 175, con nota di M. CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari: verso l'inammissibilità dei referendum su «leggi comunitariamente necessarie»?*, nel respingere la richiesta di referendum abrogativo della ormai non più vigente l. n. 230, considerando l'ordinamento interno già conformato alla direttiva 1999/70/CE, aveva escluso di fatto una parificazione tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine.

(¹⁸) App. Salerno 18 settembre 2002, cit., 188. M. QUARANTA, *Il contratto a tempo determinato: autonomia individuale e contrattazione collettiva*, cit., 487, deduce dalla tecnica normativa utilizzata e dall'abbandono del criterio della tassatività delle ipotesi di legittimità del termine, il venir meno della presunzione assoluta dell'indeterminatezza del contratto di lavoro.

socioeconomici il rapporto di lavoro è, di regola, a tempo indeterminato ed a tempo pieno, «non può neppure negarsi che – anche “sotto il sole” del diritto del lavoro *things change*, le cose cambiano» ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ G. ZILIO GRANDI, *La normativa comunitaria sul lavoro a termine*, in *DRI*, 2007, 4, 1054.

9. Il protocollo sul welfare e la successione dei contratti a termine

Il nostro legislatore, che pure pareva aver rinunciato ai propositi di riscrittura della regolamentazione della materia, torna, dunque, a definirne nuovamente i contorni.

Già nel disegno di legge che recepiva il protocollo sul welfare ⁽¹⁾ in effetti veniva introdotto, in particolare, un limite alla possibilità di una successione di contratti di lavoro a tempo determinato tra le medesime parti. Si fissava, cioè, una soglia di 36 mesi, comprensiva di proroghe e rinnovi, oltre i quali la durata di un contratto a tempo determinato non poteva andare. Oltre tale soglia si immaginava ammissibile un solo ed ulteriore contratto, purché stipulato presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio, con l'assistenza di un rappresentante dell'organizzazione sindacale cui il lavoratore era iscritto o conferiva mandato ⁽²⁾. Previsioni poi confluite nella legge 24 dicembre 2007, n. 247.

⁽¹⁾ Su cui sia consentito rinviare a G. ZILIO GRANDI, *Leggi finanziarie e Protocollo sul Welfare: stessa spiaggia, stesso mare?*, Working Paper ADAPT, 2007, n. 48. V. anche M. VICECONTE, *Le ricadute del Protocollo sul Welfare sulla successione di contratti a termine*, in *LPO*, 2007, n. 9.

⁽²⁾ Avevamo già a suo tempo parlato di «una pasticciata soluzione – sia nel merito che nel metodo – a mezza via tra lo *status quo* e le richieste di una parte delle organizzazioni sindacali. Da un lato rimane in vita il c.d. “causalone” di cui al decreto legislativo n. 368/2001; dall'altro, si è detto, si pongono ostacoli, a dire il vero, non insormontabili, alla stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato, sull'erroneo presupposto che ciò favorisca invece, nello stesso ambito produttivo, la stipulazione di

Diverse sono le ragioni che hanno indotto il legislatore ad intervenire nuovamente sulla materia.

Tra queste certamente quella di realizzare, nel contesto di più corrette relazioni sindacali, un percorso condiviso nel governo della flessibilità del lavoro ⁽³⁾, riconducendo il tema nella sua sede propria, quella, cioè, del confronto sindacale, per quanto aspro e conflittuale, specie nella prospettiva di rintracciare una soluzione capace di bilanciare le esigenze delle imprese, da un lato, e quelle della sostenibilità per i lavoratori in materia di lavoro a tempo determinato, nel contempo, ricucendo lo strappo con la CGIL che, come ricordato, non sottoscrisse l'avviso comune per l'attuazione della direttiva 1999/70/CE, firmato, appunto, il 28 aprile 2001 soltanto da CISL e UIL.

Peraltro, la concreta applicazione della disciplina del 2001 aveva dato luogo, come in precedenza segnalato, ad incertezze nella ricostruzione del dato normativo, che occorre, quindi, tentare di risolvere. A ciò si aggiunga che, alla luce della prima esperienza applicativa, si era evidenziata l'esigenza di un migliore raccordo con gli obiettivi indicati dalla direttiva comunitaria in materia e, segnatamente, quello di «prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato» ⁽⁴⁾.

contratti di lavoro a tempo indeterminato» (G. ZILIO GRANDI, *La normativa comunitaria sul lavoro a termine*, in *DRI*, 2007, 4, 1055).

⁽³⁾ Osserva 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*, in *RIDL*, 2008, 3, 287: «il forte impegno dispiegato da una parte politica per la flessibilità del lavoro non è riuscito a creare insieme le condizioni di coesione sociale e sindacale necessarie per renderla effettivamente praticabile; essa è rimasta vittima delle strumentalizzazioni di chi la esaltava e di chi la demonizzava, finendo con l'essere percepita come fattore di emarginazione sociale e generazionale, equiparata e confusa, almeno nelle valutazioni di molti, al lavoro irregolare, divenendo per questo un simbolo da combattere e contrastare o, quantomeno, da rifiutare concettualmente.

Se questa è la valutazione della flessibilità che si è andata diffondendo in larghi strati della nostra società, non meno gravi sono stati gli effetti registrati nella sua applicazione concreta, esposta non solo alle reazioni di contrasto dell'autonomia collettiva di cui si è detto, ma anche ai rallentamenti dovuti ai demandi operati dal legislatore nazionale alla potestà normativa delle Regioni e alle incertezze dell'interpretazione giurisprudenziale».

⁽⁴⁾ Cfr. anche C. cost. 4 marzo 2008, n. 44, in *MGL*, 2008, 5, 583, che, richiamando C. giust. 22 novembre 2005, causa 144/04, *Mangold*, precisa che la direttiva «è circoscritta

Ciò premesso sul piano generale, sotto il profilo della concreta disciplina occorre, anzitutto, soffermarsi sulla formula anteposta al primo comma dell'articolo 1, del decreto legislativo n. 368/2001, secondo cui «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato». Formula, questa, che si inserisce nell'ambito delle enunciazioni che, «seppure prive di contenuto immediatamente precettivo, sono utili per l'interpretazione delle disposizioni che vengono dettate, perché *normativizzano*, per così dire, la *ratio* della legge»⁽⁵⁾.

La formula utilizzata dalla norma sembra, in apparenza, richiamare le analoghe espressioni già rinvenibili nell'articolo 1, comma 1, della legge n. 230/1962 («il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate») ed il preambolo all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva comunitaria in materia («i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori») (6).

Ad una più attenta lettura, tuttavia, le predette espressioni non risultano sovrapponibili. In forza della norma del 1962 il lavoro a termine costituiva "eccezione", peraltro utilizzabile nei soli casi tassativamente previsti, al di fuori dei quali operava la presunzione che il rapporto di lavoro fosse a tempo indeterminato. Nel testo comunitario, invece, il contratto a tempo indeterminato rappresenta l'ordinaria modalità di acquisizione del lavoro di tipo dipendente. Per il legislatore del 2007 il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma esclusiva di

alla prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato».

(5) 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*, cit., 288.

(6) Anche la modificazione apportata dalla legge finanziaria per il 2008 all'art. 36 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dispone: «le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali».

acquisizione di lavoro nelle P.A., salve fatte le ipotesi espressamente indicate ⁽⁷⁾.

Orbene, ciò osservato, la suddetta espressione normativa non può certo valere quale equiparazione tra lavoro a termine e lavoro a tempo indeterminato. Al contrario, nel settore privato, il rapporto a tempo indeterminato non riveste più quel ruolo esclusivo che oggi si registra nel settore del lavoro pubblico. Ancora, il contratto di lavoro a termine, a differenza di quanto disposto dalla legge del 1962, non costituisce più un'eccezione e, nel contempo, il lavoro a tempo indeterminato non è più assistito da una presunzione legale generalizzata.

Sembra, invece, possibile ritenere che il legislatore italiano, constatato che le assunzioni a tempo indeterminato costituiscono la forma ordinaria di lavoro subordinato, non voglia tanto qualificare il contratto a tempo indeterminato quale regola rispetto a quello a tempo determinato, quanto piuttosto, prendere «atto di un dato effettuale per cui nella stipulazione dei contratti di lavoro si procede di regola con assunzioni a tempo indeterminato. In poche parole il contratto a tempo indeterminato non è *la regola*, ma la tipologia contrattuale adottata *di regola* nella stipulazione del contratto di lavoro» ⁽⁸⁾.

Nella stessa direzione interpretativa sembra andare il Ministero del lavoro che, esclusa qualsiasi intenzione della norma di operare alla stregua di una presunzione legale a favore della tipologia lavorativa a tempo indeterminato, nella circ. 2 maggio 2008, n. 13 ritiene che la precisazione normativa significa che la fattispecie "ordinaria" nei rapporti di lavoro subordinato è costituita dal contratto a tempo indeterminato.

Continuando a ritenere di scarso rilievo la questione della possibilità di inquadrare la relazione sistematica tra il contratto a tempo determinato e quello a tempo indeterminato alla stregua del rapporto eccezione – regola, non si può tuttavia dimenticare, come già sopra osservato, che la

⁽⁷⁾ Per una approfondita disamina dell'evoluzione della disciplina sui contratti a termine nella pubblica amministrazione v. A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative, primi riscontri giurisprudenziali e nuovi orizzonti*, in *LPA*, 2009, 1089 ss.

⁽⁸⁾ 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*, cit., 289, secondo cui «questo dato viene assunto come criterio che informa tutta la disciplina dettata dal legislatore e ne è la ragione».

direttiva comunitaria ribadisce che il lavoro a tempo indeterminato costituisce l'ordinaria modalità di acquisizione del lavoro di tipo dipendente.

Con l'obiettivo, dunque, di intervenire nell'azione di contrasto agli «abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato», il legislatore del 2007 pone, come si diceva, il limite dei 36 mesi alla reiterazione dei contratti a termine, considerando «successivi» quei «contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti» ⁽⁹⁾ stipulati tra i medesimi lavoratori e datori di lavoro. In altri termini, il legislatore, con un sostanziale mutamento di impostazione rispetto alla struttura portante del decreto legislativo del 2001, costituisce come oggetto della disciplina la successione soggettiva e non già quella causale (ossia, l'identità delle ragioni che giustificano l'apposizione del termine).

Il nuovo assetto in tema di successione dei contratti a termine assume, dunque, maggior rigore rispetto a quello di cui al decreto legislativo n. 368/2001, che, oltre all'intervallo tra un contratto a termine e quello successivo, non prevedeva limite alcuno alla reiterazione di siffatti contratti tra le medesime parti, attesa la rigorosa selezione "all'ingresso" operata dalle causali di ammissibilità.

Riteniamo che i dubbi avanzati sulla tenuta costituzionale della previsione, nella parte in cui preclude al dipendente assunto a termine per un periodo di 36 mesi dallo stesso datore di lavoro, al contrario di qualsiasi altro lavoratore, di essere nuovamente assunto a termine dalla stessa impresa, debbano essere respinti alla luce della *ratio*, della funzione e delle finalità della nuova disciplina. Laddove, infatti, si tenga presente che l'obiettivo è quello di stimolare il datore di lavoro all'assunzione a tempo indeterminato di quel dato lavoratore, è possibile affermare che la «stabilizzazione costituisce l'obiettivo che legittima, sul piano costituzionale, la scelta del legislatore, pur potenzialmente idonea

⁽⁹⁾ Secondo, tra le molte, Cass. 26 luglio 2006, n. 17022, in *MGL*, 2007, 17, «l'equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti – che legittima l'esercizio dello *ius variandi* del datore di lavoro, a norma dell'art. 2103 c.c. – deve essere intesa non solo come identità di valore professionale e di inquadramento contrattuale, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto».

a penalizzare, nell'immediato, il dipendente nella prosecuzione di lavori a termine con lo stesso datore di lavoro»⁽¹⁰⁾.

Continuiamo a ritenere, poi, che quello dei 36 mesi sopra indicato non costituisca un termine di durata oltre il quale il singolo contratto non può andare, né una clausola imperativa che sostituisca *ex lege* il diverso (maggiore) termine pattuito tra le parti. Infatti, il periodo complessivo di 36 mesi non opera rispetto al primo o unico contratto, ma con riferimento alla successione di più contratti tra le medesime parti.

Quanto, appunto, all'identità delle parti, se nessun problema sorge a proposito del lavoratore, per il datore di lavoro può richiamarsi l'orientamento della giurisprudenza secondo cui «nell'ipotesi di collegamento economico-funzionale tra diverse persone giuridiche o imprese, perché sussista un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro e perché possa essere superato il principio che il collegamento economico-funzionale tra imprese dello stesso gruppo non importa il sorgere di un autonomo soggetto di diritto poiché ogni persona giuridica conserva la propria autonomia, occorre accertare in modo adeguato l'esistenza dei seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo ed il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico, amministrativo e finanziario, tale da individuare un unico soggetto direttivo che faccia confluire le diverse attività delle singole imprese verso uno scopo comune; d) utilizzazione contemporanea delle prestazioni lavorative da parte dei titolari delle distinte imprese nel senso che la stessa sia svolta in modo indifferenziato e contemporaneamente in favore dei vari imprenditori»⁽¹¹⁾.

Con riferimento alle conseguenze, l'articolo 5, comma 4-bis, dispone che nel caso di superamento del limite legale dei 36 mesi «il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2»,

⁽¹⁰⁾ Così 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*, cit., 291, secondo cui, invece, «una più forte perplessità si pone allorché il limite legale dei 36 mesi viene totalizzato con riferimento a contratti a termine stipulati in periodi della vita lavorativa del prestatore così distanti tra di loro da evidenziare, in modo manifesto, l'insussistenza di un qualsiasi collegamento tra i vari contratti».

⁽¹¹⁾ Cass. 14 novembre 2005, n. 22927, in *OGL*, 2005, I, 796.

mentre, ai sensi dell'ultimo periodo della stessa norma, «in caso di mancato rispetto della descritta procedura, nonché nel caso di superamento del termine stabilito nel medesimo contratto, il nuovo contratto si considera a tempo indeterminato». Deve ribadirsi che la sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro è espressamente disposta solo con riferimento al fenomeno della reiterazione dei contratti a termine e sarà (soltanto) l'ultimo dei contratti a termine, con riguardo al quale si è verificato il superamento del trentaseiesimo mese, che dovrà essere considerato trasformato a tempo indeterminato ⁽¹²⁾.

Il nuovo assetto sul limite legale complessivo di 36 mesi non modifica il regime precedente, nel senso che si aggiunge alla disciplina preesistente senza modificarla. Se ne deve desumere che rimangono invariate le considerazioni sopra svolte in ordine alla necessaria natura temporanea della ragione che giustifica l'apposizione del termine ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Quanto alla previsione di cui all'art. 5, comma 2, con riferimento a quanto dettato dal successivo comma 4-bis, che pone il limite massimo dei 36 mesi, occorre verificare se l'effetto della trasformazione del contratto si verifichi allorché sia stato superato il predetto limite o se, invece, operi la "moratoria" di venti giorni prevista, appunto, dall'art. 5, comma 2. La lettera della norma, secondo cui, la trasformazione, seppure prevista dal comma 4-bis, avviene nei tempi differiti del comma 2, conduce a ritenere che la stessa abbia effetto dalla scadenza del termine dei venti giorni.

⁽¹³⁾ *Contra*, 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*, cit., 294, secondo cui «le nuove disposizioni rafforzano l'opinione secondo la quale la ragione giustificatrice del termine non deve necessariamente avere carattere temporaneo, caratterizzandosi, invece, solo per la sua specificità che vincola il datore di lavoro ad utilizzare il lavoratore assunto a termine esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata per iscritto nel contratto di lavoro e con stretto collegamento ad essa».

10. Il sistema delle deroghe

In coerenza con quanto stabilito nel “preambolo” dell’accordo europeo recepito dalla direttiva («i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori»), posto il limite massimo dei 36 mesi alla reiterazione dei contratti a termine, il legislatore rivede il sistema delle deroghe, articolandolo in tre settori: quello relativo al lavoro stagionale, quello rimesso all’autonomia collettiva e quello lasciato all’autonomia individuale assistita.

Con riferimento alle attività stagionali è direttamente il legislatore a dettare le regole della deroga. Per le attività stagionali indicate nel d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525, e non già, dunque, per quelle che siano concettualmente stagionali, la successione dei contratti a termine, ferme restando le altre prescrizioni di cui al decreto legislativo n. 368/2001, non incontra alcun limite temporale.

Deve ritenersi che laddove il legislatore richiama il predetto d.P.R. e le «successive modifiche ed integrazioni», intenda riferirsi a tutte quelle modifiche intervenute fino all’abrogazione della legge n. 230/1962, anche se, sulla base di una interpretazione di tipo dinamico-evolutiva, si potrebbe anche ritenere che si tratti di un rinvio “aperto”, ossia anche alle «successive modifiche ed integrazioni» che potranno essere apportate dopo l’entrata in vigore della legge n. 247/2007.

L’individuazione di un secondo ambito nel quale è possibile prevedere l’esclusione dell’operatività del limite legale dei 36 mesi è demandato dal legislatore agli «avvisi comuni» e ai «contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro

comparativamente più rappresentative». Il legislatore, dunque, non individua quali ulteriori attività presentino periodicità nell'impiego temporaneo di manodopera, lasciando, appunto, detto compito alla contrattazione collettiva che, nella prospettiva della loro concreta determinazione, effettuerà una ponderata valutazione degli interessi collettivi, tenuto conto delle specificità del settore.

Per ciò che concerne la formula utilizzata dal legislatore («avvisi comuni», «contratti collettivi nazionali») per indicare i soggetti legittimati a rimuovere il limite di cui trattasi, deve ritenersi che per «avvisi comuni» il legislatore intenda diverse ipotesi: «quella classica dell'accordo interconfederale destinato a esplicitare i propri effetti nella sfera dell'autonomia collettiva e a fungere quindi da battistrada per i contratti collettivi nazionali di categoria, oppure a colmare le lacune derivanti dall'inerzia della contrattazione in alcuni settori; quella più moderna di suggeritore del legislatore, proiettato a creare regole che solo con il recepimento nella legge potranno produrre effetti» ⁽¹⁾.

Quanto alla contrattazione collettiva, il dubbio era se quella nazionale potesse demandare tale facoltà alla contrattazione aziendale. Sul punto, a fronte di una certa propensione favorevole della contrattazione collettiva nazionale, la giurisprudenza sembrava mostrarsi di contrario avviso ⁽²⁾. La legge n. 133/2008 ha, poi, assegnato ai «contratti nazionali, territoriali o aziendali» la possibilità di derogare al tetto, facendo precedere il comma 4-bis dalla formula «salvo diverse disposizioni» di detti contratti.

Dopo la deroga legale e quella collettiva al limite dei 36 mesi il legislatore prevede la deroga individuale: mentre le prime due sono funzionali alla soddisfazione di esigenze di carattere generale, la terza è accordata al singolo lavoratore e datore di lavoro, che hanno la facoltà di stipulare un (solo) contratto a termine ulteriore rispetto a quelli già tra le stesse intercorsi, superando il predetto limite dei 36 mesi. Gli interessi individuali sottesi alla deroga sono rimessi alla valutazione delle parti e vanno al di là delle previsioni legali o collettive, atteso che, altrimenti, non vi sarebbe ragione di operare attraverso il meccanismo della deroga individuale.

⁽¹⁾ 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*, in *RIDL*, 2008, 3, 295.

⁽²⁾ Cfr. Cass. 18 maggio 2006, n. 11655, in *ADL*, 2007, 119.

La deroga concerne la stipula di «un ulteriore successivo contratto a termine tra gli stessi soggetti»: non potrà, dunque, essere prorogato quello in corso. In altri termini, all'atto della stipulazione del nuovo contratto a termine in deroga, quello precedente dovrà già essersi estinto e, ovviamente, non deve aver superato il limite dei 36 mesi, perché, altrimenti, si sarebbe già verificata la trasformazione del contratto di lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato.

Considerato che il legislatore non predetermina da quale momento sia possibile stipulare la deroga, sembra possa ammettersi la stipulazione di un contratto in deroga con anticipo rispetto al momento in cui si prevede di raggiungere il limite dei 36 mesi.

Il suddetto contratto in deroga dovrà essere stipulato «presso la Direzione provinciale competente per territorio» con l'«assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Ciò che ha sollevato qualche dubbio di legittimità della norma, per violazione degli articoli 39, comma 1, e 3 Cost., nella parte in cui sembra imporre al lavoratore l'onere (*i.e.* l'obbligo) di conferire «mandato» a una delle predette organizzazioni. Riteniamo, tuttavia, competa al legislatore la facoltà di selezione delle organizzazioni sindacali autorizzate, nei limiti normativamente stabiliti, alle previsioni legali: ciò che del resto è confermato dallo stesso articolo 5, comma 4-*ter*. Deve, per contro, ritenersi che, attesa la predetta scelta legislativa, l'assistenza sindacale da parte delle organizzazioni selezionate sia in qualche modo dovuta per legge al lavoratore.

Nonostante, quindi, la stessa direttiva comunitaria in materia assegni alle parti sociali un ruolo di rilievo, considerandole «le più adatte a trovare soluzioni rispondenti alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori, per cui deve essere assegnato loro un ruolo di spicco nell'attuazione e nell'applicazione del presente accordo» ⁽³⁾, il coinvolgimento delle parti sociali sembra rimanere, comunque, marginale nel contesto del complessivo nuovo quadro normativo di riferimento.

⁽³⁾ Così il 12° considerando, mentre la clausola n. 8 dell'accordo recepito dalla direttiva chiarisce, al punto 4, che «il presente accordo non pregiudica il diritto delle parti sociali di concludere, al livello appropriato, ivi compreso quello europeo, accordi che adattino e/o completino le disposizioni del presente accordo in modo da tener conto delle esigenze specifiche delle parti sociali interessate».

Raggiunto il complessivo periodo di 36 mesi e fatte salve le deroghe non è più ammesso il contratto a termine con quel lavoratore, fermo restando che il predetto periodo massimo «rappresenta un limite alla stipulazione di contratti a tempo determinato e non al ricorso alla somministrazione di lavoro» ⁽⁴⁾.

⁽⁴⁾ Ministero del welfare, circ. n. 18 luglio 2012, n. 18. Per un esame della circ. v. P. RAUSEI, *Fra luci e ombre la prima circolare sulla riforma del lavoro*, in *DPL*, 2012, 32, 1993 ss.

11. Il regime delle impugnazioni introdotto dal Collegato lavoro

A differenza dei sopra ricordati interventi legislativi del 2007 e del 2008, volti alla riconfigurazione dei requisiti di ammissione del contratto a tempo determinato, il Collegato lavoro, per quanto attiene l'istituto qui in esame, si occupa essenzialmente dei profili inerenti la tutela e, segnatamente, i rimedi azionabili nel caso in cui l'apposizione del termine sia illegittima ⁽¹⁾. Anche se alcuni Autori hanno messo in rilievo come l'intervento del legislatore sembra «voler andare più in profondità, e nuovamente lambire il terreno delle causali giustificative (ovvero delle condizioni d'uso) del contratto a tempo determinato, come rivela una lettura appena più attenta dell'art. 30 della legge e delle potenziali ricadute delle previsioni ivi contenute» ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sul contratto a tempo determinato nel Collegato lavoro v. A. CORVINO, *L'impugnazione del contratto a termine*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Il Sole 24 Ore, 2010, 83 ss.; G. IANNIRUBERTO, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. Collegato lavoro*, in *MGL*, 2010, 888 ss.; M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *MGL*, 2010, 874 ss.; P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «collegato lavoro» alla legge finanziaria*, in *RIDL*, 2010, 1, 473 ss.; A. VALLEBONA, *Una buona svolta nel diritto del lavoro: il collegato 2010*, in *MGL*, 2010, 210 ss.; A. ZAMBELLI, *Impugnazioni dei licenziamenti e sanzioni per il lavoro a termine*, in *Collegato lavoro*, in *GLav*, suppl. 2010, 39.

⁽²⁾ S. GIUBBONI, *Il contratto a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *RIDL*, 2011, 2, 228.

Il collegato lavoro, al comma 1 dell'articolo 30, che unitamente agli articoli 31 e 32 rappresenta il «centro pulsante della riforma» ⁽³⁾, altro non fa che confermare il principio generale, che peraltro già costituisce diritto vivente ed è da tempo affermato dalla stessa giurisprudenza, secondo cui, quando vi siano norme a precetto generico e clausole generali contenute nelle disposizioni di legge in materia di rapporti di lavoro, il controllo del giudice deve limitarsi al solo accertamento «del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente» ⁽⁴⁾. Orbene, seppure la norma non abbia riferimenti specifici e diretti al contratto a termine, la stessa non appare priva di possibili ricadute in tale ambito: «e l'indicazione vincolante per il giudice che se ne può ricavare ai fini della interpretazione di quella tipica clausola generale "in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro", che è appunto espressa dalla formula delle "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo", di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, sembra offrirne una conferma di particolare rilievo» ⁽⁵⁾.

Questione centrale ⁽⁶⁾ alquanto dibattuta e mai definitivamente risolta è quella, come visto in precedenza, della natura necessariamente temporanea o meno dell'occasione di lavoro in base alla quale il lavoratore viene assunto con contratto a termine. Problema ora risolto (o alimentato, a seconda dei punti di vista) dall'integrazione, ad opera dell'articolo 21, comma 1, della legge n. 133/2008, del testo originario dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo n. 368/2001, laddove si dispone che le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o

⁽³⁾ L'espressione è di G. FERRARO, *La composizione stragiudiziale delle controversie nel Collegato lavoro*, in *RDSS*, 2010, 313.

⁽⁴⁾ Sul tema M. ASTUTO, F. S. IVELLA, *Clausole generali, contratti, licenziamenti: i limiti al potere di controllo del giudice*, in *Lavoro – Riforma del contenzioso*, in *GDir*, suppl., 2010, 20 ss.

⁽⁵⁾ Ancora S. GIUBBONI, *Il contratto a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, cit., 229.

⁽⁶⁾ V. anche S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368 del 2001*, in *DLRI*, 2007, 455 ss.; S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *RGL*, 2002, I, 505 ss.; L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *ADL*, 2002, I, 41 ss.

sostitutivo consentono l'apposizione del termine «anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro». Con siffatta precisazione, il legislatore sembra voler chiarire che costituisce valido presupposto che legittima l'apposizione del termine «qualsiasi ragione oggettiva non arbitraria che renda preferibile in concreto nell'organizzazione aziendale il contratto a termine rispetto a quello a tempo indeterminato, restando del tutto irrilevante che l'occasione di lavoro sia permanente o provvisoria»⁽⁷⁾. «Non rilevano più, quindi, i caratteri dell'eccezionalità, straordinarietà ed imprevedibilità proprie delle ragioni giustificatrici, tassativamente indicate dalla legge e dai singoli Ccnl»⁽⁸⁾. In altri termini, la suddetta precisazione, «correlata con l'ampia formula di base, che sostanzialmente comprende tutte le possibili esigenze aziendali, sembra consentire un ampio impiego del contratto a termine con esclusione delle sole ragioni meramente soggettive o per meglio dire di quelle che hanno una valenza illecita, frodatoria o discriminatoria»⁽⁹⁾.

Insomma, la disposizione del 2008 sembra intervenire in modo incisivo sull'assetto interpretativo prevalente fino a quel momento formatosi secondo cui, appunto, l'apposizione del termine è legittima soltanto in presenza di un'attività che, *ex ante*, sia definibile come eccezionale, temporanea, straordinaria o imprevedibile, «con la conseguenza che il contratto a tempo determinato trovava la propria legittimazione sulla base dei criteri di normalità tecnico – organizzativa (o per le ipotesi sostitutive), sulla base di criteri di ragionevolezza che scaturivano dalla combinazione tra la durata delle attività e le esigenze di carattere non permanente»⁽¹⁰⁾.

Ebbene, secondo una certa visione dottrinale l'articolo 30, comma 1, del Collegato lavoro introdurrebbe una risolutiva chiave interpretativa, nella parte in cui sembra voler vincolare il giudice all'accertamento del solo presupposto di legittimità, senza estendere il controllo al merito delle

⁽⁷⁾ A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2007, 410, prima dell'intervento legislativo.

⁽⁸⁾ M. BALLISTRERI, *Rapporto di lavoro e nuovo contratto a termine*, in *DPL*, 2012, 38, 2378.

⁽⁹⁾ Così G. FERRARO, *Ancora sul contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d. l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2009, II, 45 ss.

⁽¹⁰⁾ E. MASSI, *Contratti a termine dopo la Riforma Fornero*, in *DPL*, 2012, 35, inserto, IV.

valutazioni tecniche, organizzative e produttive che spettano soltanto all'imprenditore. In altri termini, la scelta di offrire un'assunzione a termine, anche qualora l'occasione di lavoro sia di per sé "tendenzialmente" stabile o connessa ad esigenze aziendali non transitorie, si riferirebbe all'ambito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro, restando, quindi, sottratta al sindacato giudiziale. Ed in tal ottica, si è osservato come la temporaneità dell'occasione di lavoro venga «in rilievo come prodotto della volontà del datore che, nell'esercizio della iniziativa economica privata, è libero di configurare nel modo più conveniente le diverse posizioni di lavoro in cui si scompone l'organizzazione aziendale»⁽¹¹⁾.

Con specifico riferimento al settore dello spettacolo, ad esempio, già la Suprema Corte aveva affermato che non è necessaria la straordinarietà e occasionalità dell'attività, poiché l'individuazione e la determinazione delle esigenze relative al contributo tecnico, professionale od artistico che giustificano la temporanea necessità deve essere effettuata *ex ante* dallo stesso datore di lavoro o produttore⁽¹²⁾.

Ma le disposizioni che più da vicino e direttamente interessano il contratto oggetto del presente studio sono quelle contenute nell'articolo 32 del Collegato⁽¹³⁾, sul regime delle impugnazioni e sulle conseguenze dell'accertamento della illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro⁽¹⁴⁾.

Come noto, riscrivendo l'articolo 6 della legge n. 604/1966, l'articolo 32, comma 1, introduce un nuovo regime di impugnazione dei licenziamenti, che viene, appunto, esteso, per quanto qui particolarmente

(11) F. LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla specificazione delle ragioni giustificatrici*, in *ADL*, 2007, 49.

(12) Cfr. Cass. 18 novembre 2009, n. 24330, in *MGC*, 2009, 11, 1603.

(13) Sul tema v. L. MENGHINI, *Le decadenze per l'impugnazione del recesso, del trasferimento geografico e del trasferimento d'azienda*, in M. MISCIONE, D. GAROFALO (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 365 ss.; P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato nel «collegato lavoro» alla legge finanziaria*, cit.

(14) In tema di nuovo regime di impugnazione dei licenziamenti come previsto dall'originario art. 25 del d.d.l. n. 1167/2009 v. C.A. NICOLINI, *Processo del lavoro e decadenze*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d. l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, cit., 581 ss. Sulla nuova disciplina dei licenziamenti v. G. PELLACANI, *Il cosiddetto collegato lavoro e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *RIDL*, 2010, I, 215 ss.

interessa, anche alle azioni di nullità del termine. Dopo aver ribadito l'onere di impugnazione, a pena di decadenza, nei sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione in forma scritta dell'atto di recesso o dei motivi dello stesso, laddove non contestuali ⁽¹⁵⁾, il legislatore del 2010 qualifica come inefficace l'impugnazione medesima laddove non seguita, nel termine di duecentosettanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta del tentativo di conciliazione o arbitrato. Nel caso di tentativo di conciliazione, qualora non sia raggiunto l'accordo, il ricorso al giudice del lavoro deve invece essere depositato, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

In forza dell'articolo 32, comma 3, il nuovo regime di impugnazione dei licenziamenti si applica anche ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro od alla legittimità del termine apposto al contratto, al recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (anche a progetto), al trasferimento del lavoratore, all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro. Il successivo comma 4 sottopone, tra l'altro, alla medesima disciplina i contratti di lavoro a termine stipulati ex decreto legislativo n. 381/2001 in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge, i contratti di lavoro a termine stipulati anche in virtù del regime previgente al predetto decreto legislativo e già conclusi alla data di entrata in vigore della legge e, più in generale, ogni altro caso in cui il lavoratore chiede la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto. A tal proposito, considerato che si tratta di fattispecie del tutto differenti, la dottrina non ha mancato di rilevare come «il nuovo regime delle decadenze si presti con molta difficoltà ad una visione unitaria, circostanza che finisce sia con l'amplificare le numerose questioni esegetiche ed interpretative della medesima disposizione normativa, sia

⁽¹⁵⁾ Sotto tale profilo la previsione conferma, di fatto, il sistema preesistente, seppure ora, il disposto di cui all'art. 32, comma 2, del Collegato, estende la medesima a «tutti i casi di invalidità del licenziamento»: v., per tutti, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, III ed., Giuffrè, Milano, 2008, 670 ss. Sulla estensione dell'ambito applicativo v. G. IANNIRUBERTO, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. Collegato lavoro*, cit., 888 ss.

con l'introdurre uno spostamento del baricentro dei diritti dal piano qualificatorio delle fattispecie considerate al piano processuale»⁽¹⁶⁾.

Secondo una certa opzione interpretativa valorizzando la *ratio* sottesa alla disposizione di cui all'articolo 32, comma 3, è possibile ancorare il riferimento alla contestazione della «legittimità del termine apposto al contratto» al medesimo ambito delle fattispecie in cui si controverte di «licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto»⁽¹⁷⁾. Così opinando se ne desumerebbe che l'articolo 32, comma 3, lettera a, fa riferimento (soltanto) «a quelle ipotesi in cui tra le parti si instauri un rapporto di lavoro subordinato senza che sussista alcuna formalizzazione, ovvero venga stipulato un contratto di lavoro formalmente autonomo», ma del quale si assuma la natura effettivamente subordinata, «e tale rapporto di fatto cessi con il licenziamento ovvero con l'eventuale scadenza del termine fissato dalle parti»⁽¹⁸⁾.

Le ulteriori ipotesi contemplate nella successiva lettera d del medesimo comma (secondo cui, come detto, la disciplina delle impugnazioni di cui trattasi si applica anche «all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro») e dal successivo comma 4, invece, si riferirebbero ai casi «nei quali non sia in discussione la correttezza della qualificazione del rapporto (e, dunque, la riconducibilità della fattispecie al campo della subordinazione), ma unicamente la legittimità della apposizione (o della proroga) del termine contrattualmente convenuto dalle parti»⁽¹⁹⁾. Riteniamo, in tal ottica, che debbano escludersi dall'applicabilità del nuovo termine di decadenza gli atti di impugnazione diretti ad ottenere si

⁽¹⁶⁾ M. LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze (lavoro a termine, trasferimento d'azienda e rapporti interpositori)*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro (nella legge 4 novembre 2010, n. 183)*, Giappichelli, Torino, 2011, 253.

⁽¹⁷⁾ Cfr. S. GIUBBONI, *Il contratto a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, cit., 231.

⁽¹⁸⁾ Così G. MIMMO, *Per i ricorsi contro i contratti a termine la scadenza viaggia su doppio binario*, in *Lavoro – Riforma del contenzioso*, Relazione tenuta al corso di aggiornamento professionale per avvocati Inps, *Le recenti riforme in tema di diritto del lavoro e di processo civile*, in Roma e videoconferenza, 14 e 15 novembre 2012, dat. 32.

⁽¹⁹⁾ Così S. GIUBBONI, *Il contratto a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, cit., 232.

la riqualificazione del rapporto lavorativo, ma in assenza di un atto di risoluzione che possa, seppur impropriamente, qualificarsi come "licenziamento", alle quali, dunque, deve conservarsi l'ordinario termine di prescrizione di cinque anni ⁽²⁰⁾.

A dipanare, in parte, il groviglio interpretativo riferito è infine intervenuta la disposizione di cui all'articolo 1, comma 11, della riforma Fornero che apporta all'articolo 32, comma 3, della legge 4 novembre 2010, n. 183 (secondo cui «le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano inoltre»): le seguenti modificazioni: «a) la lettera a) è sostituita dalla seguente: "a) ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni. Laddove si faccia questione della nullità del termine apposto al contratto, il termine di cui al primo comma del predetto articolo 6, che decorre dalla cessazione del medesimo contratto, è fissato in centoventi giorni, mentre il termine di cui al primo periodo del secondo comma del medesimo articolo 6 è fissato in centottanta giorni"; b) la lettera d) è abrogata» ⁽²¹⁾.

Detto che il raddoppiato termine per l'impugnazione (da 60 a 120 giorni) si inserisce nell'ambito di una logica, la cui *ratio* sarebbe quella di «consentire uno *spatium deliberandi* più ampio per capire se, nella concretezza della situazione, conviene l'impugnazione o l'attesa di un

⁽²⁰⁾ «D'altra parte, l'interpretazione proposta appare l'unica in grado di contemperare il regime di decadenza dall'azione con la necessità di individuare con certezza il *dies a quo* per la decorrenza dei sessanta giorni, che sarebbe praticamente impossibile da definire se non c'è alcuna comunicazione del datore di lavoro al lavoratore in merito alla sorte del rapporto di lavoro in essere»: M. LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze (lavoro a termine, trasferimento d'azienda e rapporti interpositori)*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro (nella legge 4 novembre 2010, n. 183)*, cit., 256.

⁽²¹⁾ Peraltro, a dissolvere taluni dubbio di diritto intertemporale, pure adombrati dalla più attenta dottrina, il successivo comma 12, art. 1, l. n. 92/2012, precisa che «le disposizioni di cui al comma 3, lettera a), dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, come sostituita dal comma 11 del presente articolo, si applicano in relazione alle cessazioni di contratti a tempo determinato verificatesi a decorrere dal 1° gennaio 2013».

possibile eventuale rinnovo del contratto a termine»⁽²²⁾, considerato che l'elevazione da dieci o venti giorni rispettivamente a sessanta o novanta giorni dell'intervallo che deve sussistere tra due contratti, avrebbe reso eccessivamente gravoso l'onere di impugnazione del contratto entro sessanta giorni, la predetta disposizione sembra alimentare quell'orientamento secondo cui l'esclusione del prestatore di lavoro al maturare del termine integra una fattispecie di "licenziamento"⁽²³⁾.

Quanto all'abrogazione della lettera *d* del comma 3, la dottrina ha evidenziato come sarebbe stata, invece, opportuna una sua modificazione volta a chiarire, in un'ottica di razionalità sistematica della complessiva disciplina, che la regola della decadenza si applica anche alle ipotesi di cui agli articoli 3 e 5 del decreto legislativo n. 368/2001, interpretazione, questa, peraltro già comunque possibile alla luce di una corretta lettura della locuzione «nullità ai sensi degli articoli 1, 2 e 4»⁽²⁴⁾. Peraltro, da un esame del dato letterale – che fa riferimento esclusivamente alle azioni di nullità del termine che sia apposto al contratto ex articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo n. 368/2001 – sembra doversi ritenere che le azioni ammesse siano solo quelle dirette all'accertamento della carenza delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive che legittimano l'apposizione del termine, ovvero dirette a contestare la sussistenza delle condizioni che consentono la proroga del contratto⁽²⁵⁾. «In sostanza, andrebbe esclusa l'interpretazione estensiva in grado di conglobare nel nuovo termine decadenziale anche e soprattutto l'ipotesi di impugnativa di più contratti a termine per violazione degli intervalli temporali consentiti tra un contratto e l'altro, ivi compresa l'ipotesi dello sfioramento del tetto dei trentasei mesi previsto

⁽²²⁾ E. BARRACO, *La riforma del lavoro*, in *DPL*, 2012, 31, inserto, III.

⁽²³⁾ Cfr., ad esempio, Trib. Torino 5 aprile 2005, in *LG*, 2005, 651. La Suprema Corte, però, ha sempre respinto la tesi che la cessazione del rapporto per scadenza del termine integri un'ipotesi di licenziamento: v., ad esempio, Cass. 21 maggio 2007, n. 11741, in *LG*, 2007, 12, 1251; Cass., sez. un., 8 ottobre 2002, n. 14381, in *OGL*, 2002, I, 807.

⁽²⁴⁾ Cfr. P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato nel «collegato lavoro» alla legge finanziaria*, cit.

⁽²⁵⁾ Ma *contra*, tra gli altri, G. IANNIRUBERTO, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. Collegato lavoro*, cit., 893, che osserva come non esistano differenze effettive tra le ipotesi contemplate dagli artt. 1, 2 e 4 e quelle regolate dagli artt. 3 e 5 del d. lgs. n. 368/2001 e, di conseguenza, non è possibile ammettere alcuna differenziazione sul piano del regime delle impugnazioni.

dall'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001» ⁽²⁶⁾. E in definitiva, l'onere d'impugnazione di cui trattasi deve ritenersi applicabile solo alle azioni di nullità intentate per violazione delle disposizioni di cui gli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo n. 368/2001 ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ M. LAMBERTI, *L'estensione del regime delle decadenze (lavoro a termine, trasferimento d'azienda e rapporti interpositori)*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro (nella legge 4 novembre 2010, n. 183)*, cit., 259, secondo cui, ad ogni buon conto, «così interpretata la nuova previsione normativa, restano in ogni caso irrisolti i problemi relativi alla decorrenza del termine per impugnare l'eventuale serie di contratti a termine intercorsi, rispetto ai quali si pongono le maggiori questioni di indebolimento delle tutele dei lavoratori a termine, che non sembrano possano essere risolti dal tentativo di inquadrare il nuovo regime decadenziale nelle varie ipotesi previste dal medesimo d.lgs. n. 368/2001: ovvero, dall'individuazione del termine per impugnare nelle varie scadenze di termini di continuazione del rapporto o di riassunzione del lavoratore, ipotesi che, come noto, stabiliscono la conversione in contratto a tempo indeterminato senza effetto retroattivo».

⁽²⁷⁾ Di tale avviso sono, ad esempio, A. CORVINO, *L'impugnazione del contratto a termine*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Collegato lavoro*, cit., 84, e I. M. DI BIASE, *Il nuovo regime delle decadenze*, *ivi*, 97.

12. Nullità del termine e tutela risarcitoria

«Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità economica onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8, della legge 15 luglio 1966, n. 604», ossia al numero di dipendenti, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio, al comportamento delle parti. Così recita l'articolo 32, comma 5, del Collegato lavoro che, dunque, introduce un nuovo sistema di predeterminazione dei limiti d'indennizzo nelle ipotesi in cui la clausola con la quale è stato apposto il termine al contratto di lavoro venga dichiarata nulla.

Il legislatore disegna un regime speciale, differenziando la tutela indennitaria da quelle di cui all'articolo 1218 c.c., nella prospettiva di «contemperare l'interesse del dipendente alla conservazione del posto di lavoro e a un equo indennizzo, con quello del datore di lavoro di non subire un pregiudizio eccessivo dovuto all'incertezza derivante dal precetto generico sulla giustificazione del termine, ai comportamenti dilatori del lavoratore, o alle lungaggini del processo» ⁽¹⁾.

È bene, subito, precisare che con la nuova disciplina il legislatore non sembra abbia inteso recuperare il contenuto di cui all'articolo 4-bis del

⁽¹⁾ F.M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro (nella legge 4 novembre 2010, n. 183)*, Giappichelli, Torino, 2011, 291.

decreto legislativo n. 368/2001 ⁽²⁾, volto a sostituire la sanzione della conversione, con quella economica, intervenendo la novella soltanto sulla (pre)determinazione della sanzione economica correlata alla conversione ⁽³⁾, vieppiù laddove si tenga conto che la conversione è il presupposto della sanzione di cui trattasi ⁽⁴⁾.

Quanto alla esclusione della permanenza del risarcimento da *mora accipiendi* relativamente al periodo che intercorre dalla cessazione del contratto e fino alla sentenza che dichiara la nullità della clausola contenente il termine, una parte della dottrina ritiene che «la chiarezza della terminologia utilizzata» ⁽⁵⁾ e, segnatamente, il riferimento alla «indennità onnicomprensiva» ⁽⁶⁾, nonché il richiamo ai criteri di quantificazione di cui all'articolo 8 della legge n. 604/1966 ⁽⁷⁾, escludano la permanenza della predetta tipologia di risarcimento. Altri, al contrario, ritengono che l'indennità risarcitoria di cui trattasi «non coincide e si sovrappone e aggiunge a quella già disciplinata dal diritto vivente, che, invece, è finalizzata alla ricostruzione economica e contributiva del sinallagma contrattuale illegittimamente interrotto, dal momento della offerta formale della prestazione e fino al ripristino del rapporto di

⁽²⁾ Introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008 e successivamente modificato dall'art. 1, comma 9, lett. i, l. 28 giugno 2012, n. 92.

⁽³⁾ Cfr., tra gli altri, A. MARESCA, *Le novità introdotte dal collegato lavoro*, relazione tenuta al convegno *Collegato lavoro: come cambia il diritto del lavoro*, Treviso, 22 ottobre 2010; F. ROSSI, *Collegato lavoro e rapporto a tempo determinato*, intervento tenuto al primo citato convegno; P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «collegato lavoro» alla legge finanziaria*, in *RIDL*, 2010, I, 480; A. VALLEBONA, *Una buona svolta nel diritto del lavoro: il collegato 2010*, in *MGL*, 2010, 213.

⁽⁴⁾ Così anche P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «collegato lavoro» alla legge finanziaria*, cit., 478.

⁽⁵⁾ F.M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, cit., 293, secondo cui, in definitiva, si tratta di «una misura di ristoro patrimoniale che è dovuta a prescindere da un danno effettivo [...], non già a oneri contributivi (atteso il riconoscimento *ex lege* della sua onnicomprensività), ma al solo prelievo fiscale, in termini non dissimili da quanto affermato dalla Suprema Corte di Cassazione con riferimento a tutte le erogazioni sostitutive del reddito».

⁽⁶⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il «collegato» 2010*, cit., 213.

⁽⁷⁾ Cfr. P. TOSI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel «collegato lavoro» alla legge finanziaria*, cit., 480.

lavoro»⁽⁸⁾. Insomma, una sanzione tipica automatica «correlata esclusivamente al mero accertamento della nullità del termine», una «penale sanzionatoria connessa al mero accertamento dell'illegittimità del termine»⁽⁹⁾.

Fermi, invece, come già evidenziato in dottrina, «gli effetti retroattivi della declaratoria giudiziale di conversione, riconducibili, all'atto del ripristino del rapporto di lavoro, al riconoscimento dell'anzianità di servizio a far tempo dalla data di sottoscrizione del contratto a termine»⁽¹⁰⁾.

In altri termini, la conversione del rapporto di lavoro, effetto della dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine, torna a produrre gli effetti propri di diritto comune solo dalla data della sentenza: deve ritenersi, infatti, che la stessa fondi il diritto del lavoratore sia alla riammissione in servizio e alla ricostituzione della effettiva funzionalità del rapporto, sia, in difetto, alle retribuzioni maturande, senza che sia necessario uno specifico atto di messa in mora. Per il periodo precedente all'accertamento, invece, «il lavoratore, per effetto della sentenza, avrebbe solo diritto di vedersi riconosciuta, con il ripristino del rapporto, l'anzianità giuridica maturata ai soli fini contrattuali, non potendo contare sul riconoscimento della stessa ai fini previdenziali, dovendosi infatti escludere in ragione del carattere "onnicomprensivo" della indennità

⁽⁸⁾ Così V. DE MICHELE, *Le nuove sanzioni in materia di contratto a tempo determinato*, Relazione al convegno su *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali e certificazione, decadenze e disposizioni in materia di contratto a termine*, Napoli, 26 novembre 2010. Nella stessa direzione v. Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010, n. 528, in *GLav*, 2010, 49, 18, con commento critico di F.M. PUTATURO DONATI, *Sulla natura della nuova sanzione per la conversione del contratto a termine*, secondo cui, «una interpretazione costituzionalmente orientata e conforme al diritto comunitario impone di interpretare la disposizione dell'art. 32, comma 5, nel senso di tutela aggiuntiva e non "alternativa" a quella ordinaria risarcitoria».

⁽⁹⁾ B. COSSU, F. M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della «conversione» del contratto a tempo determinato*, in *MGL*, 2010, 899.

⁽¹⁰⁾ F.M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, cit., 293 ss. Di contrario avviso, però, A. VALLEBONA, *Una buona svolta nel diritto del lavoro: il collegato 2010*, cit., 213, secondo cui resta salvo il principio della nullità parziale limitata alla clausola che stabilisce il termine illegittimo, «seppure ormai con gli effetti di diritto comune solo ex nunc dal momento della sentenza, secondo l'insindacabile discrezionalità del legislatore che per il periodo precedente ha stabilito opportunamente un regime speciale».

risarcitoria qualunque obbligo di versamento contributivo sulla somma a tale titolo liquidata dal giudice»⁽¹⁾.

Nella giurisprudenza di merito non sono mancate pronunce che hanno ritenuto che l'indennizzo di cui all'articolo 32, comma 5, venga ad aggiungersi all'ordinario meccanismo risarcitorio in base al quale spettano al lavoratore le retribuzioni omesse relative al periodo in cui ha messo in mora il datore di lavoro fino alla sentenza⁽¹²⁾.

A tal proposito, attese – anche sotto questo profilo – le perplessità interpretative suscitate dal dettato normativo e considerati i relativi sospetti di illegittimità⁽¹³⁾, il legislatore del 2012 tenta di correre ai ripari, fornendo una interpretazione autentica. Infatti, l'articolo 1, comma 13, della legge di riforma targata Fornero precisa che «la disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si

⁽¹⁾ S. GIUBBONI, *Il contratto a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *RIDL*, 2011, 2, 233.

⁽¹²⁾ Cfr. Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010, n. 528, cit., 18. Nella stessa direzione Trib. Lecce 7 giugno 2011 e Trib. Busto Arsizio 7 febbraio 2011. Siffatta interpretazione aveva trovato una sponda nella relazione 12 gennaio 2011, n. 2 (*Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*) dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, nelle cui conclusioni è dato leggere che, «secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata e comunitariamente adeguata, in linea con il principio di effettività e adeguatezza delle sanzioni, con il principio di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele, l'indennità di cui all'art. 32, commi 5-6, della legge n. 183 del 2010 può ritenersi essere aggiuntiva rispetto alle tradizionali tutele (incidendo solo sulla limitazione del danno risarcibile), dovendo escludersi per converso che essa possa essere sostitutiva della conversione del rapporto, o del diritto al pagamento delle retribuzioni da parte del datore che abbia rifiutato la prestazione offerta, pur dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto». Occorre, peraltro, evidenziare che la Corte di Cassazione, alla prima occasione di applicazione della norma, ha invece accolto l'interpretazione secondo cui l'indennità forfetaria di cui trattasi, stante la sua natura onnicomprensiva, assume valenza sostitutiva del risarcimento *iure communi* (cfr. Cass. 20 gennaio 2011, ord. n. 2112, in *RCDL*, 2011, II, 770 ss.).

⁽¹³⁾ Cfr. Cass. 20 gennaio 2011, ord. n. 2112, cit., 770 ss.; Trib. Trani ord. 20 dicembre 2010, in *RCDI*, 2010, 1039 ss. In dottrina, v. L. ZAPPALÀ, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *RIDL*, 2011, II, 788 ss.; B. COSSU, F. M. GIORGI, *Novità in tema di conseguenze della «conversione» del contratto a tempo determinato*, cit., 895 ss. Sospetti di illegittimità costituzionale, poi, rigettati, seppur con una sentenza interpretativa di rigetto, da C. cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *RGL*, 2012, II, 31, nonché in *LG*, 2012, 252 ss.

interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro». "Interpretazione", questa, che, a prescindere dai profili in ordine alla sua condivisione, sembra porsi in linea con il più recente orientamento giurisprudenziale di legittimità che, a proposito dell'indennità puramente risarcitoria, aveva escluso l'applicazione del principio dell'*aliunde perceptum* ⁽¹⁴⁾.

Indirizzo ribadito dalla Cassazione *post* riforma che ha affermato che l'indennizzo previsto dall'articolo 32, comma 5, della legge n. 183/2010 per la conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato copre l'intero periodo compreso tra la cessazione del rapporto di lavoro e la sentenza che dichiara la conversione, alla luce della norma di interpretazione contenuta nell'articolo 1, comma 13, della legge n. 92/2012 ⁽¹⁵⁾.

Occorre precisare che «in presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie» è prevista la riduzione alla metà della misura massima del risarcimento forfettizzato di cui trattasi ⁽¹⁶⁾. «Esemplificativo in merito è il caso di Poste Italiane s.p.a., che, sin dal 13 gennaio 2006, si è avvalsa della sottoscrizione di un accordo, con le parti sociali, per procedere non solo alla stabilizzazione dei rapporti di lavoro convertiti a seguito di provvedimenti giudiziali (eliminando qualsiasi ulteriore pendenza connessa), ma anche alla costituzione di una graduatoria ... cui attingere

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cass. 2 aprile 2012, n. 5241, in *MGL*, 2012, 348; Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411, in *MGL*, 2012, 348. Di contrario avviso la giurisprudenza di merito: cfr. App. Roma 2 febbraio 2012, in *MGL*, 2012, 348; Trib. Napoli 16 novembre 2011, in *RGL*, 2012, II, 32 ss., nonché in *LG*, 2012, 259 ss., con nota di R. MUGGIA e S. MUGGIA.

⁽¹⁵⁾ Cass. 7 settembre 2012, n. 14996, in *MGC*, 2012, 9, 1098, secondo cui la onnicomprensività dell'indennità forfetaria di cui trattasi ingloba anche gli scatti di anzianità e il danno contributivo patito dal lavoratore nello stesso lasso di tempo. Per un commento alla sentenza v. S. SERVIDIO, *Contratti a termine: indennità e ristoro del danno*, in *DPL*, 2012, 43, 2697 ss.

⁽¹⁶⁾ Art. 32, comma 6, del Collegato lavoro.

in ipotesi di necessità di assumere a tempo indeterminato o per ulteriori contratti a termine»⁽¹⁷⁾. Anzi, non manca chi sottolinea come lo scopo perseguito dal legislatore con detta previsione normativa sia stato proprio «quello di “spingere” i lavoratori ad aderire all’ennesimo accordo sindacale Poste del 27 luglio 2010 (nel senso che non risultava più conveniente, a fronte del consolidamento dell’accordo, resistere al solo scopo di conservare le somme liquidate a titolo di risarcimento), così come era già avvenuto per il precedente accordo del luglio 2008 e per la norma di “accompagnamento” dell’art. 4-bis D.Lgs. n. 368/2001»⁽¹⁸⁾.

Da ultimo, un breve cenno ai numerosi dubbi di costituzionalità che accompagnano il regime speciale sopra rapidamente descritto.

Tra i profili di illegittimità costituzionale segnalati dalla dottrina, vi è quello della disparità di trattamento rispetto agli altri schemi legali di lavoro temporaneo e rispetto al regime di tutela reale (reintegrazione nel posto di lavoro e corresponsione integrale delle retribuzioni maturate) di cui gode, nei termini oggi precisati dalla riforma Fornero, il lavoratore a tempo indeterminato nel caso di illegittimo licenziamento da parte del datore di lavoro.

La norma di cui all’articolo 32, comma 5, della legge n. 183/2010 è stata, altresì, sospettata di contrasto con la normativa comunitaria e, in particolare, di violare l’accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE nella parte in cui prevede che, «per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni obiettive».

Ma anche, infine, di violare il divieto di abuso del contratto a tempo determinato e quello di regresso⁽¹⁹⁾, seppur sul punto occorra tenere

⁽¹⁷⁾ F.M. PUTATURO DONATI, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, cit., 294.

⁽¹⁸⁾ V. DE MICHELE, *Le nuove sanzioni in materia di contratto a tempo determinato*, cit., 13. Sull’enorme contenzioso giudiziario che ha riguardato i contratti a termine di Poste Italiane s.p.a. v., tra gli altri, G. GENTILE, *Il contratto a tempo determinato nel contenzioso Poste Italiane*, in G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2008, 235 ss.

⁽¹⁹⁾ M. LOZITO, *L’opposizione del termine nell’art. 1, d. lgs. n. 368/2001, fra limiti costituzionali e contrasto con la clausola di non regresso*, in *RGL*, 2010, I, 139 ss.

presente la debole interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Cfr., ad esempio, C. giust. 23 aprile 2009, proc. riuniti da C-378/07 a C-380/07, *Kiriaki Angelidaki et al.*, in *RGL*, 2009, II, 505, su cui v. M. DELFINO, P. SARACINI, *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in *DLM*, 2009, 404 ss.

13.

Il contratto a termine secondo la legge n. 92/2012

Ad un primo esame, la norma della legge n. 92/2012 che si occupa del contratto a termine, frutto di diverse modifiche “in corsa”, seppure aiuta a sciogliere alcuni nodi della disciplina in materia, dovuti anche allo scombinato sovrapporsi degli interventi legislativi del 2001, del 2003, del 2007 e del 2010, appare ulteriormente foriera di difficoltà interpretative. Si renderà, quindi, ancora una volta necessario il consueto costruttivo impegno della dottrina giuslavoristica, storicamente fornito per la ricomposizione di un quadro normativo di complessa esegesi, avendo come obiettivo quello di coniugare diritti e tutele dei lavoratori ed esigenze delle imprese, legate alle profonde modificazioni in atto delle modalità della produzione e dell’organizzazione del lavoro.

A prescindere da ogni giudizio sull’opportunità di un nuovo intervento legislativo, posto che, come ricordato, secondo molti osservatori la riforma del 2001 aveva già correttamente disciplinato la materia ai sensi della direttiva comunitaria, e tralasciando il fatto che il legislatore continua «nella tragica scelta di aggiungere norme a norme, contribuendo non poco alla creazione di una selva infernale spesso incomprensibile e destinata ad aumentare ancora il contenzioso» ⁽¹⁾ e ancora lasciando da parte il dibattito (*i.e.* le polemiche) in ordine alla

⁽¹⁾ Così L. MENGHINI, *Contratto a termine (art. 1, comma 9 – 13, l. n. 92/2012)*, in *LG*, 2012, 930. Per l’eccessiva regolamentazione del mercato del lavoro, cui la riforma Fornero fornisce un buon contributo, v. anche G. FALASCA, *Riforma Fornero: quali prospettive per il mercato del lavoro?*, in *GLav*, 2012, 28, 12.

(mancata) “concertazione” e persino “dialogo sociale” in proposito ⁽²⁾, occorre, anzitutto, osservare come il legislatore, con operazione non facilmente spiegabile, abbia coniato una nuova formulazione del comma 01 dell’articolo 1 del decreto legislativo del 2001, che oggi, appunto, in sostituzione della precedente («il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato»), così recita: «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro». Ci si deve, dunque, anzitutto, interrogare sul significato e sull’effettiva portata della predetta nuova formulazione.

Qualcuno ritiene che «la norma non ha proprio niente di nuovo, né il sapore né lo stile» ⁽³⁾. Se così fosse, però, non si spiegherebbe perché il legislatore si sia preso il disturbo di modificare la precedente espressione normativa.

Secondo altri, la nuova formulazione mira a “svalutare” il contributo causale nell’accesso al lavoro a termine, proprio in funzione del nuovo contratto a termine acausale che introduce ⁽⁴⁾.

Altri ancora individuano nel nuovo passaggio legislativo «un rafforzamento della centralità del contratto a tempo indeterminato e non la semplice regolarità/normalità della sua stipulazione» ⁽⁵⁾. Al contrario, invece, altro approccio interpretativo, osservato come «in verità, non risulta molto chiaro il significato dei termini usati dal legislatore in riferimento al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato quale “contratto dominante” ovvero “forma comune del contratto di lavoro”», ritiene trattarsi più di «un riferimento quantitativo che qualitativo, nel senso che il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, quantomeno secondo le intenzioni del legislatore, dovrebbe continuare ad essere la forma contrattuale più diffusa» ⁽⁶⁾.

⁽²⁾ Sia consentito, per questi profili, rinviare alle osservazioni già svolte in G. ZILIO GRANDI, *Diritti sociali e diritti nel lavoro*, Giappichelli, Torino, 2006, 86 ss.

⁽³⁾ P. RAUSEI, *Luci e ombre sul restyling del lavoro a tempo determinato*, in *DPL*, 2012, 1321.

⁽⁴⁾ Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” – IT, 2012, n. 153, 5.

⁽⁵⁾ F. BANO, *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in *LD*, 2012, 505.

⁽⁶⁾ G. MIMMO, *Le Nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto*, Relazione tenuta al corso di aggiornamento professionale per avvocati Inps, *Le recenti riforme in tema di diritto del lavoro e di processo civile*, in Roma e videoconferenza, 14 e 15 novembre 2012, *datt.*, 3, che evidenzia come «ben differente

Non manca, poi, chi ritiene che «questo ribadire enfaticamente un dato peraltro già acquisito al nostro diritto del lavoro costituisce certo un'eco del negoziato intorno al “contratto unico”» (7).

Secondo altra opinione, guardando all'enunciazione di principio, resta imprecisata la rilevanza della modifica, essendo, tuttavia, necessario «tener conto della circostanza che, tra le finalità assegnate all'intero provvedimento, il legislatore annuncia quella di favorire “l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili”, “ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato quale forma comune del rapporto di lavoro”» (8). In altri termini, la suddetta nuova formulazione sembra mirare a rafforzare l'*incipit* contenuto nell'articolo 1, comma 1, lettera a, della legge di riforma che comunque, per la sua collocazione, non può che rappresentare un criterio guida dell'intero testo legislativo e che, sebbene apparentemente privo di immediata efficacia precettiva, dovrà comunque essere tenuto presente quantomeno, in sede interpretativa.

Del resto, il riferimento al contratto di lavoro a tempo indeterminato quale «contratto dominante», se da un lato «suona un po' pomposo», dall'altro «non resta un solo onorifico *lip service* senza seguito alcuno» (9), dato che una lettura sistematica e complessiva dell'intero *corpus* normativo di riforma sembra attribuirgli anche concretezza, specie nel momento in cui rende più oneroso e selettivo il ricorso ad alcune tipologie contrattuali flessibili, nel contempo implementandone il “rischio” di trasformazione in rapporto a tempo indeterminato.

Insomma, il contratto a tempo determinato non costituisce in sé un'eccezione, purché resti “confinato” nell'ambito del relativo recinto normativo e, segnatamente, sia effettivamente supportato dalle ragioni

era l'*incipit* dell'art. 1 della legge n. 230 del 1962 secondo il quale “il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato” formulazione che denota una chiara opzione per il contratto a tempo indeterminato e un disfavore per quello a termine».

(7) F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, 535.

(8) R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 12, 1141, secondo cui «il concetto è riassunto nella formula del “contratto dominante”», dominanza del lavoro stabile su quello temporaneo che, tuttavia, deve «tener conto delle modifiche operate dalla riforma».

(9) F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, cit., 536.

oggettive legislativamente definite. Ragioni, queste, dalle quali può prescindere soltanto nella fattispecie appena conosciuta del primo contratto, appunto a-causale, ove l'assunzione del lavoratore a termine realizza un'effettiva e concreta esigenza di flessibilità, peraltro temporalmente circoscritta ⁽¹⁰⁾.

Volendo tratteggiare in una rapida sintesi complessiva i passaggi chiave del recente intervento normativo in materia, che, in termini generali, non sembra, ad una prima valutazione, abbia realizzato uno «spostamento delle convenienze a favore del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato» ⁽¹¹⁾, è possibile osservare come la legge n. 92/2012, mentre aumenta i tempi di rinnovo dei contratti a termine, portandoli a 90 giorni se il contratto è superiore a sei mesi e a 60 se non li supera, lascia sostanzialmente invariata la disciplina sulla proroga, che può essere concessa una sola volta ed ha come limite temporale per il suo esercizio la data di scadenza del medesimo contratto a termine.

Sempre sul piano generale è possibile condividere l'opinione di chi vede nell'intervento sulla struttura del contratto a termine «sia elementi volti a garantire una maggiore flessibilità in entrata, agevolando il datore di lavoro nell'uso di tale strumento, sia elementi che operano in senso opposto e che mirano a disincentivare tale forma contrattuale in favore del contratto a tempo indeterminato, qualificato dalla legge come "contratto dominante". Anzi, sembra che il legislatore abbia voluto, dopo avere introdotto elementi di flessibilità, porre dei contrappesi al fine da un lato di agevolare le imprese, ma dall'altro di limitare l'uso di tale strumento, in favore dell'assunzione a tempo indeterminato» ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. anche P. SALAZAR, *Contratto a termine quale strumento di flessibilità*, in *DPL*, 2012, 41, 2581 ss.

⁽¹¹⁾ M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione svolta al XVII Congresso nazionale AIDLASS, Pisa 7-9 giugno 2012, 16 del testo provv.

⁽¹²⁾ G. MIMMO, *Le Nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto*, cit., 1.

14. Il contratto “a-causale”

La riforma Fornero configura quello che può forse definirsi un nuovo (o, quantomeno, ulteriore) tipo contrattuale e, cioè, il (primo) contratto a termine (tra le stesse parti) senza causale, in relazione al quale non è necessario specificare per iscritto le ragioni del ricorso a quel determinato lavoratore. Infatti, l'articolo 1, comma 9, lettera *b*, della legge n. 92 introduce, dopo il comma 1 dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001, un comma 1-*bis*, secondo cui il «primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso tra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansioni, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato» può prescindere dall'esistenza e dall'indicazione delle ragioni oggettive che ordinariamente consentono la stipula di un contratto di lavoro a termine. Va da sé che «se la giustificazione non serve non va specificata nel contratto scritto» ⁽¹⁾. Insomma, fermo restando il rispetto delle ulteriori disposizioni dettate dal decreto legislativo, nel primo contratto a termine che non abbia una durata superiore a mesi 12 ⁽²⁾ non è più necessario

⁽¹⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012.

⁽²⁾ Nel progetto discusso alla Camera erano 6, divenuti, appunto, 12 in Senato. Secondo M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione svolta al XVII Congresso nazionale AIDLASS, Pisa, 7-9 giugno 2012, 16 del testo provv., il termine di 6 mesi originariamente previsto avrebbe reso meno conveniente per il datore di lavoro programmare un *turn over* continuo dei lavoratori assunti con un primo e unico

specificare per iscritto le ragioni tecniche, organizzative, produttive o di carattere sostitutivo, qualsiasi sia la mansione. Il legislatore, dunque, crea di fatto una nuova formula contrattuale svincolata dalla rigida struttura di cui al modello generale di lavoro a termine.

Scelta, questa, che appare in linea con la nostra giurisprudenza di legittimità, ma anche con quella europea ⁽³⁾, che reputa «inapplicabile al contratto unico, attesa la pregnanza del dato testuale, la clausola n. 5 della direttiva (che richiede la sussistenza di "ragioni obiettive" per scongiurare abusi nella successione di contratti a termine)» ⁽⁴⁾.

La nuova disposizione, «evidente evoluzione, in senso liberista, nella storia normativa del contratto a termine» ⁽⁵⁾, sembra voler ampliare le possibilità di utilizzo del termine nel contratto di lavoro subordinato, in una prospettiva che riconosce nel contratto a tempo determinato uno strumento di politica del lavoro: «nell'attuale e nota situazione occupazionale si è pensato di provare a smuovere le acque stagnanti del mercato del lavoro consentendo una prima esperienza lavorativa nella speranza che la stessa contribuisca ad aumentare le possibilità di un successivo rapporto stabile con lo stesso o con un altro datore di lavoro»

contratto, «in considerazione dei tempi richiesti per l'adattamento del lavoratore al contesto lavorativo, almeno per le mansioni non elementari». Per M. MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, relazione tenuta al seminario *La riforma del mercato del lavoro*, Università di Roma Tre, 13 aprile 2012, la previsione di un contratto "libero" di soli 6 mesi non costituiva una soluzione dei problemi.

⁽³⁾ Cfr. C. giust. ord. 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino*, in *MGL*, 2011, 227; C. giust. 23 aprile 2009, proc. riuniti da C-378/07 a C-380/07, *Kiriaki Angelidaki et al.*, in *RGL*, 2009, II, 505; C. giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler*; C. giust. 22 novembre 2001, causa C-144/04, *Mangold*, secondo cui, appunto, la clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro mira a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato, mentre il contratto a-causale è il primo ed unico contratto di lavoro stipulato tra le parti; Cass. 1 febbraio 2010, n. 2279, in *GD*, 2010, 10, 81 (s.m.); Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *MGC*, 2008, 5.

⁽⁴⁾ P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *DRI*, 2012, 960.

⁽⁵⁾ G. MIMMO, *Le Nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto*, Relazione tenuta al corso di aggiornamento professionale per avvocati Inps, *Le recenti riforme in tema di diritto del lavoro e di processo civile*, in Roma e videoconferenza, 14 e 15 novembre 2012, datt., 2.

(⁶). La logica, infatti, vuole che l'impresa che ha provveduto all'addestramento del lavoratore assunto per 12 mesi non se ne privi qualora lo stesso abbia dato buona prova di sé e si sia ben inserito nel contesto aziendale. Non manca, pertanto, chi ritiene che «la riforma avrà un considerevole impatto sul mercato del lavoro, in quanto l'aver generalizzato la possibilità di stipulare contratti a termine acausali per una durata considerevole, fino ad un anno, porta ad ipotizzare che questa diventerà una delle modalità di assunzione maggiormente utilizzate dai datori di lavoro, in quanto da un lato con l'apposizione di un termine finale al rapporto hanno la possibilità di assumere personale senza andare incontro alle rigidità che caratterizzano il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, dall'altro non incorrono più nei rischi connessi alla insufficiente specificazione della ragione appositiva del termine ovvero alla mancata prova della sua sussistenza, rischi che hanno caratterizzato il contratto a termine fino ad oggi» (⁷).

Occorre osservare, per completezza di esposizione, come non si tratti di una novità assoluta nel nostro panorama contrattual-lavoristico, considerato che la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato privi di causa era già, in qualche modo, prevista dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 368/2001 a favore delle aziende che operano nel settore dei servizi aeroportuali ovvero nell'ambito del trasporto aereo ovvero dei servizi relativi alla concessione postale (comma 1-*bis* aggiunto dall'articolo 1, comma 558, legge n. 266/2005). Mentre, però, i contratti stipulabili ai sensi del predetto articolo 2, sebbene a-causali, sono soggetti a plurime limitazioni, la novità del 2012 procede ad una sostanziale liberalizzazione di questa forma contrattuale.

Il contratto a-causale non ammette proroga, mentre deve ritenersi ammessa la protraibilità di fatto del rapporto (⁸), potendo così lo stesso

(⁶) L. MENGHINI, *Contratto a termine (art. 1, comma 9 – 13, l. n. 92/2012)*, in *LG*, 2012, 928. Secondo l'A., peraltro, la norma non viola la clausola di non regresso, perché «l'equilibrio delle tutele è mutato, ma il loro insieme non si è abbassato».

(⁷) G. MIMMO, *Le Nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto*, cit., 5.

(⁸) In tal senso anche V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2012, n. 153, 17 e P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, cit., 961; R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 12, 1147. Dello stesso avviso è il Ministero del lavoro, circ. 18 luglio 2012, n. 18.

giungere – in concreto – a 13 mesi e 20 giorni. La perentoria formula letterale utilizzata dal legislatore («il contratto non può essere oggetto di proroga») conduce ad escludere la possibilità di una proroga anche nell'ipotesi di durata infrannuale del primo contratto: in altri termini, anche se il datore di lavoro stipula un contratto a termine a-causale di pochi mesi, non può poi prorogarlo, seppur nell'ambito dell'anno complessivo.

L'esame della nuova fattispecie induce, anzitutto, a chiedersi cosa debba intendersi per «primo rapporto».

A tal proposito, riteniamo che nulla esclude che si possa determinare un continuo *turn over* tra rapporti a-causali stipulati con diversi lavoratori assunti a termine una prima ed unica volta ⁽⁹⁾. Così come ben potrà stipularsi un contratto a-causale con un lavoratore che già ha avuto un precedente simile rapporto, ma con un'altra impresa. Del resto, «nella norma manca un espresso divieto di riassumere con un contratto a-causale lo stesso lavoratore» (che abbia già stipulato un simile contratto presso un'altra impresa), «mentre è senz'altro chiaro il divieto di proroga di tale contratto» ⁽¹⁰⁾.

Deve, invece, ritenersi che uno stesso datore di lavoro possa assumere a termine, ai sensi dell'articolo 1, comma 1-*bis*, il medesimo prestatore di lavoro solo una volta nella vita lavorativa dello stesso, a prescindere dalle mansioni. Uno stesso datore di lavoro, cioè, dopo avere assunto un lavoratore a termine "senza causa", non può più riassumerlo con la medesima tipologia contrattuale, anche se sono trascorsi diversi anni. Così come non lo può riassumere per fargli svolgere mansioni diverse da quelle oggetto del precedente rapporto contrattuale. Del resto, una diversa interpretazione «finirebbe per estendere in maniera del tutto inammissibile e presumibilmente in aperta violazione dei principi previsti dalla direttiva europea sopra citati la possibilità di stipulare contratti privi di causa, prestandosi a facili elusioni o abusi» ⁽¹¹⁾.

Del pari, sembra debba escludersi la possibilità di stipulare il primo contratto a termine a-causale con un lavoratore già "sperimentato" dal

⁽⁹⁾ Cfr. anche V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012*, n. 92, cit., 11.

⁽¹⁰⁾ Ancora R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, cit., 1143.

⁽¹¹⁾ Così G. MIMMO, *Le Nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto*, cit., 11.

datore di lavoro, ossia con un lavoratore con il quale sia già intercorso altro rapporto di lavoro di natura dipendente⁽¹²⁾. Depongono in tal senso sia la *ratio legis*, sia il riferimento al “rapporto” ed alla irrilevanza della mansione cui il prestatore di lavoro è adibito⁽¹³⁾. Altra opinione dottrinale ritiene corretta la predetta tesi, ma precisa che «l’assunzione in esame debba essere la prima in assoluto, non preceduta da altre assunzioni con contratti onerosi per le medesime mansioni, con esclusione, quindi, dei soli tirocini formativi»⁽¹⁴⁾.

È infatti del tutto evidente come la riassunzione non possa essere a-causale, «ove avvenga per mansioni identiche a quelle già svolte nell’ambito di un precedente contratto a-causale» e che analogamente «l’adibizione a mansioni diverse, nelle direzioni astrattamente possibili (mansioni superiori, inferiori, equivalenti) non può valere a ricostituire la “verginità” nell’accezione richiesta dalla norma, ossia a fare di ciascun nuovo contratto il “primo”, benché stipulato fra le stesse parti»⁽¹⁵⁾.

Altro profilo problematico potrebbe rivelarsi quello della successione soggettiva del datore di lavoro.

(12) Cfr. Ministero lavoro 18 luglio 2012, n. 18. Secondo V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 9, il contratto a termine a-causale non può essere stipulato neppure con un lavoratore già legato a quell’impresa con una forma contrattuale non subordinata, considerato che anche siffatte forme negoziali di natura diversa da quella di natura subordinata danno vita a “rapporti” che forniscono la possibilità di vagliare le capacità e le attitudini del lavoratore.

(13) Cfr. L. MENGHINI, *Contratto a termine: nuove regole*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Ipsoa, Milano, 2012, 96; e V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 7 ss. *Contra* P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, cit., 960 ss., secondo cui «questo indice depone semmai in senso inverso, giacché viene statuita appunto l’irrilevanza della circostanza che il lavoratore abbia già svolto, a diverso titolo, la medesima mansione presso il datore che per la prima volta lo assume a tempo determinato o lo riceve in somministrazione».

(14) L. MENGHINI, *Contratto a termine (art. 1, comma 9 – 13, l. n. 92/2012)*, cit., 930.

(15) R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, cit., 1143. Osserva, in tal senso, l’A.: «l’a-causalità del primo contratto a termine costituisce un’eccezione alla regola generale della causalità, posta dall’art. 1, comma 1, d.lgs. 368/2001. Orbene, poiché la fattispecie contemplata dalla norma eccezionale è testualmente identificata dall’unico requisito del “primo rapporto”, e poiché non risulta corretto estendere la portata di qualunque norma eccezionale “oltre i casi e i tempi” in essa indicati (cfr. art. 14 preleggi), il nuovo comma introdotto dalla riforma non può essere letto come se dicesse che per primo rapporto si intende solo quello relativo a mansioni identiche».

Nel caso di trasferimento d'azienda, considerato che tra lavoratore e cessionario non si costituisce un nuovo e diverso rapporto, ma prosegue il rapporto vigente tra lavoratore e cedente, «una interpretazione mirata ad evitare possibili abusi dovrebbe portare a ritenere preclusa, nell'ambito di un fenomeno successorio derivante da un trasferimento di azienda, la possibilità di stipulare un contratto a termine ai sensi dell'art. 1, comma 1 *bis*, da parte dell'impresa cessionaria nei confronti di uno stesso lavoratore che era stato assunto con la stessa tipologia contrattuale dall'impresa cedente»⁽¹⁶⁾.

Deve, forse, ritenersi preclusa l'assunzione di un lavoratore a termine in modalità a-causale nell'ipotesi in cui le imprese, pur se formalmente distinte, costituiscano un unico centro di imputazione e non già un mero collegamento economico e funzionale, sebbene un certo spazio per una soluzione diversa possa essere riconosciuto.

La novella precisa, poi, che, oltre ai predetti casi di primo contratto a tempo determinato o di missione in somministrazione di durata inferiore ai 12 mesi, i contratti collettivi⁽¹⁷⁾ stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possano prevedere, in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati, che le limitazioni all'impiego dello schema negoziale di cui trattasi non valgono, nell'ambito complessivo del 6 % del totale dei lavoratori occupati nel contesto dell'unità produttiva considerata, nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione relativa al contratto di somministrazione a tempo determinato avvenga in relazione ad un processo organizzativo determinato da investimenti che riguardino la ricerca e lo sviluppo, la proroga di commesse, l'avvio di una nuova attività, il lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, l'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico.

⁽¹⁶⁾ Questa è la condivisibile interpretazione di G. MIMMO, *Le Nuove disposizioni sul contratto a tempo determinato e sul contratto a progetto*, cit., 13.

⁽¹⁷⁾ Sul tema, in generale, del contributo – in materia – della contrattazione collettiva v. R. CASILLO, *I contenuti della contrattazione collettiva sul contratto a tempo determinato*, in G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2008, 301 ss., e S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, 241 ss. Si rammenta che è con l'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011, che la contrattazione collettiva, di livello aziendale e territoriale, torna ad essere abilitata alla regolamentazione della materia.

«L'obiettivo sembra essere quello di mitigare la presenza di un contratto a termine a-causale direttamente autorizzato dalla legge, prevedendo che, in sua vece, la contrattazione collettiva possa prevedere un altro modello, costruito su presupposti specifici, che – a ben guardare – lo rendono fintamente a-causale»⁽¹⁸⁾. Ma «la previsione è controproducente oltretutto illogica. Le ragioni indicate [...], essendo oggettive e controllabili, quindi tali da soddisfare la clausola generale di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto n. 368/2001, non avrebbero bisogno di un *imprimatur* da parte della contrattazione collettiva»⁽¹⁹⁾. In altri termini, la norma non ha alcun senso, «perché le specifiche ipotesi che dovrebbero sostituire quella generale a-causale hanno già di per sé i requisiti della temporaneità "mite" e rientrano, quindi, in quelle di cui al comma 1 dell'art. 1 del decreto n. 368/2001 e comunque sono di frequente contemplate e ribadite per certezza dalla contrattazione collettiva»⁽²⁰⁾.

In breve, «che senso avrebbe (per le imprese) disattivare il modello (veramente a-causale) di contratto a termine di fonte legale (sganciato dal rischio di controllo giudiziale), per sostituirlo con quello (solo apparentemente a-causale) di fonte negoziale?»⁽²¹⁾. Non è dato comprendere, cioè, «quale possa essere l'interesse del fronte imprenditoriale a negoziare una simile clausola-boomerang, ovviamente salvo che essa diventi una preziosa merce di scambio nella negoziazione»⁽²²⁾.

Ed allora, nel tentativo di rendere appetibile il modello negoziale rispetto a quello legale, nell'ambito dell'a-causalità, certa dottrina prova a valorizzare il silenzio del legislatore, relativamente all'ultimo periodo del

⁽¹⁸⁾ R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, cit., 1145.

⁽¹⁹⁾ Così P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, cit., 964.

⁽²⁰⁾ L. MENGHINI, *Contratto a termine (art. 1, comma 9 – 13, l. n. 92/2012)*, cit., 934, che prevede che la norma non sarà attuata, «non solo perché nessun serio sindacato dei datori di lavoro la proporrà, ma anche perché nessun sindacato serio dei lavoratori sarà così incosciente da scambiare nuove assunzioni a termine divenute oggi molto preziose (bloccandole del tutto) con possibilità di impiego temporaneo che i lavoratori hanno già».

⁽²¹⁾ Così, ancora, in modo condivisibile, R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, cit., 1145; e già G. ZILIO GRANDI, *Relazione al Convegno Api, La riforma del mercato del lavoro*, Vicenza, 19 settembre 2012.

⁽²²⁾ G. FRANZA, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 60.

nuovo testo dell'articolo 1-*bis* del decreto legislativo n. 368/2001, con riferimento al limite dei 12 mesi e all'espressione «primo rapporto». Ove si trattasse di una scelta legislativa consapevole e non già di una mera semplice dimenticanza, «la combinazione tra i due periodi del nuovo comma 1-*bis* genererebbe due possibilità: o ricorrere al modello di fonte legale, totalmente a-causale, ma solo per la prima assunzione e nel limite di 12 mesi, oppure attivare il modello di fonte negoziale, circoscritto alle causali tipizzate dalla legge, ma valevole per una durata anche superiore ad un anno»⁽²³⁾.

Dal punto di vista della legittimazione soggettiva la novità di rilievo sembra rappresentata dal fatto che si potranno raggiungere accordi in materia anche a livello decentrato, territoriale o aziendale. Siffatta "legittimazione" dei c.d. contratti di prossimità⁽²⁴⁾ è, però, ammessa soltanto su espressa delega delle strutture nazionali, in deroga, in certo qual modo, alle previsioni di cui all'articolo 8 della legge n. 148/2011. In tal senso, il Ministero del lavoro ha chiarito che deve ritenersi esclusa «la possibilità, da parte della contrattazione decentrata, di introdurre una disciplina diversa da quella già prevista dal Legislatore se non espressamente delegata a livello interconfederale o di categoria»⁽²⁵⁾. Il Ministero pone i "consueti criteri interpretativi", «ma non si comprende, invero, se la scelta interpretativa operata abbia considerato prioritariamente il criterio ermeneutico riguardante la successione di leggi nel tempo ovvero quello della specialità della norma dettata dalla legge n. 92/2012 rispetto alla generalità di quella del D.L. n. 138/2011»⁽²⁶⁾.

⁽²³⁾ R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, cit., 1145.

⁽²⁴⁾ Sui contratti di prossimità v. P. RAUSEI, *Contrattazione collettiva: nuove frontiere e contratti di prossimità*, in *DPL*, 2011, 41, 2429 ss.; M. TIRABOSCHI, *Contratti di prossimità in linea con le ultime riforme*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 agosto 2011; A. VALLEBONA, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *MGL*, 2011, 10, 682 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Il prima e il dopo l'art. 8: ma cambia veramente qualcosa?*, in *Quad. Fondazione M. Biagi*, 2.VII, 2012.

⁽²⁵⁾ Circ. Min. lav. 18 luglio 2012, n. 18.

⁽²⁶⁾ Così P. RAUSEI, *Fra luci e ombre la prima circolare sulla riforma del lavoro*, in *DPL*, 2012, 32, 1994.

15. Le ulteriori modifiche apportate dalla riforma Fornero

La legge n. 92/2012 allunga i termini scaduti i quali il contratto si converte automaticamente in tempo indeterminato: decorso il termine oggi può esservi una prosecuzione del contratto non superiore a 30 giorni se il contratto è di durata inferiore a sei mesi e non superiore a 50 giorni se il contratto è di durata superiore a sei mesi. Il legislatore, prevede, dunque, un periodo di tolleranza, entro il quale il rapporto a termine può legittimamente continuare di fatto, senza che tale circostanza comporti automaticamente la trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato e con l'unica conseguenza della maggiorazione della retribuzione. Superato tale breve periodo di tolleranza senza che il rapporto sia effettivamente cessato, lo stesso si trasforma in contratto a tempo indeterminato.

Resta ferma la previsione normativa secondo cui, nel caso di protrazione della prestazione lavorativa dopo il maturare del termine, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una retribuzione maggiorata, pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo alla scadenza del termine ed al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore.

È, comunque, necessaria la previa comunicazione al Centro per l'impiego territorialmente competente, da effettuarsi entro la scadenza del termine inizialmente fissato. Un appesantimento burocratico, peraltro, privo di sanzione, «incoerente rispetto alla fisiologica (nell'esperienza)

occasionalità della prosecuzione di fatto del rapporto, che pare sottendere una finalità di controllo rimasta tuttavia inespressa»⁽¹⁾; l'ennesimo adempimento burocratico, dalla finalità oscura, anche considerato che la norma previgente, «fondandosi proprio sulla possibile dimenticanza del termine da parte del datore di lavoro, ne agevolava l'iter, seppur con maggiorazioni retributive e considerato che «la prosecuzione del rapporto perde la sua natura "di fatto", invece assimilata proprio ad una, seppur breve, proroga, di cui condivide i tratti caratteristici»⁽²⁾.

Tra un contratto a termine e l'altro devono intercorrere, pena la trasformazione in rapporto a tempo indeterminato, i seguenti intervalli: 60 giorni, dalla data di scadenza di un contratto di durata non superiore a 6 mesi; 90 giorni, dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore a 6 mesi. Disposizione, questa, in linea con quella giurisprudenza comunitaria che ha censurato le discipline di quei paesi che includono ridotti intervalli di tempo tra un contratto e l'altro⁽³⁾.

La lettera *h* dell'articolo 1, comma 9, della riforma Fornero, modificando l'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo n. 368/2001, precisa: «I contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 1-*bis*, possono prevedere, stabilendone le condizioni, la riduzione dei predetti periodi, rispettivamente, fino a venti e trenta giorni nei casi in cui l'assunzione a termine avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato dall'avvio di una nuova attività; dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente». La norma ha poi cura di precisare che, in assenza dell'intervento della contrattazione collettiva, decorsi dodici mesi dall'entrata in vigore della disposizione, sarà il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, sentite le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano

⁽¹⁾ Ancora P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *DRI*, 2012, 961.

⁽²⁾ G. FRANZA, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 63.

⁽³⁾ Cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – IT, 2012, n. 153, 19.

nazionale, a provvedere ad individuare le specifiche condizioni in cui operano le riduzioni di cui trattasi.

Si prevede, inoltre, espressamente che i termini ridotti di cui sopra trovano applicazione «per le attività di cui al comma 4-ter, e in ogni altro caso previsto dai contratti collettivi stipulati ad ogni livello dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

La norma suscita perplessità, non solo e non tanto per il meccanismo alquanto farraginoso e in ordine all'opportunità di prevedere un regime differenziato per alcune fattispecie, ma anche e soprattutto perché non è per nulla chiaro il contenuto del rinvio alla contrattazione collettiva, che, peraltro, sembra possa soltanto limitarsi, «stabilendone le condizioni», a prevedere o meno la possibilità di avvalersi della riduzione dei suddetti periodi. Poco comprensibile, poi, la *ratio* del meccanismo sostitutivo in difetto «di un intervento della contrattazione collettiva».

Con una modificazione introdotta dalla legge n. 134/2012 di conversione del decreto legge n. 83/2012 (c.d. decreto sviluppo) l'articolo 46-bis, modificando la legge n. 92/2012 appena approvata, introduce la deroga sulle riassunzioni a termine per gli stagionali, che è possibile se il secondo rapporto a termine è instaurato dopo venti giorni (anziché sessanta) se il contratto è di durata fino a sei mesi o dopo trenta (anziché novanta) se il contratto è di durata superiore ai sei mesi. Analogamente, la stessa disposizione amplia la possibilità di riduzione degli intervalli in esame sino a venti o trenta giorni, possibilità che viene affidata ai contratti collettivi di ogni livello e senza ulteriori condizioni. Ci chiediamo quale sia la coerenza: la possibilità, in via generale, di ridurre i termini in questione rende, infatti, del tutto superflua la previsione di una specifica casistica in cui ciò può avvenire. Sarebbe, forse, stato meglio limitarsi a prevedere la possibilità, per la contrattazione collettiva, di stabilire termini diversi che devono intercorrere tra un contratto ed un altro. Ciò, peraltro, avrebbe anche evitato un inutile "sproloquio" normativo.

Con l'intenzione di porre un freno all'incremento della precarietà del lavoro generata dal sistema nel suo complesso considerato, la riforma Fornero precisa, intervenendo a modificare l'articolo 5, comma 4-bis, del decreto legislativo n. 368/2001, che «ai fini del computo del periodo massimo di trentasei mesi si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, ai

sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 1 del presente e del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato». Previsione, questa, con la quale il legislatore del 2012 sembra manifestare un certo *sfavor* nei confronti della somministrazione⁽⁴⁾.

Dal punto di vista operativo, tre sono, dunque, le condizioni previste dalla legge: che si tratti dello stesso datore di lavoro, della medesima tipologia contrattuale (ossia contratto a termine e contratto di somministrazione)⁽⁵⁾ e di equivalenti mansioni. Dubbi si registrano in ordine al riferimento soggettivo, qualora, ad esempio, i contratti a termine riguardino imprese diverse, ma che fanno parte dello stesso gruppo. «Il discorso si presenta alquanto complesso e delicato, in quanto, in alcune ipotesi la pluralità di aziende collegate (con un unico centro organizzativo e direzionale) non coincide necessariamente con la nozione giuridica di "gruppo d'impres"»⁽⁶⁾.

Del pari problematica potrebbe rivelarsi l'interpretazione del riferimento ai contratti di somministrazione: mentre, infatti, per quelli a termine non vi è alcuna eccezione⁽⁷⁾, rientrando, dunque, tutti nel computo, per quelli di somministrazione, secondo il Ministero del welfare⁽⁸⁾,

⁽⁴⁾ V. in tal senso M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, 111 ss.

⁽⁵⁾ Precisa, sul punto, P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, cit., 963: «È quindi necessario, affinché operi il limite, che della sequenza faccia parte almeno un contratto a termine, anche acausale [...]. Più precisamente, è necessario che il contratto a termine da cui deriva il superamento del tetto e di cui si chiede la conversione sia l'ultimo della sequenza. Il limite è infatti statuito con riguardo al contratto a termine e non con riguardo alla missione in somministrazione».

⁽⁶⁾ E. MASSI, *Contratti a termine dopo la Riforma Fornero*, in *DPL*, 2012, 35, inserto, XIV. Sul tema v. anche Cass. 17 agosto 2012, n. 14553, in *GD*, 2012, 41, 59, seppure intervenuta sulla problematica dell'applicazione dell'art. 18 della l. n. 300/1970.

⁽⁷⁾ Sono esclusi dal computo i rapporti individuati dalla contrattazione collettiva o dagli avvisi comuni, i rapporti di lavoro di natura stagionale e, in genere, tutti quei contratti che pur avendo una scadenza temporale, non sono contratti a termine (apprendistato, lavoro intermittente, contratti di inserimento o reinserimento, ecc.).

⁽⁸⁾ Cfr. circ. 18 luglio 2012, n. 18, che, peraltro, chiarisce la finalità essenzialmente antielusiva della previsione normativa di cui trattasi, evidenziando che «la norma vuole

occorre partire dalla data di entrata in vigore della legge n. 92/2012, rendendosi ben conto «che una interpretazione amministrativa diversa avrebbe avuto un forte impatto negativo sugli equilibri organizzativi di molte realtà aziendali come, ad esempio, quelle della grande distribuzione» ⁽⁹⁾. Tuttavia, «con tale affermazione di principio, senza dubbio generosa e dinamicamente opportuna, ma forse non in piena sintonia con il dettato normativo, la circolare ministeriale consente ai datori di lavoro un più ampio ricorso alla somministrazione di lavoro a termine rispetto a quanto derivante da una lettura piana della legge n. 92/2012» ⁽¹⁰⁾.

Per quanto concerne il concetto di equivalenza delle mansioni, lo stesso si deve interpretare non come semplice corrispondenza tra i livelli di inquadramento, bensì in relazione alle attività espletate in concreto ⁽¹¹⁾. In tal ottica, la stessa Suprema Corte ha affermato che «l'equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti, deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento professionale del lavoratore acquisito nella progressiva fase del rapporto» ⁽¹²⁾.

evidentemente evitare che, attraverso il ricorso alla somministrazione di lavoro, si possano aggirare i limiti all'impiego dello stesso lavoratore con mansioni equivalenti».

⁽⁹⁾ Così E. MASSI, *Contratti a termine dopo la Riforma Fornero*, cit., XV.

⁽¹⁰⁾ P. RAUSEI, *Fra luci e ombre la prima circolare sulla riforma del lavoro*, in *DPL*, 2012, 32, 1995.

⁽¹¹⁾ Cfr. Ministero del Welfare, circ. n. 13/2008.

⁽¹²⁾ Nella consolidata giurisprudenza sul punto Cass., sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033, in *MGC*, 2006, 11, nonché in *RGL*, 2007, 2, II, 193 (s.m.).

16. Il contratto a termine delle start-up innovative

L'articolo 28 del decreto legge n. 179/2012, come modificato dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, introduce una nuova fattispecie di lavoro a tempo determinato nel caso in cui il contratto sia stipulato da una *start-up* innovativa ⁽¹⁾ per lo

(¹) L'art. 25, comma 2, d.l. n. 179/2012, come modificato dalla l. n. 221/2012, così definisce la *start-up* innovativa: «Ai fini del presente decreto, l'impresa *start-up* innovativa, di seguito "*start-up* innovativa", è la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una *Societas Europaea*, residente in Italia ai sensi dell'articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti:

- a) i soci, persone fisiche, detengono al momento della costituzione e per i successivi ventiquattro mesi, la maggioranza delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale e dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci;
- b) è costituita e svolge attività d'impresa da non più di quarantotto mesi;
- c) ha la sede principale dei propri affari e interessi in Italia;
- d) a partire dal secondo anno di attività della *start-up* innovativa, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non è superiore a 5 milioni di euro;
- e) non distribuisce, e non ha distribuito, utili;
- f) ha, quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico;
- g) non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda;
- h) possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti:

svolgimento di attività inerenti e strumentali all'oggetto sociale della stessa. In questa ipotesi le ragioni di cui all'articolo 1 del decreto legislativo n. 368/2001 «si intendono sussistenti» qualora il contratto a tempo determinato, «anche in somministrazione sia stipulato da una start-up innovativa per lo svolgimento di attività inerenti o strumentali all'oggetto sociale della stessa» ⁽²⁾.

Il contratto a tempo determinato di cui trattasi può essere stipulato per una durata minima di sei mesi ed una massima di trentasei mesi, ferma restando la possibilità di stipulare un contratto a termine di durata inferiore a sei mesi, ai sensi della normativa generale vigente. Peraltro, entro il predetto limite di durata massima, possono essere stipulati più successivi contratti a tempo determinato «senza l'osservanza dei termini

1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 20 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della start-up innovativa. Dal computo per le spese in ricerca e sviluppo sono escluse le spese per l'acquisto e la locazione di beni immobili. Ai fini di questo provvedimento, in aggiunta a quanto previsto dai principi contabili, sono altresì da annoverarsi tra le spese in ricerca e sviluppo: le spese relative allo sviluppo precompetitivo e competitivo, quali sperimentazione, prototipazione e sviluppo del *business plan*, le spese relative ai servizi di incubazione forniti da incubatori certificati, i costi lordi di personale interno e consulenti esterni impiegati nelle attività di ricerca e sviluppo, inclusi soci ed amministratori, le spese legali per la registrazione e protezione di proprietà intellettuale, termini e licenze d'uso. Le spese risultano dall'ultimo bilancio approvato e sono descritte in nota integrativa. In assenza di bilancio nel primo anno di vita, la loro effettuazione è assunta tramite dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della start-up innovativa;

2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero;

3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa».

⁽²⁾ Occorre precisare che secondo il richiamato art. 28 (rubricato *Disposizioni in materia di rapporto di lavoro subordinato in start-up innovative*), «le disposizioni del presente articolo trovano applicazione per il periodo di 4 anni dalla data di costituzione di una start-up innovativa di cui all'articolo 25, comma 2, ovvero per il più limitato periodo previsto dal comma 3 del medesimo articolo 25 per le società già costituite».

di cui all'articolo 5, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, o anche senza soluzione di continuità».

Ed ancora, in deroga al limite dei trentasei mesi, «un ulteriore successivo contratto a tempo determinato tra gli stessi soggetti e sempre per lo svolgimento delle attività di cui al comma 2 può essere stipulato per la durata residua rispetto al periodo di cui al comma 1, a condizione che la stipulazione avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio».

Nel caso in cui, per effetto di successione di contratti a termine, «il rapporto di lavoro tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi, comprensivi di proroghe o rinnovi, o la diversa maggiore durata stabilita a norma del comma 3, ed indipendentemente dagli eventuali periodi di interruzione tra un contratto e l'altro, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato».

Analogamente, «la prosecuzione o il rinnovo dei contratti a termine di cui al presente articolo oltre la durata massima prevista dal medesimo articolo ovvero la loro trasformazione in contratti di collaborazione privi dei caratteri della prestazione d'opera o professionale, determinano la trasformazione degli stessi contratti in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato».

Si tratta, all'evidenza, di una nuova fattispecie di causale legislativamente tipizzata di accesso al lavoro a termine, nella quale «le ragioni oggettive che legittimano il ricorso al lavoro a termine, coincidono con le qualità soggettive del datore di lavoro: è l'impresa ad essere intrinsecamente temporanea, e – di conseguenza – il lavoro che essa ingaggia» ⁽³⁾.

Il contratto a termine sopra indicato può essere stipulato fino a 36 mesi: può, quindi, giungere fino a tre volte la durata massima stabilita per il contratto a-causale "ordinario". Peraltro, come detto, sarà possibile stipulare, innanzi alla competente Direzione territoriale del lavoro, ma senza la necessaria presenza di un rappresentante sindacale, un successivo ulteriore contratto per un periodo residuo rispetto a quello di anni quattro dal momento in cui è stata costituita la *start-up*.

⁽³⁾ R. VOZA, *Il lavoro a tempo determinato dopo la riforma Fornero*, in *LG*, 2012, 12, 1146.

Si aggiunga che, nell'arco del predetto periodo massimo, possono essere stipulati «successivi contratti a tempo determinato [...] anche senza soluzione di continuità». È evidente, dunque, la corposa deroga alla disciplina generale, dalla quale si evince un certo *favor* legislativo verso la particolare *species* di impresa di cui trattasi, salva fatta la previsione di una durata minima (sei mesi) del contratto, invece non richiesta per il modello generale di contratto a termine a-causale.

Come si vede, limiti temporali amplissimi, che possono risultare maggiori rispetto al termine massimo di cui all'articolo 5 del decreto legislativo n. 368/2001 e possibilità di stipulare più contratti in successione, anche senza soluzione di continuità, non essendo necessario rispettare il termine di cui allo stesso predetto articolo 5, comma 3. E a nostro avviso, la disposizione, come formulata, appare in contrasto e, quindi, incompatibile con i principi di cui alla direttiva comunitaria n. 70/1999, con riguardo specifico alla discriminazione, al non regresso e alla eccezionalità del termine.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Gaetano Zilio Grandi Professore straordinario di Diritto del lavoro nell'Università
Ca' Foscari - Venezia

Mauro Sferrazza Avvocato Inps

SOCI ADAPT

ABI	Confesercenti	FLAEI-CISL
Adecco Italia	Confimi Impresa	Fondazione studi consulenti del lavoro
ADHR Group	Confindustria	Fondirigenti
Agens	Confindustria Bergamo	GE Oil & Gas – Nuovo Pignone
AgustaWestland	Confindustria Verona	Generazione vincente
Aifos	Confprofessioni	Gi Group
Ailog	Conservas Italia	Gruppo Manutencoop
ANCC-Coop	Consorzio formazione&lavoro	IKEA Italia Retail
ANCE	Coopfond-Legacoop nazionale	INAIL
Angem	Cremonini	Inforgroup
ANINSEI	CSQA Certificazioni	Isfol
Anmil Onlus	Dussmann Service	Italia lavoro
Associazione Industriali della Provincia di Vicenza	Ebinter	LVH-APA
Assolavoro	Ebiter Taranto	Manpower
Assomea	Electrolux Italia	Marelli motori
Assosistema	Elior Ristorazione	MCL
Bachelor	Enel	Micron Technology
Banca Popolare dell'Emilia Romagna	Eni	Obiettivo lavoro
Chiesi Farmaceutici	Esselunga	Poste italiane
CIA	Farmindustria	Provincia di Verona
Cimolai	Federalberghi	Quanta
CISL	Federdistribuzione	Randstad Italia
CISL FP	Federmeccanica	Sodexo Italia
CNA	Federtrasporto	Synergie Italia agenzia per il lavoro
CNA pensionati	Fedit	Telecom Italia
Coldiretti	Ferrovie dello Stato italiane	UGL
Confagricoltura	FILCA-CISL	UIL
Confapi	Fincantieri	Umana
Confartigianato	FIPE	Unindustria Bologna
Confcommercio	FISASCAT-CISL	Unindustria Treviso
Confcooperative	FIT-CISL	Union Labor

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

ADAPT – Scuola di alta formazione in relazioni industriali e di lavoro

