



Associazione per gli Studi internazionali e comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008

GIAMPIERO PROIA *

Sommario: **1.** Il riassunto delle “puntate” precedenti. – **2.** La “riferibilità” delle “ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive” anche “alla ordinaria attività del datore di lavoro”. – **3.** Il rapporto tra il lavoro a tempo indeterminato e quello a tempo determinato. – **4.** La compatibilità con la disciplina comunitaria. – **5.** *Segue:* ... e con quella costituzionale. – **6.** Il regime transitorio in materia di sanzioni.

Working Paper n. 78/2009

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

1. Il riassunto delle
"puntate" precedenti

Le valutazioni dell'ordinamento con riguardo al delicato tema della durata del rapporto di lavoro hanno subito, come si sa, un'evoluzione profonda, ma, tutto sommato, sufficientemente chiara nelle sue linee essenziali.

Dopo l'iniziale sfavore nei confronti dell'assunzione a tempo indeterminato dell'obbligo di prestare lavoro «all'altrui servizio» (come prevedeva il codice civile del 1865), vi è stata, nel 1942, l'inversione di prospettiva che ha legato l'apposizione del termine ai casi giustificati dalla "specialità" del rapporto (cfr. l'ormai abrogato articolo 2097 del codice civile).

È seguito, poi, il forte irrigidimento della disciplina vincolistica voluto dalla legge n. 230 del 1962, basata sul principio che, da un lato, «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato» e che, d'altro lato, soltanto in casi eccezionali tassativamente elencati è consentito fare ricorso al contratto a termine.

Dalla seconda metà degli anni Settanta, invece, il legislatore, preso atto delle modifiche intervenute nei modi di lavorare e di produrre e soprattutto pressato dagli effetti della globalizzazione dei mercati e delle cicliche crisi economiche, ha progressivamente allentato, con tecniche e intensità diverse, i vincoli posti all'assunzione di lavoratori a tempo determinato.

In questo senso, dopo i primi interventi circoscritti alla aggiunta di ulteriori causali giustificative all'originario elenco del 1962, ha proceduto ad una più ampia e sistematica concessione di flessibilità. Flessibilità prima di natura concertata, affidata cioè alla mediazione sindacale (articolo 23 della legge n. 56 del 1987), e, poi, da ultimo, prevista direttamente dalla legge (articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001), pur lasciando al sindacato il potere di controllo sul *quantum* dell'utilizzo di lavoro flessibile.

Anche le modifiche introdotte dalla legge n. 247 del 2007 non hanno alterato l'impianto del decreto legislativo n. 368 del 2001, in quanto sono state lasciate invariate le "ragioni" che consentono l'apposizione del termine, pur aggiungendo la previsione di un "tetto" alla durata di successivi rapporti a termine.

Con riferimento a queste ultime modifiche faccio rinvio alle considerazioni che ho già avuto modo di svolgere⁽¹⁾, limitandomi a precisare che le prime interpretazioni che, in quella occasione, mi sentii di prospettare con riguardo ai punti più controversi sono state recepite o condivise dalla circolare interpretativa emanata dal Ministro Damiano in data 2 maggio 2008.

* Giampiero Proia è professore ordinario di Diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre.

⁽¹⁾ Cfr. G. PROIA, *Le modifiche alla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *ADL*, 2008, 357 ss.

Si tratta ora di vedere se e come l'impianto complessivo derivante dagli innesti della legge n. 247 del 2007 sul "corpo" del decreto legislativo n. 368 del 2001 sia stato alterato dalle disposizioni dell'articolo 21 del decreto legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008.

Modifiche che hanno riaperto i mai sopiti contrasti che, sia sul piano politico-sindacale, sia da parte della dottrina, accompagnano oramai da anni ogni discussione che abbia ad oggetto interventi di "flessibilizzazione" della disciplina dei rapporti di lavoro. Contrasti che, però, almeno nel caso del contratto a tempo determinato, sono stati, e sono, troppo caricati da motivi di natura politico-ideologica, se è vero che la percentuale di lavoratori assunti a termine è aumentata di pochi decimali di punto dal 2000 al 2008 (essendo del 13,2% nel 2000 e del 14% nel 2008: cfr. le rilevazioni Istat) e che tale incremento ha favorito, pur in una fase prolungata di bassa crescita economica, un incremento dell'occupazione complessiva e non è avvenuto a danno del lavoro "stabile". Nello stesso periodo, infatti, anche il ricorso a quest'ultimo è aumentato, in quanto il numero complessivo di lavoratori a tempo indeterminato è aumentato dalle 13.344.000 unità del 2000 alle 15.053.000 unità del 2008 (cfr., ancora, rilevazioni Istat), fuggendo così la previsione allarmistica di chi paventava l'esplosione del fenomeno del lavoro a termine (che, peraltro, in Italia risulta ancora sotto la media dei Paesi UE) e l'erosione del lavoro stabile.

Del resto, il sovraccarico "ideologico" insito nelle discussioni in materia è confermato dal proliferare, in questi anni, di commenti e valutazioni che, pur provenendo da studiosi di indiscutibile valore, hanno talvolta privilegiato interpretazioni della legge tendenti a fare dire cose diverse da quelle che dice, per poterla più agevolmente criticare o per imputarle un significato e una portata tali da renderla incompatibile con la disciplina comunitaria o con quella costituzionale.

Non che non esistano questioni sulle quali siano legittime perplessità e dubbi; è che mi sembrerebbe più giusto che il giurista privilegi un'interpretazione "leale" nei confronti del legislatore, e quindi cerchi di individuare la *voluntas legis* non per renderla più vulnerabile ma per consentire che essa realizzi gli obiettivi perseguiti.

Da questo punto di vista, anche quelle ulteriori previsioni allarmistiche sull'esplosione (non del numero di contratti a termine, bensì) del numero delle cause (e delle conseguenti incertezze) non dovrebbero essere enfatizzate oltre misura, tenuto anche conto del fatto che il contenzioso è purtroppo un evento fisiologico che colpisce tutte le fattispecie che fungono da *discrimen* fra il riconoscimento o no delle tutele lavoristiche. Tant'è che un contenzioso notevole ha riguardato anche l'appli-

2. La “riferibilità”
delle “ragioni tecniche,
produttive, organizzative
o sostitutive” anche “alla
ordinaria attività
del datore di lavoro”

cazione della legge n. 230 del 1962 e della legge n. 56 del 1987 (nel Convegno tenutosi il 13 marzo a La Sapienza di Roma, organizzato dal Master in Diritto del lavoro e della previdenza sociale, il Consigliere Vincenzo Di Cerbo ha riportato i dati sulla “mole” dei giudizi relativi all’articolo 23 della legge n. 56 del 1987, che lo hanno indotto a parlare di “fallimento” di tale disposizione, riferendo nel contempo come, a distanza di otto anni dalla sua emanazione, risulti ancora circoscritto il contenzioso innescato dall’articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001).

Il primo comma dell’articolo 21 del decreto legge n. 112 del 2008, così come modificato dalla legge di conversione n. 133 del 2008, ha aggiunto all’articolo 1, comma primo, del decreto legislativo n. 368 del 2001 l’inciso in base al quale la apposizione del termine al contratto di lavoro è consentita «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo» anche ove tali ragioni siano «riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro».

È, a mio avviso, difficile stabilire se tale inciso abbia carattere sostanzialmente interpretativo (e, cioè, sia stato introdotto per eliminare le incertezze emerse nella dottrina e nella giurisprudenza), o se abbia natura innovativa.

La scelta tra l’una e l’altra tesi dipende dalla interpretazione accolta con riguardo al testo originario del decreto legislativo n. 368 del 2001. Senza qui voler prendere posizione su tale questione (che pure ha un suo rilievo pratico per la soluzione delle controversie relative ai contratti a termine stipulati *medio tempore*), ritengo non solo che la nuova formulazione non lasci più spazio ad interpretazioni restrittive, ma impone oramai un nuovo modo di approccio alla ricerca del significato da attribuire alle “ragioni” idonee a legittimare l’apposizione del termine.

In particolare, l’introduzione (o l’esplicitazione) della riferibilità di tali ragioni anche all’«ordinaria attività del datore di lavoro» richiede, a mio avviso, l’adozione di un nuovo paradigma interpretativo rispetto a quello solitamente utilizzato, e, ancora prima, sollecita la puntualizzazione, all’interno della comunità degli operatori del diritto del lavoro, del significato dei termini utilizzati e delle loro condizioni d’impiego.

Ho la sensazione, infatti, che almeno alcune delle divergenze di opinione dipendano da un uso non controllato dei termini o, comunque, dalla mancanza di uno stesso codice d’impiego.

Molto spesso, infatti, vengono utilizzati in modo “indistinto” termini (quali “causali”, “ragioni”, “occasioni”, “esigenze”) che hanno, in realtà, contorni, se non significati, diversi.

Iniziamo a distinguere: il termine utilizzato dal legislatore è “ragioni” (e, se si vuole, di esso può essere utilizzato, come sinonimo, il termine “causali”), e, in base alla formulazione legale, quelle che consentono l’apposizione del termine devono avere carattere (non già “temporaneo”, bensì) “tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”.

Operando una commistione tra quelle “ragioni” e i diversi termini (e concetti) di “occasioni” o “esigenze” di impiego (non utilizzati affatto, questi ultimi, dal decreto legislativo n. 368 del 2001) la parte prevalente della dottrina ha ritenuto – secondo l’*id quod plerumque accidit* – che soltanto occasioni o esigenze intrinsecamente e necessariamente temporanee potessero giustificare il ricorso al lavoro a tempo determinato. In realtà, già sulla base dell’originaria formulazione legale, poteva essere escluso che il carattere della “temporaneità” dovesse essere “intrinseco” od ulteriormente delimitabile con l’aggiunta di requisiti di cui non vi è traccia nel testo della legge, come quello della “eccezionalità” o della “imprevedibilità”, o della temporaneità “non ricorrente”.

Ora, però, l’inciso aggiunto dalla legge del 2008, chiarendo (o stabilendo) che le ragioni legittimanti l’apposizione del termine possono essere riferite anche «alla ordinaria attività del datore di lavoro» consentono di ritenere che il nesso tra “temporaneità” dell’“esigenza” di lavoro e “ragioni” legittimanti l’apposizione del termine si è ulteriormente “allentato”.

In altri termini, premesso che esigenze temporanee configurano certamente una delle ragioni previste dall’articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001, queste ragioni possono essere ravvisate anche in situazioni nelle quali il datore di lavoro ha un’esigenza di lavoro stabile o, comunque, non sa, *ex ante*, se l’esigenza sarà o no temporanea.

Si possono fare alcuni esempi. 1) Un commerciante gestisce la vendita al dettaglio del suo negozio mediante due commessi. L’esigenza di quel commerciante di verificare se un incremento del numero degli addetti è idoneo a determinare un aumento della clientela e delle vendite tale da compensare l’aumento del costo del lavoro è, a mio avviso, una esigenza idonea a configurare una ragione legittimante l’apposizione del termine. 2) Un imprenditore operante nel campo della produzione di beni o servizi ad alto contenuto tecnologico intende costruire la propria “immagine” sul mercato facendo leva sul ricambio periodico delle linee (o delle caratteristiche) dei beni (o servizi) prodotti. L’esigenza di quell’imprenditore di avvalersi, nel tempo, di “responsabili” o “progettisti” diversi (ognuno ispiratore di proprie ed originali linee di prodotti) costituisce anch’essa una ragione a fronte della quale è consentita l’apposizione del termine. 3) L’esigenza di assicurare un *turn over* periodico, o ci-

clico, di particolari figure professionali può essere ravvisata anche nel campo dei servizi alla persona. Si pensi al gestore di una discoteca, frequentata da giovanissimi, che avrà una “ragione” oggettiva a preferire, per lo svolgimento di alcune mansioni (“animatore”, *dee jay*, *barman* acrobatico, ecc.), lavoratori giovani assunti a tempo determinato.

Si deve, quindi, concludere proponendo la seguente definizione stipulativa: ai sensi dell’articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001, così come modificato dall’articolo 21, comma 1 del decreto legge n. 112 del 2008 (convertito dalla legge n. 133 del 2008), le “ragioni” di carattere “tecnico, organizzativo, produttivo e sostitutivo” possono essere configurate da esigenze intrinsecamente temporanee, nonché da ogni altra esigenza obiettiva riguardante l’esercizio dell’impresa.

Coerente a tale interpretazione dovrebbe, poi, essere la soluzione dell’altro, controverso, problema applicativo che attiene alla individuazione del contenuto e dei limiti del controllo giudiziale.

Tale controllo, infatti, così come in relazione alla analoga formulazione dell’articolo 2103 del codice civile, non dovrebbe vertere sul merito della scelta aziendale in base alla quale l’esigenza è stata individuata, perché la scelta rientra nella discrezionalità dell’imprenditore.

Il controllo, invece, dovrebbe vertere non solo sul nesso di causalità tra la scelta del datore di lavoro e l’apposizione del termine al contratto di lavoro, ma anche sulla effettività della scelta stessa e, al limite, sulla sua “non pretestuosità”.

L’obiezione più consistente formulata per delimitare la portata dell’innovazione contenuta nell’articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001 muove dal rilievo che, nell’accordo quadro allegato alla direttiva comunitaria, viene riconosciuto che il contratto di lavoro a tempo determinato rappresenta la “forma comune” dei rapporti di lavoro.

Sull’interpretazione di questa espressione (come dell’altra analoga contenuta nel comma 01 aggiunto all’articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001 dal comma 39 della legge n. 247 del 2007) si è molto argomentato per affermare che il rapporto tra il contratto di lavoro a tempo indeterminato e il contratto di lavoro a termine è, e resta, un rapporto di “regola/eccezione”.

In realtà, la polarizzazione del dibattito in questi termini è scarsamente utile, se non fuorviante, perché nulla aggiunge sul punto della individuazione delle “ragioni” che consentono l’apposizione del termine al contratto di lavoro.

3. Il rapporto tra il lavoro a tempo indeterminato e quello a tempo determinato

Per comprendere il significato che può e deve essere riconosciuto all'espressione contenuta nell'accordo quadro è necessario, anche in questo caso, lasciare da parte preconcetti o preferenze soggettive e far dire ai sindacati europei nulla di più e nulla di meno di ciò che hanno detto.

Dall'attento esame di tale accordo, risulta che:

a) le parti firmatarie riconoscono (peraltro nel preambolo) «che i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro tra i datori di lavoro e i lavoratori» (e ritengono, peraltro nei considerando, «che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorare il rendimento»), ma non hanno previsto un obbligo generale a carico del datore di lavoro di stipulare i contratti di lavoro a tempo indeterminato;

b) allo stesso tempo, le parti riconoscono che i contratti a tempo determinato «rispondono, in alcune circostanze sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori» e «rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività atte a soddisfare sia i datori di lavoro che i lavoratori», ma non hanno indicato in alcun modo, né tantomeno delimitato, quali sono quelle “circostanze” e quali sono quei settori, occupazioni e attività.

Se sono vere le premesse *sub a)* e *b)*, la conseguenza che può essere ricavata, sul piano dell'interpretazione giuridica, è una e una sola: il contratto di lavoro a tempo indeterminato è considerato dall'accordo quadro la “forma comune” soltanto nella misura in cui il contratto di lavoro a tempo determinato non può formare oggetto di abusi nella reiterazione, ossia soltanto nella misura in cui le misure predisposte per prevenire ed evitare gli abusi limitano il ricorso alla successione dei rapporti di lavoro a tempo determinato.

In sostanza, come ha ripetutamente chiarito la Corte di Giustizia, l'accordo quadro non pone alcun limite alla stipulazione del primo contratto di lavoro a termine, onde, in base alla disciplina comunitaria, il contratto a termine può essere, per la *prima* assunzione, la “forma comune” quanto il contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Quest'ultimo è, infatti, la “forma comune dei rapporti di lavoro” solo perché, e nella misura in cui, la *reiterazione* dell'eventuale prima assunzione a termine viene limitata dalla disciplina comunitaria stessa.

A ben vedere, anche il comma 01 introdotto dalla legge n. 247 del 2007, allorché prevede che il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato, si muove nel solco tracciato dalla direttiva comunitaria.

4. La compatibilità con
la disciplina comunitaria

Si tratta, infatti, dell'affermazione di un principio che prende atto di un dato social-tipico, ma non incide minimamente sull'individuazione delle "ragioni" che, ai sensi dell'articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001, consentono l'apposizione del termine. Razioni la cui ampiezza, come detto, resta confermata, o estesa (a seconda del carattere interpretativo o innovativo che gli si voglia riconoscere), dall'articolo 21, primo comma, del decreto legge n. 112 del 2008, così come convertito nella legge n. 133 del 2008.

Come è stato già fatto cenno, la Corte di Giustizia ha già annichilito, con motivazione perentoria e tagliente (non più di poche righe), l'interpretazione secondo la quale dalla direttiva n. 99/70 sarebbe dato evincere il principio secondo il quale anche il primo contratto di lavoro a termine dovrebbe essere sorretto da ragioni oggettive ⁽²⁾.

Del resto, anche con riguardo all'interpretazione dell'articolo 5 della direttiva, è stato chiarito che esso non impone la adozione cumulativa delle tre tipologie di misure previste per prevenire gli abusi, in quanto sollecita soltanto gli Stati membri ad adottare «almeno una delle misure elencate, senza peraltro che tra quelle misure sia configurabile una gerarchia» ⁽³⁾.

Ne deriva che il nostro ordinamento nazionale è attualmente "superconformato" rispetto alla disciplina comunitaria, in quanto non soltanto prevede che esigenze obiettive devono essere alla base di ogni contratto di lavoro a termine, ma, con la novella introdotta dalla legge n. 247 del 2007, prevede anche un "tetto" alla durata massima della successione di periodi di lavoro a termine.

Previsione, quest'ultima, che – se poteva apparire troppo rigida (soprattutto sotto il profilo della mancata previsione di un arco temporale "esterno" entro il quale sia possibile computare distinti periodi di lavoro a termine) – risulta ora "mitigata" dalla previsione della facoltà della contrattazione collettiva di dettare "diverse disposizioni" (cfr. l'articolo 21, comma secondo, del decreto legge n. 112 del 2008, convertito nella legge n. 133 del 2008).

Più delicato è il problema di sapere se sia configurabile una violazione della clausola di non regresso stabilita dall'articolo

⁽²⁾ Cfr. C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, punto 43 della motivazione; si vedano anche, nello stesso procedimento, le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, il quale, esaminando sia l'argomento letterale che quello della finalità della direttiva, osserva che «non si vuole quindi incidere sulla conclusione del primo contratto a termine, ma piuttosto sull'impiego ripetuto di questa forma contrattuale ritenuto foriero di abusi e prevaricazioni».

⁽³⁾ Cfr. C. Giust. 15 aprile 2008, C-268/06, punti 70 e 76.

8, punto 3, dell'accordo quadro europeo, poiché, a seconda della prospettiva adottata, è naturale vi siano, come in effetti vi sono, forti divergenze di opinioni.

A mio avviso, tuttavia, vi sono due ragioni per ritenere che una tale violazione non sussista.

a) La prima ragione è di ordine sistematico e riprende alcune riflessioni già esposte anni fa ⁽⁴⁾.

Il fatto che l'articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001 ampli, di per sé (e incontestabilmente dopo la modifica del 2008), la possibilità del ricorso al lavoro a tempo determinato non è suscettibile di essere sottoposto ad un giudizio in termini di miglior o peggior favore per il mondo del lavoro, ossia in termini di riduzione o non riduzione del "livello generale di tutela offerto ai lavoratori".

Ciò perché tale ampliamento non incide affatto sul trattamento economico e normativo applicabile al singolo lavoratore, poiché, anzi, proprio in base al principio di non discriminazione, quel trattamento è identico a quello spettante al lavoratore a tempo indeterminato.

In realtà, se la finalità perseguita dal legislatore italiano è quella di promuovere l'occupazione mediante la riduzione dei vincoli esistenti alle assunzioni a tempo determinato, l'articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001 incide esclusivamente sul mercato del lavoro e si muove in una prospettiva del tutto incomparabile con quella della tutela spettante "nel" rapporto di lavoro.

Non basta replicare, al riguardo, che l'accordo europeo esprime, come già detto, una preferenza per il contratto di lavoro a tempo indeterminato (in quanto contribuisce «alla qualità della vita dei lavoratori interessati»). Non basta perché non solo lo stesso accordo, come anche è stato già detto, precisa che «in alcuni settori, occasioni e attività» non predefiniti i contratti a termine rappresentano una caratteristica «atta a soddisfare» anche «i lavoratori»; ma soprattutto perché, anche tornando alla prospettiva nazionale, non è dato in alcun modo presumere che, restando invariata la legislazione interna previgente (legge n. 230 del 1962, articolo 23 della legge n. 56 del 1987), i lavoratori che hanno trovato un impiego a termine in base alle disposizioni del decreto legislativo n. 368 del 2001 sarebbero stati assunti, in mancanza di tale decreto legislativo, a tempo indeterminato.

b) La seconda ragione deriva, a mio avviso, dall'attenta disamina della giurisprudenza della Corte di Giustizia. È vero, infatti, che, in base a tale giurisprudenza, la clausola di non re-

⁽⁴⁾ Cfr. G. PROIA, *Flessibilità e tutela nel contratto di lavoro subordinato*, in *DLRI*, 2002.

gresso «deve essere rispettata non solo nella fase iniziale di trasposizione della direttiva comunitaria», ma anche in relazione alle «misure che, successivamente alla trasposizione propriamente detta, completano o modificano la norma nazionale già approvata» ⁽⁵⁾. Ma la stessa giurisprudenza ha precisato, allo stesso tempo, che «una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro quando non è in alcun modo collegata con l'applicazione di questo» ⁽⁶⁾.

Ora, ove si ritenga che la modifica introdotta dall'articolo 21, comma 1, della legge del 2008 sia sostanzialmente innovativa (così come, coerentemente, dovrebbe essere affermato da tutti coloro che aderivano alla interpretazione restrittiva del testo originario del decreto legislativo n. 368 del 2001), non vi è dubbio che l'estensione della possibilità del ricorso al contratto a termine risulterebbe determinata soprattutto dalla novella del 2008.

E allora, non si può non rilevare che tale novella, pur operando il suo intervento mediante una modifica della originaria legge traspositiva della direttiva comunitaria, ha i suoi propri oggetto e finalità, che risultano già dal titolo del decreto legge n. 112 del 2008 (convertito nella legge n. 133 del 2008): «disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la compatibilità, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria». Oggetto e finalità, come è evidente, privi di qualsiasi collegamento con l'«applicazione» dell'accordo quadro allegato alla direttiva comunitaria n. 99/70.

5. *Segue: ... e con quella costituzionale*

Ugualmente complessa, e comprensibilmente oggetto di diverse valutazioni, è la questione relativa ai dubbi di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 368 del 2001 che sono stati subito prospettati dalla dottrina e che hanno ricevuto un autorevole conforto da parte della sentenza della Corte Costituzionale n. 44 del 2008.

Al riguardo, va però premesso che l'intervento del giudice costituzionale non appare condivisibile, essendo basato su una lettura affrettata della sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Mangold*.

Ed infatti, in quell'occasione, la Corte di Giustizia si è limitata ad individuare il campo di intervento e la finalità della clausola 5 dell'accordo quadro allegata alla direttiva comunitaria, ma non ha affatto affermato, come la Corte Costituzionale

⁽⁵⁾ Cfr. C. Giust. 22 novembre 2005, C-144/04, punto 51.

⁽⁶⁾ Cfr. il punto 52 della sentenza da ultimo citata.

erroneamente ha dedotto, che l'area di operatività della direttiva comunitaria sia circoscritta alla predetta clausola 5.

Al contrario, si deve ricordare che lo "scopo" della direttiva comunitaria è quello di attuare l'accordo quadro (clausola 1) e che l'accordo quadro ha, come suo ambito di operatività, il "lavoro a tempo determinato" *tout court* (così come recita il titolo dell'accordo stesso).

Peraltro, nel suo preambolo, le parti sociali non soltanto hanno precisato che l'accordo «stabilisce i principi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato», ma hanno anche riconosciuto «che la loro applicazione dettagliata deve tenere conto delle realtà specifiche delle situazioni nazionali, settoriali e stagionali».

Del resto, l'ampiezza dell'ambito della direttiva risulta anche dall'individuazione del suo campo di applicazione (clausola 2) e dalle "definizioni" (clausola 3), con le quali viene indicato il significato dell'espressione "lavoratore a tempo determinato" mediante il riferimento alla previsione di un termine che sia «determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico».

Avendo il legislatore comunitario dato un'espressa definizione del lavoratore a tempo determinato (con la previsione, oltretutto, della alternatività tra diversi elementi identificativi), sembra da ritenere che, al fine di attuare la direttiva, il legislatore delegato avesse anche la facoltà di disciplinare quali sono le "condizioni oggettive" in presenza delle quali, in Italia, è configurabile il lavoratore a tempo determinato.

A ciò va aggiunto che, in coerenza con il preambolo già ricordato, l'accordo quadro, recepito dalla direttiva, prevede espressamente «che le parti sociali sono le più adatte a trovare soluzioni rispondenti alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori» e che «per cui deve essere assegnato loro un ruolo di spicco nell'attuazione e applicazione del presente accordo» (considerando 12 dell'accordo; si veda anche la clausola 8.4).

Peraltro, la direttiva comunitaria, recependo l'accordo quadro, non soltanto conferma l'impostazione e le singole disposizioni di quest'ultimo, ma stabilisce anche, all'articolo 2, che la conformazione degli ordinamenti interni può avvenire non soltanto tramite disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, ma anche "mediante accordi" tra le parti sociali.

Pertanto, la legge 29 dicembre 2000, n. 422, nel delegare il Governo ad emanare il decreto legislativo recante le norme "occorrenti per dare attuazione" alla direttiva n. 99/70, ha conferito al Governo la possibilità di attuare la direttiva comunitaria sia mediante una propria, originale, disciplina legislativa, sia

6. Il regime transitorio
in materia di sanzioni

mediante un intervento diretto, come nel caso del decreto legislativo n. 368 del 2001, ad assicurare efficacia generale all'accordo raggiunto in materia dalle parti sociali, sia pure non sottoscritto dalla Cgil.

L'interpretazione prevalente, che si avvia a diventare diritto vivente, nonostante il solido impegno argomentativo di parte della dottrina, afferma che dalla mancata od inadeguata indicazione delle «ragioni poste alla base dell'apposizione del termine deriva, in sostanza, che il rapporto deve essere considerato a tempo indeterminato».

Tale conseguenza determina effetti pratici che, in certi casi, possono essere considerati iniqui o irrazionali (come nel caso di irregolarità soltanto formali) e comportare oneri sproporzionati nei confronti del datore di lavoro (come nel caso in cui l'occasione che aveva determinato l'assunzione a termine era, in sé, strettamente temporanea e la sentenza che "riqualifica" il rapporto interviene ad anni di distanza dalla scadenza del termine).

Questi effetti, poi, rischiano di avere una portata particolarmente grave in relazione ad alcune grandi imprese che hanno ancora un collegamento con l'originaria natura pubblica, nelle quali il ricorso al lavoro a termine ha avuto dimensioni impressionanti e, forse, è stato talvolta utilizzato in modo maldestro proprio con l'obiettivo di favorire la "stabilizzazione" per via giudiziaria.

Nel corso dei lavori parlamentari, che hanno evidenziato anche divergenze di vedute tra il Governo e la sua maggioranza parlamentare, vi sono stati tentativi di arrivare ad una modifica del regime sanzionatorio della disciplina sul lavoro a termine che avesse carattere generale.

Alla fine, però, com'è noto, la legge di conversione n. 133 del 2008 ha realizzato un intervento meramente transitorio, circoscritto poi "ai soli giudizi in corso" (e fatte salve le sentenze passate in giudicato), prevedendo che, in tali casi, il datore di lavoro è tenuto "unicamente" ad un indennizzo.

La disposizione, com'era previsto e prevedibile, ha sollevato vivaci reazioni nell'opinione pubblica e tra gli studiosi del diritto del lavoro, concretizzatesi poi, nella contestazione, in numerose pronunce giurisprudenziali, della sua legittimità costituzionale (sotto il profilo, tra gli altri, della violazione del principio di uguaglianza e ragionevolezza, del principio dell'affidamento e del giusto processo).

Peraltro, sia pure con una minore eco sulle riviste giuridiche, vi è stata anche una argomentata pronuncia di diverso avviso, che, respingendo l'eccezione di incostituzionalità, ha rile-

vato, tra l'altro: che il principio dell'irretroattività della legge non ha dignità costituzionale al di fuori della materia penale (articolo 25 della Costituzione); che il sacrificio imposto ai lavoratori non sarebbe irragionevole vista l'«esigenza di porre rimedio ad una situazione del tutto eccezionale» riscontrabile nella necessità «di tutela di un interesse generale al buon andamento dell'economia del Paese», interesse la cui rilevanza sarebbe «tale da rendere non (*più*) omogenee le situazioni confrontate»; che non vi sarebbe violazione dell'ordinamento giudiziario, del giusto processo e del diritto di difesa, perché e finché la normativa opera sul piano sostanziale.

Si tratta in ogni caso, come ognuno vede, di questioni complesse e serie, rispetto alle quali riterrei prudente evitare di fare previsioni, anche se permane una diffusa opinione che da per scontato l'esito delle censure sin qui sollevate, nel senso di un loro accoglimento.

Mi limito soltanto a ricordare che, tra le opzioni che potrebbero essere adottate dalla Corte Costituzionale, vi è anche quella di un intervento che ripristini condizioni di eguaglianza in senso inverso a quello implicito nelle ordinanze che hanno sollevato la questione di legittimità.

Intendo dire che la Corte potrebbe, anche d'ufficio, porsi la questione se sia costituzionalmente legittimo che il regime transitorio in materia sanzionatoria trovi applicazione soltanto in relazione ai rapporti di lavoro a termine che abbiano già dato luogo alla instaurazione del giudizio, e non anche in relazione agli altri rapporti di lavoro a termine, i quali non abbiano ancora dato luogo a contenzioso, ma che siano stati instaurati anch'essi in base alla disciplina vigente anteriormente all'entrata in vigore del decreto legge n. 112 del 2008, così come convertito dalla legge n. 133 del 2008.

Ed infatti, se la finalità della novella legislativa è quella di evitare conseguenze per il sistema economico del Paese, ritenute eccessive e sproporzionate (e, quindi, tali da costituire un danno all'interesse generale), la stessa *ratio* ricorre, indipendentemente dal fatto se il giudizio sia stato o no già proposto, in relazione a tutti i rapporti a termine instaurati prima della novella legislativa.

Quanto alla data scelta come “spartiacque” tra regime transitorio e “ritorno” alla disciplina di diritto comune, del resto, è stato già osservato che essa potrebbe trovare giustificazione proprio nel collegamento con la modifica apportata dalla stessa legislazione del 2008 all'articolo 1 del decreto legislativo n. 368 del 2001. Modifica che, avendo ampliato (o precisato) l'ambito delle ragioni che legittimano l'apposizione del termine, potrebbe giustificare una scelta discrezionale del legislatore di sanzionare in modo diverso le violazioni commesse in una si-

tuazione temporale caratterizzata dall'esistenza di limiti legali più stringenti (o da una maggiore incertezza interpretativa) rispetto alle violazioni che dovessero essere commesse oggi sulla base di una normativa, come quella attuale, che lascia oramai indubitabilmente ampio spazio (e, ad essere interpreti "leali", pochi dubbi interpretativi) all'utilizzo del lavoro a termine.