

La politica del lavoro del Governo Renzi

Atto I

Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34
coordinato con la legge di conversione
16 maggio 2014, n. 78

a cura di

Franco Carinci e Gaetano Zilio Grandi

ADAPT
LABOUR STUDIES
e-Book series
n. 30

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

Francesco Nespoli

Martina Ori

Giulia Rosolen

Francesco Seghezzi

Francesca Sperotti



@ADAPT_Press @adaptland @bollettinoADAPT

La politica del lavoro del Governo Renzi

Atto I

Commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34
coordinato con la legge di conversione
16 maggio 2014, n. 78

a cura di

Franco Carinci e Gaetano Zilio Grandi

ISBN 978-88-98652-32-7

© 2014 ADAPT University Press – Pubblicazione on-line della Collana ADAPT

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

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

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

1. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro: una riforma a metà del guado**, 2012
2. P. Rausei, M. Tiraboschi (a cura di), **Lavoro: una riforma sbagliata**, 2012
3. M. Tiraboschi, **Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times**, 2012
4. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2012**, 2012
5. AA.VV., **I programmi alla prova**, 2013
6. U. Buratti, L. Casano, L. Petruzzo, **Certificazione delle competenze**, 2013
7. L. Casano (a cura di), **La riforma francese del lavoro: dalla sécurisation alla flexicurity europea?**, 2013
8. F. Fazio, E. Massagli, M. Tiraboschi, **Indice IPCA e contrattazione collettiva**, 2013
9. G. Zilio Grandi, M. Sferrazza, **In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine**, 2013
10. M. Tiraboschi (a cura di), **Interventi urgenti per la promozione dell'occupazione, in particolare giovanile, e della coesione sociale**, 2013
11. U. Buratti, **Proposte per un lavoro pubblico non burocratico**, 2013
12. A. Sánchez-Castañeda, C. Reynoso Castillo, B. Palli, **Il subappalto: un fenomeno globale**, 2013
13. A. Maresca, V. Berti, E. Giorgi, L. Lama, R. Lama, A. Lepore, D. Mezzacapo, F. Schiavetti, **La RSA dopo la sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231**, 2013
14. F. Carinci, **Il diritto del lavoro in Italia: a proposito del rapporto tra Scuole, Maestri e Allievi**, 2013
15. G. Zilio Grandi, E. Massagli (a cura di), **Dal decreto-legge n. 76/2013 alla legge n. 99/2013 e circolari "correttive": schede di sintesi**, 2013

16. G. Bertagna, U. Buratti, F. Fazio, M. Tiraboschi (a cura di), **La regolazione dei tirocini formativi in Italia dopo la legge Fornero**, 2013
17. R. Zucaro (a cura di), **I licenziamenti in Italia e Germania**, 2013
18. Bollettinoadapt.it, **Annuario del lavoro 2013**, 2013
19. L. Mella Méndez, **Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo**, 2014
20. F. Carinci (a cura di), **Legge o contrattazione? Una risposta sulla rappresentanza sindacale a Corte costituzionale n. 231/2013**, 2014
21. Michele Tiraboschi (a cura di), **Jobs Act - Le misure per favorire il rilancio dell'occupazione, riformare il mercato del lavoro ed il sistema delle tutele**, 2014
22. Michele Tiraboschi (a cura di), **Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese - Prime interpretazioni e valutazioni di sistema**, 2014
23. G. Gamberini (a cura di), **Progettare per modernizzare. Il Codice semplificato del lavoro**, 2014
24. U. Buratti, C. Piovesan, M. Tiraboschi (a cura di), **Apprendistato: quadro comparato e buone prassi**, 2014
25. Michele Tiraboschi (a cura di), **Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro**, 2014
26. Franco Carinci (a cura di), **Il Testo Unico sulla rappresentanza 10 gennaio 2014**, 2014
27. Simone Varva (a cura di), **Malattie croniche e lavoro. Una prima rassegna ragionata della letteratura di riferimento**, ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series, n. 27
28. Roberta Scolastici, **Scritti scelti di lavoro e relazioni industriali**, 2014
29. Michele Tiraboschi (a cura di), **Catastrofi naturali, disastri tecnologici, lavoro e welfare**, 2014

INDICE

Parte I PROFILI GENERALI

Gaetano Zilio Grandi, Mauro Sferrazza, <i>La storia pregressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine</i>	3
Vincenzo De Michele, <i>Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014</i>	29
Cristina Alessi, <i>La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato</i>	90

Parte II CAPO I Articoli 1, 2 e 2-bis

Pasqualino Albi, <i>Le modifiche al contratto a termine</i> (art. 1)	109
Valeria Filì, <i>Le modifiche al contratto di somministrazione</i> (art. 1)	139
Lilli Carollo, <i>Le modifiche al contratto di apprendistato</i> (art. 2)	161
<i>Rinvio</i> (art. 2-bis)	180

Parte III CAPO II Articoli 3, 4 e 5

Giovanni Zampini, <i>Disposizioni in tema di servizi per il lavoro e documento unico di regolarità contributiva</i> (artt. 3 e 4)	183
Valerio Maio, <i>Le modifiche ai contratti di solidarietà</i> (art. 5)	196
<i>Notizie sugli autori</i>	213

Il presente lavoro a cura del professor Gaetano Zilio Grandi e mia costituisce la prima parte di un commento alla politica del lavoro del Governo Renzi dedicata al decreto-legge n. 34/2014 convertito con legge n. 78/2014, cui farà seguito a breve una seconda sul disegno di legge S. 1428.

Franco Carinci

Parte I
PROFILI GENERALI

La storia pregressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine

di Gaetano Zilio Grandi e Mauro Sferrazza

Sappiamo che ogni attività di interpretazione di una disciplina giuridica è operazione che solleva notevoli difficoltà di valutazione «a partire dagli indirizzi di politica legislativa e di politica del diritto effettivamente perseguiti e oggettivizzati in un testo di legge. È dunque inevitabile che su un determinato progetto di riforma si registri una massa più o meno cospicua di consensi e dissensi» ⁽¹⁾. Consapevoli di ciò e del fatto che il contratto a termine continua «a rappresentare un tormentato terreno di scontro politico» ⁽²⁾, nel quale si affrontano «filosofie diverse e per taluni aspetti contrapposte della flessibilità del mercato del lavoro» ⁽³⁾, anticipiamo, sin da queste pagine iniziali, che nel commentare l'ultima novella legislativa cercheremo di attenerci ad una stretta esegesi del dato letterale delle nuove disposizioni, rifuggendo dalla tentazione, che anche in questa occasione ha impegnato una parte degli osservatori e della dottrina, di andare alla mera ricerca di elementi

⁽¹⁾ M. TIRABOSCHI, [Riforma del mercato del lavoro e modello organizzativo tra vincoli costituzionali ed esigenze di unitarietà del sistema](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2004, n. 21, 17.

⁽²⁾ 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, *Francesca Sorge c. Poste Italiane S.p.A.*, causa C-98/09), in *RIDL*, 2010, n. 4, II, 1050.

⁽³⁾ S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *RIDL*, 2011, n. 2, I, 227.

a favore e contro il programma politico di destrutturazione del diritto del lavoro, da tempo in corso ⁽⁴⁾.

Del resto, per quanto il continuo rimaneggiamento di un istituto contrattuale è già di per sé un elemento negativo, riteniamo che ogni tentativo riforma di un istituto e, più in generale, di riorganizzazione del mercato del lavoro è di per sé operazione non semplice e che merita, comunque, una valutazione più complessiva: questa considerazione ci induce ad una dose di necessaria cautela nella redazione di queste brevi riflessioni “a caldo” all’indomani della conversione, con modificazioni, del d.l. 20 marzo 2014, n. 34, ad opera della l. 16 maggio 2014, n. 78, anche considerato che nelle stesse dichiarazioni programmatiche che hanno accompagnato il varo della riforma del contratto a termine si è fatto più volte presente che le modifiche di cui trattasi devono considerarsi parte di un più ampio progetto di riforma complessiva del mercato del lavoro. Con l’intervento d’urgenza, dunque, il governo si propone di agire, nell’immediato, per anticipare gli effetti di una riforma più generale e profonda, allentando subito i vincoli concernenti la costituzione dei rapporti di lavoro secondo i nuovi principi cui dovrebbe ispirarsi l’ordinamento delineato nel ddl-delega AS 1428/2014 e per avvicinare l’Italia agli standard europei ⁽⁵⁾. La *ratio* sottesa al decreto è quella di tentare di rimuovere quello che è considerato il diaframma normativo che oggi ostacola l’incontro fra domanda e offerta di lavoro. Le novità legislative in materia, secondo esecutivo e maggioranza parlamentare, dovrebbero favorire uno shock positivo sul mercato, con un correlato aumento del flusso delle assunzioni. Si tratta di «un provvedimento emergenziale, e come tale urgente, [...] necessario per stimolare le iniziative imprenditoriali senza le quali non potrebbe esserci sviluppo della occupazione» ⁽⁶⁾. Il ragionamento di partenza è che se è vero che le norme non hanno il potere di “creare lavoro” ⁽⁷⁾, è altrettanto vero che

⁽⁴⁾ Cfr., tra gli altri, in questi termini, in sede di valutazione del “progetto politico” immanente alla riforma del mercato del lavoro attuata con il d.lgs. n. 276/2003, M. RICCI, *Art. 1, co. 1.*, in M. RICCI, M. MISCIONE (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Titoli I e II – Artt. 1-19*, Ipsoa, 2004, 8.

⁽⁵⁾ Nella Relazione introduttiva della discussione sul ddl n. 1464/2014, di conversione in legge del d.l. n. 34/2014, svoltasi in Senato il 6 maggio 2014, si sottolinea come in Italia a fine 2013, in termini di stock, i rapporti di lavoro a termine fossero il 13,8%, a fronte del 15% della Francia, del 14,7% della Germania e di una media europea che si aggirava intorno al 15%.

⁽⁶⁾ P. FONTANA, F. FONZO, G. PROIA, A. MARESCA, *Priorità assoluta: creare nuove occasioni di lavoro*, in [LavoroWelfare, 2014, n. 4](#).

⁽⁷⁾ «Seppur il diritto del lavoro non sia in grado di creare occupazione», ricorda M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il Jobs Act*, relazione presentata al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, 11-12 aprile 2014, Torino, in corso di pubblicazione negli atti

le stesse sono capaci di impedire l'incontro fra domanda e offerta nel mercato dell'occupazione. Il provvedimento normativo qui in esame si fa, quindi, carico dell'esigenza di consentire alle imprese lo sfruttamento di qualsiasi opportunità di incremento del volume della produzione e degli organici, intervenendo con effetto immediato sulla possibilità di utilizzare in modo " incisivo ed efficace" gli strumenti normativi novellati.

Come ormai noto, il complessivo provvedimento normativo oggetto di questo commento ⁽⁸⁾ apporta, in particolare, rilevanti modifiche alla disciplina del contratto a termine, al cui esame (che sarà qui effettuato specie nella prospettiva di apprezzarne gli elementi di continuità o discontinuità), tuttavia, riteniamo opportuno anteporre, seppur in rapida sintesi, l'evoluzione legislativa in materia ⁽⁹⁾, proprio per meglio valutare la portata innovativa delle recenti disposizioni.

Com'è noto, la disciplina del lavoro a termine trova la sua fonte originaria nella l. n. 230/1962, che prevede un *numerus clausus* di ipotesi speciali e richiede il requisito della forma scritta *ad substantiam*. La disciplina del 1962, dunque, imponeva una rigorosa verifica della "genuinità" dei rapporti di lavoro subordinato, ponendosi in chiave chiaramente anti-fraudolenta nei confronti di un utilizzo non corretto della tipologia contrattuale.

Successivamente, e fino alla l. n. 56/1987, al contratto di lavoro a tempo determinato viene assegnata una nuova e diversa funzione, rinvenibile nella necessità di dare risposte alle esigenze di determinati settori della produzione e dei servizi e, nel contempo, favorire l'occupazione, specie di particolari categorie e fasce di lavoratori. L'art. 23 della predetta l. n. 56/1987 decreta,

del convegno, «non c'è dubbio che le regole normative possano avere effetti negativi o positivi, cioè essere causa o cura della crisi economica, a seconda delle loro caratteristiche».

⁽⁸⁾ Per un primo esame delle misure sul lavoro assunte dal Governo Renzi si veda F. CARINCI, [Il diritto del lavoro che verrà \(in occasione del congedo accademico di un amico\)](#), Working Paper ADAPT, 2014, n. 158, e in corso di pubblicazione in *ADL*, 2014, n. 3; M. MAGNANI, [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 212; M. MISCIONE, [Il Jobs Act su contratti a termine ed apprendistato](#), in [Il Quotidiano Giuridico](#), 26 marzo 2014; L. ZOPPOLI, [Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 213.

⁽⁹⁾ Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa in materia di contratto a termine si veda M. BIAGI, M. TIRABOSCHI (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, 121 ss.; nonché M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine. Commentario al D.Lgs. 6 settembre 2001*, n. 368, Giuffrè, Milano, 2002, 41 ss.

invece, una prima significativa “delegificazione” in materia ⁽¹⁰⁾: viene riconosciuta alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare nuove legittime ipotesi di apposizione del termine, finendo così per attribuire ai contratti collettivi una natura ed una funzione più assimilabile alla legislazione delegata che alla mera contrattazione privata ⁽¹¹⁾.

Oggi, come noto, la disciplina fondamentale sul contratto di lavoro a termine è dettata dal d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, che ha adeguato la regolamentazione interna alle disposizioni della direttiva comunitaria 1999/70/CE del 28 giugno 1999 ⁽¹²⁾. Premesso il principio che, di norma, il contratto di lavoro è a tempo indeterminato, mentre può essere a termine soltanto quando sussiste una ragione oggettiva, il legislatore del 2001 passa dal sistema della tassatività delle ipotesi di accesso e, quindi, dalla tipizzazione legale (o ad opera della contrattazione collettiva) delle situazioni legittimanti il ricorso al contratto di cui trattasi, a quello a fattispecie aperta, incentrato su di una clausola generale («ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo»): «si tratta di due modelli profondamente diversi, difficilmente confrontabili, ognuno con pregi e difetti: la previa tipizzazione tassativa (legale o per contrattazione collettiva) può avere il pregio della maggior certezza, ma ha il difetto della rigidità; il sistema fondato sulla clausola generale da specificarsi nei singoli contratti individuali ha, per converso, il pregio della flessibilità, della possibilità di adeguarsi prontamente ad esigenze nuove della realtà produttiva, senza attendere il previo filtro autorizzativo legislativo o sindacale, ma può condurre ad una maggiore incertezza, con la “spada di Damocle” di un possibile esito negativo del successivo controllo giudiziale» ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, 529, parlava al riguardo di «flessibilizzazione controllata e contrattata».

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass. 13 giugno 2005, n. 12632, in *MGC*, 2005, 6.

⁽¹²⁾ Sulla direttiva e sul suo recepimento si veda M. DE LUCA, *Direttiva comunitaria in materia di lavoro a tempo determinato: attuazione nei paesi dell'Unione europea*, in *FI*, 2002, n. 4, V, 93 ss.; A. GARILLI, *Il recepimento della direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento italiano*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, 2003; N. MIRANDA, *La nuova disciplina del lavoro a termine alla luce della normativa comunitaria*, in *D&L*, 2004, 503 ss.

⁽¹³⁾ L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *RIDL*, 2006, n. 3, I, 327. In tema anche, tra gli altri, G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, ivi, 2002, n. 1, I, 15; M. MARINELLI, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, e M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, entrambi in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *op. cit.*, 90 ss.

L'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, dunque, attribuisce legittimità al termine soltanto in presenza «di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo». La relazione di accompagnamento al decreto precisa che «in caso di contenzioso incomberà pur sempre sul datore di lavoro» l'onere di fornire dimostrazione «della giustificatezza dell'assunzione a termine»⁽¹⁴⁾. Ove tali ragioni restino escluse si verifica «la conversione in contratto a tempo indeterminato»⁽¹⁵⁾. Effetto, questo, in verità non espressamente previsto dal decreto, ma sul quale né la dottrina⁽¹⁶⁾, né la giurisprudenza⁽¹⁷⁾ sembrano mostrare dubbi.

Come detto, le “ragioni” indicate dall'art. 1, comma 1, devono essere “oggettive”. Ma questo non appare dubbio. Qualche perplessità, invece, si è posta storicamente con riferimento ai requisiti dell'eccezionalità e/o della temporaneità⁽¹⁸⁾. A tal proposito, un (maggioritario) primo orientamento ritiene che la temporaneità sia requisito intrinseco della causale. In tal senso, si afferma che il legislatore avrebbe «espressamente inteso ricondurre l'ambito di ammissibilità del valido ricorso alla somministrazione a tempo determinato alla presenza delle medesime condizioni – se non in forma quantomeno nella sostanza – richieste per l'instaurazione del contratto di lavoro a tempo determinato», ossia delle ragioni che, «ancorché riferibili alle attività ordinariamente svolte in azienda, presentino il carattere della presumibile,

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, 2001, 34; L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *ADL*, 2002, n. 1, 49; F. BALESTRIERI, *Brevi osservazioni sulla nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato (d.lgs. delegato 6 settembre 2001, n. 368)*, ivi, 165; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010, 134.

⁽¹⁵⁾ G. PERA, *op. cit.*, 15.

⁽¹⁶⁾ Cfr., tra gli altri, M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *DLRI*, 2002, n. 95, 487; U. CARABELLI, G. DONDI, L. GAROFALO, V. LECCESE, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, ivi, 2004, n. 103, 536; L. GAROFALO, *Le clausole di “non regresso” nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *RGL*, 2004, n. 1, 39.

⁽¹⁷⁾ Quantomeno, la giurisprudenza prevalente. Cfr., per tutte, Trib. Milano 8 gennaio 2004, in *GC*, 2005, n. 3, 819; Trib. Milano 26 febbraio 2003, in *D&L*, 2003, 309. Di contrario avviso Trib. Roma 21 febbraio 2005, in *RGL*, 2005, n. 4, 706, con nota di M. ORLANDO, *Il “caso poste” e le conseguenze della nullità del termine*, che ha ritenuto «applicabile la regola civilistica della nullità parziale secondo cui la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità (art. 1419 cod. civ.)».

⁽¹⁸⁾ Cfr., ad esempio, Trib. Pavia 12 aprile 2005, in *ADL*, 2006, n. 1, 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*.

preventivabile, temporaneità o provvisorietà»⁽¹⁹⁾. In altri termini, la causale che legittima la stipulazione del contratto deve essere «collegabile ad una situazione transitoria», quale ad esempio non è la «copertura di assenze a carattere strutturale»⁽²⁰⁾. Il ricorso al termine sarebbe, dunque, consentito in tutte le circostanze, individuate «sulla base di criteri di normalità tecnico-organizzativa ovvero per ipotesi sostitutive»⁽²¹⁾.

Alcune decisioni che possono essere iscritte al predetto orientamento hanno addirittura parlato di «eccezionalità e transitorietà dell'ordinaria attività dell'impresa». Deve, cioè, trattarsi di esigenze «pur sempre di natura temporanea, tali cioè da non poter essere soddisfatte mediante l'assunzione di lavoratori a tempo indeterminato»⁽²²⁾.

Secondo altro (minoritario) orientamento giurisprudenziale, invece, la disciplina legislativa in materia non è richiede che l'esigenza sottesa al ricorso alla somministrazione di lavoro abbia carattere temporaneo⁽²³⁾. Nell'ambito di questo orientamento altra giurisprudenza sposa una differente ricostruzione interpretativa e valuta con vaglio critico l'opposto indirizzo della «temporaneità intrinseca dell'esigenza od occasione di lavoro», mostrandosi contraria a ritenere che la legittima apposizione del termine possa essere sorretto solo da esigenze di natura temporanea o straordinaria⁽²⁴⁾.

Per quanto concerne la dottrina, secondo una corrente⁽²⁵⁾ detto requisito non è indispensabile, a condizione che le ragioni siano obiettive e verificabili. In tal senso anche il Ministero del welfare⁽²⁶⁾. Altra (prevalente) dottrina⁽²⁷⁾, invece, considerato come il nostro ordinamento configuri pur sempre il

⁽¹⁹⁾ Trib. Brescia 30 aprile 2008, in *ADL*, 2009, n. 2, 508.

⁽²⁰⁾ Trib. Milano 10 aprile 2007, in *D&L*, 2007, n. 1, 414.

⁽²¹⁾ Trib. Bergamo 19 dicembre 2008, in *ADL*, 2009, n. 2, 512.

⁽²²⁾ App. Brescia 17 maggio 2012, n. 270, inedita, a quanto consta.

⁽²³⁾ Cfr., ad esempio, Trib. Treviso 29 aprile 2011, in *RIDL*, 2011, n. 4, II, 1121 (s.m.).

⁽²⁴⁾ Cfr. Trib. Napoli 3 febbraio 2011, inedita, a quanto consta.

⁽²⁵⁾ Cfr., tra gli altri, F. BIANCHI D'URSO, G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *MGL*, 2002, n. 3, 118; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *DL*, 2002, n. 1-2, I, 1 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. circ. Min. lav. 1° agosto 2002, n. 42, in *GLav*, 2002, n. 34, 19.

⁽²⁷⁾ Cfr., tra gli altri, S. CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *LG*, 2001, n. 10, 916; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *DLRI*, 2001, n. 91, 361 ss.; L. CACCIAPAGLIA, E. DE FUSCO, *Riforma del contratto a termine: le istruzioni del Welfare in controluce*, in *GLav*, 2002, n. 34, 12; P. GREMIGNI, *Contratto a tempo determinato: le precisazioni del Ministero*, ivi, 15; G. PERA, *op. cit.*, 15 ss.; A. TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, in *RIDL*, 2002, n. 4, I, 467 ss.

contratto a tempo determinato come mera “deroga” rispetto a quello a tempo indeterminato, ritiene che non sussistano altre causali, dotate del carattere dell’oggettività, che possano giustificare l’apposizione del termine, che non siano contraddistinte per un’esigenza aziendale temporanea.

La suddetta dibattuta questione è stata in qualche modo risolta dall’integrazione apportata dall’art. 21, comma 1, della l. n. 133/2008, all’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001: le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo consentono l’apposizione del termine «anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro». Insomma, il legislatore chiarisce 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 per permanente o provvisoria»⁽²⁸⁾.

Tornando all’evoluzione legislativa della disciplina i successivi interventi in materia appaiono diretti ad implementare l’anima liberalizzatrice dei precedenti provvedimenti. Ponendosi su questa linea direttrice, la l. 24 dicembre 2007, n. 247, recependo il protocollo sul welfare del 23 luglio 2007, ha come obiettivo, in particolare, da un lato, quello di chiarire alcuni punti oscuri della disciplina che avevano dato luogo ad incertezze interpretative, dall’altro, quello di prevenire gli abusi derivanti dall’utilizzo di una eccessiva successione di contratti del tipo. Segnatamente, con riferimento alle conseguenze del superamento del limite legale dei 36 mesi, l’art. 5, comma 4-*bis*, dispone che «il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2».

Giungiamo, così, alla riforma c.d. Fornero⁽²⁹⁾. Le modifiche alla figura contrattuale in esame introdotte nel 2012 non sono dirette a contrastarne l’uso in sé e per sé considerato, quanto il suo impiego ripetuto e, soprattutto, volto a soddisfare esigenze che l’ordinamento, invece, affida alle “cure” del contratto a tempo indeterminato. Forse proprio in questo tentativo di ripristino di un corretto rapporto tra i due schemi negoziali può rinvenirsi la *ratio* di fondo, sul punto, della rivisitazione dell’istituto targata Fornero.

⁽²⁸⁾ Così, prima dell’intervento legislativo citato, A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2007, 410.

⁽²⁹⁾ Per un più ampio esame sulle novità in materia di contratto a termine sia consentito rinviare a G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine](#), ADAPT University Press, 2013; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il termine nel contratto di lavoro: riflessioni a margine della riforma Fornero*, in *ADL*, 2013, n. 3, 559 ss.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [Sul metodo delle riforme del mercato del lavoro: il caso del contratto a termine](#), in R. CARAGNANO, G. SALTA (a cura di), [Lavoro: un anno di legge Fornero](#), Boll. spec. ADAPT, 25 giugno 2013, n. 19.

Ai sensi del comma 1-*bis*, inserito dalla predetta riforma, dopo il comma 1, all'art. 1, del richiamato testo base di cui al d.lgs. n. 368/2001, «il requisito di cui al comma 1 non è richiesto nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, 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 ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276». In altri termini, fermo restando il rispetto delle ulteriori disposizioni dettate dal d.lgs. n. 368/2001, nel primo contratto a termine che non abbia una durata superiore a 12 mesi non è più necessario specificare per iscritto le ragioni tecniche, organizzative, produttive o di carattere sostitutivo, quale che sia la mansione. Il legislatore del 2012, dunque, crea di fatto una nuova formula contrattuale svincolata dalla rigida struttura di cui al modello generale di lavoro a termine.

La seconda ipotesi di “liberalizzazione” del contratto a termine vede coinvolta la partecipazione della contrattazione collettiva: i contratti collettivi possono legittimare il termine, nei limiti del 6% dei lavoratori occupati nell'attività produttiva, quando si verificano determinate circostanze della vita di un'impresa⁽³⁰⁾.

Se da un lato, poi, la riforma precisa che il contratto a tempo determinato di cui al predetto art. 1, comma 1-*bis*, «non può essere oggetto di proroga», dall'altro prolunga i termini di “sforamento” del contratto. Scaduto il termine può esservi un prolungamento del contratto non superiore a 30 giorni (prima erano 20) se il contratto è di durata inferiore a 6 mesi, e non superiore a 50 giorni (prima erano 30) se il contratto è di durata superiore a 6 mesi, previa, comunque, comunicazione, da effettuarsi entro la scadenza del termine inizialmente fissato, al competente Centro per l'impiego territorialmente competente⁽³¹⁾.

L'intervento del 2012, infine, consente la riassunzione del lavoratore a tempo determinato anche con un nuovo contratto dello stesso tipo, purché tra un

⁽³⁰⁾ In particolare: a seguito di una nuova attività; del lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; del rinnovo o della proroga di una commessa consistente.

⁽³¹⁾ Un appesantimento, questo, peraltro privo di sanzione, che da subito non avevamo esitato ad etichettare come l'ennesimo inutile adempimento burocratico, dalla finalità oscura (cfr. G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine](#), cit., 83-84), «incoerente rispetto alla fisiologica (nell'esperienza) occasionalità della prosecuzione di fatto del rapporto, che pare sottendere una finalità di controllo rimasta tuttavia inespressa» (P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *DRI*, 2012, n. 4, 961).

contratto e l'altro intercorrano i seguenti intervalli temporali: 60 giorni (prima erano 10) dalla data di scadenza di un contratto di durata non superiore a 6 mesi; 90 giorni (prima erano 20) dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore a 6 mesi.

Appena un anno dopo registriamo un nuovo intervento in materia di contratto a termine ⁽³²⁾. Il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 99, infatti, ridisegna, seppur parzialmente, il comma 1-*bis*. La a-causalità rimane confinata in un ambito di eccezione rispetto alla regola generale posta dal comma 1 («ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro»), nei limiti posti a) dal primo rapporto a tempo determinato, b) di durata non superiore ad un anno. Per quanto concerne, invece, la c.d. a-causalità contrattuale, il nuovo testo normativo procede alla eliminazione di alcuni vincoli. Con l'utilizzo di una formula letterale senza dubbio di più ampio respiro rispetto alla precedente, viene realizzata un'ampia rimessione alla autonomia contrattuale per la determinazione di ulteriori ipotesi di lecito ricorso alla fattispecie.

Viene, poi, abrogato il comma 2-*bis* dell'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001. L'istituto della proroga, pertanto, può essere applicato anche al contratto a-causale. Abrogato anche il comma 2-*bis* dell'art. 5, che aveva introdotto il suddetto obbligo di comunicazione al Centro per l'impiego. Quanto agli «intervalli» tra un contratto e l'altro, si ritorna a quelli in vigore ante riforma Fornero: 10 giorni dalla data di scadenza di un contratto sino a 6 mesi; 20 giorni dalla data di scadenza di un contratto superiore ai 6 mesi. La norma, poi, esclude espressamente dai vincoli temporali indicati nel computo degli intervalli sia i lavoratori stagionali, sia tutte le ipotesi di successione di contratti a termine individuate dalla contrattazione collettiva, anche aziendale, comunque riferita alle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Su questo quadro normativo di riferimento interviene oggi nuovamente il legislatore. Di seguito, in breve le modifiche di maggior rilievo.

Viene innalzata da 12 a 36 mesi la durata dei contratti a tempo determinato a-causali, ossia quelli per cui non vige l'obbligo di specificare il motivo dell'assunzione. La regola della mancata motivazione si applica anche alle proroghe e ai rapporti di lavoro in somministrazione. Sarà, tuttavia, possibile assumere a tempo determinato nel limite del 20% del totale degli assunti a

⁽³²⁾ Per un esame più approfondito delle modifiche alla disciplina del contratto a termine apportate dal Governo Letta ci permettiamo di rinviare a G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Lavoro a termine: la disciplina riformata*, in *DPL*, 2013, n. 43, 2502 ss.

tempo indeterminato in forza al primo gennaio dell'anno di assunzione ⁽³³⁾. Limite, però, previsto solo per le imprese che occupano più di 5 dipendenti. Al di sotto di tale numero di dipendenti, infatti, vi è libertà di stipula, anche oltre il 20%. Dal nuovo tetto legale sono, comunque, esonerati i contratti di lavoro stipulati dagli enti di ricerca (sia pubblici, che privati) con ricercatori e personale tecnico, mentre i contratti di ricerca scientifica in via esclusiva possono avere durata pari a quella del progetto di ricerca.

Le proroghe consentite passano da una a 5 (in decreto erano 8) nei 36 mesi. I contratti a tempo determinato potranno, infatti, essere prorogati fino a un massimo di 5 volte in 3 anni, a prescindere dai rinnovi contrattuali ⁽³⁴⁾.

Queste le novità salienti. Subito una prima considerazione. La novella si inserisce nello scenario normativo disorganico che caratterizza la disciplina dell'istituto, tentando, di ridefinirne le regole di base. Diviene, dunque, adesso possibile assumere un lavoratore a termine per 5 volte nell'arco di 3 anni. Una sorta di lungo "periodo di prova", durante il quale il datore di lavoro può "licenziare" senza obbligo di preavviso, motivazione, indennità. L'obiettivo specifico è, come si diceva, quello di incrementare le occasioni di lavoro e garantire a tutti un equo accesso a una occupazione dignitosa e regolare. Questo obiettivo viene, ancora una volta, perseguito azionando la leva della flessibilità (all'ingresso), nella ritenuta sua capacità di contribuire a ridurre le iniquità, le inefficienze e le imperfezioni che derivano da un mercato del lavoro (ritenuto ancora) rigido.

Secondo Pietro Ichino, con queste modifiche l'ordinamento fa un passo avanti, non considerando più il contratto a termine "socialmente pericoloso", «superando così la presunzione negativa che dal 1962 per mezzo secolo ha accompagnato questi rapporti di lavoro» ⁽³⁵⁾. L'esperienza pratica, tuttavia, ha evidenziato che lo strumento della flessibilità è alquanto delicato e non sempre

⁽³³⁾ Secondo L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, relazione al convegno *La nuova disciplina del lavoro a termine* (d.l. n. 34/2014, conv. in l. n. 78/2014), 4 giugno 2014, organizzato al Corso di perfezionamento in Diritto del lavoro dell'Università degli Studi di Padova, malgrado qualche incertezza «il limite percentuale è quello che, almeno in teoria, esprime ancora un chiaro sfavore verso il lavoro a termine e rende le nuove norme compatibili con tutte quelle, italiane ed europee, che considerano il contratto a tempo indeterminato come normale, se non dominante».

⁽³⁴⁾ Le possibili proroghe sono state considerate come pesanti armi di ricatto volte a scoraggiare l'esercizio dei diritti dei prestatori di lavoro: cfr. P. ALLEVA, *Decreto legge 24/2014: improponibilità etica, illegittimità giuridica e possibili modifiche*, in *Il Manifesto*, 25 marzo 2014.

⁽³⁵⁾ In D. COLOMBO, [Contratti, le multe al fondo occupazione](#), in *Il Sole 24 Ore*, 8 maggio 2014.

conduce alla destinazione sperata: il tasso di disoccupazione non ha invertito il suo percorso di crescita e il mercato del lavoro è rimasto duale e iniquo ⁽³⁶⁾. Sotto tale profilo, il testo legislativo in commento, così come i precedenti interventi di cui alla l. n. 92/2012 ed alla l. n. 99/2013, non svolge adeguatamente, a nostro avviso, il compito di irrigidire, in chiave anti-fraudolenta, gli strumenti di accesso al lavoro, a favore del “classico” contratto di lavoro a tempo indeterminato, dallo stesso legislatore «proclamato “idolo” della normativa italiana recente, almeno fin dal D.Lgs. n. 368/2001» ⁽³⁷⁾.

Con l’entrata in vigore del nuovo impianto normativo il datore di lavoro potrà, come detto, sempre instaurare rapporti di lavoro a tempo determinato privi di specifica causale, purché nel limite di durata di 36 mesi. Viene così superato il precedente sistema che, come visto, limitava tale possibilità soltanto al primo rapporto di lavoro a tempo determinato.

La prima parte dell’art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, introdotta dalla sopra ricordata riforma Fornero, poneva, si rammenterà, l’accento sulla natura di “forma comune” del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. In precedenza, la l. n. 247/2007 aveva anteposto all’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 la seguente espressione: «il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato». Formula di natura programmatica e sostanzialmente priva di specifico valore precettivo, ma di indiscutibile rilievo centrale sia sul piano sistematico e dogmatico, sia ai fini dell’interpretazione della disciplina dettata in materia di lavoro a termine. Oggi, però, il provvedimento legislativo qui in esame, rende legittima l’apposizione del termine al contratto di lavoro alla stessa stregua del contratto a tempo indeterminato ⁽³⁸⁾, nel senso che, come per quest’ultimo, non è più necessario

⁽³⁶⁾ Con riferimento al rapporto tra contratti a tempo indeterminato e contratti a termine, dall’esame dei flussi delle assunzioni (quelle “regolari”, ovviamente) documentati dalle comunicazioni obbligatorie al Ministero del lavoro risulta che il 21,4% di assunzioni a tempo indeterminato sul flusso totale dei contratti del 2009 si è ridotto al 16,5% nel 2013, mentre la frazione delle assunzioni a termine, sempre in termini di flusso, è nello stesso periodo aumentata dal 62,7 al 68%.

⁽³⁷⁾ G. ZILIO GRANDI, *Dal decreto-legge n. 76 alla legge n. 99 del 2013: Back to the future o Timeline?*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato. Commento alla l. 9 agosto 2013, n. 99 (Legge Giovannini); alla l. 9 agosto 2013, n. 98 (decreto del fare); alla l. 9 agosto 2013, n. 94 (decreto svuota carceri); alla l. 6 agosto 2013, n. 97 (legge comunitaria) e al d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (razionalizzazione P.A.)*, Giuffrè, 2013.

⁽³⁸⁾ Sulla tematica, in generale, si veda particolarmente G. IANNIRUBERTO, *Quale futuro per il contratto a tempo indeterminato?*, in *ADL*, 2014, n. 4, 352 ss.

giustificare l'apposizione del termine. Evidente e corposa la liberalizzazione⁽³⁹⁾.

Dalla prima lettura del nuovo impianto legislativo residua il dubbio se le nuove norme (e, soprattutto, le limitazioni nelle stesse contenute) dettate adesso per il contratto a tempo determinato siano o meno anche applicabili alla somministrazione di lavoro. È evidente che nel momento in cui si elimina la necessità di una giustificazione per le assunzioni con contratto di lavoro a termine, si doveva prevedere una correlata eliminazione della necessità di una giustificazione per la stipulazione del contratto di somministrazione a termine: in difetto, il ricorso alla somministrazione a termine si sarebbe rivelato meno appetibile rispetto a quello al contratto a tempo determinato. Se, dunque, l'eliminazione delle ragioni giustificatrici la stipulazione di una somministrazione a termine è un chiaro il segnale di *favor* mandato dal legislatore⁽⁴⁰⁾, riteniamo che una lettura sistematica del riformulato quadro

⁽³⁹⁾ In termini simili M. BROLLO, *op. cit.*, che mette in rilievo come «la novella del 2014, di forte liberalizzazione del lavoro a termine, inevitabilmente avrà delle ricadute importanti anche sugli altri profili di flessibilizzazione del rapporto di lavoro, nonché implicazioni sistematiche rilevanti». Di «totale liberalizzazione» parla V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, in [LavoroWelfare, 2014, n. 4](#), 31. M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University press, 2014, 1, parlano di «ampia liberalizzazione». Una visione parzialmente diversa in L. MENGHINI, *op. cit.*, che così sul punto si esprime: «Ciò che mi pare rivoluzionario rispetto all'assetto precedente è l'abbandono del sistema delle causali, sia oggettive che soggettive, e l'introduzione di limiti solo in termini temporali e quantitativi. Ancora una volta, tuttavia, a meno che l'applicazione del decreto dimostri l'assoluta ineffettività di questi limiti, a mio avviso non si può parlare di piena e completa liberalizzazione dell'istituto, divenuto equivalente o alternativo al contratto a tempo indeterminato, perché i limiti temporali e quantitativi continuano a segnalare lo sfavore verso il contratto a termine, che l'ordinamento continua a voler limitare, certo in modo di gran lunga meno stringente rispetto al passato, nei confronti del contratto a tempo indeterminato per gli aspetti legati alla precarietà del lavoro e della vita».

⁽⁴⁰⁾ Cfr. V. FILÌ, *Le modifiche al contratto di somministrazione* (art. 1), in questo volume, parte II, che, evidenzia come il legislatore abbia, in qualche modo, voluto «sdoganare» questo strumento di impiego regolare in sintonia con la direttiva 2008/104/CE, «ritenuto quindi mezzo di inserimento lavorativo che non risponde “solo alle esigenze di flessibilità delle imprese, ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti” contribuendo “pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all’inserimento in tale mercato” (v. considerando n. 11 della direttiva 2008/104/CE)». L'A., peraltro, segnala che, «a fronte di questa apprezzabile apertura verso la somministrazione di lavoro», «l'intervento novellatore appare poco meditato e l'allineamento della somministrazione di lavoro al contratto a termine risulta molto

normativo non faccia trasparire una chiara volontà legislativa di riferire tutte le novità di cui trattasi anche al contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato. In questa prospettiva occorre, peraltro, prendere atto di un ordine del giorno del 5 maggio 2014 del Senato, accolto dal Governo, che impegna quest'ultimo ad operare, appunto, «in sede di interpretazione e applicazione dell'articolo 1 del decreto-legge nella sua nuova formulazione, confermando che i limiti di cui all'articolo 1, comma 1, e all'articolo 5, comma 4-*bis*, secondo periodo, del d. lgs. n. 368/2001, [...] sono esclusivamente riferibili al contratto a tempo determinato e non al lavoro somministrato tramite agenzia». E in tal senso, infatti, la circ. Min. lav. 30 luglio 2014, n. 18, chiarisce che l'individuazione dei limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato sia «di esclusiva competenza dei contratti collettivi nazionali, senza che trovi applicazione il limite legale del 20% indicato dall'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001». Del pari, ritiene non applicabile «la sanzione amministrativa di cui al nuovo art. 5, comma 4 *septies*, del D.Lgs. n. 368/2001, evidentemente riferita alla violazione dei limiti quantitativi di contratti a termine di cui al D.Lgs. n. 368/2001 e non anche ai limiti individuati ai sensi dell'art. 20, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003».

I dubbi, tuttavia, permangono e sono alimentati proprio dalla lettera della norma di cui all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001. Peraltro, detta norma deve essere letta alla luce della disposizione di cui all'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, che così recita: «in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e seguenti». Evidente, dunque, il “groviglio” normativo, laddove si tenga presente che, nell'ambito dei contratti di somministrazione a termine, il “datore di lavoro” che stipula i contratti è solo l'agenzia di somministrazione⁽⁴¹⁾.

Sotto altro profilo, tuttavia, l'autonomia dei due istituti non sembra essere intaccata dalle nuove disposizioni: gli istituti rimangono, comunque, distinti sul piano concettuale, essendo il contratto a termine stipulato tra datore di

discutibile, sia a monte, nella scelta di politica del diritto, sia a valle, nella realizzazione concreta».

⁽⁴¹⁾ Sul punto la richiamata circ. Min. lav. n. 18/2014 tenta di “ammorbidire” il potenziale contrasto di cui trattasi, evidenziando l'inciso “per quanto compatibile” e ritenendo che «un limite alle assunzioni a termine effettuate ai fini di somministrazione non sembra conciliarsi con la stessa natura di tale attività, legata più di ogni altra alle necessità e alle richieste – svariate quanto a competenze del personale da utilizzare e spesso limitate quanto al tempo di utilizzazione – del mondo imprenditoriale».

lavoro e lavoratore, laddove quello di somministrazione intercorre tra agenzia per il lavoro e utilizzatore. I due schemi negoziali, peraltro, hanno diverse origini e funzioni: sarebbe, quindi, errato operare una simbiosi tra gli stessi, specie laddove si consideri che dalla disciplina comunitaria si evince una differente indicazione, come dimostra l'adozione di due distinte direttive (1999/70/CE per il contratto a termine, 2008/104/CE per la somministrazione) ⁽⁴²⁾. Conferma questa conclusione anche la Corte di giustizia europea secondo cui la direttiva (1999/70/CE) sul contratto a tempo determinato non è applicabile al rapporto di lavoro a tempo determinato tra lavoratore e agenzia di lavoro ⁽⁴³⁾.

Allo stato, pertanto, il dubbio resta e non crediamo che la prima ricordata circolare ministeriale sarà sufficiente per "convincere" la magistratura che i nuovi limiti apposti al termine non si applicano alla somministrazione. Al legislatore, dunque, non resta altra strada che quella dell'interpretazione autentica, Corte costituzionale permettendo.

Tornando all'essenza della nuova disciplina che ha esteso l'a-causalità, pur introducendo un tetto massimo del 20% delle assunzioni a termine e un limite massimo di 5 proroghe, secondo Carlo Dell'Aringa, relatore alla Camera della legge di conversione, si è così «realizzato un equilibrio, tutto politico, tra le modifiche della normativa a favore delle imprese e la necessità di mantenere un presidio minimo ed efficace di garanzie per i lavoratori» ⁽⁴⁴⁾. Il Ministro del lavoro Giuliano Poletti evidenzia che «se dalle statistiche emerge che il 68% degli avviamenti avviene con contratti a termine della durata media di 14 giorni, si capisce che introdurre un contratto a termine senza causale della durata massima di 36 mesi è l'esatto opposto di questa situazione» ⁽⁴⁵⁾. Nelle parole del Premier, poi, la nuova configurazione del contratto a termine servirà a combattere il precariato. Ci auguriamo tutti che abbiano ragione. Ma, ad ogni buon conto, riteniamo che il difetto concettuale del provvedimento di sostanziale liberalizzazione del termine possa essere ravvisato nel fatto che si

⁽⁴²⁾ Per un esame di quest'ultima direttiva si veda L. GIASANTI, *Lavoro interinale: approvata la nuova direttiva*, in *Note Informative*, 2009, n. 44; F. PANTANO, [Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT, n. 72/2009, 3. Per una ricostruzione storico-politica della direttiva si veda M.M. MUTARELLI, *Il lavoro tramite agenzia: modelli di disciplina in Europa*, in *DLM*, 2007, n. 3, 567 ss.

⁽⁴³⁾ Cfr. C. giust. 11 aprile 2013, *Oreste Della Rocca c. Poste Italiane S.p.A.*, causa C-290/12.

⁽⁴⁴⁾ In G. POGLIOTTI, [Decreto lavoro, passa la fiducia](#), in *Il Sole 24 Ore*, 14 maggio 2014.

⁽⁴⁵⁾ Intervento al convegno *3° Tuttolavoro. Il nuovo progetto-lavoro per la ripresa*, 19 maggio 2014, Milano, organizzato da *Il Sole 24 Ore*.

finisce per dare cittadinanza nel nostro ordinamento ad un sotto-tipo legale dell'ordinario rapporto di lavoro dipendente per far fronte all'attuale situazione di straordinaria incertezza, laddove, invece, il contratto a termine presupporrebbe, per sua natura, un accordo tra datore di lavoro e lavoratore basato sulla previsione del perdurare dell'utilità della collaborazione per l'impresa per un periodo precisamente predeterminato. Il compito potrebbe meglio essere svolto da un contratto a tempo indeterminato dal quale ciascuna delle parti, almeno per una prima fase, possa recedere, pur sostenendo un costo per la "separazione", nel momento in cui dovesse venire meno l'interesse alla prosecuzione della collaborazione. Fermo fatto il sostegno del mercato al lavoratore.

Come è sopra cenno, il numero complessivo di rapporti di lavoro a termine costituiti da ciascun datore di lavoro non può eccedere il limite del 20% dell'organico complessivo. Sono fatte salve, però, «le disposizioni dell'art. 10 comma 7»⁽⁴⁶⁾: così prosegue la norma.

Per il caso di superamento del tetto del 20% si introduce (legge di conversione) una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, laddove il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno (la sanzione cresce al 50% se il numero dei lavoratori assunti in violazione del predetto limite sia superiore a uno)⁽⁴⁷⁾. Qui è evidente e forte la discontinuità rispetto alla disciplina previgente ed il tentativo di deciso cambio di rotta che si vorrebbe imprimere alla fattispecie. Peraltro, sul punto, il testo di legge uscito dal Senato è incoerente rispetto a quanto in origine scritto nel decreto-legge (che non prevedeva alcuna conseguenza per il superamento del tetto) e nel documento approvato dalla

⁽⁴⁶⁾ Che così recita: «La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Sono in ogni caso esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi: a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici; b) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni; c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi; d) con lavoratori di età superiore a 55 anni».

⁽⁴⁷⁾ Una compiuta disamina del profilo sanzionatorio in P. RAUSEI, *Tra sanzioni civili e amministrative si gioca l'incertezza del contenzioso*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78](#), cit., 76 ss.

Camera (ove era prevista la trasformazione in rapporti a tempo indeterminato). Una rilevante modifica, dunque, quella introdotta nel testo di legge definitivo: l'impresa che superi la suddetta soglia del 20% non dovrebbe più essere costretta (usiamo il condizionale per quanto si dirà tra poco) ad assumere a tempo indeterminato, ma dovrebbe andare incontro ad una ammenda amministrativa.

Con ordine del giorno n. 22/11 accolto nel corso dell'esame del decreto in Commissione Lavoro del Senato il Governo si è impegnato, «a tutela di entrambe le parti del rapporto», a precisare la delimitazione della portata della sanzione comminata per il contratto a termine eccedente il limite del 20% e, segnatamente, a chiarire che la sanzione opera soltanto sul piano amministrativo, comportando l'esborso pecuniario a carico del datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi sanzione ulteriore sul piano civilistico: il contratto resta valido ed efficace, produce tutti gli effetti suoi propri fino al termine pattuito e nessun risarcimento è dovuto al singolo lavoratore interessato, poiché nel nuovo contesto ordinamentale, l'apposizione del termine al contratto, se stipulata nella forma dovuta, è in sé legittima, non necessitando di alcuna giustificazione. Insomma, secondo il suddetto ordine del giorno del Senato, la sanzione amministrativa, come detto, dovrebbe sostituire il precedente regime sanzionatorio (conversione del rapporto e indennità risarcitoria fino a 12 mesi).

Sembra che la scelta di applicare una soluzione più "morbida" in questi casi sia da leggere in termini di necessità di "bilanciamento" rispetto alla contrazione (operata, come detto, nel corso dell'iter parlamentare della conversione in legge) del numero di proroghe massimo consentito, che ridurrebbe l'iniezione di flessibilità complessiva. Esigenza di "bilanciamento", tuttavia, per nulla chiara, visto che la riduzione del numero massimo di proroghe consentite (da 8 a 5) apportata in sede di conversione non "svilisce" in alcun modo il notevole incremento di flessibilità che il nuovo impianto normativo complessivamente introduce.

Si tenta, poi, di giustificare la sostituzione dell'obbligo di "reintegro" con la più "mite" sanzione dell'ammenda amministrativa (seppur di cospicua entità), con l'esigenza di ridurre il più possibile quelle barriere, anche psicologiche, ostacolo alla creazione effettiva di posti di lavoro. E, ancora, la "sostituzione" viene ulteriormente giustificata dalla situazione di incertezza, maggiore rispetto al passato, in cui oggi le nostre imprese si trovano ad operare e che farebbe sì che il termine apposto costituisca elemento essenziale del contratto, nel senso che senza quel termine esso non sarebbe stato stipulato. Se così è, questo il ragionamento a base della modificazione apportata in sede di

conversione in legge del testo varato dal Governo, allora la sanzione per l'irregolarità del termine apposto non può evidentemente più consistere nella nullità dello stesso sanzionata con la conversione del contratto stesso in contratto a tempo indeterminato ⁽⁴⁸⁾.

Inoltre, ritengono i sostenitori dell'approccio sanzionatorio più morbido ⁽⁴⁹⁾, occorre considerare che il contratto a termine non è più considerato in sé una "anomalia" che necessita di specifica giustificazione per essere ammessa dall'ordinamento, bensì un tipo negoziale di cui l'imprenditore può avvalersi liberamente per l'inserimento di un lavoratore in azienda. Ne conseguirebbe che la sanzione correlata a una circostanza esterna al singolo contratto (ovvero il fatto che ci sia già un numero, superiore al 20%, di dipendenti assunti con tale modalità contrattuale) non può più consistere – come in passato – nella conversione a tempo indeterminato, ma può e deve concretizzarsi in un diverso disincentivo, che sia efficace, senza che però sconvolga l'assetto negoziale posto in essere dalle parti. In altri termini, la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato genererebbe una discrasia tra sanzione e interesse leso: quest'ultimo non sarebbe, infatti, l'interesse dell'ultimo lavoratore entrato in azienda, bensì l'interesse generale a che almeno quattro quinti degli organici siano legati all'azienda a tempo indeterminato.

Orbene detto che non ci sembra, allo stato, di poter rinvenire un effettivo e sostanziale mutamento di quel presupposto negoziale tipico che la giurisprudenza pone a base dell'effetto della conversione a tempo indeterminato, nutriamo dubbi sul fatto che la conclusione della sostituzione della sanzione civile (conversione rapporto di lavoro) con la sanzione amministrativa (ammenda) trovi valido e preciso sostegno normativo. Manca, infatti, qualsiasi riferimento, diretto o indiretto che sia, al superamento del sistema della conversione ⁽⁵⁰⁾. E di ciò si ha riprova nello stesso sopra ricordato ordine del giorno approvato dal Senato, indice evidente che, allo stato, nella legge non vi è traccia di siffatta sostituzione. Insomma, a fronte di

⁽⁴⁸⁾ Rammentiamo che una certa corrente dottrinale non condivide quella giurisprudenza che, prendendo "in parola" i limiti percentuali, ha fatto conseguire, dal superamento degli stessi, la conversione del rapporto di lavoro: ritiene, infatti, impossibile, la predetta dottrina, individuare, in presenza di assunzioni di gruppo, il contratto che comporta il superamento della soglia (cfr., per tutti, M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in P.A. VARESI, M. ROCCELLA (a cura di), *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro*, Giuffrè, 1990, 148 ss.).

⁽⁴⁹⁾ Per questa tesi si veda anche, tra gli altri, C. SANTORO, *Le nuove sanzioni per il contratto a termine*, in *GLav*, 2014, n. 22, XIII.

⁽⁵⁰⁾ In questi termini si veda M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 12.

una chiara volontà del legislatore di escludere l'applicabilità della sanzione della conversione per i casi di superamento del tetto, all'interprete non resta altra strada che prendere atto del fatto che non è stato in alcun modo modificato il Collegato lavoro nella parte in cui considera quella della conversione la sanzione tipica per il contratto a tempo determinato non conforme a legge. In altri termini, riteniamo che nel caso in cui venga superata la soglia del 20% continui a verificarsi l'effetto della conversione del contratto a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato, per intrinseca carenza dei requisiti richiesti dal d.lgs. n. 368/2001 ⁽⁵¹⁾.

Quanto al piano della contrattazione collettiva in dottrina si è già avuto modo di osservare che «anche a prescindere dalla agibilità sul piano del sistema di relazioni industriali e dei rapporti di forza a livello aziendale, il decreto-legge impatta su un vasto reticolato di intese contrattuali che ne potrebbe paralizzare in modo significativo la piena e convinta applicazione pena l'insorgere di nuovo contenzioso e forse anche di profili di condotta antisindacale» ⁽⁵²⁾. Sotto tale profilo, le riforme del 2012 e del 2013 sembravano volere, in qualche modo, recuperare il contributo della contrattazione collettiva ⁽⁵³⁾. Ma anziché puntare con decisione su un "adeguamento" della disciplina in materia per via negoziale e non più, invece, affidata ad interventi normativi episodici, settoriali e, quindi, necessariamente disorganici, ha riservato alla contrattazione un ruolo alquanto limitato e, comunque, tutto sommato, poco incisivo. Sarebbe stato, dunque, opportuno cogliere l'occasione di questo ennesimo intervento normativo in materia per restituire alla fonte collettiva il compito di vigilare sull'accesso ad un istituto meno protettivo (ancor più

⁽⁵¹⁾ Sulla problematica più generale della conversione si veda di recente Cass. 8 gennaio 2014, n. 161, in *Diritto e Giustizia on line*, 2014.

⁽⁵²⁾ M. TIRABOSCHI, *Lavoro a termine: è vera liberalizzazione?*, in [La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione](#), Working Paper ADAPT, 2014, n. 153, 3.

⁽⁵³⁾ L'idea a base della riforma Fornero sembrava essere quella di provare a mitigare la presenza di un contratto a termine a-causale direttamente autorizzato dalla legge, prevedendo che, in sua vece, la contrattazione collettiva potesse "costruire" un altro diverso modello. Ma la formulazione della norma dava luogo ad una previsione «controproducente oltretutto illogica, anche perché 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» (P. TOSI, *op. cit.*, 964). In altri termini, come già osservato da altra dottrina, la norma non ha (*i.e.* aveva) 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» (L. MENGHINI, *Contratto a termine (art. 1, commi 9-13, l. n. 92/2012)*, in *LG*, 2012, n. 10, 934).

oggi), quale quello del contratto a termine, che, peraltro, avrebbe consentito di tenere conto delle diverse esigenze dei vari settori produttivi e delle differenti aree territoriali.

In relazione allo specifico profilo dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva è possibile osservare che, mentre il d.l. n. 34/2014 provvede alla abrogazione dell'obbligo di motivazione della apposizione del termine al contratto, detto obbligo, invece, è ancora previsto da alcuni (molti) contratti collettivi che dettano, appunto, una specifica disciplina delle causali integrativa rispetto a quella di fonte legale. Da qui un primo problema nei rapporti tra fonte collettiva e fonte legislativa, considerato, appunto, che le causali di giustificazione dell'assunzione a termine individuate, nel tempo, dalla contrattazione collettiva oggi non sono più necessarie per espressa disposizione di legge.

Riteniamo, tuttavia, che pur essendo venuta oggi meno la disposizione legale che rinviava alla fonte collettiva le clausole già previste dai contratti collettivi non rimangano colpite da "nullità sopravvenuta", ma conservino, invece, intatta l'efficacia loro propria⁽⁵⁴⁾. E ciò senza che sia necessario "scomodare" la "copertura costituzionale" offerta dall'art. 39 Cost.

Occorre a questo punto domandarsi quali siano le conseguenze della eventuale scelta dell'impresa di applicare unilateralmente il regime legale in luogo di quello di fonte contrattuale, considerato che il rinvio legale all'autonomia collettiva non produce effetti sulla sfera dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo, restando la stessa contenuta all'ambito delle parti aderenti⁽⁵⁵⁾.

Nel caso di violazione della clausola inserita nel contratto collettivo, attesa l'inscindibilità del complesso contrattuale «in forza della quale le disposizioni

⁽⁵⁴⁾ Per una vicenda analoga, legata all'introduzione della disciplina di cui al d.lgs. n. 368/2001, si veda Cass. 3 gennaio 2014, n. 27, in *RFI*, 2014, voce *Lavoro (contratto)*, n. 5. Sulla problematica della disciplina transitoria dettata dal d.lgs. n. 368/2001 si veda M. MOBIGLIA, *Regime transitorio ed efficacia dei contratti collettivi in vigore*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro. Prime interpretazioni e proposte di lettura del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276. Il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, 2004, 1015 ss. In materia di assunzione a termine dei lavoratori subordinati, la Suprema Corte aveva già avuto modo di chiarire che «l'art. 23 l. 28 febbraio 1987 n. 56, che attribuisce alla contrattazione collettiva la possibilità di identificare nuove ipotesi di legittima apposizione del termine, continua a trovare applicazione anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, che pure ne reca la formale abrogazione, in relazione alle clausole dei contratti collettivi di lavoro precedentemente stipulati sotto la vigenza della legge del 1987 ed ancora in corso di efficacia al momento dell'entrata in vigore del citato d.lgs. fino alla scadenza dei contratti collettivi» (Cass. 4 luglio 2008, n. 21092, in *MGC*, 2008, n. 7-8, 1243).

⁽⁵⁵⁾ Sulla problematica si veda M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *DLRI*, 1998, n. 80, 665 ss.

ivi contenute sono correlate ed inscindibili tra loro»⁽⁵⁶⁾ e considerata, dunque, l'impossibilità di disapplicazione parziale della singola medesima clausola, per poter assumere con contratto a tempo determinato a-causale, oggi divenuto ordinario, l'impresa dovrebbe procedere a disapplicare l'intero contratto collettivo. Con l'ulteriore conseguenza, a prescindere dai profili – qui non oggetto di esame – connessi alle relazioni industriali ed alla ipotizzabilità di una azione per condotta antisindacale⁽⁵⁷⁾, che, sul piano dei rapporti lavorativi a termine in questione, potrebbe, a nostro avviso, verificarsi una conversione in rapporti a tempo indeterminato⁽⁵⁸⁾. In tale direzione occorre, del resto, osservare che ci si trova in presenza «di una norma imperativa relativa alle causali del contratto, la cui violazione determinerebbe la nullità del termine e la conversione del rapporto di uno a tempo indeterminato ai sensi degli articoli 1418 e 1419, c. 2, c.c., in coerenza con il “diritto vivente”» rappresentato dalla giurisprudenza costante in materia di contratto a termine⁽⁵⁹⁾.

Nell'ambito del rapporto tra legge e contrattazione collettiva, ulteriore nodo interpretativo concerne l'introduzione della soglia del 20% di contratti a termine che ciascun datore di lavoro può stipulare rispetto al proprio organico complessivo. Come visto, il decreto, infatti, fa comunque salvo quanto disposto dall'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001, che da un lato lascia alla contrattazione collettiva la possibilità di modificare tale limite quantitativo e, dall'altro, tiene conto delle esigenze connesse alle sostituzioni e alla stagionalità⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁶⁾ M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, cit., 29.

⁽⁵⁷⁾ Sulla problematica si veda, in giurisprudenza, Trib. Massa 23 dicembre 2013, inedita, a quanto consta; Trib. Torino 20 maggio 2011, in *DRI*, 2011, n. 3, 743; Trib. Torino 19 gennaio 2010, in *D&L*, 2010, n. 2, 378; Trib. Parma 11 dicembre 1989, inedita, a quanto consta; Pret. Milano 20 maggio 1981, in *Tributi*, 1981, 651.

⁽⁵⁸⁾ Sul tema si veda R. VOZA, *Il contratto a tempo determinato*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, 2013.

⁽⁵⁹⁾ V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2012, n. 153, che alla nota 15 richiama «tra le tante Cass. 21 maggio 2008, n. 12985; Cass. 18 gennaio 2010, n. 629; Cass. 23 novembre 2010, n. 23684; Cass. 11 maggio 2011, n. 10346; Cass. 21 novembre 2011, n. 24479 e molte altre. Non è un caso che la conversione sia stata ritenuta dalla Corte costituzionale come “diritto vivente” (C. cost. 14 luglio 2009, n. 214, in *MGL*, 2009, p. 653)».

⁽⁶⁰⁾ Sul punto si vedano i chiarimenti forniti dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con la circ. n. 18/2014.

In altri termini, la clausola legale che fissa al 20% il tetto per i contratti a termine si sovrappone alle percentuali (eventualmente diverse) già fissate in sede di contrattazione collettiva. Se taluni contratti non fanno riferimento ad alcuna clausola di contingentamento (ad esempio, il CCNL Metalmeccanici, con grande sorpresa), altri prevedono una soglia la cui percentuale è, in alcuni casi superiore al 30%, ma in altri anche inferiore al 10%.

Orbene, la domanda è semplice: nel contrasto quale fonte prevale?

La legge di conversione ha, a tal proposito, precisato che, in sede di prima applicazione del limite percentuale di cui all'art. 1, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. a, n. 1, del d.l. n. 34/2014, «conservano efficacia, ove diversi, i limiti percentuali già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro. Il datore di lavoro che alla data di entrata in vigore del presente decreto abbia in corso rapporti di lavoro a termine che comportino il superamento del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1), del presente decreto, è tenuto a rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014, salvo che un contratto collettivo applicabile nell'azienda disponga un limite percentuale o un termine più favorevole. In caso contrario, il datore di lavoro, successivamente a tale data, non può stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato fino a quando non rientri nel limite percentuale di cui al citato articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo n. 368 del 2001».

Sul punto, peraltro, la dottrina già espressasi sul testo di cui al decreto-legge aveva già osservato che, in difetto di espresse contrarie disposizioni, il rinvio alle previsioni della contrattazione collettiva dovrebbe essere considerato “dinamico”⁽⁶¹⁾: con la conseguenza che lo stesso assorbe quanto definito dalle parti in sede negoziale precedentemente all'entrata in vigore del d.l. n. 34/2014. In tal ottica, infatti, la clausola legale che fissa il tetto al 20% regola la fattispecie facendo, però, salve, come detto, le previsioni di cui all'art. 10, comma 7, ossia, appunto, quanto (già) disposto dai contratti collettivi. Per l'effetto, dunque, la disciplina di fonte contrattuale deve ritenersi prevalente su quella (eventualmente difforme) di cui alla norma di fonte legislativa. Con la conseguenza che l'assunzione di un lavoratore a termine oltre la soglia determinata dalla contrattazione collettiva, seppur conforme alla nuova ora vigente previsione di legge (20%), si tradurrebbe nel ricorso ad una fattispecie non consentita (fino alla data di efficacia del contratto collettivo ove è

⁽⁶¹⁾ In tal senso [La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione](#), cit.

contenuta la clausola di contingentamento eventualmente inferiore a quella di fonte legislativa) e, dunque, di nullità del relativo contratto a termine, con naturale conversione dello stesso nel rapporto lavorativo previsto dal contratto ordinario a tempo indeterminato.

Resta da dire che la riforma della causale non sembra toccare i regimi speciali. Già prima del d.l. n. 34/2014, infatti, questi ultimi garantivano l'esonero dall'onere di specificazione della causale del ricorso al termine. Il mantenimento in vita di questi regimi sembra testimoniare la volontà del legislatore di salvaguardare le regole speciali previste per determinati settori, che, come sotto il vigore della disciplina precedente, potranno continuare a fruire di un doppio regime normativo. In questi speciali ambiti, infatti, potranno applicarsi le regole della disciplina ordinaria, e così, ad esempio, le regole sulla a-causalità e quelle sui limiti quantitativi di accesso al tipo; nel contempo, tuttavia, si potranno applicare tutte le altre regole (speciali) che, anche nel nuovo contesto normativo, rendono eventualmente più agevole il ricorso al contratto a tempo determinato ⁽⁶²⁾. Fermo restando che saranno da approfondire, nello specifico, i problemi di coordinamento tra regime ordinario e regime speciale, essendo mutati i parametri di riferimento.

Alcune disposizioni, infine, sono volte ad ampliare e rendere più solido e concreto il diritto di precedenza delle donne in congedo di maternità per le assunzioni da parte del datore di lavoro, nei 12 mesi successivi, in relazione alle medesime mansioni oggetto del contratto a termine. Dette disposizioni non possono che essere salutate con favore. In particolare, si prevede che, ai fini dell'integrazione del limite minimo di 6 mesi di durata del rapporto a termine devono computarsi anche i periodi di astensione obbligatoria (2 mesi prima del parto e tre dopo) per le lavoratrici in congedo di maternità *ex art.* 16, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001. Alle stesse lavoratrici viene, poi, riconosciuto, il diritto di precedenza anche per le assunzioni a tempo

⁽⁶²⁾ Così, a titolo esemplificativo, restano in vita le disposizioni che consentono di stipulare contratti di lavoro a termine privi di causale nelle aziende di trasporto aereo o esercenti i servizi aeroportuali, per un periodo massimo di 6 mesi compresi tra aprile ed ottobre e di 4 mesi per periodi diversamente distribuiti. Analoga la facoltà concessa per l'esecuzione di servizi operativi di terra e di volo, di assistenza a bordo di passeggeri e merci. Resta, del pari, in vita la legislazione speciale dettata per l'assunzione di lavoratori impiegati nel settore postale (rammentiamo che in detto settore non è necessaria la sussistenza e l'indicazione della causale per un periodo massimo di 6 mesi, compresi tra aprile ed ottobre, e di 4 mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15% dell'organico aziendale riferito al 1° gennaio dell'anno cui si riferiscono le assunzioni). Anche le start-up innovative beneficiano di ampie deroghe rispetto alla disciplina ordinaria.

determinato effettuate dal datore di lavoro nell'arco temporale dei 12 mesi successivi, con riferimento alle mansioni già svolte.

Da ultimo, vi è l'obbligo, per i datori di lavoro, di richiamare espressamente il diritto di precedenza del lavoratore nell'atto scritto con cui viene fissato il termine del contratto. Si tratta di una precisazione alquanto utile perché dovrebbe riuscire a chiarire alcune difformi interpretazioni della prassi, nel senso che l'Inps, in applicazione della norma di cui all'art. 4, comma 12, della l. n. 92/2012, richiedeva ai datori di lavoro, ai fini del riconoscimento dei relativi incentivi, di fornire ai propri dipendenti a tempo determinato le previste informazioni a proposito del diritto di precedenza. Seppur la norma non precisi cosa succede nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia ommesso tale informazione scritta, riteniamo che detta omissione non sia in grado di inficiare in alcun modo né il rapporto in essere, né il diritto di precedenza: si può, semmai, ipotizzare il sorgere di un diritto al risarcimento dei danni eventualmente accusati dal lavoratore come effetto dell'omissione di cui trattasi, oltre che l'irrogazione di una sanzione amministrativa da parte degli organi ispettivi in materia di lavoro, previo invito ad adempiere formulato *ex art.* 14 del d.lgs. n. 124/2004.

Quanto sopra osservato in termini di complessiva continuità/discontinuità della nuova disciplina sul termine rispetto all'impianto normativo previgente non possiamo che apprezzare, sul piano generale, il tentativo di "depurare" i canali di accesso all'occupazione compiuto dal legislatore ed il connesso sforzo di "adeguare" l'istituto alle mutate esigenze del contesto socio-economico e produttivo. Giudizio, questo, espresso anche in considerazione del rischio insito nel regolare fattispecie contrattuali così importanti quali, appunto, quelle dell'apprendistato e del lavoro subordinato a tempo determinato⁽⁶³⁾, con frequenti adattamenti che risentono dei diversi "umori" delle varie fasi storico-politiche nei quali sono adottati e rispondono ad obiettivi di politica del diritto spesso tra loro contrastanti.

Sotto tale profilo, per altro verso, è divenuta ormai indifferibile una compiuta, profonda revisione delle numerose tipologie contrattuali che, in materia, affastellano, confusamente, il ns. sistema, con conseguente semplificazione del contesto normativo di riferimento ed abrogazione di tutte quelle disposizioni incompatibili con l'indirizzo prescelto, oltre che di tutte quelle che creano difficoltà interpretative e contribuiscono, quindi, ad alimentare un contenzioso che non fa di certo bene agli obiettivi di riduzione del tasso di disoccupazione.

⁽⁶³⁾ Schemi negoziali che rappresentano oggi circa l'80% dei nuovi avviamenti al lavoro.

Un quadro legislativo, quello attuale, labirintico, che disorienta e rende, di fatto, inaccessibili alle imprese determinate tipologie negoziali ⁽⁶⁴⁾.

Semplificazione del quadro normativo in materia che occorre perseguire con rinnovato vigore, anche per evitare le distorsioni che il legiferare per successive stratificazioni e in modo tutt'altro che chiaro ha prodotto non solo sul piano del contenzioso, ma anche su quello del processo in senso stretto inteso. Accade infatti che, oggi, la norma non costituisca più la fonte regolativa della controversia, ma diventi essa stessa l'oggetto del giudizio. Non si ricava più la fonte di regolamentazione del rapporto nella disciplina, ma nell'interpretazione della stessa, anzi, in quell'interpretazione che più si presta a porsi a base della decisione. L'itinerario labirintico ha sostituito la struttura piramidale del diritto. Al vertice della piramide vi era (*rectius*: dovrebbe esserci!) il legislatore e, dunque, la norma. Nel labirinto, invece, oggi, si tracciano percorsi, nell'ambito dei quali l'interpretazione diviene fonte e il precetto viene trascurato. Tutto ciò cela una grave pericolosità, anche di natura sistematica e dogmatica.

Nello stesso tempo è possibile annotare, come già in apertura ricordato, che il provvedimento normativo di cui trattasi deve essere considerato parte di un più ampio progetto di riforma complessiva del mercato del lavoro. La prospettiva sembra essere quella di un intervento che sia capace di incidere con vigore l'impianto della nostra legislazione in materia di lavoro e di modificarne il contenuto essenziale secondo il modello della *flexsecurity*, oggetto delle raccomandazioni ripetutamente rivolte negli anni recenti dall'Unione europea agli Stati membri: un modello, questo, come noto, che implica la coniugazione della (massima) flessibilità delle strutture produttive con la (massima) sicurezza professionale ed economica dei lavoratori coinvolti nelle crisi occupazionali e nei processi di mobilità dai vecchi ai nuovi posti di lavoro. Una sicurezza non più basata sulla conservazione del posto di lavoro, bensì sul lavoro e sulla continuità del reddito da lavoro o, meglio, un passaggio da una logica di tutela dei redditi a una logica delle opportunità, nel quadro di efficaci strumenti di sostegno del reddito da assicurare alle persone coinvolte negli inevitabili passaggi tra posti di lavoro diversi, che già costituiscono (ed è facile intuire che sempre più costituiranno) eventi fisiologici, ordinari, nella vita lavorativa di ciascuno.

In particolare, come si diceva, le modifiche alla disciplina in materia di lavoro appena varate si inseriscono (*rectius*: dovrebbero inserirsi) nell'ambito di un

⁽⁶⁴⁾ Sul tema si veda M. PERSIANI, *Riordinare il caos: conoscibilità delle norme e ruolo della dottrina*, in *LD*, 2001, n. 4, 553 ss.; M. MISCIONE, *Il mercato del lavoro degli anni '2000*, in *LG*, 2012, n. 1, 5 ss.

più ampio quadro di interventi normativi nella prospettiva di una corposa revisione delle attuali tipologie contrattuali lavoristiche, al fine di configurare un contesto negoziale che possa più efficacemente supportare le esigenze occupazionali e produttive. Occorrerà, dunque, valutare l'effettiva coerenza di sistema delle modifiche oggi apportate alla luce e in funzione degli eventuali annunciati interventi di complessivo riordino. Sotto tale profilo, la legge-delega di riordino dovrebbe prevedere, a quanto trapela, un contratto unico a tutele crescenti ⁽⁶⁵⁾, anche se la convergenza politica sul punto non sembra ancora raggiunta.

Il nostro Paese è più volte intervenuto sul mercato del lavoro, prima, durante e dopo il dibattito sulla *flexicurity*. Tuttavia, le politiche in materia, figlie peraltro di una prospettiva all'insegna dell'occasionalità e dell'urgenza, hanno prodotto ulteriore frammentazione, marcando la lacerazione del tessuto sociale. Strumenti normativi, oltre che istituzionali, fragili e disorganici hanno contribuito a stremare mercati del lavoro già ai limiti.

Se è vero che tipologie contrattuali diverse possono servire a rispondere alle variegata esigenze di flessibilità della produzione e del lavoro ed a migliorare (in determinati contesti e date congiunture economiche) la capacità occupazionale, è altrettanto vero che occorre evitare una proliferazione di rapporti atipici che producono una eccessiva durata dell'instabilità lavorativa e, nel contempo, rendere sostenibili i rapporti di lavoro flessibili grazie ad un adeguato sistema di protezione e sicurezza sociale. La leva della flessibilità dovrebbe servire ad offrire ai giovani lavoratori un percorso, per quanto graduale e per tappe, ma pur sempre funzionale alla stabilità o, quantomeno, ad una maggiore stabilità di quella che offre l'odierno orizzonte della flessibilità. Del resto, lo sappiamo, la flessibilità non è un valore, ma un vincolo ed eventualmente uno strumento. Il valore resta quello della stabilità ⁽⁶⁶⁾.

Pur consapevoli della difficoltà, oggi, di determinare la misura degli effetti della regolamentazione del mercato del lavoro e dell'idoneità della stessa a rimuovere, in un'economia globalizzata, gli ostacoli allo sviluppo delle

⁽⁶⁵⁾ Sul tema, di recente, A. RUSSO, *Il riordino delle tipologie contrattuali: verso un contratto unico di ingresso?*, in E. BORTOLAMEI, L. DI STEFANO, L. MATRUNDOLA (a cura di), [La riforma infinita alla prova del Jobs Act](#), Quaderni Fondazione Marco Biagi, 2014, n. 2, 10 ss.

⁽⁶⁶⁾ Negli stessi sostanziali termini già L. MARIUCCI, *Dove va il diritto del lavoro? Le relazioni collettive ed individuali di lavoro*, in *LD*, 2002, n. 2, 259 ss. Analoghe considerazioni in M. NAPOLI, *Disegno di legge delega e modifiche al Titolo V della Costituzione*, in *DRI*, 2002, n. 3, 361 ss. Anche S. HERNANDEZ, *La flessibilità del rapporto di lavoro*, in *MGL*, 1998, n. 2-3, 528, evidenziava come la flessibilità dovesse costituire un metodo per il perseguimento dell'obiettivo rappresentato dalla riduzione della disoccupazione.

imprese, alla crescita della produttività e dei tassi di occupazione, nonché, più in generale, al superamento dell'attuale scenario di crisi economica, riteniamo sia tempo di pensare a nuovi metodi, di introdurre nuovi strumenti che consentano una maggiore compatibilità tra esigenze di flessibilità, pur esistenti, ed esigenze di ridefinizione degli strumenti atti a garantire ai lavoratori un reddito connotato da maggiore continuità.

Occorre, in definitiva, una netta presa di distanza dalle scelte normative di fondo compiute, in materia di regolazione del mercato del lavoro, negli ultimi 10 anni, a partire, come sopra si diceva, dalla radicale semplificazione delle numerose (e spesso illogiche ed irrazionali) tipologie negoziali e dal riconoscimento della natura vincolante dei diritti fondamentali dei lavoratori nella prospettiva della concreta attuazione del modello sociale, con particolare riferimento alla protezione nel momento in cui termina il contratto di lavoro e alla lotta all'esclusione sociale.

Infine, necessita, a nostro avviso, una policy che punti, finalmente e con decisione, a superare il dualismo che caratterizza il ns. mercato del lavoro e discrimina i lavoratori a seconda se assunti a tempo indeterminato o con moduli flessibili, all'interno di un nuovo sistema di ammortizzatori sociali, riformulato nel segno della universalità. Una politica dell'occupazione che, previa adozione di rinnovati meccanismi delle relazioni industriali e di consultazione e negoziazione sindacale, sia diretta, in modo conforme alle indicazioni europee e coerente con le enunciazioni di principio, alla redistribuzione delle tutele, tanto nel mercato del lavoro, quanto nel rapporto di lavoro.

Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014

di Vincenzo De Michele

1. Introduzione: la falsa prospettiva della primazia del diritto comunitario

Non vi può essere una seria riflessione sulla recente riforma delle discipline del contratto a termine e del contratto di somministrazione a tempo determinato introdotta dal d.l. n. 34/2014 se si continua a cadere nello stesso errore interpretativo: verificare se il diritto nazionale applicabile alla fattispecie contrattuale sia o meno conforme al diritto comunitario di riferimento, la direttiva 1999/70/CE per il lavoro a tempo determinato o la direttiva 2008/104/CE per il lavoro alle dipendenze di agenzie interinali.

Senza dubbio, un'impostazione di questo tipo potrebbe essere adeguata o necessaria per altri istituti contrattuali di diritto del lavoro, ma non per i contratti flessibili, meno che mai per il contratto a tempo determinato e per la somministrazione a tempo determinato, che nascono da esperienze normative e contrattuali italiane, successivamente assunte a dignità di normativa europea, di derivazione pattizia (l'accordo-quadro comunitario) per il rapporto a termine, con lo strumento legislativo della direttiva di Consiglio per il lavoro alle dipendenze di agenzie.

In particolare, la clausola 5 dell'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, che è la più importante disposizione della normativa pattizia europea sulle misure preventive idonee ad evitare e sanzionare gli abusi del contratto a termine, nasce dalle disposizioni previste nelle discipline interne e dalle esperienze giurisprudenziali di Italia e Germania prima del

recepimento della direttiva 1999/70/CE: le ragioni oggettive temporanee di cui all'art. 1, comma 2, della l. n. 230/1962 (per quanto riguarda la misura della lett. *a* della clausola 5, n. 1, e la 7^a considerazione generale dell'accordo-quadro) e la durata massima totale e sul numero massimo dei rinnovi (rispettivamente le misure previste dalle lett. *b* e *c* della clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro) di cui all'art. 1 *Beschäftigungsförderungsgesetz* ⁽¹⁾.

Infatti, né Italia né Germania avevano necessità di recepire la direttiva 1999/70/CE almeno per quanto riguarda la clausola 5, operando già le suddette «norme equivalenti per la prevenzione degli abusi», come sottolineato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 41/2000, con cui ha dichiarato inammissibile il referendum abrogativo della l. n. 230/1962, con una motivazione ai punti 8.4, 8.5 e 8.6 che andrebbe ora meglio apprezzata alla luce delle modifiche “liberalizzanti” introdotte dal d.l. n. 34/2014, che sono sostanzialmente identiche a quelle referendarie.

Anche in Grecia operava come unica misura preventiva e sanzionatoria quella delle ragioni oggettive temporanee di apposizione del termine contrattuale, in mancanza delle quali il contratto a tempo determinato si trasformava in un rapporto a tempo indeterminato ai sensi dell'art. 8, n. 3, della l. n. 2112/1920, relativa al recesso obbligatorio dal contratto di lavoro dei lavoratori del settore privato, e che, in base alla sentenza *Angelidaki* ⁽²⁾ della Corte di giustizia (punto 25), era stato interpretato dalla giurisprudenza greca (cfr. la sentenza n. 18/2006 dell'Areios Pagos, la Corte di cassazione greca) come norma equivalente anche nel settore pubblico (nonostante l'art. 103, n. 8, Cost. Repubblica Ellenica vietasse dal 3 aprile 2001 la conversione dei contratti a tempo determinato nel pubblico impiego), sin dal primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato.

Viceversa, la Commissione europea ha fatto fortissime pressioni su tutti gli Stati membri, comprese Italia, Germania, Irlanda (che ha subito addirittura il ricorso per inadempimento con la causa C-35/03, poi archiviato a seguito dell'Act 2003, su cui si veda *infra*) e Grecia, perché si adeguassero con atto

⁽¹⁾ Legge tedesca per l'incremento dell'occupazione, come modificata con l. 25 settembre 1996.

⁽²⁾ C. giust. 23 aprile 2009, *Kiriaki Angelidaki et al. c. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis, Charikleia Giannoudi c. Dimos Geropotamou e Georgios Karabousanos e Sofoklis Michopoulos c. Dimos Geropotamou*, cause riunite da C-378/07 a C-380/07. Sulla sentenza *Angelidaki*, si veda M. MISCIONE, *La Corte di giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *LG*, 2009, n. 5, 437; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, *Ipsa*, 2009, 75-81; L. DRIGUEZ, *Retour sur les clauses de non régression*, in *Europe*, 2009, n. 6, 25-26; C. KERWER, *Verschlechterungsverbote in Richtlinien*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2010, n. 2, 253-265.

normativo formale alla direttiva 1999/70/CE nonostante la presenza di norme equivalenti a prevenire gli abusi e nonostante, per l'Italia, la sentenza n. 41/2000 della Corte costituzionale ne attestasse il già avvenuto anticipato recepimento.

Si è già in altri scritti ⁽³⁾ sottolineato che l'atteggiamento della Commissione europea di forzare per il recepimento dell'accordo-quadro comunitario, almeno nei confronti della Repubblica italiana, è dipeso da "questioni interne" e non da necessità sistematiche o politiche nel rapporto tra la fonte sovranazionale e gli ordinamenti interni.

In particolare, la Commissione europea, pretendendo (probabilmente anche attraverso il sostegno all'anomalo referendum abrogativo dei radicali) ⁽⁴⁾ la modifica della normativa interna previgente alla direttiva 1999/70/CE, ha così tentato di vanificare gli effetti della sentenza *Vitari* ⁽⁵⁾, con cui la Corte di giustizia ha rimesso al giudice nazionale (Pretore di Torino), sulla base della regolamentazione interna e quindi della l. n. 230/1962 (nella fattispecie, sulla natura eccezionale della proroga rispetto al contratto iniziale), il compito di verificare le condizioni di riqualificazione dei contratti a tempo determinato in caso di illegittimo utilizzo anche nei confronti delle Istituzioni comunitarie e, nel caso affermativo, di applicare la corrispondente sanzione, cioè l'assunzione a tempo indeterminato.

2. Primazia interpretativa del diritto italiano: le ordinanze pregiudiziali della Cassazione sul lavoro marittimo e la consolidata giurisprudenza nazionale sulle ragioni oggettive sin dal primo contratto a termine

Chiarito il contesto nazionale e comunitario in cui è maturata la scelta legislativa del recepimento della direttiva 1999/70/CE, la più efficace descrizione di quanto è accaduto in Italia nel 2001 con l'entrata in vigore del

⁽³⁾ Cfr. in particolare, sulle "cause" della scelta legislativa italiana di abrogare la l. n. 230/1962 e sostituirla con il d.lgs. n. 368/2001, V. DE MICHELE, *La relazione del Massimario della Cassazione rievoca i "fantasmi" della l. 230/1962 sul contratto a termine*, in *LG*, 2011, n. 3, 237-258.

⁽⁴⁾ Emma Bonino, esponente di vertice del Partito radicale italiano, è stata Commissario europeo per gli aiuti umanitari e per la tutela dei consumatori dal 23 gennaio 1995 al 12 settembre 1999.

⁽⁵⁾ C. giust. 9 novembre 2000, *Roberto Vitari c. Fondazione europea per la formazione professionale*, causa C-126/99. Il primo commento alla "dimenticata" sentenza *Vitari*, a distanza di oltre dieci anni, è nella relazione tematica n. 2/2011 dell'ufficio del Massimario della Cassazione del 12 gennaio 2011 sul Collegato lavoro, redatta da F. BUFFA.

d.lgs. n. 368/2001 e di quanto si ripropone ora con il decreto-legge Poletti nel 2014 è contenuta nelle tre identiche ordinanze della Suprema Corte di cassazione ⁽⁶⁾ sull'applicazione dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato alla gente di mare, discusse in trattazione orale all'udienza del 7 maggio 2014 davanti alla Corte di giustizia, che ha depositato in data 3 luglio 2014 la contraddittoria sentenza *Fiamingo* ⁽⁷⁾ (si veda *infra*).

Sostiene la Cassazione nelle ordinanze di rinvio pregiudiziale che con il d.lgs. n. 368/2001 l'uso del contratto a termine è stato liberalizzato, nel senso che non costituisce più un fatto eccezionale rispetto all'ordinaria assunzione con contratto a tempo indeterminato, essendo tuttavia richiesta sempre la sussistenza e la specificazione delle ragioni giustificative e risultando demandata ai contratti collettivi la previsione di limiti quantitativi. Tuttavia, con la nuova disciplina, secondo il Collegio di legittimità, per poter ritenere che il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato risultino pienamente sovrapponibili e fungibili nella funzionalità tipologica e giuridica, rendendo puramente nominale la configurazione del contratto a termine come contratto speciale, si dovrebbe dimostrare che tale esito risulti compatibile con la portata letterale dell'art. 1 del decreto legislativo attuativo dell'accordo-quadro e la norma risulti isolabile dal contesto europeo, assumendo l'interpretazione "comunitaria" valenza anche costituzionale *ex artt.* 76 e 117, comma 1, Cost.

Le ordinanze di rinvio pregiudiziale della Suprema Corte nazionale sul lavoro marittimo offrono, allora, alla Corte di giustizia la visione della nomofilachia del giudice di ultima istanza rispetto all'assetto normativo di recepimento interno della direttiva 1999/70/CE, con specifico riferimento alla misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee, ricorrendo all'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. n. 368/2001, cioè della clausola generale ed astratta (e della sanzione "formale" in caso di mancata specificazione) costruita per sanare "definitivamente" il contenzioso dello Stato-postale sui contratti a tempo determinato, iniziato nel 1995 con la sedicente "privatizzazione" dell'amministrazione pubblica che gestiva e gestisce il servizio postale universale, ma riversatosi copiosamente nelle aule

⁽⁶⁾ Cass. ord. n. 15561/2013, ord. n. 15560/2013 e ord. 16980/2013, iscritte in C. giust. come cause C-362/13, *Fiamingo*, C-363/13, *Zappalà*, e C-407/13, *Rotondo et al.*

⁽⁷⁾ C. giust. 3 luglio 2014, *Maurizio Fiamingo, Leonardo Zappalà e Francesco Rotondo et al. c. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.*, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13.

di giustizia della Corte di Lussemburgo con ben otto decisioni, di cui una nel 1997⁽⁸⁾ e le altre sette⁽⁹⁾ in meno di 4 anni da giugno 2010 ad aprile 2014. Viene riconosciuto dalla Cassazione nelle tre ordinanze di rinvio del giugno-luglio 2013 il contrasto con la normativa europea del contratto a termine a-causale (che, per comodità espositiva, potremmo definire contratto “postale”)⁽¹⁰⁾ o, meglio, trascrivendo i corrispondenti punti di diritto enunciati dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Adeneler*⁽¹¹⁾, *Del Cerro*⁽¹²⁾, *Angelidaki*, cit.⁽¹³⁾, e l’ordinanza *Vassilakis*⁽¹⁴⁾, di una disposizione generale, in assenza di

⁽⁸⁾ C. giust. 7 maggio 1998, *Epifanio Viscido, Mauro Scandella et al. e Massimiliano Terragnolo et al. c. Ente Poste Italiane*, cause riunite da C-52/97 a C-54/97.

⁽⁹⁾ In ordine cronologico, C. giust. 24 giugno 2010, *Francesca Sorge c. Poste Italiane S.p.A.*, causa C-98/09; C. giust. ord. 11 novembre 2010, *Vino Cosimo Damiano c. Poste Italiane S.p.A.*, causa C-20/10, e C. giust. ord. 22 giugno 2011, *Cosimo Damiano Vino c. Poste Italiane S.p.A.*, causa C-161/11; C. giust. ord. 1^o ottobre 2010, *Franco Affatato c. Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*, causa C-3/10; C. giust. 11 aprile 2013, *Oreste Della Rocca c. Poste Italiane S.p.A.*, causa C-290/12; C. giust. 12 dicembre 2013, *Carmela Carratù c. Poste Italiane S.p.A.*, causa C-361/12, C. giust. ord. 30 aprile 2014, *Luigi D’Aniello et al. c. Poste Italiane S.p.A.*, causa C-89/13, tutte citate nel prosieguo.

⁽¹⁰⁾ L’avvocato generale Wahl nelle conclusioni scritte della causa *Carratù* ha precisato in nota 4 che il dato affermato all’udienza del 5 giugno 2013 dai difensori della lavoratrice che circa il 95% del contenzioso sui contratti di lavoro a tempo determinato in Italia riguarda Poste italiane non è stato contestato né dal Governo italiano, né dai difensori dell’impresa pubblica. Nel Collegio lussemburghese della sentenza *Carratù* particolare impressione ha suscitato il dato riferito ai tre anni dal 2003 al 2005 degli oltre 70 mila contratti a termine di Poste italiane, tutti stipulati per generiche ragioni sostitutive, equamente distribuiti in primavera, estate, autunno ed inverno.

⁽¹¹⁾ C. giust. 4 luglio 2006, *Konstantinos Adeneler et al. c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, causa C-212/04, punto 74. Sulla sentenza *Adeneler* si veda R. CONTI, R. FOGLIA, *Successione di contratti di lavoro a termine nel settore pubblico*, in *CG*, 2006, n. 10, 1456-1459; L. ZAPPALÀ, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ’s Jurisprudence*, in *ILJ*, 2006, vol. 35, n. 4, 439-444; G. FRANZA, *Lavoro a termine: è ormai completa l’interpretazione della direttiva* (nota a C. cost. 28 giugno 2006, n. 252, e a C. giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04), in *MGL*, 2006, n. 10, 752-755; A.M. PERRINO, *Perplexità in tema di contratto di lavoro a termine del pubblico dipendente*, in *FI*, 2007, n. 2, IV, 75-81; L. DE ANGELIS, *Il contratto di lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni alla luce della giurisprudenza comunitaria: spunti di riflessione*, ivi, n. 6, IV, 344-348; V. DE MICHELE, *Contratto a termine e precariato*, cit., 48-70.

⁽¹²⁾ C. giust. 13 settembre 2007, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*, causa C-307/05, punto 55. La sentenza *Del Cerro* è commentata in *RIDL*, 2008, n. 2, II, 318 ss., con nota di L. ZAPPALÀ, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell’ordinamento comunitario*, nonché in *FI*, 2007, IV, 617-618, con nota di G. RICCI.

⁽¹³⁾ Punti 100, 103 e 106.

⁽¹⁴⁾ C. giust. ord. 12 giugno 2008, *Spyridon Vassilakis et al. c. Dimos Kerkyraion*, causa C-364/07, punto 93.

alcuna relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, che non consentirebbe di stabilire criteri oggettivi e trasparenti, idonei a verificare se la clausola di durata corrisponda ad un'esigenza reale e sia idonea a conseguire l'obiettivo perseguito e necessario a tale effetto, così come appare egualmente incompatibile con tali finalità che le esigenze cui rispondono i contratti a termine abbiano di fatto un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, "permanente e durevole".

Come chiarisce la Suprema Corte nel giudizio di rinvio sul lavoro marittimo, il processo interpretativo di compatibilità comunitaria del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE porta ad escludere che la stessa clausola generale dell'art. 1, comma 1 (nel testo vigente prima della riforma del d.l. n. 34/2014), permetta che il contratto a termine ed il contratto a tempo indeterminato risultino due *species* indifferenti dello stesso *genus*, il contratto di lavoro subordinato.

Viceversa, secondo i giudici di legittimità, l'asserita "a-causalità" del contratto a termine, pur nel nuovo quadro normativo introdotto dall'originario d.lgs. n. 368/2001, si porrebbe in contrasto già con il tenore letterale stesso delle parole usate dal legislatore, che, per come ha già evidenziato la Cassazione e lo stesso giudice delle leggi, ha inteso stabilire a carico del datore di lavoro un onere di puntuale specificazione delle ragioni che obiettivamente presiedono alla apposizione del termine, perseguendo la finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto: così C. cost. n. 214/2009 ⁽¹⁵⁾, Cass. n. 12985/2008 ⁽¹⁶⁾ e Cass. n.

⁽¹⁵⁾ Su cui si veda L. MENGHINI, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti superiori*, in *RGL*, 2009, n. 3, II, 475 ss.; V. DE MICHELE, *La sentenza "Houdini" della Corte costituzionale sul contratto a tempo determinato*, in *LG*, 2009, n. 10, 1005-1020; la nota di A.M. PERRINO, in *FI*, 2010, 1, 53 ss.; la nota di A. VALLEBONA, *Il lavoro a termine negli equilibri della Corte costituzionale*, in *MGL*, 2009, n. 8-9, 658; T. VETTOR, *Il lavoro a termine nella sentenza della Corte costituzionale n. 214 del 2009*, in *ADL*, 2009, n. 4-5, 1041 ss.; S. GALLEANO, [Corte costituzionale 214/2009: luci \(qualcuna\) e ombre \(molte\) di una sentenza fatta male](#), in www.studiogalleano.it; A. ANDREONI, V. ANGIOLINI, [Lavoro a termine, processi pendenti e Corte Costituzionale. A proposito della sentenza n. 214/09](#), in www.cgil.it; F. MARINELLI, *La Corte costituzionale si pronuncia sulla norma "antiprecari". Brevi note a margine di una sentenza in equilibrio fra detto e non detto*, in *RIDL*, 2009, n. 4, II, 880 ss.; S. VACIRCA, *La sentenza n. 214 del 2009 sul contratto a termine: i limiti alla discrezionalità legislativa e l'interpretazione costituzionalmente necessaria di norma elastica*, in *RGL*, 2009, I, 637 ss.; P. COPPOLA, *Integrazione tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Bollettino Europeo Lavoro: Ordinamento comunitario e diritti nazionali*, inserto di *DPL*, 2010, n. 20 XI-XXIII.

⁽¹⁶⁾ Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *LG*, 2008, n. 9, 903, con nota di V. DE MICHELE, *L'interpretazione sistematica della Cassazione sul contratto a termine e la reazione caotica*

2279/2010 ⁽¹⁷⁾. E, in realtà, la previsione di specifici presupposti economici ed organizzativi e la necessità di una espressa motivazione in ordine alle ragioni che presiedono all'apposizione del termine resterebbero un mero *flatus vocis* ove il datore di lavoro potesse discrezionalmente determinare le cause di apposizione del termine, a prescindere da una specifica connessione fra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata ad attuare.

Il problema, secondo il giudice di ultima istanza, è, allora, quello della verifica dell'applicabilità della direttiva 1999/70/CE – punto di snodo per l'applicazione e corretta interpretazione del d.lgs. n. 368/2001 – anche al lavoro marittimo. E, infatti, laddove si ritenesse la suddetta applicabilità generale e la non conformità delle disposizioni del codice della navigazione ai principi di cui alla direttiva stessa non potrebbe che derivare, specie quanto alla clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro che l'adempimento all'obbligo di prevedere misure idonee ad evitare abusi attuato dal legislatore nazionale con la normativa attuativa del 2001, si traduca in una applicazione delle disposizioni dell'art. 1, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/2001 anche ai rapporti di lavoro della “gente di mare”.

D'altra parte, l'art. 10 del d.lgs. n. 368/2001, dal titolo *Esclusioni e discipline specifiche*, non esclude i lavoratori marittimi dal campo di applicazione del decreto legislativo attuativo della direttiva 1999/70/CE. Inoltre, l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 (“disciplina aggiuntiva”) espressamente estende la normativa attuativa dell'accordo-quadro alle aziende del settore aereo e aeroportuale, settore anch'esso regolamentato originariamente dal codice della navigazione e poi dalla l. n. 230/1962, senza che la natura speciale ne escludesse l'assoggettamento alla nuova disciplina del lavoro a termine.

Le risposte della Corte di giustizia (sempre lo stesso Collegio a cinque giudici della III Sezione) alle ordinanze di rinvio pregiudiziale della Cassazione saranno, come vedremo, plurime, articolate e apparentemente contraddittorie e

del legislatore. In dottrina, si veda A.M. PERRINO, *Il paradosso del contratto a termine: l'enfasi dei principi e la «Realpolitik» delle regole*, in *FI*, 2008, n. 12, 3576; A. OLIVIERI, *La Cassazione e il rasoio di Ockham applicato al contratto a termine: la spiegazione più semplice tende a essere quella esatta*, in *RIDL*, 2008, II, 891; critico A. VALLEBONA, *Sforzi interpretativi per una distribuzione inefficiente dei posti di lavoro stabile*, in *MGL*, 2008, n. 8-9, 643.

⁽¹⁷⁾ Cass. 1° febbraio 2010, n. 2279 (citata dall'Avvocato generale Jääskinen nelle conclusioni della causa *Sorge* C-98/09), in *FI*, 2010, I, 1169, con nota di A.M. PERRINO; in *LG*, 2010, n. 4, 365 ss., con nota di V. DE MICHELE, *Il contratto a termine tra giurisprudenza, Collegato lavoro e Carta di Nizza*.

incoerenti: dapprima preventivamente con la sentenza *Carratù* ⁽¹⁸⁾ sull'art. 32, comma 5, del d.lgs. n. 368/2001, poi specificamente con la sentenza *Fiamingo*, successivamente con le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar nelle cause pregiudiziali sul precariato scolastico ⁽¹⁹⁾. Risposte che vanno lette nel cono d'ombra delle modifiche alla disciplina del contratto a tempo determinato introdotte dal d.l. n. 34/2014, che nella versione originaria appaiono concertate informalmente con la Corte europea ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Sentenza *Carratù*, cit., commentata, unitamente alla contestuale C. giust. ord. 12 dicembre 2013, *Rocco Papalia c. Comune di Aosta*, causa C-50/13, da V. DE MICHELE, *La sentenza "integrata" Carratù-Papalia della Corte di giustizia sulla tutela effettiva dei lavoratori pubblici precari*, in *LG*, 2014, n. 3, 241-260; V. DE MICHELE, [Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia della Corte del Lussemburgo](#), I quaderni europei – Scienze giuridiche, 2014, n. 60; L. MENGHINI, *Dialogo e contrasti tra le Corti europee e nazionali: le vicende del personale ATA non sono ancora terminate*, in *LG*, 2014, n. 5, 463-465; P. COPPOLA, [I recenti interventi legislativi sul contratto a termine. A forte rischio la tenuta eurounitaria del sistema interno](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 198; R. NUNIN, *Impiego pubblico, violazione delle regole sul contratto a termine e adeguatezza delle sanzioni: spunti recenti dalla Corte di giustizia*, in corso di pubblicazione in *RGL*, 2014; M. LUGHEZZANI, *Il principio di parità di trattamento nella dir. 99/70/CE e le sue ricadute sugli ordinamenti interni*, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 487 ss.; S. GUADAGNO, *Evoluzione dei regimi risarcitori per il lavoro a termine, parità di trattamento e non regresso*, in *ADL*, n. 3, 2014, 682-695. Per un'interpretazione filo-erariale della sentenza *Carratù*, cit., si veda G. GENTILE, *Corte di giustizia e contratto a termine: la legittimità dell'indennità forfettizzata e la natura di ente pubblico delle società partecipate dallo Stato*, in *RIDL*, 2014, n. 2, II, 479 ss.

⁽¹⁹⁾ L'avvocato generale polacco Szpunar ha depositato in data 17 luglio 2014 le conclusioni scritte delle cause pregiudiziali riunite C-22/13, *Mascolo*, C-61/13, *Forni*, C-62/13, *Racca*, C-63/13, *Russo*, e C-418/13, *Napolitano*, sollevate sia dal Tribunale di Napoli (le prime tre) che dal Comune di Napoli (la quarta), sia dalla Corte costituzionale (l'ultima). Le cause riunite sono state discusse in Corte di giustizia all'udienza del 27 marzo 2014, con osservazioni orali (e scritte) presentate anche dalle OO.SS. Cgil, Flc-Cgil e Gilda-Unams, intervenute ai sensi dell'art. 64 del d.lgs. n. 165/2001 nel giudizio principale *Racca* davanti al Tribunale di Napoli.

⁽²⁰⁾ A rappresentare la situazione della necessità del dialogo diretto dello Stato italiano con la Corte europea, dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale del giudice delle leggi sul precariato scolastico e dopo la sentenza *Carratù* vale l'immagine dell'allora Presidente della Corte costituzionale Silvestri e del Presidente della Corte di giustizia Skouris seduti a fianco a Roma in Cassazione la mattina del 24 gennaio 2014 in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario: era la prima volta che succedeva in tale contesto.

3. Il problema italiano degli abusi contrattuali dello Stato e delle imprese pubbliche

Nelle cause pregiudiziali sul lavoro marittimo è emerso che l'impresa pubblica Rete Ferroviaria italiana, come già avvenuto nei confronti di altra impresa pubblica Poste italiane nelle cause *Sorge* ⁽²¹⁾, *Vino*, *Carratù* e *D'Aniello* per fattispecie di unico contratto a termine, oltre che nella causa *Della Rocca* ⁽²²⁾ quale impresa utilizzatrice di un contratto di somministrazione a tempo determinato, ha posto in essere identiche modalità organizzative aziendali fondate sull'abuso di decine di migliaia di contratti a tempo determinato della durata complessiva pari o non superiore a 3 mesi (12 settimane contributive, come per i marittimi di RFI), sempre legati all'indennità di disoccupazione con requisiti ridotti, con personale indifferentemente utilizzato per l'espletamento del servizio pubblico universale postale (portalettere e logistica del recapito) oppure per servizi finanziari, economici, ecc. (addetti alla sportelleria).

Le contestuali ordinanze di rinvio pregiudiziale della stessa Corte costituzionale ⁽²³⁾ e della Cassazione hanno riproposto, ancora un volta, il

⁽²¹⁾ Su cui si veda A. VALLEBONA, *Lavoro a termine: il limite comunitario al regresso delle tutele e i poteri del giudice nazionale*, in *MGL*, 2010, n. 8-9, 633-635; L. ZAPPALÀ, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *RIDL*, 2010, n. 4, II, 1050-1058; A.M. PERRINO, *Ancora sul contratto a termine: un passo avanti e due indietro*, in *FI*, 2010, n. 12, IV, 550-555; V. DE MICHELE, *Sul contratto a termine la Corte di giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, in *LG*, 2010, n. 9, 865-883.

⁽²²⁾ In *LG*, 2013, n. 10, 879 ss., con nota di P. COPPOLA, *Somministrazione e direttiva 2008/104/CE: il (non) adeguamento dell'ordinamento interno*. Per condivisibili rilievi critici alla prima sentenza della Corte europea in materia di somministrazione a tempo determinato e per un'ampia ricostruzione dell'iter formativo della direttiva 2008/104/CE e dei suoi effetti sulle normative nazionali, si veda M.D. FERRARA, [La Direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2013, n. 101.

⁽²³⁾ C. cost. ord. 18 luglio 2013, n. 207, commentata da U. ADAMO, [Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 24 luglio 2013; V. DE MICHELE, [L'ordinanza "Napolitano" di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee](#), in [www.europeanrights.eu](#); in senso conforme L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, in *RGL*, 2013, n. 4, II, 577; B. GUASTAFERRO, [La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull'ordinanza n. 207 del 2013](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 21 ottobre 2013.

problema della compatibilità comunitaria del primo e unico contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive temporanee o a-causale, come le supplenze annuali o fino al termine delle attività didattiche del personale docente e ATA della scuola pubblica (art. 4, commi 1 e 2, l. n. 124/1999) o i contratti di arruolamento marittimo per un numero massimo di 78 giorni all'anno stipulati da Rete ferroviaria italiana in base alle norme del codice della navigazione, senza ragioni oggettive che giustificassero il ricorso a siffatti contratti di lavoro a tempo determinato, dal momento che questi ultimi sarebbero utilizzati non a causa del carattere speciale del lavoro marittimo o dell'esistenza di ragioni obiettive, ma al fine di porre rimedio a carenze strutturali di personale (sentenza *Fiamingo* ed altri, punto 23).

In questi casi, la censura alla idoneità delle norme generali ed astratte a rispettare le condizioni di legittima apposizione del termine contrattuale – secondo le due coordinate nozioni comunitarie di “ragione oggettiva” e di “contratti successivi” enunciate dalla fondamentale sentenza *Adeneler* della Corte di giustizia – proviene dalle Alte Corti nazionali italiane e ha un peso specifico e un valore politico sul piano giudiziario ben maggiore di quello del singolo giudice di merito nazionale, ma anche, giova precisarlo, della stessa Corte di Lussemburgo (si veda *infra*).

Ecco, dunque, in risposta alle ordinanze pregiudiziali della Cassazione sul lavoro marittimo il vero obiettivo del d.l. n. 34/2014, nel testo modificato in sede di conversione più che nel testo originario “concertato”, lo si ribadisce, con il Collegio lussemburghese: nulla di nuovo all'orizzonte, ma un ritorno alle origini del d.lgs. n. 368/2001 e alla sua *intentio legis*, come atto normativo concepito (in violazione di una direttiva che avrebbe dovuto invece recepire) per liberalizzare l'utilizzo dei contratti a tempo determinato e trasformato dalla giurisprudenza della Cassazione (n. 12985/2008 e n. 2279/2010, sentenze citate nelle ordinanze pregiudiziali sul lavoro marittimo), della Corte costituzionale – sentenze n. 44/2008 ⁽²⁴⁾, n. 214/2009, pure citata dalla

⁽²⁴⁾ Su questa sentenza cfr. V. DE MICHELE, *Imprevista decisione della Consulta: i prevedibili effetti negativi sul contratto a termine*, in *LG*, 2008, n. 4, 373; L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Utet, 2009, 1033; A. PICCININI, *Le recenti modifiche al lavoro part-time e a tempo determinato*, in *LG*, 2008, n. 5, 469; G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *ADL*, 2008, n. 3, I, 649; M. QUARANTA, *La disciplina del contratto a termine sotto la “lente comunitaria” della Corte costituzionale*, in *RIDL*, 2008, n. 3, II, 507-515; T. VETTOR, *Principi della delega e rinvio alla direttiva 1999/70/CE nella sentenza n. 44 del 2008 della Corte Costituzionale (e nella successiva giurisprudenza di merito)*, in *ADL*, n. 6, 2008, 1435 ss.

Cassazione nelle ordinanze pregiudiziali, e n. 107/2013 ⁽²⁵⁾ – e della Corte di giustizia (sentenze *Adeneler*, *Del Cerro*, *Angelidaki*, *Sorge* e *Carratù*) in un confuso, troppo rigido, sistema di norme, più volte contraddittoriamente modificate.

4. La diciassettesima modifica del contratto a termine dal d.lgs. n. 368/2001 all'attualità: la risposta destrutturante e contraddittoria del legislatore d'urgenza

Sono diciassette, infatti, le modifiche della disciplina del contratto a tempo determinato rispetto all'originario testo del d.lgs. n. 368/2001, di cui due per intervento della Corte costituzionale con la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme in materia di diritto di precedenza dei lavoratori stagionali (sentenza n. 44/2008) e della norma aggiunta nel 2008 dell'art. 4-*bis* con la sanzione a tempo sui processi in corso inventata per bloccare il contenzioso di Poste italiane (sentenza n. 214/2009).

C'è però una novità "culturale" in questo ennesimo urgentissimo intervento normativo: per la prima volta si tratta di una legislazione prima apparentemente (nel testo originario) poi decisamente (nel testo convertito) antagonista rispetto alla disciplina europea e alla giurisprudenza delle Alte Corti sovranazionali e nazionali sulla materia, piena di evidenti omissioni degli obiettivi "reali" e dei silenzi sui concreti interessi economici protetti.

Vi sono, in ogni caso, le stesse implicazioni "ideologiche" che hanno caratterizzato le precedenti più importanti modifiche del d.lgs. n. 368/2001: quelle del 2007 ⁽²⁶⁾, del 2008 ⁽²⁷⁾, del 2012 ⁽²⁸⁾ e del 2013 ⁽²⁹⁾, oltre alle novità

⁽²⁵⁾ C. cost. 29 maggio 2013, n. 107, in *LG*, 2013, n. 8-9, 816 ss., con nota di V. DE MICHELE, *L'interpretazione comunitaria della Corte costituzionale sulla "nuova" disciplina del contratto a termine*; L. MENGHINI, *Riprende il dialogo tra le Corti superiori: contratto a termine e leggi retroattive*, cit., 577; S. CHELLINI, *Contratto a termine: la Corte costituzionale fa il punto sulla causale sostitutiva*, in *RIDL*, 2013, n. 4, II, 795.

⁽²⁶⁾ L'art. 1, commi 39-43, della l. n. 247/2007 ha disposto le modifiche dell'art. 5, comma 2, e dell'art. 10, commi 4 e 7, lett. *c* e *d*, del decreto legislativo che recepisce la direttiva 1999/70/CE, l'abrogazione dei commi 8, 9 e 10 dell'art. 7; l'introduzione del comma 01 all'art. 1 e dei commi 4-*bis*, 4-*ter*, 4-*quater*, 4-*quinquies* e 4-*sexies* all'art. 5.

⁽²⁷⁾ L'art. 21 del d.l. n. 112/2008 (convertito con modificazioni dalla l. n. 133/2008) ha disposto la modifica dell'art. 1, comma 1, e dell'art. 5, comma 4-*bis*, e ha introdotto l'art. 4-*bis*, dichiarato illegittimo dalla Consulta con la citata sentenza n. 214/2009.

⁽²⁸⁾ Nel 2012 vi sono stati ben quattro interventi normativi. L'art.1, comma 9, della l. n. 92/2012 ha disposto l'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 1 e del comma 2-*bis* all'art. 5, la modifica dell'art. 1, commi 01 e 2, e dell'art. 5, commi 2, 3 e 4-*bis*. L'art. 46-*bis*, comma 1,

in materia di decadenza e di regime sanzionatorio in materia di contratti a tempo determinato (art. 32, l. n. 183/2010) e alle continue modifiche della disciplina dei contratti flessibili alle dipendenze di pubbliche amministrazioni (art. 36, d.lgs. n. 165/2001).

È sufficiente leggere il resoconto della seduta del 6 maggio 2014 presso il Senato della Repubblica, dove è stato votato con la fiducia il testo emendato in sede di conversione del d.l. n. 34/2014 ⁽³⁰⁾, contenente le “rivoluzionarie” (ma potrebbero esserlo solo in apparenza, come vedremo) modifiche “selettive” alla disciplina del contratto a tempo determinato di cui al d.lgs. n. 368/2001. Il relatore Ichino ha garantito la compatibilità comunitaria e costituzionale della nuova disciplina sul lavoro a termine, che allineerebbe l'Italia agli Stati più avanzati (non è precisato se in ambito UE o nell'intero globo) e cancellerebbe quelle norme anacronistiche che hanno bloccato la flessibilità in ingresso delle imprese e la creazione di nuova occupazione, «in attesa della riforma del mercato del lavoro che dovrà contenere anche i servizi all'impiego, il contratto di ricollocazione, la ridefinizione degli ammortizzatori sociali», prevista a sua volta dalle deleghe contenute nel ddl governativo n. 1428 presentato il 3 aprile 2014, in corso di esame in Parlamento.

In realtà, l'attuale disciplina del contratto a tempo determinato risultante dalle modifiche della legge di conversione è anche completamente diverso dal testo “novellando” dell'art. 2097 c.c. di cui ai due ddl n. 1873/2009 e n. 1006/2013, il secondo dei quali presentato da Ichino il giorno prima dell'approvazione in Consiglio dei Ministri del d.l. n. 34/2014.

La nuova disciplina del contratto a tempo determinato che emerge dalla conversione in legge del d.l. n. 34/2014 è, quindi, un mostro normativo senza neanche una vera paternità giuridica, che crea una confusione immensa agli operatori economici, al punto che, soltanto dopo oltre 4 mesi dall'entrata in vigore del decreto-legge, il Ministero del lavoro ha emanato la circ.

lett. a, del d.l. n. 83/2012 (convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012) ha nuovamente modificato l'art. 5, comma 3. L'art. 4, comma 5, del d.l. n. 158/2012 (convertito con modificazioni dalla l. n. 189/2012) ha disposto l'introduzione del comma 4-ter all'art. 10. Infine, l'art. 28, commi 1 e 2, del d.l. n. 179/2012 (convertito con modificazioni dalla l. n. 221/2012) ha disposto la modifica dell'art. 1, comma 1.

⁽²⁹⁾ Nel 2013 si sono succeduti tre interventi normativi. L'art. 7, comma 1, del n. 76/2013 ha disposto l'abrogazione del comma 2-bis dell'art. 4, del comma 2-bis dell'art. 5 e del comma 6 dell'art. 10, la modifica dell'art. 1, comma 1-bis, dell'art. 5, commi 2 e 3, e dell'art. 10, comma 7, e l'introduzione della lett. c-ter all'art. 10, comma 1.

⁽³⁰⁾ Il d.l. n. 34/2014, recante *Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*, è stato convertito con modificazioni dalla n. 78/2014.

interpretativa 30 luglio 2014, n. 18, avente ad oggetto *D.L. n. 34/2014 (conv. da L. n. 78/2014) recante “disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell’occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese” – contratto a tempo determinato, somministrazione di lavoro e contratto di apprendistato.*

5. Categorie di lavoratori o imprese esclusi nel/dal d.lgs. n. 368/2001

Infatti, il d.lgs. n. 368/2001 dall’entrata in vigore all’attualità è stato progressivamente svuotato del suo campo di applicazione, con norme che sono state inserite quasi tutte nel corpo del decreto attuativo della direttiva 1999/70/CE come reazione del legislatore a pronunce ritenute “favorevoli” o “sfavorevoli” nei confronti delle pubbliche amministrazioni, escludendo dalle misure preventive della clausola 5 dell’accordo-quadro comunitario le seguenti categorie di lavoratori o i seguenti settori:

- gli operai agricoli a tempo determinato (art. 10, comma 2, già nel testo originario), pur essendo già privi di qualsiasi strumento di tutela nella riassunzione sia per la soppressione del collocamento agricolo sia per l’abrogazione del diritto di precedenza legale in caso di lavoro stagionale;
- i rapporti instaurati con le aziende che esercitano il commercio di esportazione, importazione ed all’ingrosso di prodotti ortofrutticoli (art. 10, comma 5, già nel testo originario);
- i dirigenti con contratto a tempo determinato fino ad un massimo di 5 anni (art. 10, comma 4, nel testo originario);
- l’assunzione diretta di manodopera per l’esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a 3 giorni nei settori del turismo e dei pubblici esercizi (art. 10, comma 3, nel testo originario);
- gli addetti al recapito e alla logistica di Poste italiane (art. 2, comma 1-*bis*, norma inserita dalla l. finanziaria n. 266/2005 con decorrenza dal 1° gennaio 2006, dopo la sentenza *Mangold* ⁽³¹⁾);

⁽³¹⁾ C. giust. 22 novembre 2005, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, causa C-144/2004, in *LG*, 2006, n. 5, 459, con nota di P. NODARI, *Corte di Giustizia europea, clausole di non regresso e normativa italiana sul termine*; in *FI*, 2006, n. 6, IV, 341, con nota di S. SCIARRA, V. PICCONE, *Principi fondamentali dell’ordinamento comunitario, obbligo di interpretazione conforme, politiche occupazionali*; in *RIDL*, 2006, n. 2, II, 251, con nota di O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*; in *RGL*, 2007, 205, con nota di L. CALAFÀ, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*; in *D&L*, 2006, 387, con nota di A. GUARISO, *Giovani, adulti e*

- i richiami in servizio del personale volontario del Corpo nazionale dei vigili del fuoco (art. 10, comma 1, lett. *c-bis*, aggiunto dalla l. n. 183/2011 a seguito del contenzioso instaurato per l'utilizzo abusivo dei contratti a termine);
- i lavoratori assunti a termine per la durata massima di un anno, in quanto iscritti nelle liste di mobilità ai sensi dell'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991 (art. 10, comma 1, lett. *c-ter*, aggiunto dal d.l. n. 76/2013, ma già nel testo originario);
- il personale docente e ATA supplente delle scuole comunali (art. 10, comma 4-*bis*, aggiunto dal d.l. n. 70/2011 come reazione del legislatore all'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e alla procedura di infrazione n. 2124/2010 della Commissione europea sul precariato scolastico);
- il personale a tempo determinato, compreso quello con qualifica dirigenziale, alle dipendenze del Servizio sanitario nazionale (art. 10, comma 4-*ter*, aggiunto dal d.l. n. 70/2011 come reazione del legislatore all'ordinanza *Affatato* della Corte di giustizia e alla procedura di infrazione n. 2124/2010 della Commissione europea sul precariato scolastico);
- il personale educativo e scolastico a tempo determinato delle scuole pubbliche gestite dagli Enti locali (art. 10, comma 4-*bis*, seconda parte, aggiunto dal d.l. n. 101/2013 come reazione del legislatore all'ordinanza di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli in causa C-63/13 tra l'insegnante Russo e il Comune di Napoli);
- tutto il personale a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art. 36, commi 5-*ter* e 5-*quater*, d.lgs. n. 165/2001, introdotti dal d.l. n. 101/2013 dopo l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul precariato scolastico).

anziani nella corsa al posto di lavoro: la Corte Ce mette ordine nelle «cause di giustificazione» della discriminazione per età; in DL, 2006, n. 1-2, 3, con nota di A. VALLEBONA, Lavoro a termine: vincoli comunitari, giustificazione, conseguenze dell'ingiustificatezza. Cfr. anche G. FRANZA, La disciplina europea del lavoro a termine interpretata dal giudice comunitario, in MGL, 2006, n. 4, 230-234; L. CIARONI, Autonomia privata e principio di non discriminazione, in GI, 2006, n. 10, 1816-1822; L. IMBERTI, Il criterio dell'età tra divieto di discriminazione e politiche del lavoro, in RIDL, 2008, n. 2, II, 301-317; L. CAPPUCIO, Il caso Mangold e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sul principio di non discriminazione, in M. CARTABIA (a cura di), Dieci casi sui diritti in Europa. Uno strumento didattico, Il Mulino, 2011, 111-124; A. D'ALOIA, Il principio di non discriminazione e l'integrazione europea "attraverso" la Corte di giustizia: riflessi del caso Mangold, ivi, 125-139; V. DE MICHELE, Contratto a termine e precariato, cit., 48-70; R. COSIO, I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in RIDL, 2012, I, 311 ss.

Pare evidente che – dopo la sentenza *Carratù* e l’ordinanza *Papalia* ⁽³²⁾ della Corte di giustizia e in attesa delle decisioni sulle pregiudiziali del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale sul precariato scolastico – il legislatore d’urgenza è intervenuto anche per una sorta di giustizia “sociale” o “equità fiscale”, cioè per consentire ai datori di lavoro privati, quanto meno con il ricorso alle agenzie di lavoro e ai contratti di somministrazione a tempo determinato, di poter ancora far utilizzare rapporti subordinati di natura temporanea, senza correre il serissimo rischio di un contenzioso cagionato dagli abusi contrattuali dello Stato e dalle sue politiche di *dumping* sociale ed economico.

6. La causalità dei contratti a termine in Germania sin dal primo rapporto come principale misura preventiva anti-abusiva

Per capire la gravità del fallimento del processo legislativo interno in materia di contratti flessibili, occorre far riferimento al falso modello normativo del diritto tedesco sul lavoro a tempo determinato, evocato spesso nel dibattito parlamentare in sede di conversione del d.l. n. 34/2014 ma totalmente diverso dal nuovo quadro disciplinare del contratto temporaneo in Italia: modello che, invece, è stato in parte ripreso nell’art. 2097 c.c. dei due citati ddl sul Testo Unico dei rapporti individuali del lavoro n. 1873/2009 e n. 1006/2013.

Innanzitutto, va precisato che il legislatore tedesco, nonostante fosse già perfettamente adeguato alla direttiva 1999/70/CE con la citata norma equivalente dell’art. 1 della legge per l’incremento dell’occupazione, che prevedeva due delle tre misure previste dalla clausola 5, n. 1, lett. *b* e *c*, dell’accordo-quadro, ha dato tempestiva attuazione alla normativa europea con la legge sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato “TzBfG” del 21 dicembre 2000, entrata in vigore il 1° gennaio 2001.

L’art. 14 TzBfG, che disciplina i contratti a tempo determinato, ha seguito il modello italiano dell’art. 1, comma 2, della l. n. 230/1962 e, per la prima volta nell’ordinamento tedesco, ha introdotto al n. 1 la misura preventiva di cui alla clausola 5, n. 1, lett. *a*, dell’accordo-quadro delle ragioni obiettive, non prevista nella precedente disciplina interna, ritenendo evidentemente tale misura la più efficace tra quelle preventive, anche alla luce del citato 7° considerando dell’accordo-quadro.

⁽³²⁾ L’ordinanza è commentata da E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*, in *RIDL*, 2014, n. 1, II, 86 ss., nonché da R. NUNIN, *op. cit.*

Le ragioni obiettive che consentono l'apposizione di un termine ad un contratto di lavoro a tempo determinato vengono analiticamente individuate con formule molto generali (sempre art. 14, n. 1), con obbligo di apporre il termine in forma scritta (art. 14, n. 4), ma senza alcun obbligo di specificazione delle ragioni oggettive. Si tratta di ipotesi caratterizzate dalla temporaneità, dalla necessità di acquisizione di competenze per l'inserimento lavorativo (compreso il patto di prova), dalle esigenze sostitutive, dalle caratteristiche produttive, da ragioni inerenti la persona del lavoratore, da esigenze finanziarie di bilancio delle pubbliche amministrazioni oppure con termine stabilito a seguito di una transazione giudiziale. È una flessibilità ragionevole, che si è dimostrata più efficace ad incentivare nuova occupazione rispetto alla legislazione precedente, caratterizzata da mere ipotesi a-causali.

Le altre due misure preventive di cui alla clausola 5, n. 1 (lett. *b* e *c*), già previste nella precedente disciplina nazionale, vengono conservate in via sussidiaria ed eccezionale, applicandole ai contratti a termine stipulati in assenza di una ragione obiettiva, introducendo la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare alla durata massima complessiva di 2 anni o al numero massimo di rinnovi, ai sensi dell'art. 14, n. 2, TzBfG, che è stato il modello di riferimento per il primo e unico contratto a-causale previsto dall'art. 1, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 (disposizione ora abrogata dal d.l. n. 34/2014), perché potevano essere stipulati contratti a-causali della durata massima complessiva di 2 anni, con un numero massimo di 3 rinnovi "consecutivi" all'interno dello stesso periodo di durata temporale, e quindi dell'unico contratto. Infatti, sia nella norma tedesca sia nella omologa norma italiana il contratto privo di ragioni oggettive non poteva essere stipulato in presenza di precedente rapporto di lavoro a tempo determinato o a tempo indeterminato con lo stesso datore di lavoro.

In buona sostanza, recependo l'accordo-quadro comunitario il legislatore tedesco ha modificato il sistema di tutele anti-abusive in materia di contratti a tempo determinato senza differenziazione tra rapporti alle dipendenze di datori di lavoro privati o pubbliche amministrazioni, impostandolo su quelle ragioni oggettive a temporaneità "tipizzata" sin dal primo ed eventualmente unico rapporto, che possono anche essere concatenati e senza soluzione di continuità temporale purché tutti giustificati da ragioni oggettive, disciplinando la "successione" dei contratti soltanto per i rapporti a termine "a-causali", affidati nella loro specificazione alla contrattazione collettiva (art. 14, n. 2, TzBfG).

Pertanto, solo nel caso della a-causalità espressamente dichiarata e "scritta" nella norma (e non quella dichiarata soltanto "verbalmente" negli atti parlamentari, come nell'attuale testo dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n.

368/2001), in Germania trovano applicazione le due misure preventive (già) previste dall'ordinamento interno di cui alla clausola 5, n. 1, lett. *b* e *c*, dell'accordo-quadro comunitario.

Si è trattato di una scelta vincente, evidentemente, sul piano macroeconomico, di un vero modello di flessibilità ragionevole, molto vicino a quello introdotto dal legislatore italiano con la riforma Fornero (corretta dal Governo Letta con il d.l. n. 76/2013) e vigente prima del 21 marzo 2014, compreso il contratto a-causale di durata annuale (che è comunque simile anche alle ragioni oggettive di inserimento per "prova" del diritto tedesco, oltre che alla previsione dell'art. 14, n. 2, TzBfG), completamente all'opposto rispetto all'attuale sistema regolativo risultante dal d.l. n. 34/2014 e della legge di conversione.

7. La successione dei contratti a termine in Irlanda e le ragioni oggettive per i rinnovi contrattuali dopo il primo rapporto

Dopo l'inizio della citata procedura di infrazione per mancato tempestivo recepimento della direttiva 1999/70/CE, la sentenza *Impact* ⁽³³⁾ ci fornisce utili elementi per ricostruire come l'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato è stato recepito nell'ordinamento irlandese dalla l. n. 29/2003, il *Protection of Employees (Fixed-Term Work) Act 2003*, sulla tutela dei lavoratori impiegati a tempo determinato, entrata in vigore il 14 luglio 2003.

Mutuando in gran parte l'impostazione originaria dell'art. 1, comma 1, e dell'art. 4, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/2001, il legislatore irlandese del 2003 ha trasposto la clausola 5 dell'accordo-quadro, adottando, in pratica, come in Germania e in Grecia, tutte e tre le misure preventive con il combinato disposto degli artt. 8 e 9.

Per l'ordinamento irlandese il primo contratto non ha bisogno della specificazione delle ragioni oggettive, mentre i rinnovi contrattuali sì e come misura preventiva dei contratti successivi il datore di lavoro deve specificare la ragione oggettiva che ne ha determinato la conclusione e il motivo per cui non ha fatto ricorso ad una assunzione a tempo indeterminato, con la sanzione, in caso di fraudolento utilizzo, ad indennizzo ad un massimo di due retribuzioni annuali (art. 14, n. 2, della stessa legge), che corrisponde all'importo massimo che può liquidare lo stesso Ufficio "giudicante" in caso di licenziamenti illegittimi. Inoltre, in caso di contratti o rapporti di lavoro successivi senza soluzione di continuità di durata superiore a 36 mesi (o di 48 mesi in caso di

⁽³³⁾ C. giust. 15 aprile 2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food et al.*, causa C-268/06.

proroga annuale) con lo stesso datore di lavoro o con un gruppo di imprese, scatta la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato.

Effettivamente, il legislatore del d.l. n. 34/2014 ha tentato di mutuare la disciplina irlandese in materia di contratto a tempo determinato, ma, nella fretta non tanto dell'urgenza del decreto governativo quanto piuttosto della non attenta riflessione parlamentare, ha copiato malissimo (si veda *infra*).

8. Il “caso-caos” della sentenza “italiana” *Mangold*: la tentata declaratoria di incompetenza della Corte di giustizia sulle misure preventive dell'accordo-quadro

Il modello tedesco di flessibilità in entrata, seppure faticosamente, ha passato il vaglio di compatibilità con la direttiva 1999/70/CE, grazie all'interazione tra la giurisprudenza italiana e quella tedesca delle rispettive Corti costituzionali e di Cassazione, con particolare riferimento alla Cassazione italiana, che ha corretto i clamorosi e, per molti aspetti ancora inspiegabili, errori commessi nella criticatissima (in Europa, tranne che in Italia) sentenza “italiana” *Mangold* dalla Corte di giustizia.

Sono state proprio la Cassazione e la Corte costituzionale nazionali a sostituirsi o a supportare la Corte di giustizia nel costruire la fase ascendente della ricostruzione sistematica della disciplina comunitaria sul lavoro a tempo determinato, destrutturata dalla sentenza *Mangold*.

La Suprema Corte di legittimità con la citata sentenza n.12985/2008 ⁽³⁴⁾ ha accolto l'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito, ponendo l'onere giudiziale della prova della sussistenza delle ragioni temporanee a carico del datore di lavoro (come era nella precedente disciplina dell'art. 3 della l. n. 230/1962) come estensione dell'obbligo formale di specificazione delle ragioni oggettive già nel contratto (anche il primo) di assunzione (obbligo di motivazione che, invece, non era previsto nella previgente

⁽³⁴⁾ La Cassazione è intervenuta per la prima volta su fattispecie di un unico contratto a tempo determinato per generiche ragioni sostitutive stipulato da Poste italiane ai sensi dell'art.1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, confermando la invalidità dell'apposizione del termine per la mancata specificazione rigorosa delle ragioni oggettive. Dopo C. cost. n. 214/2009, cit., la Suprema Corte con le sentenze “gemelle” n. 1576/2010 e n. 1577/2010 trasformerà i 70 mila contratti a termine per generiche “illecite” ragioni sostitutive di PI in altrettanti rapporti di lavoro a tempo determinato per legittime ragioni “organizzative”, discriminando creativamente la grande impresa pubblica “favorita” rispetto alle piccole e medie imprese private, assoggettate alla disciplina generale e all'obbligo di specificare almeno il nominativo del lavoratore sostituito.

disciplina se non per le ragioni sostitutive, come verrà sottolineato opportunamente dalla Corte di giustizia nella sentenza *Sorge*).

L'orientamento della Cassazione è stato duramente attaccato dal legislatore del d.l. n. 112/2008, ma sarà confermato sia dalla Corte costituzionale dapprima nella sentenza n. 214/2009 e soprattutto nella sentenza n. 107/2013, che richiama e applica la sentenza *Sorge* della Corte di giustizia sul primo e unico contratto a tempo determinato per ragioni sostitutive, sia dalla stessa Corte di legittimità nelle sentenze n. 2279/2010, n. 10033/2010 ⁽³⁵⁾ e n. 7244/2014 (inedita).

Ma perché è sbagliata la sentenza *Mangold* (e sono sbagliate le conclusioni dell'avvocato generale italiano che le ha ispirate) nella parte in cui sostiene che la clausola 5, n. 1, lett. a, dell'accordo-quadro non si applica ai lavoratori con un primo e unico contratto a tempo determinato, conclusioni confermate, tra l'altro, formalmente dalla sentenza *Angelidaki*, salvo poi le precisazioni sulla nozione di "norma equivalente", in base alla quale anche il primo e unico contratto a tempo determinato rientra nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE?

La risposta appare sufficientemente scontata.

Con la declaratoria di irricevibilità della questione interpretativa sul primo e unico contratto a tempo determinato a-causale in relazione alla clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro, la Corte di giustizia si era dichiarata incompetente in tutti quei casi in cui il possibile utilizzo abusivo dei contratti a tempo determinato riguardasse l'illiceità o l'irregolarità ⁽³⁶⁾ di un solo contratto a tempo determinato privo di ragioni oggettive temporanee, cioè si era dichiarata incompetente sempre rispetto ai casi nazionali, tutte le volte in cui una clausola generale e astratta (come quella prevista attualmente dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001) e un intervallo minimo troppo ridotto tra un contratto a termine e quello cronologicamente seguente con lo stesso datore di lavoro (come i 10 o 20 giorni previsti dall'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 368/2001 nel testo originario e nel testo attuale) consentissero l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato, senza nessuna sanzione interna ad incidere sul carattere fraudolento della "prassi" gestionale legittimata dalle norme.

⁽³⁵⁾ Cass., sez. lav., 27 aprile 2010, n. 10033, in *FI*, 2010, I, 1755, con nota di A.M. PERRINO, e in *LG*, 2010, n. 11, 1096, con nota di S. GALLEANO, *Il faticoso definitivo approdo della Cassazione sulla causale del contratto a termine e l'opzione comunitaria*.

⁽³⁶⁾ La tipologia dei vizi del contratto a tempo determinato sotto il profilo dell'abusivo utilizzo formale o sostanziale è quella utilizzata nella sentenza *Carratù*, cit., in riferimento all'art. 1, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/2001 e ad un unico contratto per ragioni sostitutive.

Questa opzione interpretativa, con cui la Corte di giustizia si era autoesclusa dal ruolo di interprete autentico della direttiva 1999/70/CE in aperto contrasto con il parere espresso dalla CES (firmataria dell'accordo-quadro comunitario), nasceva, come già anticipato, soprattutto da un contesto interpretativo italiano e dalla necessità per la Corte europea di sottrarsi al vaglio di compatibilità comunitaria rispetto alle scelte discrezionali dell'Italia in materia di misure preventive e sanzionatorie di cui alla clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro comunitario anche in materia di pubblico impiego (la causa *Marrosu-Sardino*, la prima pregiudiziale comunitaria sulla direttiva 1999/70/CE verrà trattata e decisa dalla Grande Sezione dopo le cause *Mangold* e *Adeneler*, la prima un caso inventato, la seconda meno importante e strutturale di quella italiana, anche perché già risolta dalla giurisprudenza greca in senso favorevole ai lavoratori precari pubblici).

9. La sentenza *Adeneler* sulla nozione di contratti successivi a-causali

Del resto, la sentenza *Mangold* è stata immediatamente rivista nelle conclusioni dalla sentenza *Adeneler*, con le due ricordate nozioni di “ragioni oggettive” e di “contratti successivi” applicate in combinato disposto, con una evidente forzatura interpretativa da parte della Corte di Lussemburgo, che si può agevolmente ricavare dalla descrizione della fattispecie della causa pregiudiziale.

I ricorrenti nella causa principale esercitavano le professioni di addetti al prelievo di campioni, di segretari, di tecnici e di veterinari, avendo stipulato a partire dal maggio 2001 con l'ELOG, persona giuridica di diritto privato appartenente al settore pubblico con sede a Salonicco, diversi contratti di lavoro a tempo determinato che la Corte di giustizia qualifica come “successivi”, gli ultimi dei quali erano scaduti tra il giugno e il settembre 2003 senza essere rinnovati. Ciascuno di tali contratti, sia il contratto iniziale sia ogni contratto “successivo” (sempre così qualificato dalla Corte europea), era stato stipulato per una durata di 8 mesi e tra i diversi contratti intercorrevano periodi di durata variabile tra un minimo di 22 giorni e un massimo di 10 mesi e 26 giorni. I ricorrenti nella causa principale venivano ogni volta riassunti per occupare lo stesso posto di lavoro per il quale era stato stipulato il contratto originario (sentenza *Adeneler*, punto 24).

La qualificazione di contratti successivi della fattispecie contrattuale deliberata dalla Corte di giustizia stravolge quella richiesta dalla clausola 5, n. 2, lett. *b*,

dell'accordo-quadro, affidata apparentemente alla totale discrezionalità degli Stati membri.

Infatti, la Repubblica greca, nel primo recepimento della direttiva 1999/70/CE con d. presidenziale n. 81/2003, entrato in vigore il 3 aprile 2003, aveva disposto nella originaria versione dell'art. 5, n. 1, che il rinnovo illimitato dei contratti di lavoro a tempo determinato era consentito se giustificato da una ragione obiettiva, che sussisteva in particolare qualora la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare (lett. *a*) e si presumeva, salvo prova contraria da parte del lavoratore, nei settori di attività che vi si prestano in ragione della loro natura o del lavoro in essi svolto (lett. *b*).

Inoltre, l'art. 5, n. 3, del d.P.R. n. 81/2003 nell'originaria formulazione riproponeva formulazione quasi identica all'art. 14, n. 2, TzBfG, con la sostanziale differenza, rispetto alla Germania, che i contratti a-causali della durata massima di 2 anni, con non più di tre rinnovi, potevano essere non concatenati ma rinnovati illimitatamente senza ragioni oggettive, ove si rispettasse l'intervallo minimo di 20 giorni tra un contratto e l'altro che impediva che fossero considerati "successivi" i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con condizioni di lavoro identiche o simili tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore (art. 5, n. 4, d.P.R. n. 81/2003).

La Grecia con le predette norme sembrava aver dato "formalmente" corretto adempimento all'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato, a) in parte riproducendo con diversa formulazione la clausola generalissima delle ragioni ("obiettive" nella norma greca, senza qualificazione invece nella norma italiana) dell'originario testo dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, e anche la possibilità della specificazione "indiretta" delle ragioni come nella previsione del comma 2 della citata norma patria; b) in parte disciplinando contratti a-causali secondo il modello tedesco, da cui il legislatore ellenico si discosta attraverso la previsione della successione dei contratti, che ne rende l'uso pressoché illimitato.

Tuttavia, almeno formalmente, le originarie norme elleniche di tutela contro gli abusi, in attuazione della direttiva 1999/70/CE, apparivano molto più garantiste per i lavoratori precari rispetto all'originario testo del d.lgs. n. 368/2001, in cui:

- a) le misure sanzionatorie erano riservate al solo art. 5, che è ancora titolato oggi *Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti*;
- b) la misura preventiva delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo e unico contratto a tempo determinato era ancora nascosta nelle pieghe dell'interpretazione giurisprudenziale, dal momento che la sanzione

- prevista dall'art. 1, comma 2 (nel testo originario), della riqualificazione a tempo indeterminato del rapporto a termine poteva essere applicata, in base alla lettera della disposizione, soltanto per mancanza del requisito formale delle "ragioni" sostitutive, tecniche, organizzative e produttive del comma 1 dello stesso articolo, di cui non era indicata neanche la natura (se oggettiva o anche soggettiva delle ragioni);
- c) mancava una disposizione (l'abrogato art. 1, comma 1, della l. n. 230/1962) che precisasse la eccezionalità del ricorso al contratto a termine rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato;
 - d) le ragioni potevano essere specificate anche indirettamente (Cass. n. 2279/2010 su fattispecie di contratti postali preciserà che l'unica modalità di corretta specificazione "indiretta" delle ragioni oggettive è il richiamo alla contrattazione collettiva: ma si tratta di una creazione della giurisprudenziale di legittimità per colmare il vuoto normativo e la mancanza di tutele preventive).

Se avesse seguito l'orientamento interpretativo della sentenza *Mangold*, la Grande Sezione della sentenza *Adeneler* avrebbe dovuto dichiararsi incompetente, trattandosi di fattispecie di tanti singoli contratti "unici" e non di contratti successivi, perché tra un contratto a tempo determinato e l'altro con lo stesso datore di lavoro era stato rispettato l'intervallo temporale minimo previsto dalla norma interna, qualche volta anche abbondantemente (10 mesi e 26 giorni), come nella identica fattispecie dei lavoratori marittimi italiani nelle cause riunite *Fiamingo* ed altri (7-8 mesi).

Invece, le risposte ai quesiti pregiudiziali della sentenza *Adeneler* sono di riappropriazione della competenza interpretativa da parte della Corte di giustizia anche sul primo e unico contratto a tempo determinato, attraverso la dilatazione della nozione di contratti successivi, in presenza di norma generale ed astratta che non consente di individuare le ragioni oggettive temporanee che giustificano l'apposizione del termine al contratto di lavoro, rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato.

Sostiene la Corte europea, andando sicuramente *ultra vires*, che il rinvio alle autorità nazionali per la definizione delle modalità concrete di applicazione dei termini "successivi" e "a tempo indeterminato", ai sensi della clausola 5, n. 2, dell'accordo-quadro si spiega con la volontà di salvaguardare la diversità delle normative nazionali in materia, ma la discrezionalità così lasciata agli Stati membri non è illimitata, poiché non può in alcun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l'effettività dell'accordo-quadro. In particolare, tale discrezionalità non deve essere esercitata dalle autorità nazionali in modo tale da condurre ad

una situazione che possa generare abusi e pertanto ostacolare il detto obiettivo (sentenza *Adeneler*, punto 82).

La nozione comunitaria di contratti successivi, in deroga alla previsione normativa interna, diventa nozione chiave persino per la definizione del campo di applicazione delle disposizioni nazionali volte ad attuare l'accordo-quadro (sentenza *Adeneler*, punto 83), perché al datore di lavoro sarebbe sufficiente, al termine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, lasciare trascorrere un periodo di soli 21 giorni lavorativi prima di stipulare un altro contratto della stessa natura per escludere automaticamente la trasformazione dei contratti successivi in un rapporto di lavoro più stabile, e ciò indipendentemente sia dal numero di anni durante i quali il lavoratore interessato è stato occupato con lo stesso impiego, sia dalla circostanza che i detti contratti soddisfino fabbisogni non limitati nel tempo, ma al contrario «permanenti e durevoli», rimettendo in discussione la tutela dei lavoratori contro l'utilizzazione abusiva dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, che costituisce la finalità della clausola 5 dell'accordo-quadro (sentenza *Adeneler*, punto 88).

Va anche precisato che la Grecia, come la gran parte degli altri Stati membri (Germania compresa), ha reagito immediatamente sul piano legislativo alle sollecitazioni di corretto adeguamento alla direttiva 1999/70/CE che provenivano dal dialogo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia, al punto che, subito dopo il deposito dell'ordinanza pregiudiziale della causa *Adeneler*, l'art. 5 del d.P.R. b. 81/2003 è stato modificato dal d.P.R. n. 180/2004 con la specificazione delle ragioni oggettive prima indeterminate o affidate a clausola generale ed astratta (n. 1), l'eliminazione di ogni riferimento ai contratti a-causali o privi di ragioni oggettive nel prevedere le altre due misure della durata massima complessiva e del numero massimo di rinnovi (n. 3), l'aumento dell'intervallo minimo a 55 giorni tra un contratto a tempo determinato e l'altro ai fini della individuazione dei contratti successivi (n. 4).

Anche per quanto riguarda i rapporti di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego, seppure in ritardo e sempre a seguito dell'ordinanza del Tribunale ellenico di rinvio pregiudiziale *Adeneler*, il d.P.R. n. 164/2004 con l'art. 5 ha introdotto una specifica disciplina dei contratti successivi, che devono essere comunque fondati su ragioni oggettive temporanee, prevedendo altresì all'art. 6 la misura preventiva della durata massima dei contratti e rapporti successivi e all'art. 11 una disciplina transitoria che regolava (e regola) l'applicazione delle nuove disposizioni anche ai contratti a termine stipulati prima dell'entrata in vigore del decreto presidenziale.

In buona sostanza, il legislatore ellenico aveva già correttamente recepito nel 2004 quelle che saranno poi, a distanza di quasi 2 anni, le indicazioni della Grande Sezione presieduta dal greco Skouris nella sentenza *Adeneler*.

10. La sentenza *Adeneler* sulla definizione della temporaneità ontologica di ragioni oggettive per ogni rapporto a termine

L'intervento correttivo della Corte di giustizia fondato sulla definizione della nozione di contratti successivi va applicato soltanto per i rapporti a tempo determinato a-causali o privi di ragioni oggettive o giustificati da una clausola generale ed astratta che non consente di individuare le esigenze temporanee ed eccezionali (come l'attuale art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, ove non si consideri il comma 01 dello stesso articolo) che distinguono ontologicamente il contratto a termine dai rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Infatti, come afferma con chiarezza la sentenza *Adeneler*, è vero che, in base all'accordo-quadro comunitario, il ricorso a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non richiede necessariamente la sussistenza di una ragione obiettiva, ma è anche vero che l'accordo-quadro parte dal presupposto che il lavoro a tempo determinato ha carattere eccezionale⁽³⁷⁾ e che l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi⁽³⁸⁾.

Infatti, nella sentenza *Küçük*⁽³⁹⁾, i 13 contratti a termine concatenati della durata complessiva di 11 anni erano tutti giustificati da ragioni oggettive sostitutive e, quindi, in astratto la fattispecie potrebbe non presentare profili di incompatibilità con la clausola 5 dell'accordo-quadro, perché è coerente la nozione interna di contratti successivi che esclude la successione contrattuale e ammette la possibilità di legittima e non fraudolenta consecuzione dei rapporti temporanei quando essi siano tutti giustificati da una ragione oggettiva temporanea quale è l'art. 14, n. 1, punto 3, TzBfG, per la sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

⁽³⁷⁾ Cfr. n. 6 e n. 7 delle Considerazioni generali dell'accordo-quadro, nonché secondo comma del relativo Preambolo; sentenza *Adeneler*, cit., punto 62.

⁽³⁸⁾ Cfr. n. 7 delle Considerazioni generali dell'accordo-quadro.

⁽³⁹⁾ C. giust. 26 gennaio 2012, *Bianca Küçük c. Land Nordrhein-Westfalen*, causa C-586/10, su cui si vedano le condivisibili riflessioni di L. MENGHINI, *La successione dei contratti a termine con la P.A. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *RGL*, 2012, n. 4, 699 ss.

Viceversa, nel caso *Jansen* ⁽⁴⁰⁾ l'avvocato generale ha ritenuto inidonea come ragione oggettiva temporanea su una fattispecie di un unico contratto a termine con causale finanziaria inidonea, applicando dunque la nozione comunitaria di contratti successivi che non consente la concatenazione di rapporti a tempo determinato quando almeno uno di essi sia giustificato soltanto da clausola generale ed astratta.

Peraltro, in coerenza con la sentenza *Adeneler*, con la decisione *Deutsche Lufthansa* ⁽⁴¹⁾ la Corte di giustizia ha ribadito innanzitutto che «il ricorso ai contratti a tempo determinato riveste [...] carattere eccezionale rispetto ai contratti a tempo indeterminato» (punto 30), ed ha risolto in modo molto diverso sul piano interpretativo ai punti 40-44, rispetto alla sentenza *Mangold*, la questione di compatibilità della clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro sul contratto a tempo determinato con la stessa norma interna della legislazione tedesca (l'art. 14, n. 3, TzBfG), di cui si è occupata nella causa *Mangold*, cioè la disposizione che favoriva il reinserimento a-causale dei lavoratori "anziani". D'altra parte, nella sentenza *Angelidaki* viene chiarito che anche il primo ed unico contratto a termine entra nel campo di applicazione dell'accordo-quadro, trattandosi di norma equivalente per prevenire gli abusi nell'utilizzo dei contratti a termine. La Corte di giustizia nella sentenza *Angelidaki*, richiamando la precedente sentenza *Del Cerro*, ha evidenziato che anche la clausola 4 dell'accordo-quadro comunitario di uguaglianza e non discriminazione si applica al primo (eventualmente unico) contratto.

Anche nella sentenza *Sorge* la questione pregiudiziale sull'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 per ragioni sostitutive è stata risolta alla luce della sentenza *Angelidaki* e di Cass. n. 12985/2008: il primo ed eventualmente unico contratto a termine entra così *pleno iure* nel campo di applicazione della direttiva 1999/70/CE.

La giurisprudenza comunitaria non è cambiata (come sarà confermato dalla sentenza *Carratù*), dopo le due ordinanze *Vino*, sul punto dell'applicazione anche al primo o unico contratto a tempo determinato dei principi e delle regole "minime" di tutela contenuti nella direttiva 1999/70/CE.

⁽⁴⁰⁾ Si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Jääskinen di C. giust. ord. 25 ottobre 2011, *Land Nordrhein-Westfalen c. Sylvia Jansen*, causa C-313/10, depositate il 15 settembre 2011.

⁽⁴¹⁾ C. giust. 10 marzo 2011, *Deutsche Lufthansa AG c. Gertraud Kumpan*, causa C-109/09, commentata da A. TORRICE, [Ancora sui contratti a termine: il caso Lufthansa](#), in www.europeanrights.eu, nonché da R. DIAMANTI, *Reiterazione di contratti a termine in ragione dell'età e diritto comunitario. Interpretazione conforme e disapplicazione*, in *RIDL*, 2012, n. 2, II, 540 ss.

Soltanto per l'Italia vi è ancora il dibattito o, meglio, il “tormentone” sul primo e unico contratto a tempo determinato inteso ostacolo allo sviluppo della flessibilità in entrata, come dimostrano in qualche modo i due ddl n. 1873/2009 e n. 1006/2013, che comunque presuppongono anche la possibilità di contratti causali e giustificati specificamente da ragioni oggettive, prevedendo altresì in caso di cessazione del contratto a-causale il diritto all'indennità di mancato preavviso come nel caso di legittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Sotto questo profilo, la correttezza “comunitaria” della proposta normativa *de iure condendo* di Ichino appare confermata dalla recente sentenza *Malgorzata Nierodzik* ⁽⁴²⁾ della Corte di giustizia che, richiamando la sentenza *Carratù*, equipara il periodo di preavviso tra rapporto a termine e contratto a tempo indeterminato in caso di legittima cessazione del sinallagma per giustificato motivo oggettivo, in applicazione diretta e orizzontale della clausola 4, n. 1, dell'accordo-quadro sul lavoro a tempo determinato.

11. La sentenza *Márquez Samohano* della Corte di giustizia e la nozione “ontologica” delle ragioni oggettive temporanee del contratto a termine

Va annotato, inoltre, che, il 13 marzo 2014, la Corte di giustizia con la sentenza *Márquez Samohano* ⁽⁴³⁾ (contestuale alla sentenza *Malgorzata Nierodzik*) è tornata a ribadire la natura “ontologica” delle ragioni oggettive temporanee quale condizione fattuale legittimante il ricorso al contratto a tempo determinato (punti 43-44), quando, come nella fattispecie del processo principale di un docente associato assunto a tempo parziale e a termine con vari contratti consecutivi da un'Università spagnola, l'ordinamento interno non ha previsto alcuna misura idonea a prevenire gli abusi nella successione contrattuale.

Al punto 48 la Corte europea chiarisce in modo esaustivo l'esistenza di un ragioni oggettive temporanee che, sul piano teorico, potrebbero legittimare la specifica assunzione a termine del docente associato, quale specialista e libero professionista.

⁽⁴²⁾ C. giust. 13 marzo 2014, *Malgorzata Nierodzik c. Samodzielny Publiczny Psychiatryczny Zakład Opieki Zdrowotnej im. dr Stanisława Deresza w Choroszczy*, causa C-38/13.

⁽⁴³⁾ C. giust. 13 marzo 2014, *Antonio Márquez Samohano c. Universitat Pompeu Fabra*, causa C-190/13.

Tuttavia, subito dopo ai punti 54-56 la Corte di giustizia precisa che, al di fuori della specifica situazione di temporaneità nell'utilizzo del docente libero professionista, non vi sono margini per un legittimo ricorso a contratti a tempo determinato successivi per sopperire a fabbisogno permanente di personale, anticipando la risposta dell'avvocato generale Szpunar (si veda *infra*) ai quesiti proposti dal Tribunale di Napoli e dalla Corte costituzionale con le ordinanze pregiudiziali sul precariato scolastico sull'esistenza o meno delle ragioni oggettive che, in base alla clausola 5 dell'accordo-quadro comunitario, potrebbero giustificare l'attuale sistema di reclutamento scolastico a tempo determinato dei docenti e del personale ATA supplenti.

Una settimana dopo il deposito della sentenza *Márquez Samohano*, il legislatore italiano d'urgenza, «vista la direttiva 1999/70/CE» e vista (e ignorata almeno in sede di conversione, così come la direttiva) anche la più recente decisione della Corte di giustizia *in subiecta materia*, decide di togliere con pochi tratti di penna informatica le ragioni oggettive idonee a giustificare la differenziazione tra contratti a tempo indeterminato e contratti a tempo definito, rispolverando implicitamente la tesi *Mangold-Vino* dell'unico contratto a tempo determinato (di durata massima triennale, comprese le proroghe) escluso dal campo di applicazione delle clausole 4 e 5 dell'accordo-quadro comunitario.

12. La nozione “all'italiana” di norme interne di attuazione della direttiva 1999/70/CE

La declaratoria di incompetenza sul principio di parità di trattamento e sulle misure preventive nella 1^a ordinanza *Vino* dell'11 novembre 2010 era apparsa, già allora, un errore interpretativo non accettabile. Tale errore è stato evidenziato pochi giorni dopo dalla sentenza *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres* ⁽⁴⁴⁾ del 22 dicembre 2010, in cui la Corte di giustizia (stesso giudice relatore delle due ordinanze *Vino*) ha affrontato e risolto in senso opposto all'ordinanza *Vino*, affermando che la mera circostanza che una disposizione nazionale non contenga alcun riferimento alla direttiva 1999/70/CE non esclude che tale disposizione possa essere considerata una misura di recepimento della suddetta direttiva. La Corte europea lo ha scritto per una norma spagnola (dichiarata legittima dal Tribunale costituzionale, ma

⁽⁴⁴⁾ C. giust. 22 dicembre 2010, *Rosa María Gavieiro Gavieiro e Ana María Iglesias Torres c. Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia*, cause riunite C-444/09 e C-456/09.

dichiarata in contrasto con la direttiva comunitaria) non inserita nella disciplina nazionale attuativa dell'accordo-quadro comunitario, mentre ha deciso in senso opposto per l'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, la seconda modifica del decreto legislativo che recepisce la direttiva 1999/70/CE, che la Corte costituzionale nella sentenza n. 214/2009 valutò come "Testo Unico" per salvarne la compatibilità comunitaria.

Non vi sono dubbi che, anche questa volta, vi sarà qualche interprete che sosterrà la tesi che le modifiche introdotte dal decreto-legge Poletti nel d.lgs. n. 368/2001 sfuggono da ogni valutazione di compatibilità con la direttiva 1999/70/CE, perché non emanate «in attuazione della direttiva».

Va ricordato che la clausola generale delle ragioni (oggettive) dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 è rimasta invariata fino al giugno 2008 quando, per reazione a Cass. n. 12985/2008, l'art. 21 del d.l. n. 112/2008 aggiungerà al comma il riferimento, già presente nell'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003, «all'ordinaria attività del datore di lavoro» quale ulteriore temperamento di una già generica temporaneità.

Sulla definizione dei contratti successivi, il legislatore nostrano solo nel 2012, con la riforma Fornero ⁽⁴⁵⁾, modificherà l'intervallo temporale dell'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 368/2001 elevando rispettivamente a 60 e a 90 giorni i limiti minimi prima previsti in 10 e 20 giorni a seconda della durata del contratto a tempo determinato precedente, se fino a 6 mesi o superiore a 6 mesi. Questa modifica non era necessaria né opportuna, poiché la vigenza di ragioni oggettive effettivamente temporanee con rigoroso obbligo di specificazione (nell'interpretazione consolidata della Cassazione) – a parte la possibilità dell'unico contratto a-causale del lavoratore "vergine" di cui all'art. 1, comma 1-*bis* – non imponeva l'allungamento dell'intervallo temporale minimo in funzione anti-fraudolenta.

Ovviamente, dopo aver compreso che la corretta interpretazione e applicazione dei principi enunciati nelle sentenze *Adeneler* e *Küçük* poteva consentire il ritorno al passato, l'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 368/2001 è stato nuovamente modificato con il d.l. n. 76/2013 ⁽⁴⁶⁾, ripristinando in regime generale l'originario intervallo temporale minimo di 10 e 20 giorni, salvo le eccezioni (conformi alla normativa europea) della possibile concatenazione

⁽⁴⁵⁾ Art. 1, comma 9, l. n. 92/2012, così come modificato dall'art. 46-*bis* del d.l. n. 83/2012, così come modificato dall'all. alla l. di conversione n. 134/2012 con decorrenza dal 12 agosto 2012.

⁽⁴⁶⁾ Art. 7, comma 1, d.l. n. 76/2013, con decorrenza dal 28 giugno 2013 così come modificato dall'all. alla l. di conversione n. 99/2013 con decorrenza dal 23 agosto 2013.

contrattuale sia per i lavoratori stagionali che in base alle deroghe della contrattazione collettiva.

Tutto giusto, si può mal interpretare la sentenza *Adeneler* sui contratti successivi nel 2012 e tornare indietro sui propri passi nel 2013: ma come si fa, poi, a conciliare quell'intervallo minimo con l'introduzione nel 2014 di soli contratti a-causali e l'eliminazione (*apertis verbis*, ma soltanto a parole e non iscritto, come vedremo) delle ragioni oggettive?

Conclusivamente, si può affermare che, tutte le volte in cui vi è stato un grave problema o contrasto interpretativo nella giurisprudenza comunitaria sull'accordo-quadro "italo-tedesco" relativo al lavoro a tempo determinato, tale situazione è prevalentemente dipesa da questioni interpretative interne "italiane" per risolvere (o non risolvere) situazioni strutturali di criticità dell'ordinamento nazionale, perché la Corte di giustizia conosce perfettamente la normativa interna, anche quando sbaglia in modo vistoso e intenzionale rispetto al proprio consolidato orientamento.

Altro che primazia del diritto comunitario, si tratta delle solite beghe interne, litigi tra galli nostrani.

13. Il contrasto "emotivo" della Corte di giustizia con il giudice nazionale (di merito) e la crisi del dialogo per sfinimento interpretativo

Il caso paradigmatico è quello deciso dall'ordinanza *D'Aniello*, su fattispecie identica a quella della causa *Carratù* (i provvedimenti di rinvio del Tribunale di Napoli sono fondati sulle stesse argomentazioni giuridiche, con l'aggiunta nella causa *D'Aniello* del quesito interpretativo sulla norma interpretativa dell'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, cioè l'art. 1, comma 13, della l. n. 92/2012), ma che porta la Corte di giustizia ad una risposta infastidita e stizzita sulla nuova richiesta di chiarimenti in merito a come applicare i principi enunciati nella sentenza *Carratù* e, in particolare, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali sull'equo processo.

Anche in questo caso si trattava di un unico contratto a tempo determinato, stipulato da Poste italiane però ai sensi dell'art. 2, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, che il Tribunale di Napoli aveva già "convertito" con sentenza non definitiva per nullità parziale del termine contrattuale ai sensi dell'art. 1419, comma 2, c.c., applicando così la tutela civilistica e non quella speciale della riqualificazione a tempo indeterminato sin dal primo giorno del rapporto a termine irregolare per vizi formali o illecito per mancanza delle ragioni giustificative specificate (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001).

Come giustamente sottolinea la Corte di giustizia le due tutele, quella speciale della riqualificazione contrattuale (prevista anche nelle ipotesi di cui all'art. 5, commi 2, 4 e 4-bis, del d.lgs. n. 368/2001) e quella civilistica della nullità parziale del contratto sono diverse e portano a differenti conseguenze risarcitorie e/o indennitarie: la prima equiparabile a quella dell'art. 18 della l. n. 300/1970 nella formulazione antecedente la riforma Fornero, la seconda in concreto "non equiparabile" perché legata alla messa in mora del datore di lavoro (per il periodo antecedente all'introduzione del doppio termine decadenziale di cui all'art. 32, comma 1, della l. n. 183/2010), che, nel caso *D'Aniello*, era avvenuta a distanza di oltre 4 anni (27 dicembre 2010) dalla cessazione dell'unico contratto a termine (15 settembre 2006) "motivato" dalla clausola di favore della causale finanziaria Poste.

Diversamente da quanto è avvenuto con le due ordinanze *Vino* sulla stessa fattispecie "causale" (art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/2001) la Corte europea con l'ordinanza *D'Aniello* non si è dichiarata incompetente nell'applicare il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, ma, ribadendo integralmente i principi enunciati nella sentenza *Carratù*, afferma l'applicabilità della detta clausola anche alle condizioni di lavoro come risoluzione irregolare o illecita dell'unico contratto a termine, escludendo sul piano fattuale l'equiparabilità con il licenziamento illegittimo di un contratto a tempo indeterminato salvo che, come nel caso della sanzione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, il legislatore nella sua discrezionalità abbia operato l'equipollenza delle sanzioni come condizione di maggior favore per i lavoratori a tempo determinato (clausola 8, n. 1, dell'accordo-quadro), rilevando il contrasto della predetta normativa comunitaria di diretta applicazione nei confronti dello Stato postale con l'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010, in guisa tale da rendere inutile la risposta sulla natura ostativa delle norme retroattive e l'applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cfr. conclusioni avvocato generale Szpunar nelle cause riunite *Mascolo* ed altri, nota 48, cit.).

Insomma, la Corte di giustizia rivede la posizione interpretativa assunta nelle due ordinanze *Vino*, ma scarica, giustamente, sugli interpreti nazionali la confusione ermeneutica sulle sanzioni applicabili in caso di abusivo utilizzo del contratto a tempo determinato nella vigenza di una nuova disciplina quale il d.lgs. n. 368/2001: la gran parte dei giuristi autoctoni continua a richiamare la tutela civilistica dell'art. 1419 c.c. (unica disposizione trascritta nell'ordinanza *D'Aniello* al punto 6) e la nullità parziale del contratto, pur in presenza di una disposizione di legge italiana che introduce una sanzione

completamente diversa e speciale, quella dell'inefficacia del termine non apposto in forma scritta e privo della specificazione formale (o della insussistenza in fatto, come aggiunge Cass. n. 12985/2008) delle ragioni oggettive temporanee che ne giustificano l'apposizione.

14. Il contrasto “politico” della Corte di giustizia con la Cassazione: il finto inchino della “Concordia” comunitaria al giglio fiorentino nella sentenza *Fiamingo* sul lavoro marittimo

Il giudice relatore “irlandese” della sentenza *Fiamingo* del 3 luglio 2014 della Corte di giustizia sulle pregiudiziali sollevate dalla Corte di cassazione in materia di lavoro marittimo è lo stesso “estensore” delle sentenze *Angelidaki*, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, *Kücük, Huet* ⁽⁴⁷⁾, *Malgorzata Nierodzik*, *Márquez Samohano* e delle ordinanze *Vassilakis, Koukou* ⁽⁴⁸⁾, *Vino, Affatato, Montoya Medina* ⁽⁴⁹⁾, *Lorenzo Martinez* ⁽⁵⁰⁾ e *Papalia* della Corte europea, in gran parte richiamate nella importante decisione sul lavoro a termine della gente di mare, oltre alle sei citazioni della sentenza *Adeneler* e quelle della sentenza *Impact*, in cui è stato componente del Collegio della Grande Sezione su una fattispecie contrattuale e normativa del diritto irlandese che, come si è anticipato, potrebbe aver costituito il “modello” di riferimento per le iniziali modifiche del d.lgs. n. 368/2001, contenute nell'originario testo del d.l. n. 34/2014. Si tratta, dunque, di un profondo conoscitore della disciplina del contratto a tempo determinato anche per quanto riguarda la regolamentazione interna in Italia, che sarà anche l'estensore della prossima sentenza sul precariato scolastico nelle citate cause riunite *Mascolo e altri*.

Tuttavia, nella sentenza *Fiamingo* vi sono tre errori molto gravi e del tutto inusuali, il primo nella ricostruzione della fattispecie contrattuale, il secondo nella trascrizione della normativa interna utile ai fini della compatibilità comunitaria, l'ultimo sulla nozione e applicazione di una delle tre misure preventive indicate dalla clausola 5 dell'accordo-quadro.

⁽⁴⁷⁾ C. giust. 8 marzo 2012, *Martial Huet c. Université de Bretagne occidentale*, causa C-251/11.

⁽⁴⁸⁾ C. giust. ord. 24 aprile 2009, *Archontia Koukou c. Elliniko Dimosio*, causa C-519/08.

⁽⁴⁹⁾ C. giust. ord. 18 marzo 2011, *David Montoya Medina c. Fondo de Garantía Salarial et Universidad de Alicante*, causa C-273/10.

⁽⁵⁰⁾ C. giust. ord. 9 febbraio 2012, *María Jesús Lorenzo Martínez c. Junta de Castilla y León, Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación*, causa C-556/11.

Si tratta di errori macroscopici ma consapevoli da parte del Collegio lussemburghese, che sicuramente segnano un momento di crisi nel dialogo con le Corti superiori nazionali e attenuano in parte l'importanza della decisione (sminuita, soprattutto, dal contestuale comunicato stampa della Corte di giustizia del 3 luglio 2014) che, invece, con chiarezza, estende l'applicazione della direttiva 1999/70/CE al lavoro marittimo, in risposta al primo (e unico, potremmo dire) vero quesito pregiudiziale sollevato dalla Cassazione nelle tre ordinanze di rinvio.

Per risolvere la prima (e, si ribadisce, unica) vera questione pregiudiziale, la Corte europea al punto 29 della sentenza evidenzia che la definizione della nozione di "lavoratore a tempo determinato" ai sensi dell'accordo-quadro, enunciata nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, include tutti i lavoratori, senza operare distinzioni basate sulla natura pubblica o privata del loro datore di lavoro e a prescindere dalla qualificazione del loro contratto in diritto nazionale (sentenza *Angelidaki* e a., punto 166, che fa riferimento, sul punto, a "contratti d'opera" nel pubblico impiego).

Afferma la Corte di giustizia, allora, che lavoratori che si trovino nella posizione dei ricorrenti nei procedimenti principali, i quali hanno la qualità di marittimi occupati in forza di contratti di lavoro a tempo determinato su traghetti che effettuano un tragitto marittimo tra due porti collocati nel medesimo Stato membro, rientrano nella sfera d'applicazione dell'accordo-quadro, dato che quest'ultimo non esclude nessun settore particolare dalla sua sfera d'applicazione (punto 38). Questa conclusione, secondo la Corte europea, è corroborata dal contenuto della clausola 5, punto 1, dell'accordo-quadro, dalla quale si ricava che, conformemente al terzo comma del preambolo dell'accordo-quadro nonché ai punti 8 e 10 delle sue considerazioni generali, è nel quadro dell'attuazione di detto accordo-quadro che gli Stati membri hanno facoltà, in quanto ciò sia oggettivamente giustificato, di tener conto delle esigenze particolari relative ai settori di attività e/o a categorie specifiche di lavoratori (punto 39).

Risolta così, impeccabilmente, nonostante la forte resistenza dei Governi italiano e norvegese oltre che di RFI, la problematica dell'estensione dell'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato al lavoro marittimo, la Corte di giustizia avrebbe potuto anche non rispondere agli altri tre quesiti, effettivamente superflui e in qualche misura "antagonisti" rispetto ad una parte della giurisprudenza comunitaria, sollevati dal giudice del rinvio, riguardanti la compatibilità delle norme del codice della navigazione con le clausole 3 e 5 della direttiva 1999/70/CE.

Si trattava, infatti, di richiesta di chiarimenti sovrabbondante perché la stessa Corte di cassazione si era dilungata sulla circostanza che il legislatore italiano aveva adempiuto, mediante il d.lgs. n. 368/2001 all'obbligo sancito dalla clausola 5 dell'accordo-quadro, consistente nel prevedere misure tali da scongiurare il ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, e che da ciò derivava che le disposizioni di tale decreto avrebbero dovuto applicarsi anche ai rapporti di lavoro nel settore marittimo (sentenza *Fiamingo*, punto 24).

Apoditticamente, allora, al punto 15 la Corte di giustizia afferma che in Italia i contratti di lavoro dei marittimi sono disciplinati dalle norme del codice della navigazione, il quale, conformemente al suo art. 1, si applica prioritariamente e prevale sulla disciplina generale applicabile ai contratti di lavoro. Questi contratti, pertanto – continua ineffabilmente la Corte di giustizia – non sono disciplinati dal d.lgs. n. 368/2001, che infatti non viene trascritto come normativa applicabile nonostante la Corte di cassazione ne avesse fatto oggetto di specifica indicazione, in particolare per quanto riguarda l'art. 1 sull'unica misura preventiva effettivamente assicurata dal legislatore italiano, quella delle ragioni oggettive temporanee e specificate nel contratto sin dal primo ed eventualmente unico rapporto di lavoro a tempo determinato.

È, in tutta evidenza, una inusuale invasione di campo da parte della Corte di giustizia, che nelle cause pregiudiziali non ha alcuna competenza a stabilire quali siano le norme interne applicabili nel giudizio principale, compito che spetta esclusivamente al giudice nazionale, in questo caso addirittura coincidente con l'organo giurisdizionale della nomofilachia autentica delle leggi nazionali, come del resto ammette contraddittoriamente la stessa Corte di giustizia al punto 66 della sentenza.

Nelle sue contorsioni meta-giuridiche e contraddittoriamente, inoltre, la Corte di giustizia ai punti 63 e 64 richiama quanto già precisato nella sentenza *Angelidaki* (punti 159 e 160) e nelle ordinanze *Affatato* (punti 46 e 47) e *Papalia* (punti 21 e 22), cioè che le modalità di applicazione delle norme di tutela spettano all'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in forza del principio dell'autonomia processuale di questi ultimi (e non alla Corte di giustizia), e che esse non devono essere però meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività). Da ciò discende che, quando sia avvenuto un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, dev'essere possibile applicare una misura dotata di garanzie effettive ed equivalenti di protezione

dei lavoratori per punire debitamente detto abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione.

Assolutamente fuori del contesto fattuale delle cause principali, inoltre, e del tutto fantasiosa è l'affermazione al secondo capoverso del punto 71, in base alla quale alla Corte europea sembra difficile, per un datore di lavoro, che abbia esigenze permanenti e durature, aggirare la tutela concessa dell'accordo-quadro contro gli abusi facendo decorrere, alla fine di ciascun contratto di lavoro a tempo determinato, un termine di circa 2 mesi: esattamente il contrario rispetto a quanto emergeva (ed era incontestato, ed è stato ribadito all'udienza di discussione) negli atti processuali, in cui i lavoratori marittimi sono stati utilizzati "a rotazione" per 3 mesi ogni anno solare su posti vacanti in organico, salvo beneficiare della disoccupazione con requisiti ridotti il cui finanziamento è stato interamente posto a carico delle imprese private, e non di RFI.

Le ragioni di questo inspiegabile *error in procedendo*, che provoca un evidente giudizio *ultra vires*, vanno ricollegate, probabilmente, all'altro grave errore commesso dalla Corte di Lussemburgo sulla ricostruzione della fattispecie contrattuale, completamente sbagliata come già evidenziato.

Infatti, al punto 20 la Corte di giustizia afferma che i ricorrenti nei procedimenti principali sono marittimi iscritti nei registri della gente di mare. Essi sono stati arruolati dalla RFI mediante una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, conclusi posteriormente al 2001, per uno o più viaggi e per 78 giorni al massimo, al fine di essere imbarcati su traghetti per il tragitto Messina-Villa San Giovanni e Messina-Reggio Calabria. Dalle decisioni di rinvio, secondo la Corte, si evincerebbe che detti ricorrenti hanno lavorato, nell'ambito di tali contratti, al servizio del loro datore di lavoro per un tempo inferiore a un anno e che è trascorso un periodo inferiore a 60 giorni tra la cessazione di un contratto di lavoro e la conclusione del contratto successivo. Non è vero, evidentemente, e la Corte di giustizia ne era perfettamente consapevole in base agli atti processuali, sempre oggetto di attentissima lettura.

È stato rappresentato alla Corte di giustizia, anche attraverso l'esibizione degli estratti dei conti individuali assicurativi Inps oltre che ampiamente illustrato nelle osservazioni scritte, che ogni ricorrente ha svolto presso RFI contratti successivi complessivamente di durata ben superiore ad un anno, ma senza possibilità di applicare la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato prevista dall'art. 326 del codice della navigazione perché tra un contratto successivo a-causale e l'altro l'intervallo di tempo era ben superiore a 60

giorni; la Cassazione nelle ordinanze pregiudiziali, infatti, aveva chiarito che lo stesso art. 326 non era applicabile alla fattispecie.

Inoltre, il servizio di collegamento sulla tratta marittima Villa San Giovanni-Messina è assicurato giornalmente, costantemente e per tutto l'anno, con numerose corse indifferenti al numero dei passeggeri e/o dei mezzi e/o dei treni che transitano sulle navi, e quindi incomprensibile e del tutto fuori contesto è l'esempio di abuso contrattuale ipotizzato nella parte finale del punto 73 sulla scarsa frequenza dei tragitti.

Si trattava, insomma, di tanti "unici" contratti a tempo determinato a-causali, in relazione ai quali la Cassazione ha chiesto alla Corte di giustizia, richiamando propri precedenti "anti-Mangold" e "pro-Adeneler" (sentenze n. 12985/2008 e n. 2279/2010) e decisioni della Corte costituzionale (sentenza n. 214/2009, cui *adde* sentenza n. 107/2013), di verificare la compatibilità della clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro con una norma interna contenente una previsione generale ed astratta e non ragioni obiettive temporanee idonee a giustificare il ricorso ad ogni singolo contratto a termine.

Sicuramente la Corte europea ha subito o mal tollerato questa implicita invasione interpretativa o comunque questa sostanziale censura rispetto alla prima sentenza della Grande Sezione *in subiecta materia*, di cui la Cassazione chiedeva in tutta evidenza il definitivo superamento, ed ha reagito invadendo, a sua volta, l'esclusivo campo interpretativo altrui, trasformando, attraverso gli errori nella ricostruzione fattuale, i singoli contratti a tempo determinato "abusivi" stipulati per esigenze permanenti a distanza di 7-8 mesi l'uno rispetto alla cessazione dell'altro, in contratti "successivi" perché intervallati da un arco temporale "immaginato" inferiore a 60 giorni, evitando così di rispondere al quesito specifico sollecitato dal giudice del rinvio in relazione alla mancanza di ragioni oggettive e di ogni altra misura preventiva nelle norme speciali del codice della navigazione.

Questa ricostruzione paradossale e volutamente confusa e contraddittoria dei fatti processuali ha, dunque, permesso alla Corte di giustizia di evitare di confrontarsi con l'art. 1, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/2001 (normativa interna già deliberata e richiamata al punto 14 della sentenza *Sorge* e al punto 5 della sentenza *Carratù*), nel testo antecedente l'attuale riforma, addirittura escludendone l'applicazione, ma ha anche consentito al Collegio europeo da un lato di riaffermare al punto 57 la posizione interpretativa della sentenza *Mangold* (mai citata) e delle due ordinanze *Vino* (cite) sul primo e unico contratto a tempo determinato che non entra nel campo di applicazione della clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro, dimenticando le sentenze *Sorge* (non citata), *Carratù* (non citata) e l'ordinanza *D'Aniello* (non citata) che hanno

affermato sostanzialmente il contrario; dall'altro, di evitare la declaratoria di "irricevibilità" della questione, trattandosi di "contratti successivi" e non di un unico contratto a tempo determinato.

Infatti, la Corte di giustizia ritiene che, inventata in fatto una successione di contratti di durata complessiva inferiore ad un anno, l'art. 326 del codice della navigazione sia norma equivalente idonea a prevenire gli abusi (punti 69-70) perché coinciderebbe con la misura preventiva prevista dalla clausola 5, n. 1, lett. *b*, dell'accordo-quadro sulla durata massima totale dei contratti o rapporti successivi, rimandando per analogia a quanto evidenziato al punto 160 della sentenza *Angelidaki* (punto 70), che però fa riferimento all'art. 11 del d.P.R. n. 164/2004 che effettivamente prevede, come l'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, una "durata massima totale" dei contratti successivi e non una mera durata massima di ogni singolo rapporto a termine, come nel caso dell'art. 326 del codice della navigazione.

Insomma, la nozione comunitaria di contratti successivi della sentenza *Adeneler*, per cui tutti i contratti a tempo determinato stipulati con lo stesso datore di lavoro si intendono "successivi" (si vedano i "contratti controversi" descritti al punto 24 della sentenza *Adeneler*) a prescindere dal lasso temporale minimo tra un rapporto e l'altro quando non siano giustificati da ragioni oggettive ma da una clausola generale ed astratta (l'attuale art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 e/o l'art. 2, comma 1-*bis*, dello stesso decreto) o siano addirittura dichiaratamente a-causali (art. 14, n. 2, TzBfG), non è la stessa "applicata" ai lavoratori marittimi nella sentenza *Fiamingo* da una Corte di giustizia che ha esorbitato dalla propria competenza.

Tre così gravi "studiati" errori argomentativi e/o fattuali e/o della nomofilachia comunitaria nella motivazione della sentenza *Fiamingo* sono troppi per attribuirli ad un mera reazione alle critiche indirette rivolte alla sentenza *Mangold* sia dalla Cassazione, sia dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 107/2013, in cui il giudice delle leggi rileva che con la sentenza *Sorge* la Corte di giustizia «ha riaffermato il principio che anche il primo ed unico contratto a termine rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE e dell'accordo quadro ad essa allegato». D'altra parte, nella sentenza *Carratù* lo stesso Collegio delle cause pregiudiziali sul lavoro marittimo ha condiviso al punto 24 l'astuzia procedurale del Tribunale di Napoli (giudice del rinvio) che, su un primo e unico contratto a tempo determinato "a-causale" per ragioni sostitutive di Poste italiane, ha prima riqualficato a tempo indeterminato con sentenza parziale il rapporto a termine e poi proposto i quesiti pregiudiziali, mettendo così la stessa Corte di giustizia nelle condizioni di procedere alla decisione (senza dichiararsi incompetente)

prendendo atto che, in Italia, l'art. 1, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/2001 è l'unica misura preventiva idonea ad evitare gli abusi in attuazione della clausola 5, n. 1, lett. *a*, dell'accordo-quadro comunitario, almeno nel settore privato.

15. Il corretto dialogo tra le Corti sul precariato scolastico: obblighi costituzionali ed europei del giudice nazionale tra interpretazione conforme, disapplicazione e illegittimità costituzionale delle norme interne "abusive" e/o retroattive

Vi sono due situazioni, infatti, che hanno sicuramente irritato la Corte di giustizia. Innanzitutto, la constatazione, emersa in sede di udienza di trattazione orale il 7 maggio 2014, che la normativa interna del d.lgs. n. 368/2001 non sarebbe stata modificata in base ai suggerimenti inseriti nel testo originario d.l. n. 34/2014, ma che, oltre al primo contratto a-causale, in sede di conversione (contestuale alla discussione a Lussemburgo), tutte le proroghe o rinnovi sarebbero stati senza ragioni oggettive, con l'abrogazione dell'art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, privando così la disciplina interna di ogni misura di tutela preventiva effettiva.

In secondo luogo, aver appreso che sia la Cassazione con la sentenza n. 7685/2014, sia la Corte costituzionale con la sentenza n. 155/2014 avevano già depotenziato e minimizzato le indicazioni che la Corte di giustizia aveva fornito agli interpreti nazionali con la sentenza *Carratù*, fino all'inaccettabile oblio del giudice delle leggi nella sentenza n. 226/2014 ⁽⁵¹⁾.

Se il legislatore nazionale cambia continuamente le regole vanificando anche le indicazioni "irlandesi" della Corte europea e se la Cassazione e la Corte costituzionale dapprima si affrettano a chiedere l'ausilio interpretativo della

⁽⁵¹⁾ C. cost., sent. 25 luglio 2014, n. 226. Il giudice delle leggi ribadisce la legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 anche nell'interpretazione disposta dall'art. 1, comma 13, della l. n. 92/2012, norma che del resto conferma la apodittica sentenza n. 303/2011 della Consulta. *In subiecta materia*, dunque, la Corte costituzionale ignora sia la sentenza *Carratù* che l'ordinanza *D'Aniello* e resuscita addirittura l'accoppiata delle decisioni *Mangold-Vino*, censurata anche dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza *Lissabon-Urteil* del 2009 e nell'ordinanza *Mangold-Urteil* del 2010. Pare non possano esservi molti dubbi sul fatto che la coerenza e l'autorevolezza delle decisioni della Corte costituzionale italiana sulla disciplina nazionale del contratto a tempo determinato nel cono d'ombra della direttiva 1999/70/CE e della giurisprudenza comunitaria (pure ondivaga, purtroppo, come si è evidenziato) siano in rapporto inversamente proporzionale rispetto all'autarchia interpretativa e alla confusione delle argomentazioni giuridiche proposte dallo stesso giudice delle leggi.

Corte di giustizia per risolvere gravi problemi strutturali interni sulla flessibilità in entrata (che riguardano decine di migliaia di posizioni lavorative) e poi non ne seguono i suggerimenti o ne vanificano i chiarimenti ottenuti o ne sconfessano con incredibili silenzi e omissioni le conclusioni proposte, il dialogo non ha più alcun senso e il giudice nazionale si deve assumere, da solo, la responsabilità della decisione dopo tantissime pronunce della Corte comunitaria.

E infatti, ancora una volta, la Corte di giustizia conclude al punto 71 che spetta alle autorità e ai giudici nazionali, incaricati dell'applicazione delle misure di recepimento della direttiva 1999/70/CE e, quindi, chiamati a pronunciarsi sulla qualificazione di contratti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione, esaminare di volta in volta tutte le circostanze del caso concreto, prendendo in considerazione, segnatamente, il numero di tali contratti successivi stipulati con lo stesso soggetto oppure per lo svolgimento di uno stesso lavoro, al fine di escludere che i rapporti di lavoro a tempo determinato siano utilizzati in modo abusivo dai datori di lavoro, implicitamente confermando che non si trattava di contratti "successivi" secondo la norma interna ma di rapporti a tempo determinato "unici" e intervallati da un lasso temporale di 7-8 mesi.

Il ragionamento della Corte lussemburghese, a parere dello scrivente, è in gran parte comprensibile e condivisibile, anche se pericoloso, perché da un lato rischia di minare il faticoso percorso del sistema integrato delle fonti del diritto che presuppone il dialogo e il confronto e non lo scontro tra le Corti superiori nazionali e sovranazionali, dall'altro potrebbe causare una caduta di credibilità e di autorevolezza del sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia, troppo ondivaga ed eccessivamente incline a dare fiducia alle promesse da marinaio dello Stato italiano sia sull'effettivo inizio della privatizzazione delle imprese pubbliche come Poste (iniziata il 12 dicembre 2013 e già abortita, dopo il primo decreto-legge fantasma del 24 gennaio 2014 mai pubblicato e dopo il programmatico d.P.C.M. 8 maggio 2014) e RFI, sia sulla conservazione delle modifiche della disciplina del contratto a tempo determinato secondo il modello "irlandese", come nel d.l. n. 34/2014 nella versione originaria prima della conversione in legge.

La risposta positiva e risolutiva alle perplessità che la sentenza *Fiamingo* potrebbe far sorgere rispetto all'effettiva utilità del sindacato interpretativo della Corte di giustizia viene immediatamente fornita dall'avvocato generale Szpunar nelle citate conclusioni scritte delle cause riunite *Mascolo* ed altri, depositate il 17 luglio 2014, due settimane dopo la decisione sul lavoro marittimo.

L'avvocato generale polacco, senza incertezze e senza inchini, condividendo la posizione della Commissione, dei difensori dei supplenti e delle OO.SS. intervenute, invita (e diffida) lo Stato italiano a stabilizzare immediatamente i precari pubblici che abbiano maturato oltre 36 mesi di servizio alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, scolastiche e non scolastiche.

Le conclusioni dell'avvocato generale – che trascrive quale normativa nazionale utile ai fini della decisione delle cause pregiudiziali l'art. 117, comma 1, Cost. (punto 10, cit.) e non cita mai l'art. 97, comma 3, della Carta fondamentale sul concorso pubblico ⁽⁵²⁾ (citato sia nelle decisioni di rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli, sia in C. cost. ord. n. 207/2013) – non lasciano adito ad alcun dubbio sulla incompatibilità con il diritto dell'Unione (come precisa il comunicato stampa della Corte di giustizia) e, in particolare, con la clausola 5, n. 1, lett. a, dell'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato della normativa interna che disciplina l'attuale sistema di reclutamento dei supplenti della scuola attraverso le graduatorie permanenti (art. 4, commi 1 e 2, l. n. 124/1999).

Secondo Szpunar lo Stato italiano ha utilizzato i supplenti scolastici per soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli e non temporanei di personale, prassi più volte censurata perché priva di ragioni oggettive nella giurisprudenza comunitaria, dalla sentenza *Adeneler* alla sentenza *Kücüik*, decisione quest'ultima espressamente richiamata con specifica censura della contraria interpretazione proposta dalla Cassazione nella sentenza n.

⁽⁵²⁾ Le conclusioni dell'avvocato generale polacco sono in piena consonanza, del resto, con la contestuale sentenza del 17 luglio 2014 della Grande Sezione della Corte europea nelle cause riunite *Torresi c. CNF* (C-58/13 e C-59/13). La Corte di giustizia, accogliendo integralmente le conclusioni dell'avvocato generale Wahl (che evidenzia al punto 101 l'abiura e il tradimento "confessorio" da parte dell'avvocatura dello Stato nei confronti del Consiglio nazionale forense, "giudice del rinvio": «Di conseguenza, come hanno sostenuto il Parlamento e il Consiglio, il semplice fatto che una disposizione della Costituzione italiana prescriva il superamento di un esame di Stato perché si possa esercitare la professione di avvocato non implica che la direttiva 98/5 comprometta l'identità nazionale italiana ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE. Tale posizione è stata confermata in udienza anche dal governo italiano, che ha affermato di non essere d'accordo con le considerazioni espresse dal giudice del rinvio nella domanda di pronuncia pregiudiziale a proposito di un possibile contrasto tra la direttiva 98/5 e l'articolo 33, comma 5, della Costituzione italiana»), in materia di riconoscimento di titoli professionali per gli avvocati "stabiliti" ai sensi dell'art. 3 della direttiva 98/5/CE afferma che la predetta disciplina comunitaria non è tale da incidere «sulle strutture fondamentali, politiche e costituzionali né sulle funzioni essenziali dello Stato membro di origine» (punto 58), che il CNF aveva individuato, in sede di rinvio pregiudiziale, nell'esame di Stato per gli avvocati, di cui all'art. 33, comma 5, Cost.

10127/2012 ⁽⁵³⁾, aderendo alle critiche mosse dal Tribunale di Napoli nelle ordinanze di rinvio (punto 64).

L'avvocato generale evidenzia che tale sistema di reclutamento a tempo determinato non prevede né misure preventive (clausola 5, n. 1, dell'accordo comunitario) né sanzioni effettive (clausola 5, n. 2, lett. *b*) che, nella fattispecie, era stata indicata dallo stesso legislatore del 2007 nella riqualificazione a tempo indeterminato dei rapporti a termine successivi che abbiano superato i 36 mesi (art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001), salvo poi vanificarne l'operatività per la scuola pubblica nel 2009 con l'art. 4, comma 14-*bis*, della l. n. 124/1999 e nel 2011 con l'art. 10, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, che hanno escluso la immissione in ruolo e la trasformazione a tempo indeterminato dei rapporti successivi nella scuola.

Né ragioni finanziarie possono giustificare l'abusivo utilizzo dei contratti a termine (punti 79-80), come peraltro è emerso anche in sede di discussione all'udienza del 27 marzo 2014.

Poiché la giurisprudenza della Cassazione esclude anche il risarcimento dei danni trattandosi di contratti a termine tutti legittimamente stipulati (punto 83 e nota 43), secondo Szpunar il contrasto tra la direttiva 1999/70/CE e la normativa interna va risolto dai giudici del rinvio, dichiarando illegittime sul piano costituzionale tutte le disposizioni che impediscono la tutela effettiva già riconosciuta dall'ordinamento interno (Corte costituzionale) oppure disapplicandole o non applicandole (Tribunale di Napoli).

Significativo, infatti, è il richiamo (punto 89 e nota 48, cit.) alle sentenze *Scattolon* ⁽⁵⁴⁾ e *Carratù* da parte dell'avvocato generale, per giustificare la mancata risposta ai chiarimenti alla settima questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli con l'ordinanza *Racca* sull'applicazione dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali: come la Corte di giustizia ha fatto in queste decisioni, una volta evidenziato il contrasto tra diritto comunitario derivato e diritto interno, non vi è bisogno anche di evidenziare l'illegittimo ricorso alla norme retroattive che, con la legittimazione purtroppo costante del giudice delle leggi fino alla rivoluzione copernicana (subito sconfessata, con il solito cambio di presidenza "precaria" in costante deroga "previdenziale" alla durata minima di 3 anni prevista dall'art. 135, comma 5, Cost. e il ripristino

⁽⁵³⁾ Cfr. Cass. 20 giugno 2012, n. 10127, in *LG*, 2012, n. 8-9, 777 ss., con nota di V. DE MICHELE, *Il Tribunale aquilano demolisce la sentenza antispread della Cassazione sul precariato scolastico*. Cfr. anche L. RATTI, *Il contratto a termine dopo la l. n. 92 del 2012: prime interpretazioni ministeriali*, ivi, 2013, n. 6, 565.

⁽⁵⁴⁾ C. giust. 6 settembre 2011, *Ivana Scattolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, causa C-108/10.

della datata teoria dei “contro-limiti”⁽⁵⁵⁾ e dell’atteggiamento di dichiarata “deferenza”⁽⁵⁶⁾ della Corte costituzionale nei confronti del legislatore, con le citate sentenze anti-Carratù n. 155/2014 e n. 226/2014) del rinvio pregiudiziale “incidentale” sul precariato scolastico, quel contrasto hanno provocato e che i giudici nazionali sono in grado di rimuovere.

Sul punto, forse, la Corte di giustizia con la sentenza *Mascolo* entro ottobre 2014 dirà qualcosa in più, avendone fatto specifica richiesta alle parti all’udienza di discussione del 27 marzo 2014. Sembra improbabile, invece, che la Corte possa dire qualcosa in meno rispetto alle chiare conclusioni dell’avvocato generale, che ha individuato nel rispetto del processo di stabilizzazione dei supplenti della scuola di cui al d.l. n. 104/2013 (nota 47) e nell’assunzione a tempo indeterminato l’unica sanzione adeguata, sgombrando con nitidezza inusuale rispetto alle precedenti cause pregiudiziali sul precariato pubblico italiano ogni ombra di dubbio sul percorso che il Governo prima e, in mancanza, i giudici poi dovranno effettuare per sanare il conclamato abuso della flessibilità nel pubblico impiego, non solo in quello scolastico. Non è un caso, infatti, che il Ministro dell’istruzione il 19 luglio

⁽⁵⁵⁾ Cfr. la relazione del 27 febbraio 2014 dell’ex presidente della Consulta prof. Silvestri sulla giurisprudenza costituzionale del 2013, 10, punto 5.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. l’intervento del 28 maggio 2014 dell’ex presidente della Corte costituzionale prof. Silvestri al carcere di Rebibbia a Roma al convegno *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della CEDU*, in cui, per giustificare la declaratoria di inammissibilità per *impotentia decidendi* delle questioni costituzionali sul sovraffollamento delle carceri nonostante la sentenza *Torreggiani* della Corte di Strasburgo, così argomenta nelle conclusioni: «La Corte costituzionale ha concluso la sua recente, sofferta, sentenza su tale argomento con l’affermazione che “non sarebbe tollerabile l’eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia” (sentenza n. 279 del 2013). Quando la *judicial deference* finisce per privare diritti fondamentali anche di quel minimo di tutela di cui dispone la Corte con i suoi mezzi, allora è preferibile affrontare le critiche di maestri e maestrini, anziché ripararsi dietro il comodo scudo del *non possumus*» (12). Nessuno vuol vestire i panni del maestro o del maestrino, stante anche la precarietà lavorativa di moltissimi insegnanti italiani, ma queste affermazioni inducono lo scrivente a porsi il problema dell’utilità di un giudice delle leggi che modifica la propria giurisprudenza nel rapporto/contrasto con le Corti sovranazionali alla stessa velocità del legislatore interno sulla disciplina del contratto a termine, dichiarando in una struttura carceraria sovraffollata di avere “le mani legate” dal legislatore nel risolvere problemi strutturali dell’ordinamento, applicando i principi enunciati dalla giurisprudenza convenzionale EDU e dalla Costituzione. La precedente relazione presidenziale del 12 aprile 2013 del prof. Gallo, infatti, aveva disegnato (invano) un ruolo ben più importante ed autorevole della Corte costituzionale nel complesso dialogo tra fonti del diritto e Corti nazionali e sovranazionali, “legando le mani” ad un legislatore interno individuato al di fuori di un meccanismo elettorale su base democratica conforme ai principi della Carta fondamentale, come ha confermato la successiva sentenza n. 1/2014 dello stesso giudice delle leggi.

2014, 2 giorni dopo le conclusioni dell'avvocato generale, abbia preannunciato il piano di immissioni in ruolo di 32.500 docenti e personale ATA a decorrere dal 1° settembre 2014.

In definitiva, la sentenza *Fiamingo* della Corte di giustizia sul lavoro marittimo e le conclusioni dell'avvocato generale Szpunar sul precariato scolastico rappresentano un combinato e coordinato invito alle Corti italiane all'assunzione di responsabilità nella soluzione del conflitto potenziale o effettivo tra normativa europea e disciplina nazionale, di quel giudice interno che, a prescindere dal *nomen* o dall'autorevolezza nella gerarchia autoctona, è il primo e principale giudice comunitario, si chiami Tribunale di Genova o Tribunale di Trani o Tribunale di Rossano o Tribunale di Napoli o Tribunale di Aosta o Consiglio di Stato o Cassazione o Corte costituzionale, tutti cimentatisi a chiedere chiarimenti alla Corte europea sulla disciplina del contratto a tempo determinato.

La *lectio iuris* enigmatica e volutamente contraddittoria della Corte di giustizia nella sentenza *Fiamingo*, in fondo, è un invito alle nostre Corti superiori a dialogare direttamente sì, ma con coerenza e con rispetto reciproco, per evitare il rischio di invadere le reciproche competenze sottolineando troppo le incongruenze interpretative comunitarie, dimenticandosi di quelle (molto più gravi) interne. Sotto questo profilo, chi scrive non ha motivi per non giustificare il comportamento dei giudici europei.

16. Le modifiche del d.l. n. 34/2014 alla disciplina sul termine: no alla specificazione delle ragioni e alla sanzione speciale

Tornando ad occuparci delle questioni "domestiche" e cercando di calare la giurisprudenza comunitaria negli affari interni (anche in considerazione del carattere "invasivo" della sentenza *Flaminio* sul testo originario del d.l. n. 34/2014), l'elemento di novità della riforma del contratto a tempo determinato è il venir meno (soltanto) dell'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive a pena di inefficacia del termine contrattuale e di automatica trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato, come previsto dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001 nel testo originario, sanzione che rimane solo per la mancanza di forma scritta (= inefficacia, come nel licenziamento orale), ripristinando così il regime dell'art. 1419, comma 2, c.c. della nullità parziale del contratto.

Proprio la Corte di giustizia nella sentenza *Sorge* aveva evidenziato che, a differenza dell'art. 1, comma 2, della l. n. 230/1962, che non imponeva

l'obbligo di specificazione delle causali tipizzate dalla disposizione se non nel caso delle esigenze sostitutive di cui alla lett. *b* con indicazione del nominativo del lavoratore sostituito e dalla causa della sostituzione, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001 aveva esteso l'obbligo di specificazione a tutte le ragioni oggettive, comprese quelle tecniche, organizzative o produttive, compensando così la diminuzione del livello generale di tutela derivante dal venir meno del più rigoroso onere formale in caso di esigenze sostitutive.

Nell'evoluzione giurisprudenziale interna ne derivava che l'irrigidimento della flessibilità in entrata per le imprese private, rispetto alle fattispecie nella vigenza della l. n. 230/1962, era dipeso proprio dall'obbligo formale di specificazione per tutte le ragioni oggettive che, mantenendo la nozione ontologica di contratto a tempo determinato legato ad esigenze temporanee e non permanenti come precisato nella sentenza *Adeneler*, poteva essere soppresso con la riforma del d.l. n. 34/2014 senza cagionare alcun significativo problema di compatibilità con la direttiva 1999/70/CE.

Infatti, nell'originario testo del d.l. n. 34/2014 era opportunamente sopravvissuto il comma 2⁽⁵⁷⁾ dell'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001, rimanendo così a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza delle ragioni oggettive (soltanto) per le proroghe contrattuali, e non per il contratto iniziale, per il quale la mancanza di temporaneità, *a contrario*, avrebbe dovuto ricadere sul lavoratore che impugnava il contratto prima in via stragiudiziale e poi in via giudiziale. Si trattava, come si è anticipato, del tentativo di adottare il modello irlandese dell'*Act* del 2003.

L'assurdità dell'abrogazione del secondo comma dell'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001 in sede di conversione la si riscontra nei tre regimi del numero delle proroghe contrattuali vigenti contestualmente, a seguito dell'art. 2-*bis* (disposizioni transitorie) del d.l. n. 34/2014 (introdotto in sede di conversione), che stabilisce la non retroattività delle modifiche degli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 368/2001 e fa salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni introdotte dal decreto-legge nel testo originario, e che vanno analizzate alla luce degli impressionanti dati forniti dal Ministero del lavoro sui 1.199.779 contratti a termine stipulati nel periodo tra l'approvazione del decreto-legge Poletti e la

⁽⁵⁷⁾ *Contra*, M. MISCIONE, "Jobs Act" con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega, in *LG*, 2014, n. 4, che parla di «refuso». Si tratta, invece, di una scelta normativa ben precisa e sicuramente più coerente rispetto al testo definitivo delle modifiche al d.lgs. n. 368/2001, che, con l'abrogazione dell'art. 4, comma 2, crea, come vedremo, molti più problemi interpretativi ed un aggravamento dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro, se si vuole evitare la incredibile procedura di infrazione per flagrante ed integrale violazione della clausola 5 dell'accordo comunitario, tempestivamente e correttamente già richiesta dalla Cgil (si veda *infra*).

sua conversione in legge, di cui 820.152 ancora in corso alla data di conversione:

- per i contratti a tempo determinato stipulati prima del d.l. n. 34/2014, ma ancora in corso alla data del 21 marzo 2014, rimane la possibilità di una sola proroga (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, testo *ante* riforma) e l'onere della prova delle ragioni oggettive ricade sul datore di lavoro (art. 4, comma 2, testo *ante* riforma, conservato nella formulazione iniziale del decreto Poletti);
- per i contratti a tempo determinato stipulati dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 34/2014 ma prima della legge di conversione, sono ammesse 8 proroghe (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, nella formulazione originaria del d.l. n. 34/2014) e l'onere della prova delle ragioni oggettive ricade ancora sul datore di lavoro (art. 4, comma 2, conservato nel testo originario del decreto Poletti);
- per i contratti a tempo determinato stipulati dopo la l. di conversione n. 78/2014, sono ammesse "soltanto" 5 proroghe (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, nel testo emendato) senza alcun onere di provare le ragioni oggettive (art. 4, comma 2, abrogato in sede di conversione).

Peraltro, il legislatore d'urgenza (sul punto non vi sono state modifiche in sede di conversione) torna alla sanzione civilistica della nullità parziale del contratto *ex* art. 1419, comma 2, c.c. con conseguente "conversione" a tempo indeterminato del rapporto di lavoro, sanzione che si adatta perfettamente alla previsione dell'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 e ne consente la comparabilità con l'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo nel campo di applicazione dell'art. 18 della l. n. 300/1970, nel testo modificato dalla riforma Fornero. Anche in questo caso, vi sono molte somiglianze con la sanzione del risarcimento dei danni fino ad un massimo di 24 mesi che l'art. 9, n. 4, dell'*Act* del 2003 irlandese prevede, in caso di impugnativa giudiziale per frode alla legge.

Viceversa, le novità intervenute in sede di conversione del d.l. n. 34/2014 hanno stravolto strutturalmente l'originario impianto della legislazione d'urgenza, come evidentemente concordata e/o approvata informalmente in ambito comunitario.

17. Proroghe, rinnovi e prosecuzione di fatto del rapporto iniziale: identità nella promiscuità

Bisogna evitare che i gravissimi errori sistematici e la confusione interpretativa delle modifiche introdotte nel corpo ormai disfatto dell'originario decreto legislativo che recepisce la direttiva 1999/70/CE creino un enorme contenzioso e un imbarazzante disagio organizzativo ai datori di lavoro privati, di gran lunga più devastante di quello che fino ad oggi si è sviluppato quasi esclusivamente nei confronti delle imprese pubbliche e dello Stato, che però, a differenza delle imprese private, grazie al contenzioso hanno ricavato grandi risparmi o addirittura cospicui vantaggi competitivi ed economici, che rappresentano un danno e non un beneficio per la collettività nazionale.

Partiamo dall'alinnea dell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 34/2014, come integralmente riscritto in sede di conversione dalla l. n. 78/2014: «Considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono apportate le seguenti modificazioni».

Pare inaccettabile che, nelle intenzioni del legislatore d'urgenza, si pretenda di rilanciare l'occupazione e semplificare gli adempimenti a carico delle imprese con la liberalizzazione selvaggia e contraddittoria della disciplina del contratto a tempo determinato, passando dallo stadio del dichiarato recepimento dell'accordo-quadro comunitario (preambolo del d.lgs. n. 368/2001) alla fase della indifferenza e della contrapposizione nei confronti della direttiva sociale già recepita («vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999») e ampiamente interpretata dalla Corte di giustizia, ormai infastidita dalle evoluzioni e involuzioni normative e giurisprudenziali che provengono dall'Italia.

In realtà, è vero che, in base alle modifiche introdotte dal d.l. n. 34/2014 nel testo convertito, la stipula del contratto a termine è oggi consentita senza necessità di specificare le ragioni obiettive e temporanee fino ad oggi richieste,

ma ciò non significa affatto che così risulti eliminato il requisito delle ragioni giustificatrici ⁽⁵⁸⁾. Esattamente il contrario.

Il primo e unico contratto a-causale introdotto dalla riforma Fornero con l'art. 1, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 aveva il pregio della chiarezza applicativa e della compatibilità comunitaria, attraverso l'esplicitazione della mancanza di ragioni oggettive di cui al comma 1 dello stesso articolo: «Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi».

Viceversa, togliere (selettivamente, ma in parte) il richiamo alle ragioni oggettive temporanee nel corpo del d.lgs. n. 368/2001 con la modifica dell'art. 1, commi 1 e 2, del decreto e con l'abrogazione sia del comma 1-*bis* dell'art. 1 sia del comma 2 dell'art. 4, lasciando invece il riferimento alle ragioni sostitutive o stagionali nell'art. 10, comma 7, lett. *b*, per quanto riguarda i casi in cui non sono applicabili limiti di contingentamento, significa ribadire che le ragioni oggettive o la temporaneità delle esigenze lavorative sono il tratto connaturale e distintivo, potremmo dire “ontologico” del contratto a tempo determinato rispetto al contratto a tempo indeterminato. Per giustificare l’“eccezione dell’eccezione”, cioè il contratto a termine a-causale, la l. n. 92/2012 è stata obbligata a specificare che si tratta di un contratto privo del requisito delle ragioni oggettive, esattamente come ha fatto il legislatore tedesco con l'art. 14, n. 2, TzBfG (si veda *infra*), inserendo come misura preventiva anti-abusiva sia il limite massimo di durata (2 anni) sia il limite massimo dei rinnovi (3).

In realtà, diversamente dal modello irlandese in cui sono state riprodotte le condizioni oggettive previste dalla clausola 3, n. 1, dell'accordo-quadro, il legislatore d'urgenza non ha neanche tentato di inserire la “data specifica”, il “completamento di un compito specifico” o il “verificarsi di un evento specifico” come modalità differenziate di legittima apposizione del termine per il contratto a termine iniziale, ma si è preoccupato soltanto di prevedere la forma scritta di apposizione del termine.

L'esuberante antieuropeo legislatore d'urgenza “elettorale” del d.l. n. 34/2014 è stato, sotto questo profilo, molto incoerente in sede di conversione (con l'abrogazione dell'art. 4, comma 2) rispetto al marketing della liberalizzazione, confermando che il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro – comma 01 dell'art. 1, che non faceva parte dell'originario testo dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, ma è stato

⁽⁵⁸⁾ In tal senso si veda in dottrina G. SANTORO-PASSARELLI, [Il nuovo contratto a termine dopo la L. 16 maggio 2014, n. 78, che converte in legge il Decreto Lavoro](#), in [Il Quotidiano Giuridico.it](#), 20 maggio 2014.

introdotto soltanto con l'art. 1, comma 40, della l. n. 247/2007, seppure con formulazione diversa da quella attuale, che riprende la locuzione utilizzata nel preambolo della direttiva –, cioè è la regola contrattuale rispetto alle eccezioni dei rapporti flessibili. Come l'art. 1, comma 1, della abrogata l. n. 230/1962.

Nella circ. 12 giugno 2014, n. 13, della Fondazione studi Consulenti del lavoro questa contraddizione e confusione emerge chiaramente sulle ragioni oggettive, dal momento che, mentre si afferma che con la nuova normativa «si libera in modo generalizzato il contratto a termine dal vincolo delle causali», dall'altro lato «si ritiene, ad ogni modo, che in alcuni casi sia opportuno per l'azienda individuare comunque una causale: ad esempio quando la causale consente la non applicazione dei limiti quantitativi fissati dalla legge o dal CCNL (ragioni sostitutive o di stagionalità)», ma anche, aggiungiamo, ai fini di non versare la maggiorazione contributiva dell'1,40% prevista dall'art. 2, comma 28, della l. n. 92/2012.

In senso conforme è la tardiva citata circ. Min. lav. n. 18/2014, che ineffabilmente afferma: «La sussistenza di specifiche ragioni giustificatrici continua tuttavia, anche nel nuovo quadro normativo, a sortire alcuni effetti. Ad esempio ciò avviene quando il lavoratore è assunto a tempo determinato “per ragioni di carattere sostitutivo o di stagionalità” [...]. In tali ipotesi appare opportuno, ai soli fini di “trasparenza”, che i datori di lavoro continuino a far risultare nell'atto scritto la ragione che ha portato alla stipula del contratto a tempo determinato» (p. 2). È singolare che la frode del legislatore e la sua incapacità “genica” e ormai cronica di produrre norme utili venga fatta ricadere, “opportunamente”, sui datori di lavoro sospettati di possibile abuso di una regola di favore che vuole incentivare nuova più costosa occupazione (seppure precaria) senza rischio di contenzioso.

Seguendo l'opzione interpretativa delle due circolari, cosa vieterebbe al datore di lavoro, in mancanza di una sanzione effettiva come quella dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001 (nella vecchia formulazione) e con i servizi ispettivi del Ministero del lavoro e dell'Inps che non hanno mai avuto alcuna competenza circa la verifica della sussistenza o dell'insussistenza delle ragioni oggettive di legittima apposizione del termine al rapporto di lavoro, di indicare per ogni contratto a tempo determinato la causale sostitutiva (del resto così generica nella sua formulazione da consentire anche sostituzione di carattere “organizzativo”, come nella nota vicenda del “sostitutivo Poste” e delle sentenze gemelle della Cass. n. 1576/2010 e n. 1577/2010), evitando sia i limiti di contingentamento sia la maggiorazione contributiva? Nulla, non vi sarebbe nessuna sanzione né comportamento giuridicamente censurabile, realizzandosi così la frode contrattuale con l'avallo della frode legislativa.

Ma ipotizziamo per un attimo che lo scopo dichiarato (ma non esplicitato nelle norme) possa essere stato seguito nella prassi contrattuale dalle imprese, che avrebbero così iniziato – fiduciose dei messaggi mediatici elettorali del Governo – a stipulare centinaia di migliaia di contratti a tempo determinato effettivamente privi di ragioni oggettive, con la possibilità di 8 proroghe a-causali (o cinque, *ratione temporis*), senza così superare i 36 mesi di durata complessiva dell'unico contratto.

Si realizzerebbe così il delitto giuridico perfetto, perché, in applicazione dell'art. 5, comma 4, del d.lgs. n. 368/2001, i due rapporti a termine si trasformerebbero in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del contratto iniziale, in quanto si tratta di due (o più) assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità.

Infatti, il tratto essenziale e caratterizzante della “proroga” del contratto a tempo determinato, cioè che si eviti la concatenazione “fraudolenta” dei contratti successivi, è che il rapporto iniziale e la proroga siano legati dalle stesse ragioni oggettive, che giustifichino l'identità e l'unicità del sinallagma, come nel modello irlandese attualmente in vigore.

Abrogando in sede di conversione il comma 2 dell'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001, nella foga semplificativa il sedicente legislatore del d.l. n. 34/2014 ha provocato l'identificazione e la confusione della “proroga” con il “rinnovo”, non essendo certamente possibile recuperare una identità ontologica delle proroghe sulla base della mera «condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato» (art. 4, comma 1, nella nuova formulazione).

Anche i rinnovi contrattuali si riferiscono, generalmente, alla stessa attività lavorativa già svolta dal dipendente precario, sempre che la locuzione “attività lavorativa” si riferisca alle “mansioni” svolte dal lavoratore e non, piuttosto, all'attività aziendale, come invece se ne dovrebbe ricavare dal coordinamento con l'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, in cui si fa espresso riferimento all'attività del lavoratore e non dell'azienda, quando svolge “mansioni equivalenti”.

Inoltre, nessuna prescrizione è prevista in ordine alla forma scritta della proroga, che nella precedente formulazione dell'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001 veniva ricondotta implicitamente alla doppia condizione di ammissibilità del “consenso del lavoratore” (comma 1) e della sussistenza delle stesse ragioni oggettive del contratto iniziale (comma 2).

Venendo meno l'ultima condizione, la confusione tra proroghe e rinnovi si estenderebbe anche alla prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro fino a 30 o

45 giorni dopo la scadenza del termine (art. 5, comma 1, d.lgs. n. 368/2001) senza conseguenze di riqualificazione a tempo indeterminato, e non vi sarebbero preclusioni per il datore di lavoro a stipulare senza forma scritta contratti a tempo determinato per una durata massima di 36 mesi: un contratto iniziale di 10-12 giorni senza forma scritta e con la sola comunicazione di assunzione al centro per l'impiego e non al lavoratore (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 368/2001), seguito da varie proroghe tutte senza forma scritta e con la sola comunicazione al centro per l'impiego entro 5 giorni dalla scadenza del termine iniziale o del termine prorogato (art. 4-*bis*, comma 5, d.lgs. n. 181/2000), dal momento che per la proroga non è prevista la forma scritta⁽⁵⁹⁾ ma soltanto il consenso del lavoratore che, naturalmente, se continua a lavorare non dissente e quindi acconsente).

Peraltro, la normativa sul termine anche nella vigenza del precedente testo dell'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001 non prevede espressamente alcuna conseguenza diretta per l'illegittimità della proroga, ma stabilisce la trasformazione a tempo indeterminato del contratto quando la prestazione continua oltre il termine fissato o successivamente prorogato, ai sensi dell'art.5, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, oltre alla sanzione della maggiorazione retributiva di cui al comma 1 dello stesso articolo.

Sulla prosecuzione di fatto del rapporto oltre la scadenza iniziale o quella prorogata vanno fatte precisazioni che rendono la fattispecie, alla luce delle modifiche commentate sulla disciplina della proroga, confusa in modo evidente con profili di frode potenziale per quanto riguarda le comunicazioni obbligatorie ai centri per l'impiego.

In particolare, nella vigenza del testo originario dell'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, in cui non era previsto alcun obbligo di comunicazione in caso di prosecuzione di fatto del rapporto a tempo determinato tra le fattispecie di variazioni del rapporto di lavoro elencate dal citato art. 4-*bis* del d.lgs. n. 181/2000, il Ministero del lavoro con nota del 7 maggio 2009, prot. n. 25/I/0006689, ha avuto modo di precisare: «Con riferimento alla richiesta di parere in ordine alle eventuali conseguenze sanzionatorie relativa all'ipotesi della prosecuzione di fatto del rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine inizialmente pattuito o successivamente prorogato, si concorda con la conclusione di codesta Direzione provinciale in ordine alla non applicabilità della maxi sanzione per l'impiego di lavoratori non risultanti dalle scritture obbligatorie. Al riguardo, in particolare, si ritiene che l'ipotesi in questione sia

⁽⁵⁹⁾ La forma scritta della proroga contrattuale non era prevista neanche nella l. n. 230/1962, cfr. Cass. 23 novembre 1988, n. 6305.

assoggettata allo specifico ed esclusivo regime sanzionatorio dettato dall'art. 5, commi 1 e 2, del Dlgs n. 368/2001».

In conseguenza, la riforma Fornero è intervenuta aggiungendo all'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001 il comma 2-*bis*: «Nelle ipotesi di cui al comma 2, il datore di lavoro ha l'onere di comunicare al Centro per l'impiego territorialmente competente, entro la scadenza del termine inizialmente fissato, che il rapporto continuerà oltre tale termine, indicando altresì la durata della prosecuzione. Le modalità di comunicazione sono fissate con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali da adottare entro un mese dalla data di entrata in vigore della presente disposizione». Con nota ministeriale del 19 novembre 2012 prot. n. 16176 e con decorrenza dal 10 gennaio 2013 il Ministero del lavoro ha previsto la possibilità tecnica, nell'ambito del quadro "Proroga UNILAV", dell'introduzione dei campi "Data fine proroga/prosecuzione di fatto" e "Prosecuzione di fatto", per l'inserimento della data del nuovo termine del rapporto di lavoro, qualora si voglia comunicare, entro il termine inizialmente fissato, la "prosecuzione di fatto" di un contratto a tempo determinato.

Ebbene, l'art. 5, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 è stato abrogato dall'art. 7, comma 1, del d.l. n. 76/2013, con decorrenza dal 28 giugno 2013, eliminando sostanzialmente l'onere di comunicazione della prosecuzione di fatto del rapporto a termine e ripristinando quelle condizioni di lavoro "grigio" che erano state già eccessivamente valorizzate dalla citata nota del Ministero del lavoro del 7 maggio 2009, e che ora sono aggravate dalla confusione e identità tra proroghe e rinnovi, su cui la circ. Min. lav. n. 18/2014 interviene confermando sostanzialmente la gravità del problema interpretativo proprio quando afferma la diversità (solo) terminologica dei due istituti: «Si ricorda che la proroga è un istituto diverso da quello dei "rinnovi". In particolare va ricordato che si ha "proroga" di un contratto nel caso in cui, prima della scadenza del termine, lo stesso venga prorogato ad altra data. Si ha invece "rinnovo" quando l'iniziale contratto a termine raggiunga la scadenza originariamente prevista (o successivamente prorogata) e le parti vogliono procedere alla sottoscrizione di un nuovo contratto» (p. 11).

18. Alla ricerca delle ragioni oggettive temporanee per salvare una pessima riforma. La procedura di infrazione richiesta dalla Cgil

È ben difficile assistere ad un mix così prodigioso di errori nella redazione di un testo normativo così importante.

Facendo cadere le imprese private nella trappola della concatenazione contrattuale non legittimata da ragioni oggettive (come nel caso *Deutsche Lufthansa* o nel caso *Jansen* in Corte di giustizia per un unico contratto a-causale o con causale finanziaria inidonea) senza dubbio si realizzerebbe un immediato incremento di occupazione stabile, aumentando però a dismisura per le imprese il costo del lavoro e l'incertezza organizzativa, trasferendo così in sede giudiziaria quelle scelte di coerenza e di efficienza del sistema giuridico e del mercato del lavoro che il legislatore non pare più in condizioni di assicurare.

Altro elemento testuale che recupera le ragioni oggettive anche nella disciplina vigente è il secondo capoverso dell'art. 10, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, che prevede che i contratti di lavoro a tempo determinato che abbiano ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica possono avere la durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono, e quindi superiore a quel limite di durata massima di 3 anni fissato da troppe norme dello stesso decreto (art. 1, comma 1; art. 4, comma 1; art. 5, comma 4-*bis*), confermando la mancanza di coordinamento tra le diverse disposizioni che intervengono sulla stessa o similare regolamentazione fattuale e contrattuale.

A tal proposito, mentre sembrerebbe che il tetto massimo di durata della prestazione richiesta ad un lavoratore a tempo determinato in base ad un unico contratto sia di 36 mesi, comprensivo di proroghe (art. 1, comma 1, primo capoverso, d.lgs. n. 368/2001), la durata massima è esclusa per i datori di lavoro che occupano fino a 5 dipendenti senza indicazione della tipologia contrattuale se a tempo indeterminato anche con apprendistato o anche a tempo determinato (art. 1, comma 1, terzo capoverso, d.lgs. n. 368/2001), con una formulazione così ampia («Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato») che sembra addirittura escludere le micro aziende anche dal regime della proroga (art. 4, d.lgs. n. 368/2001) e dalla disciplina dei contratti successivi (art. 5, d.lgs. n. 368/2001), creando un ulteriore fascia di non applicazione del d.lgs. n. 368/2001 e, quindi, di non applicazione della direttiva 1999/70/CE.

Su questa situazione di esclusione di categorie di imprese o di lavoratori dal campo di applicazione dell'accordo-quadro comunitario sul lavoro a tempo determinato, che ormai nell'ordinamento interno comincia a diventare la regola, la Corte di giustizia ha già avuto modo di pronunciarsi nel senso della totale incompatibilità con la direttiva 1999/70/CE nella sentenza *Land Tirol*

(⁶⁰), con conclusioni di chiarezza cristallina e con l'efficacia orizzontale del principio di non discriminazione, che anche le imprese private sono obbligate a rispettare.

Viceversa, la durata massima di 3 anni del contratto a tempo determinato nell'art. 4, comma 1, secondo capoverso, del d.lgs. n. 368/2001 («Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni») sembra riservata soltanto all'ipotesi di un rapporto a termine iniziale e successive proroghe, in contraddizione con l'art. 1, comma 1, terzo capoverso, del d.lgs. n. 368/2001. La circ. n. 13/2014 della Fondazione studi dei Consulenti del lavoro (⁶¹) parla di errore del legislatore nella mancata abrogazione, cioè di *lapsus calami*, e ne fa discendere le seguenti conseguenze: «Particolare attenzione va riservata all'ipotesi di avvio di contratti con individuazione del termine legato al verificarsi di uno specifico evento (termine indiretto). Infatti, questa scelta va ben ponderata poiché laddove l'evento dovesse spingersi oltre i 36 mesi potrebbe realizzare la nullità della clausola con conseguente conversione del contratto a tempo indeterminato».

In realtà, salvo l'ipotesi dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 per i contratti successivi con la sanzione della costituzione di un rapporto a tempo indeterminato al primo giorno successivo al superamento del termine di durata complessiva di 36 mesi, la sanzione della “conversione” per nullità parziale del contratto a termine non è prevista né nell'art. 1, comma 1, né nell'art. 4, (ormai) unico comma, del d.lgs. n. 368/2001, per cui o vi è la sanzione della insussistenza delle ragioni oggettive temporanee che giustificano il ricorso ad un rapporto eccezionale rispetto alla regola del contratto a tempo indeterminato, oppure le ipotesi sono prive di sanzioni.

Risulta, inoltre, che una lettura nel senso della a-causalità dei nuovi contratti a tempo determinato stipulati in base alle attuali disposizioni porta ad uno svuotamento dell'efficacia (già molto incerta nell'impiego privato) dello stesso art. 5, comma 4-*bis*, perché sarebbe possibile una precarietà senza limiti e ben oltre il limite massimo di 3 anni (che valeva e vale per un unico contratto a tempo determinato compresa la proroga o le proroghe) nel momento in cui, «indipendentemente dai numero dei rinnovi» (art. 4, comma 1, nel nuovo testo), il datore di lavoro potrebbe procedere “legittimamente”, in teoria, a tanti unici contratti a tempo determinato di durata massima di 3 anni,

(⁶⁰) C. giust. 22 aprile 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*, causa C-486/08.

(⁶¹) Confermata sul punto dalla circ. Min. lav. n. 18/2014, 11.

separati da un intervallo minimo di 20 (o 10) giorni l'uno dall'altro, per l'espletamento di mansioni non equivalenti con lo stesso lavoratore.

Peraltro, un errore di particolare gravità commesso da chi ha predisposto l'attuale riforma è quello di preoccuparsi della compatibilità comunitaria delle norme interne soltanto con riferimento alla clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro, e non anche con riferimento al successivo punto n. 2 della stessa clausola in combinato disposto con le misure preventive, svuotando anche il modello di riferimento della normativa irlandese dell'*Act* del 2003, in quanto, secondo la sentenza *Huet* (punto 37) la trasformazione di un contratto a tempo determinato in un contratto a tempo indeterminato non può essere considerata estranea all'ambito di applicazione della direttiva 1999/70/CE e rientra effettivamente nelle misure di prevenzione di cui alla clausola 5, punto 1, lett. *b*, dell'accordo-quadro.

Non basta, dunque, prevedere una misura preventiva tra le tre indicate nella clausola 5, n. 1, dell'accordo-quadro, ma occorre che vi sia una sanzione effettiva collegata al mancato rispetto di tale misura. Tale sanzione, trasformazione a tempo indeterminato o risarcimento dei danni, attualmente verrebbe meno nel nostro ordinamento, se si seguisse la tesi della a-causalità contrattuale.

Sotto questo profilo sacrosanta appare la richiesta di procedura di infrazione UE proposta il 15 luglio 2014 dalla Cgil in relazione alle gravissime violazioni della direttiva 1999/70/CE commesse dal legislatore della riforma urgente. Della denuncia sindacale si è lamentato il Ministro del lavoro Poletti.

Tuttavia, non va dimenticato che, con gli opportuni correttivi e i necessari aggiornamenti della giurisprudenza comunitaria, la richiesta della Cgil di attivare una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano ricalca, con uno spettro di azione maggiore perché riguarda l'intera disciplina del contratto a tempo determinato, la denuncia presentata alla Commissione europea il 14 settembre 2011 da Ichino (ed altri) «contro il dualismo del mercato del lavoro italiano». In particolare, nella precedente richiesta di procedura di infrazione si lamentava, giustamente, la mancanza delle tutele previste dal d.lgs. n. 368/2001 (e quindi la mancata attuazione parziale della direttiva 1999/70/CE) nei confronti dei lavoratori atipici, «cosiddetti para-subordinati o collaboratori».

È ben singolare, allora, che il denunciato dualismo tra lavoratori flessibili “tutelati” e lavoratori precari privi di protezione sociale venga risolto sul piano legislativo togliendo le tutele anche ai primi. Ma nell'Italia che guarda all'Europa con occhi spesso paludati da cataratte intellettuali può accadere anche questo.

19. Altro obiettivo del legislatore: tentato *favor* alle agenzie di somministrazione

Altro obiettivo del legislatore d'urgenza del 2014 nella presunta riforma liberalizzante della disciplina del contratto a tempo determinato è quello di tentare di favorire le agenzie di lavoro temporaneo e i contratti di somministrazione.

Si è già sottolineato⁽⁶²⁾ che con la riforma Fornero l'assimilazione tra lavoro alle dipendenze di "agenzie interinali" e lavoro a tempo determinato sui casi in cui non è necessaria la specificazione dei motivi e il contestuale aggravamento del costo del lavoro per chi assume a termine anche in somministrazione⁽⁶³⁾ costituisce una chiara indicazione per le imprese a privilegiare il contratto di somministrazione a tempo determinato, sia in un logica di risparmio sul costo del lavoro sia come maggiore opportunità di più rapido reinserimento dei lavoratori "svantaggiati", in particolare, dalla perdita del posto di lavoro per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo.

Sotto quest'ultimo profilo, anche il legislatore della riforma del 2014, generalizzando in apparenza l'uso dei contratti a tempo determinato a-causali anche per i rapporti di somministrazione a tempo determinato, ha tenuto conto dell'esistente, o, meglio, del dato oggettivo che non esista più (da molto tempo) un sistema pubblico dei servizi per l'impiego (né statale né regionale o locale) in grado di formare e riallocare chi intende accedere o reinserirsi nel mercato del lavoro. Le agenzie di lavoro interinale, al contrario, possiedono importanti risorse per la formazione professionale e possono mandare "in missione" a tempo determinato a costi competitivi (e comunque inferiori a quelli ordinari con assunzione diretta) per le aziende utilizzatrici soprattutto i lavoratori disoccupati con la dotazione personale dei vantaggi fiscali della mobilità.

In questo contesto, l'obiettivo dichiarato di incentivare l'uso del contratto a tempo determinato togliendo l'onere di specificazione delle ragioni oggettive temporanee è, dunque, in aperta contraddizione con il carattere più oneroso di

⁽⁶²⁾ Cfr. V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 48-49.

⁽⁶³⁾ Ovvero la maggiorazione contributiva dell'1,40% di cui all'art. 2, comma 28, della l. n. 92/2012, al di fuori delle ipotesi canoniche della sostituzione di personale o del lavoro stagionale o di quella *extra ordinem* di evasione contributiva "totale" *ope legis* per i precari pubblici, previste rispettivamente dalle lett. *a*, *b* e *d* del comma 29 dello stesso art. 2.

tutti i contratti a tempo determinato nella nuova formulazione delle condizioni di ammissibilità dei rapporti a termine, compresi quelli “genuini” per effettive ragioni sostitutive o stagionali.

Tuttavia, all’atto pratico anche il *favor* nei confronti delle agenzie interinali è stato costruito in modo pessimo sul piano normativo. Infatti, la l. di conversione n. 78/2014 con decorrenza dal 20 maggio 2014 ha disposto l’abrogazione dell’art. 4, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, e contestualmente ha previsto anche l’abrogazione dei primi due periodi dell’art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003.

In conseguenza, se pure (in parte) la disciplina del d.lgs. n. 276/2003 come novellata è stata privata di riferimenti testuali alle ragioni oggettive, anche per la somministrazione a tempo determinato si presentano le stesse problematiche di incoerenza e contraddizione che caratterizzano la materia del contratto a tempo determinato, proprio in relazione alla disposizione originaria di collegamento tra somministrazione a tempo determinato e contratto a tempo determinato, cioè l’art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, rimasto inalterato. Nella citata sentenza *Della Rocca* la Corte di giustizia ha recentemente precisato che la direttiva 1999/70/CE e l’accordo-quadro devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un’agenzia di lavoro interinale né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un’impresa utilizzatrice.

Viceversa, il legislatore nazionale ha continuato a proporre l’applicazione del d.lgs. n. 368/2001, salvo le eccezioni previste in materia di successione dei contratti, anche ai due contestuali rapporti di lavoro a termine con l’agenzia di lavoro temporaneo e con l’impresa utilizzatrice, al punto che il CCNL 19 dicembre 2012 attualmente vigente per i lavoratori in somministrazione delle agenzie per il lavoro all’art. 13 (*Assunzione e missione*), comma 3, conferma integralmente la previsione dell’art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003; mentre la disciplina della proroga, contenuta nell’art. 35 dello stesso CCNL, costituisce l’evidente archetipo dell’attuale testo dell’art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, con l’unica differenza del numero di proroghe (6 invece delle 5 previste per il contratto a tempo determinato, che però nell’originaria versione del d.l. n. 34/2014 erano addirittura 8).

D’altra parte, l’applicazione anche al lavoro alle dipendenze delle agenzie interinali dell’art. 1, comma 01, del d.lgs. n. 368/2001 e del rapporto (“ontologico”) regola/eccezione ⁽⁶⁴⁾ tra contratto a tempo indeterminato e le

⁽⁶⁴⁾ Sulla natura essenziale del termine apposto al contratto di lavoro subordinato, si vedano condivisibilmente le riflessioni di A. OLIVIERI, *La natura giuridica del termine nel contratto*

forme di lavoro flessibile rende abbastanza contraddittorio fino al ridicolo e, comunque, non aderente alla contrattazione collettiva di settore innanzi richiamata, lo sforzo di togliere ogni riferimento alle ragioni oggettive temporanee come causale giustificatrice del contratto di somministrazione a tempo determinato al fine di evitare l'ipotesi di somministrazione irregolare e la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice.

In tal senso, l'art. 27, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, continua a far riferimento alle ragioni giustificatrici dell'art. 20, comma 4, dello stesso decreto (che nel testo attuale non sono più specificate), salvo poi esplicitarne e pretenderne in sede giudiziale ancora la sussistenza nell'art. 27, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, rimasto invariato, così evitando anche l'abrogazione "implicita" di tutte le ipotesi in cui l'art. 20, commi 5-bis, 5-ter e 5-quater, del d.lgs. n. 276/2003 rimanda alle ragioni oggettive del quarto comma dello stesso articolo.

Anche l'art. 21, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 276/2003 è rimasto invariato, obbligando così l'utilizzatore ad individuare nel contratto di somministrazione a tempo determinato «i casi o le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui al comma 3 dell'articolo 20».

Nel caso del contratto di somministrazione a tempo determinato vi è l'aggravante che, avendo il legislatore d'urgenza eliminato ogni riferimento sia nell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 sia nell'art. 20, comma 4, primo capoverso, del d.lgs. n. 276/2003 alla "ordinaria attività" del datore di lavoro o dell'utilizzatore, le ragioni oggettive non potranno più avere quel carattere di temporaneità "moderata" che era stato puntualmente sottolineato dalla giurisprudenza di Cassazione nella citata sentenza n. 10033/2010, ma dovranno necessariamente essere eccezionali e imprevedibili.

Paradossale, poi, diventa l'applicazione del limite di contingentamento alle agenzie di lavoro, come datori di lavoro in caso di somministrazione a tempo determinato, paralizzandone di fatto la capacità operativa in base al combinato disposto dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 e dell'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, se non attraverso una più massiva utilizzazione di personale con somministrazione a tempo indeterminato oppure la costituzione di nuove agenzie di lavoro con organico permanente non superiore a 5

di lavoro: alcuni spunti di riflessione, in *RIDL*, 2010, n. 2, I, 367 ss. *Contra*, cfr. M. CASOLA, *Come è possibile abusare di contratti a termine legittimi?*, *ivi*, 2013, n. 3, 547 ss.

dipendenti (argomento *ex art.* 1, comma 1, terzo capoverso, d.lgs. n. 368/2001)⁽⁶⁵⁾.

Un'ultima notazione sul *favor* autolesionistico alle agenzie di lavoro temporaneo la si può riscontrare nella modifica, introdotta in sede di conversione del d.l. n. 34/2014, dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, per cui la circostanza che nel computo dei 36 mesi debba essere considerato un precedente periodo di missione rileva soltanto nel caso in cui si stia provvedendo ad avviare un nuovo contratto a tempo determinato e non viceversa.

Il nuovo intervento normativo corregge le modifiche introdotte dall'art. 1, comma 9, lett. *i*, della l. n. 92/2012, che aveva aggiunto alla fine del primo periodo dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 anche i periodi di "missione" (nell'ambito di contratti di somministrazione anche a tempo indeterminato stipulati ai sensi dell'art. 20, commi 3 e 4, del d.lgs. n. 276/2003, nonché i contratti di somministrazione a tempo determinato sottoscritti ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001) presso la stessa impresa utilizzatrice ai fini del computo del periodo massimo di 36 mesi con mansioni equivalenti, completando il processo di unificazione delle causali e delle tutele nell'assimilazione tra i due istituti contrattuali del contratto a termine "canonico" e della somministrazione a tempo determinato, prima della sentenza *Della Rocca* della Corte di giustizia.

Viceversa e in controtendenza rispetto al percorso di omogeneizzazione delle due discipline dei rapporti flessibili si era posto il Ministero del lavoro sia nella circ. n. 18/2012 sia nella risposta con nota del 19 ottobre 2012 all'interpello n. 32/12 formulato da Assolavoro, secondo cui il limite del periodo massimo dei 36 mesi alla stipulazione di rapporti "temporanei" nella nuova formulazione della riforma Fornero dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 valeva soltanto per i contratti a tempo determinato e non per il ricorso alla somministrazione a tempo determinato con lo stesso lavoratore, che poteva dunque essere effettuato anche successivamente al raggiungimento dei 36 mesi.

La nuova modifica dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 serve appunto ad avvalorare la tesi del Ministero (confermata ovviamente dalla circ. n. 18/2014), per cui la normativa sui contratti successivi non si applica a sanzionare l'abusivo utilizzo del contratto di somministrazione a tempo determinato nel rapporto tra lavoratore e impresa utilizzatrice.

⁽⁶⁵⁾ *Contra*, sul punto, la circ. Min. lav. n. 18/2014, cit., 14, ma con motivazione non convincente rispetto al dato letterale.

Tuttavia, tale modifica “chirurgica” non solo si pone in aperta contraddizione con il novello art. 1, comma 1, primo capoverso, dello stesso d.lgs. n. 368/2001, in cui ai fini delle condizioni di ammissibilità del termine contrattuale di durata non superiore a 36 mesi i periodi lavorativi di contratto a tempo determinato e di missione sono parificati (ma senza sanzione in caso di superamento), ma serve solo ad accentuare la necessità di sviluppare sulla sussistenza ontologica delle ragioni oggettive eccezionali e temporanee l’unica sanzione effettiva idonea ad evitare l’abusivo ricorso anche al rapporto di somministrazione a tempo determinato da parte delle imprese utilizzatrici.

20. Potrebbe essere tornata *in peius* la l. n. 230/1962

Si torna, dunque, incredibilmente, all’impianto della l. n. 230/1962 (d’altra parte, la sentenza *Fiamingo* ha riesumato le norme del codice della navigazione e, ritiene chi scrive, con un notevole senso di sarcastica censura per l’incapacità del legislatore interno), che dopo la sentenza *Sorge* della Corte di giustizia e la sentenza n. 107/2013 della Corte costituzionale sembrava ormai sepolta nel cimitero delle buone regole che non servono più (e non si sa mai perché).

Dovendo dar conto del contemperamento degli interessi tra le imprese che creano lavoro e i lavoratori che ne hanno disperato bisogno, senza che l’incontro tra la domanda e l’offerta debba essere risolto (e quindi rovinato o messo in crisi nella sua fisiologia) in sede contenziosa, occorrerà, pertanto, che le imprese private non ascoltino le sirene dei «semplificatori del mercato globale per interesse professionale personale» e facciano ricorso agli strumenti di flessibilità lavorativa come se nulla fosse modificato rispetto al passato (soprattutto rispetto al numero delle proroghe, che raramente potrebbero giustificare l’obiettivo temporaneità dell’impiego), anzi con maggiore e più attenta parsimonia per evitare la trappola della precarietà delle regole, che non ha mai risolto anzi ha sempre aggravato la instabilità del mercato del lavoro nazionale.

Una notazione particolare va fatta sulla disposizione (art. 1, comma 1, secondo capoverso, d.lgs. n. 368/2001), secondo cui il numero complessivo di contratti a termine non può eccedere il limite del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato, salvo le imprese che occupino fino a 5 dipendenti (art. 1, comma 1, terzo capoverso, d.lgs. n. 368/2001), che non hanno limiti di contingentamento; limite escluso anche per i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra istituti pubblici di ricerca (ennesima dimostrazione

che il d.lgs. n. 368/2001 si applica alle pubbliche amministrazioni ⁽⁶⁶⁾ in tutte le sue disposizioni, salvo i casi espressi di esclusione o di eccezione) ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa (art. 10, comma 5-*bis*, primo capoverso, d.lgs. n. 368/2001). La norma fa salva la possibilità con il richiamo dell'art. 10, comma 7, dello stesso decreto, che i sindacati comparativamente più rappresentativi individuino una diversa soglia massima di utilizzo attraverso le c.d. clausole di contingentamento contenute nei contratti collettivi.

Sulla disposizione in oggetto, che riprende aumentandolo il già elevato limite di contingentamento del 15% previsto dall'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001 per Poste italiane (comma 1-*bis* dell'art. 2) e per Alitalia e il settore aereo e aeroportuale (comma 1 dell'art. 2), si è favoleggiato dell'eccessività della pena prevista per il superamento di tale limite, una sanzione amministrativa di tenore esclusivamente pecuniario, calcolata sulla retribuzione corrisposta ai lavoratori a termine assunti in eccedenza (art. 5, comma 4-*septies*, d.lgs. n. 368/2001).

Si tratta, in realtà, di una sanzione assolutamente ineffettiva, atteso anche il breve arco temporale di “durata” delle nuove disposizioni prima del prossimo (diciottesimo) intervento normativo correttivo e/o integrativo e/o abrogativo. Infatti, innanzitutto, in sede di prima applicazione, il datore di lavoro è tenuto a rispettare tale soglia entro il 31 dicembre 2014, salvo che un contratto collettivo applicabile in azienda disponga una soglia o un termine più favorevole. In caso di violazione dei limiti sopra indicati, è fatto divieto al datore di lavoro di assumere lavoratori a termine (art. 2-*bis*, commi 2 e 3, d.l. n. 34/014), mentre la sanzione non si applica per i rapporti di lavoro instaurati precedentemente alla data di entrata in vigore del decreto-legge che comportino il superamento del limite di contingentamento (art. 1, comma 2-*ter*, d.l. n. 34/2014). In buona sostanza, fino al 31 dicembre 2014 i datori di lavoro non devono preoccuparsi della sanzione in caso di superamento del limite di contingentamento.

Inoltre, la possibilità di motivare, anche *ex post* (non essendo previsto l'obbligo di specificazione delle ragioni oggettive neanche per quelle di natura sostitutiva) ogni singolo contratto a tempo determinato con la causale delle

⁽⁶⁶⁾ *Contra*, N. NIGLIO, [La non applicabilità della nuova disciplina relativa al contratto di lavoro a tempo determinato causale nella pubblica amministrazione. Una prima riflessione sull'articolo 1 del decreto legge n. 34/2014 convertito nella legge n. 78/2014](#), in [LexItalia.it](#), 2014, n. 6.

“insindacabili” (in sede ispettiva) «ragioni sostitutive» (o stagionali), renderebbe superflua ogni ulteriore considerazione sul carattere canzonatorio e totalmente inefficace della sanzione economica a carico dell’impresa che abbia superato il limite del 20%, ma che possa giustificare (si ribadisce) anche *ex post* e in modo insindacabile che non aveva limiti di contingentamento da rispettare per la natura della causale sostitutiva o stagionale.

In ogni caso, qualcosa accadrà, considerando la cadenza semestrale delle modifiche e delle stravaganze normative *in subiecta materia*. Prima c’era il vero modello italo-tedesco, ora c’è il falso modello irlandese, domani si vedrà.

21. Conclusioni “temporanee”: il cantiere dei contratti flessibili è sempre aperto, ma vi è serio pericolo di crollo

In conclusione, la legislazione d’urgenza “irlandese” del d.l. n. 34/2014, adottando nelle intenzioni (e non nelle disposizioni modificate) la soluzione dei contratti a-causali senza nessuna misura preventiva effettiva idonea ad intervenire e sanzionare gli abusi contrattuali, si pone in diretto contrasto con la scelta di regolamentazione dei contratti a termine di prevalenza della causalità necessaria delle ragioni oggettive temporanee sin dal primo ed eventualmente unico rapporto, operata nel Paese europeo concordemente considerato il più avanzato in termini di crescita economica, trasparenza nelle scelte normative ed efficienza dei risultati del rapporto tra la flessibilità equilibrata in entrata per esigenze temporanee e la stabilità lavorativa per fabbisogno organico di personale: la Germania.

Il Governo italiano, come ha già manifestato nelle osservazioni scritte sul lavoro marittimo, ritiene di avere le mani libere per esercitare la discrezionalità legislativa in un momento di gravissima crisi economica e sociale, per cui le direttive sociali europee possono essere applicate soltanto se non danneggiano gli interessi nazionali o, più concretamente, gli interessi dello Stato e delle sue clientele, pubbliche e private. Probabilmente è questo atteggiamento che ha provocato o comunque ingigantito la crisi economica, che è soprattutto crisi etica.

In ogni caso, il cantiere sempre aperto della flessibilità in entrata nel mercato del lavoro nazionale comincia ad essere estremamente pericolante, privo com’è di qualsiasi giustificazione nella Carta costituzionale, nella direttiva 1999/70/CE e nei principi fondamentali del diritto del lavoro, tra i quali vi è

ancora quello dello stabilità dell'impiego subordinato ⁽⁶⁷⁾ come principale volano della ricchezza organizzativa e della crescita economica dell'impresa, oltre che strumento cardine di realizzazione e salvaguardia della dignità del lavoratore e del conseguente suo diritto di assicurare, con la crescita professionale e personale, una vita libera per sé e per la propria famiglia.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. F. CARINCI, *Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico)*, in *ADL*, 2014, n. 3, I, 655 ss.; G. IANNIRUBERTO, *Quale futuro per il contratto a tempo indeterminato?*, ivi, n. 2, I, 352 ss. Gli AA. si interrogano sulla sopravvivenza stessa del modello del contratto a tempo indeterminato, dopo il tentativo di equiparazione sul piano legislativo con il rapporto a tempo determinato.

La difficile convivenza della legge e della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato

di Cristina Alessi

1. Il ruolo della legge e della contrattazione collettiva nella regolazione della flessibilità dopo il d.l. n. 34/2014

La riforma della disciplina del contratto a tempo determinato introdotta con il d.l. n. 34/2014 modifica radicalmente il modello di flessibilità accolto nel nostro ordinamento a partire dalla l. n. 230/1962. Da un sistema centrato sulla previsione di causali giustificative per la legittima stipulazione di contratti a tempo determinato si passa alla generalizzazione della c.d. “a-causalità”, affidando il contenimento del ricorso al contratto a termine alla fissazione di limiti numerici e di durata ⁽¹⁾. Si tratta di un mutamento di non poco conto, che sottrae spazio al controllo sull’utilizzo della flessibilità e lo limita alla verifica del rispetto delle soglie numeriche stabilite dalla legge.

Il paradigma è dunque profondamente mutato. Anche a non voler ammettere che la riforma consenta una perfetta alternatività tra contratto a termine e contratto a tempo determinato ⁽²⁾, non si può non valutare l’intervento del

⁽¹⁾ Per questi profili si veda il saggio di P. ALBI, *Le modifiche al contratto a termine*, in questo volume.

⁽²⁾ Come preconizzava già prima del d.lgs. n. 368/2001 L. MONTUSCHI, *L’evoluzione del contratto a termine. Dalla subalternità all’alternatività: un modello per il lavoro*, in M. MAGNANI (a cura di), *Il lavoro a termine*, Utet, 2000, 9 ss. Secondo parte della dottrina, la nuova disciplina non avrebbe fatto venir meno il rapporto normalità/eccezionalità tra tempo indeterminato e tempo determinato. In questo senso si veda M. MAGNANI, [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 212, spec. 5 ss.; L. MENGHINI, *La nuova disciplina*

legislatore come la maggiore concessione alle esigenze di flessibilità delle imprese dalla l. n. 230/1962 ad oggi.

Una simile apertura incide anche sul rapporto tra legge e contrattazione collettiva nella gestione della flessibilità. Non pare azzardato sostenere che la legge si riprende il ruolo di principale strumento di governo della flessibilità che negli anni Ottanta era stato, invece, affidato alla contrattazione collettiva, attraverso l'attribuzione ad essa della funzione che Massimo D'Antona aveva definito "autorizzatoria", descrivendola come terzo effetto del contratto collettivo⁽³⁾. Non c'è dubbio, insomma, che la contrattazione collettiva abbia oggi un ruolo molto limitato nella disciplina del contratto a termine e della somministrazione⁽⁴⁾ e che la legge abbia in qualche misura smesso di incentivare il datore di lavoro ad applicare il contratto collettivo, a pena dell'impossibilità di usufruire di dosi di flessibilità ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge.

La conclusione si può comprendere se si riflette sull'evoluzione della disciplina del contratto a tempo determinato – in verità, lo stesso discorso potrebbe essere svolto in relazione al lavoro interinale, prima, e alla somministrazione di lavoro, poi⁽⁵⁾. Nel sistema centrato sulla l. n. 230/1962 e sulla l. n. 56/1987, la possibilità di stipulare contratti a tempo determinato in una gamma di ipotesi più ampia di quella stabilita dalla legge era consentita ai datori di lavoro a patto che applicassero un contratto collettivo che, per l'appunto, individuasse dette ipotesi aggiuntive, anche di carattere soggettivo, come la giurisprudenza non ha tardato a riconoscere⁽⁶⁾. Lo scambio, in questo

del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria, di prossima pubblicazione in *ADL*, 10 del dattiloscritto. In senso contrario si veda M.V. BALLESTRERO, *Così si scambia l'eccezione con la regola*, in *LavoroWelfare*, 2014, n. 4, 13 ss.; V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, ivi, 30 ss.; E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, 2014, n. 5, 434 ss.; F. CARINCI, *Il diritto del lavoro che verrà (in occasione del congedo accademico di un amico)*, Working Paper ADAPT, 2014, n. 158, 10.

⁽³⁾ L'effetto terzo, secondo Massimo D'Antona, è diverso sia dall'efficacia normativa che da quella obbligatoria e consiste nell'«effetto costitutivo della legittimazione negoziale *ad hoc* richiesta per la valida instaurazione del rapporto di lavoro flessibile»: così M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, 531 ss.

⁽⁴⁾ Di "grande assente" parla, condivisibilmente, P. ALBI, *op. cit.*

⁽⁵⁾ La disciplina delle due tipologie contrattuali ha seguito infatti percorsi analoghi, anche dal punto di vista del ruolo della contrattazione collettiva, dal momento che entrambe sono volte sostanzialmente a soddisfare le medesime esigenze organizzative e produttive.

⁽⁶⁾ Si veda, tra le molte, Cass. ord. 15 ottobre 2011, n. 21355, in *GD*, 2012, n. 5, 40; Cass. 14 aprile 2005, n. 7745, in *GC*, 2006, n. 1, I, 159 ss.; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17674, in *MGL*,

caso, era tra maggiore flessibilità e applicazione del contratto collettivo, ma ciò che più importava era l'attribuzione all'autonomia collettiva di un «ruolo centrale nel governo della flessibilità in entrata», che comportava il riconoscimento alla stessa di una funzione di governo del mercato del lavoro ⁽⁷⁾.

Il sistema così delineato ha cominciato a incrinarsi con il d.lgs. n. 368/2001; la previsione di una clausola generale per la legittima apposizione del termine ha sottratto alla contrattazione collettiva la funzione autorizzatoria (se non, per l'appunto, per le ipotesi soggettive), attribuendole però il ruolo di controllo sulle quote di flessibilità legittimamente utilizzabili dal datore di lavoro, attraverso le clausole di contingentamento ⁽⁸⁾. In questa prospettiva, si poteva sostenere, come ha fatto parte della dottrina, che la legge consentisse ai soli datori di lavoro che applicassero il contratto collettivo il ricorso al contratto a tempo determinato ⁽⁹⁾.

La riforma Fornero aggiunge un tassello a questo complesso mosaico, consentendo ai datori di lavoro di stipulare un primo contratto a termine non subordinato alla presenza di ragioni giustificative, ma di durata limitata a un anno, con la possibilità per la contrattazione collettiva di individuare ulteriori ipotesi di a-causalità (o, meglio, di irrilevanza delle ragioni giustificative ai

2003, n. 3, 139 ss.; nella giurisprudenza di merito, per un'articolata ricostruzione della funzione della contrattazione collettiva in materia si veda App. Firenze 11 luglio 2006, n. 959, in *RGL*, 2007, n. 3, II, 459 ss., con commento di L. MENGHINI, *Contratto a termine, sue finalità, costituzione, contrattazione collettiva e poteri del giudice*.

⁽⁷⁾ In questo senso M. RANIERI, *Disciplina del contratto a termine e ruolo della contrattazione collettiva*, in *DLM*, 2006, n. 2, 339; si veda anche P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, ES, 2013, 26 ss.; G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, 2010, 124 ss.; S. GIUBBONI, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *RGL*, 2002, n. 3, spec. 507 ss.

⁽⁸⁾ M. RANIERI, *op. cit.*, 345 ss., sottolinea come la perdita del potere di individuare nuove ipotesi di legittima apposizione del termine sia solo parzialmente compensata dalle ulteriori funzioni previste dalla legge (tra le quali l'individuazione delle quote di contingentamento); di marginalizzazione del ruolo della contrattazione collettiva parla anche S. GIUBBONI, *op. cit.*, 515; giudizio nettamente (e condivisibilmente) negativo è anche quello di A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in AA.VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002*, Giuffrè, 2003, 128, e di P. CAMPANELLA, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine*, *ivi*, 597 ss.

⁽⁹⁾ In questo senso 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*, Giappichelli, 2003, 96 ss.; L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, *cit.*, 4 ss. del dattiloscritto.

fini dell'apposizione del termine) ⁽¹⁰⁾. Tra l'altro, l'originaria previsione della riforma Fornero, secondo la quale la contrattazione collettiva poteva autorizzare il ricorso del datore di lavoro al contratto «*fintamente* acausale» ⁽¹¹⁾ in una serie predeterminata di ipotesi, è stata modificata dal d.l. n. 76/2013 nel senso di restituire alle parti sociali il potere pieno di negoziare l'ampliamento dei margini di flessibilità stabiliti dalla legge ⁽¹²⁾. La previsione, come si è avuto già modo di osservare, si ricollega al modello della c.d. flessibilità negoziata utilizzato a partire dagli anni Ottanta, nel quale la legge rinvia alla contrattazione collettiva in funzione di integrazione della disciplina legale ⁽¹³⁾.

Nelle disposizioni della l. n. 92/2012, come modificata dal d.l. n. 76/2013, la funzione autorizzatoria torna cioè a far capolino, almeno per quanto riguarda il contratto a-causale; detta funzione, unita alle clausole di contingentamento, consente pur sempre il mantenimento alla contrattazione collettiva di un ruolo importante nella gestione della flessibilità *ulteriore* rispetto a quella garantita dalla sola applicazione delle norme di legge ⁽¹⁴⁾. A ciò si aggiunga che, sempre nel medesimo sistema, la contrattazione collettiva avrebbe potuto prevedere anche un termine di durata del contratto a-causale superiore a 12 mesi, il che contribuiva a incentivare l'intervento contrattuale in materia di flessibilità ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁾ In realtà, come ho cercato di sostenere in altra sede, nelle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva ai sensi della l. n. 92/2012 non si può parlare di a-causalità in senso stretto, dal momento che il giudice, ai fini della verifica dei presupposti di applicazione della legge, deve pur sempre verificare se sussistano le suddette ipotesi. Sul punto rinvio a C. ALESSI, [Le modifiche in tema di lavoro a termine nel "decreto lavoro": alcune osservazioni in tema di "acausalità" e proroga del contratto](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2013, n. 188, 10 ss.

⁽¹¹⁾ Così lo definisce R. VOZA, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 81.

⁽¹²⁾ C. ALESSI, *op. cit.*, 13.

⁽¹³⁾ Su questi profili si veda la sintesi di G.M. MONDA, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto a tempo determinato*, in G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, 2008, 271 ss.

⁽¹⁴⁾ Sul punto si veda V. SPEZIALE, [La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2012, n. 153, 13, che segnala la portata innovativa della previsione, dal momento che consente alla contrattazione collettiva di integrare l'autonomia individuale. Nello stesso senso L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 8 ss. del dattiloscritto.

⁽¹⁵⁾ In questo senso R. VOZA, *op. cit.*, 82, e V. SPEZIALE, [La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92](#), cit., 15; *contra*, V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo*

Le modifiche al lavoro a termine introdotte dal d.l. n. 34/2014, invece, restituiscono alla legge il ruolo di gestione della flessibilità, sminuendo quello della contrattazione collettiva e, in particolare, consentendo al datore di lavoro di usufruire di massicce dosi di flessibilità *a prescindere* dall'applicazione del contratto collettivo. Nei limiti (ampi) disegnati dall'art. 1, comma 1, e dall'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001, insomma, il datore di lavoro può ricorrere al contratto a termine senza dover passare attraverso l'applicazione della disciplina contrattuale collettiva.

Nel contempo, la contrattazione collettiva si vede sottratto il ruolo che fino alla riforma Fornero, in misura più o meno importante, le era comunque concesso e che si è appena cercato di delineare. È vero che detta funzione aveva perso molta della sua importanza con il d.lgs. n. 368/2001, attraverso la previsione di una causale giustificativa di carattere generale; ma le ipotesi previste dai contratti collettivi funzionavano come presunzioni (semplici) di ricorrenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive richieste dalla legge, per il contratto a termine "causale", e potevano autorizzare il datore di lavoro a ricorrere al contratto "a-causale" con maggiore ampiezza rispetto a quanto stabiliva la riforma Fornero, come modificata poi dal d.l. n. 76/2013. Le previsioni più recenti in materia di flessibilità, insomma, sembrano confermare l'idea secondo cui a cambiare sia l'atteggiamento del legislatore rispetto al ruolo delle parti sociali e della contrattazione collettiva nella regolazione del mercato del lavoro, atteggiamento che è passato dall'aperto sostegno degli anni Ottanta a quello di una diffidenza fondata sulla (pretesa) scarsa idoneità del metodo negoziale a realizzare gli obiettivi di promozione dell'occupazione e di gestione equilibrata della flessibilità⁽¹⁶⁾. Insomma, pare pienamente condivisibile il giudizio per il quale «la c.d. gestione consensuale del mercato del lavoro dà l'impressione di non passarsela troppo bene»⁽¹⁷⁾.

La conferma di questo atteggiamento si coglie proprio nella regolazione del contratto a termine, il principale strumento di flessibilità del lavoro e il contratto di gran lunga più utilizzato in funzione di primo inserimento nel mercato del lavoro⁽¹⁸⁾. Oggi la contrattazione collettiva può semplicemente individuare i limiti percentuali massimi di ricorso al contratto a tempo

determinato, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Giappichelli, 2013, 50 ss.

⁽¹⁶⁾ Sul punto rinvio a C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, 97 ss.

⁽¹⁷⁾ Così F. CARINCI, *op. cit.*, 13.

⁽¹⁸⁾ Le statistiche disponibili circa i flussi occupazionali dimostrano come la maggior parte delle prime assunzioni (circa il 70%) avvenga con un contratto di lavoro a tempo determinato. Si veda ISTAT, [Rapporto annuale 2014. La situazione del Paese](#), spec. 87 ss.

determinato e ciò *a partire* dal limite del 20% stabilito dalla legge. Sulla portata di questa previsione si tornerà a breve; per il momento di può sottolineare come essa costituisca una limitazione importante al ruolo della contrattazione collettiva, se si pone mente al fatto che, nella maggior parte dei casi, i contratti collettivi fissavano già percentuali inferiori o pari a quella ora stabilita dalla legge ⁽¹⁹⁾. Una simile norma toglie inoltre al sindacato una delle carte principali da giocare sul tavolo della contrattazione, quella cioè dell'incremento delle dosi di flessibilità utilizzabili dal datore di lavoro. La fissazione della soglia legale ad una percentuale piuttosto elevata rende sostanzialmente privo di interesse, dal punto di vista dei datori di lavoro, l'accordo con il sindacato sulla gestione della flessibilità, se non nelle ipotesi in cui detta percentuale sia considerata insufficiente per le esigenze di un dato settore produttivo; si tenga conto, inoltre, che sul rinvio alla contrattazione collettiva continua a pesare come un macigno il fatto che in un numero considerevole di ipotesi è prevista direttamente dalla legge l'esclusione dai limiti numerici ⁽²⁰⁾ (*ex art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001*, alle quali si aggiungono i casi oggi disciplinati dal comma *5-bis* del medesimo articolo) ⁽²¹⁾. Lo stesso discorso può essere fatto per il tetto massimo di 36 mesi di durata del singolo contratto a termine (nell'ambito dei quali sono consentite ben 5 proroghe), che è così ampio da rendere poco interessante un intervento contrattuale volto ad elevarlo. Semmai, il ruolo della contrattazione collettiva può essere utile per la modifica del tetto di 36 mesi complessivi, previsto

⁽¹⁹⁾ Sulla contrattazione collettiva in materia di contratto a termine prima del d.l. n. 34/2014 si veda M. LOZITO, [Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, part-time e apprendistato professionalizzante](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2013, n. 186, 4 ss.; I. SENATORI, *Gli orientamenti della contrattazione collettiva sul lavoro a termine*, in *DRI*, 2006, n. 1, 231 ss.; R. CASILLO, *I contenuti della contrattazione collettiva sul contratto a tempo determinato*, in G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, 297 ss.; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine alla prova dei contratti collettivi*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014, 22 ss.

⁽²⁰⁾ In questi casi la funzione della legge è proprio quella di delimitare precisamente gli spazi di intervento della contrattazione, in modo da rendere incompressibili gli spazi di flessibilità riconosciuti al datore di lavoro: in questo senso L. ZAPPALÀ, *La tutela della persona nel lavoro a termine. Modelli di regolazione e tecniche di regolamentazione al tempo della Flexicurity*, Giappichelli, 2012, 62 ss.

⁽²¹⁾ La previsione, inserita nel d.l. n. 34/2014 dalla legge di conversione, esclude dall'applicazione del limite percentuale i contratti a termine stipulati tra istituti pubblici o enti privati di ricerca e «lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa».

dall'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, in relazione ai contratti a termine stipulati tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore per lo svolgimento di mansioni equivalenti. L'esperienza finora maturata dimostra che di detta possibilità è stato fatto un uso importante, anche a livello aziendale, talvolta sulla base di accordi stipulati ai sensi dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011 ⁽²²⁾. Sul punto si tornerà più avanti; per ora è sufficiente osservare come la disciplina legale, sia pure spronata dalla finalità di promozione dell'occupazione che accompagna ormai come un *mantra* le riforme degli ultimi anni, abbia finito per lasciare alla contrattazione collettiva il solo ruolo di controllo numerico della flessibilità, peraltro non necessario ai fini della possibilità di accesso da parte dei datori di lavoro alla flessibilità offerta dal contratto a termine.

2. Contrattazione collettiva e clausole di contingentamento

Come si è visto, l'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 fissa al 20% dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione il limite al numero di contratti a tempo determinato attivabili dal datore di lavoro. La previsione, tuttavia, fa salvo quanto stabilito dall'art. 10, comma 7, del medesimo decreto legislativo, a mente del quale «l'individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi».

La lettura combinata delle due norme potrebbe far pensare che il limite del 20% intervenga, in funzione suppletiva, solo ove la contrattazione collettiva non preveda nulla, oppure operi nelle ipotesi in cui il datore di lavoro non applichi alcun contratto collettivo. Si tratta cioè di un rinvio pieno alla fonte collettiva ⁽²³⁾, che potrà dunque fissare un limite più o meno ampio a seconda dei settori produttivi interessati, ma che non condiziona l'applicabilità della rinnovata disciplina del lavoro a tempo determinato, come avveniva in passato. Il tenore della previsione fa pensare, quindi, che i contratti collettivi

⁽²²⁾ Una rassegna, sia pure parziale, della contrattazione collettiva in materia può essere consultata sul sito dell'*Osservatorio trentino Diritti sociali del lavoro*, www.dirittisocialitrentino.it; sull'utilizzo dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, per la deroga alla disciplina legale in materia di lavoro a tempo determinato sia consentito il rinvio a C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, cit., 37 ss.; si veda anche P. SARACINI, *op. cit.*, 144 ss.

⁽²³⁾ Di rinvio "dinamico" parlano M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 24.

possano prevedere un limite diverso, più o meno elevato del 20% stabilito dall'art. 1, comma 1⁽²⁴⁾; a ragionare diversamente, invero, si dovrebbe concludere che anche questo profilo di disciplina è sottratto alla libera disponibilità delle parti collettive, con una riduzione (ulteriore) dello spazio lasciato alla regolazione negoziale. In tal senso mi sembra anche di doversi concludere alla luce delle previsioni transitorie inserite in sede di conversione dalla l. n. 78/2014, in particolare l'art. 2-*bis*, comma 2, della stessa legge⁽²⁵⁾. Riservandoci di tornare sulla questione, per ora si può segnalare come quella norma, sia pure mal formulata, sia pensata proprio per mantenere ferma l'efficacia delle clausole di contingentamento stabilite dalla contrattazione collettiva precedente.

Quanto al livello contrattuale interessato, sembra doversi concludere che le clausole di contingentamento possano essere definite solo dal contratto nazionale, come si ricava chiaramente dalla lettera della legge⁽²⁶⁾. La limitazione si spiega in relazione alla funzione di controllo della flessibilità (quel poco che ne resta, naturalmente) che la legge, coerentemente, affida qui al livello più elevato di contrattazione collettiva, che può esercitarlo anche attraverso la fissazione "in misura non uniforme" di percentuali massime di utilizzo del contratto a termine. Non sembra invece accettabile la posizione che ritiene di poter superare la lettera della legge attraverso il riferimento alla "prassi delle relazioni industriali" dalla quale emergerebbe una "titolarità di fatto" dell'istituto da parte della contrattazione aziendale⁽²⁷⁾. Si può ammettere, invece, che la fissazione a livello aziendale di una percentuale diversa possa essere oggetto di un rinvio da parte del livello nazionale di contrattazione⁽²⁸⁾, entro i parametri stabiliti dalla stessa previsione di rinvio. La conclusione è confortata, oltre che dalla lettera della legge, dalla funzione che la clausola di contingentamento assume nel nuovo quadro normativo, di

⁽²⁴⁾ In questo senso si esprime la circ. Min. lav. 30 luglio 2014, n. 18. *Contra*, E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 435 ss., che ritiene che tra i due limiti (quello legale e quello contrattuale) debba essere osservato il più rigoroso.

⁽²⁵⁾ Che invece E. GRAGNOLI, *op. cit.*, considera una conferma della insuperabilità del tetto del 20% da parte dei contratti collettivi.

⁽²⁶⁾ In questo senso si esprime anche la circ. Min. lav. n. 18/2014, cit., secondo la quale la contrattazione collettiva aziendale o territoriale è abilitata a disciplinare esclusivamente il regime transitorio, sicché, «al termine dello stesso, troveranno applicazione i limiti alla stipulazione di contratti a termine previsti o direttamente dal Legislatore o dalla contrattazione di livello nazionale».

⁽²⁷⁾ Così M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 26.

⁽²⁸⁾ In questo senso, in relazione all'analoga previsione (ora abrogata) introdotta dalla riforma Fornero, T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, n. 137, 24 ss. Di delega alla contrattazione di secondo livello parla anche la circ. Min. lav. n. 18/2014, cit.

unico (vero) limite alla stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato. In un sistema, cioè, in cui l'apposizione del termine al contratto di lavoro è ormai totalmente svincolata dalla ricorrenza di una causale giustificativa di carattere oggettivo o soggettivo, il limite percentuale ha la funzione di garantire che il contratto a tempo indeterminato continui ad essere la “forma comune” di rapporto di lavoro, secondo quanto prevede il comma 01 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 e, ancor prima, la direttiva 99/70/CE ⁽²⁹⁾. Si può sostenere, come la dottrina più recente ⁽³⁰⁾, che l'a-causalità generalizzata del contratto a termine non abbia condotto a una perfetta alternatività con il contratto a tempo indeterminato solo a patto che il limite numerico sia stabilito direttamente dalla legge o da questa affidato ad una fonte analoga, che ne garantisca la possibilità di controllo e la sanzionabilità in caso di inosservanza. Questo spiega perché, a differenza di quanto avveniva in passato, la legge preveda una percentuale che si applica anche là dove il contratto collettivo non preveda nulla in materia. Su un punto così delicato, insomma, occorre che la regolamentazione sia uniforme e l'eventuale modifica della regola generale controllabile, il che può essere garantito solo dal livello nazionale di contrattazione collettiva ⁽³¹⁾. Nel sistema precedente, nel quale il carattere “eccezionale” del lavoro a termine era garantito dalla richiesta di una causale giustificativa di carattere temporaneo e dalla combinazione di detta causale con i limiti numerico/temporali stabiliti dalla legge, si poteva forse ammettere una maggiore possibilità di flessibilizzazione della percentuale di contingentamento. Oggi, com'è evidente, la questione si pone in termini molto diversi, proprio perché il limite percentuale *sostituisce* la causale giustificativa. È alla luce di queste osservazioni che si deve affrontare anche la questione relativa alla possibile deroga al limite numerico da parte della contrattazione aziendale *ex art. 8, d.l. n. 138/2011*. Com'è noto, la previsione in parola consente alla contrattazione aziendale di derogare a norme di legge e di

⁽²⁹⁾ Sul significato della previsione, contenuta nel preambolo della direttiva 99/70/CE, si veda L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 144 ss., secondo la quale il principio vincola «i legislatori nazionali ad adottare regolamentazioni che, pur con modalità diversificate, garantiscano il risultato ultimo di mantenere il lavoro a termine nell'alveo di una sfera limitata, che non intacca la permanente centralità del lavoro stabile». Si veda anche P. SARACINI, *op. cit.*, 78 ss.

⁽³⁰⁾ In questo senso M. MAGNANI, [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), cit., 5 ss.

⁽³¹⁾ Ritengono invece che la materia dei limiti quantitativi di utilizzo del contratto a termine dovrebbe essere trattata a livello aziendale, d'intesa con le strutture territoriali dei sindacati comparativamente più rappresentativi, P. FONTANA, F. FONZO, G. PROIA, A. MARESCA, *Priorità assoluta: creare nuove occasioni di lavoro*, in [LavoroWelfare, 2014, n. 4](#), 20; si veda anche P. ALBI, *op. cit.*

contratto collettivo alle condizioni e per le finalità stabilite dalla medesima norma ⁽³²⁾. In particolare, per quanto di interesse in questa sede, i contratti di prossimità possono avere ad oggetto, ai sensi della lett. c dell'art. 8, i contratti a termine e le altre tipologie flessibili di contratti di lavoro ⁽³³⁾. Quanto alla sussistenza delle finalità di cui al primo comma della medesima norma, si può solo osservare che si tratta di obiettivi facilmente individuabili nell'apertura di maggiori possibilità di assunzione a termine: si pensi allo scopo di conseguire una "maggiore occupazione" o di "gestione delle crisi aziendali e occupazionali", o all'avvio di nuove attività. Del resto, che la finalizzazione a una delle ragioni individuate dall'art. 8, comma 1, non possa costituire un serio limite alla conclusione di contratti aziendali in deroga, immediatamente segnalata dalla dottrina ⁽³⁴⁾, è stato ampiamente dimostrato dalla prassi applicativa.

Il problema diviene, a questo punto, quello di comprendere se i contratti di prossimità possano derogare anche al limite percentuale di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, visto che, come si è detto, la legge affida al contratto nazionale il controllo del ricorso alla flessibilità. Qualche dubbio in proposito potrebbe porsi proprio perché la legge, come si è visto, consente alla contrattazione collettiva nazionale di introdurre una previsione diversa rispetto al fatidico limite del 20%, anche attraverso un rinvio (controllato) al contratto aziendale. Per definizione, tuttavia, un'intesa di prossimità di muoverebbe al di fuori di questo ambito, impedendo il controllo sul ricorso al contratto a

⁽³²⁾ La bibliografia sull'argomento è molto ampia. Si veda, tra i molti, A. PERULLI, V. SPEZIALE, [L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2011, n. 132; F. CARINCI, [Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2011, n. 133; E. ALES, *Dal caso FIAT al "caso Italia". Il diritto del lavoro "di prossimità", le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *DRI*, 2011, n. 3, 1061 ss.; V. BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, 2012, spec. 137 ss.

⁽³³⁾ In generale, sulle possibili deroghe ex art. 8, d. l. 138/2011, alla disciplina del contratto a termine si veda L. MENGHINI, *Contratti a termine*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsos, 2012, 433 ss.

⁽³⁴⁾ Secondo A. PERULLI, V. SPEZIALE, *op. cit.*, 42, la genericità e l'indeterminatezza dei concetti espressi dalla legge potrebbero indurre il giudice a non effettuare alcun controllo sulla sussistenza delle finalità previste dalla norma; si veda anche G. FERRARO, [Il contratto collettivo oggi dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2011, n. 129, 21.

termine all'interno dei limiti stabiliti a livello nazionale ⁽³⁵⁾. E ciò appare tanto più problematico in un sistema in cui, come si è detto, non vi sia alcun altro filtro che valga a mantenere fermo il principio della normalità del contratto a tempo indeterminato. Né può obiettarsi a questa ricostruzione che nel sistema precedente, in fin dei conti, la contrattazione aziendale poteva introdurre ulteriori ipotesi di apposizione del termine, sicché, mutando il paradigma regolativo con il passaggio dal sistema causale a quello numerico, oggi la fissazione della percentuale di contingentamento ha la stessa funzione che avevano in passato le ragioni "tecniche, organizzative, produttive e sostitutive" ⁽³⁶⁾. Una simile osservazione non tiene conto che nel modello "causale" la limitazione del ricorso al contratto a termine era ottenuta attraverso la combinazione di una pluralità di limiti: le ragioni tecnico-organizzative, la temporaneità delle stesse e i limiti numerici. E anche in quel sistema la possibilità per la contrattazione aziendale di intervenire sulle causali era comunque vincolata al rispetto della percentuale stabilita dal contratto nazionale ⁽³⁷⁾. Nel modello numerico di controllo della flessibilità, consentire una modifica incontrollata (e incontrollabile) della percentuale di contingentamento, magari modificata di volta in volta a seconda delle esigenze produttive, non appare conforme al principio generale espresso dall'art. 1, comma 01, da un lato, e rischia di porsi in contrasto con la direttiva comunitaria 1999/70/CE, così come interpretata dalla Corte di giustizia, che ha spesso sottolineato come il lavoro a tempo indeterminato costituisca uno strumento portante della tutela dei lavoratori ⁽³⁸⁾, fino ad elevare a principio del diritto comunitario «l'affermazione della persistente centralità del contratto a tempo indeterminato» ⁽³⁹⁾.

⁽³⁵⁾ Secondo L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 68 ss., la regolamentazione del lavoro a termine può certamente avvenire a più livelli, ma sulla base di un sistema di principi e di valori condivisi, tra i quali spicca la centralità del lavoro a tempo determinato.

⁽³⁶⁾ Sul tetto del 20% come unico limite alla stipulazione del contratto a termine si veda anche G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro](#), Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 220, 6 ss.

⁽³⁷⁾ In tal senso disponeva l'art. 23 della l. n. 56/1987. Sul punto si veda G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [In attesa della nuova riforma: una rilettura del lavoro a termine](#), ADAPT University Press, 2013, spec. 13 ss.

⁽³⁸⁾ Sul punto si veda C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, cit., spec. 157 ss.

⁽³⁹⁾ Così L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, 141; si veda anche la ricostruzione di P. SARACINI, *op. cit.*, 87 ss., e la giurisprudenza ivi citata.

3. Gli ulteriori rinvii alla contrattazione collettiva

La contrattazione collettiva mantiene la possibilità di intervenire sulla disciplina del contratto a termine nelle ulteriori ipotesi previste dal d.lgs. n. 368/2001, che non sono state formalmente intaccate dalla riforma di cui al d.l. n. 34/2014. Tuttavia, come si è osservato in precedenza, buona parte dell'appeal dei rinvii alla disciplina contrattuale è ridimensionata dall'apertura del legislatore alla massima flessibilità possibile nell'utilizzo del lavoro temporaneo. Insomma, pur non essendovi novità di rilievo per quanto riguarda gli altri rinvii alla contrattazione collettiva, è però chiaro che essi devono essere guardati da una diversa prospettiva, condizionata dal mutamento del modello di regolazione del lavoro a tempo determinato. Quel che si vuol dire è che dalla lettura complessiva della disciplina neo-riformata (transitoriamente?)⁽⁴⁰⁾ emerge un ruolo delle parti sociali estremamente limitato e tutto centrato sul controllo delle soglie numeriche di accesso alla flessibilità. A ben vedere, infatti, nel modello di regolazione "causale" poteva leggersi, in filigrana, anche l'idea che nella gestione dell'organizzazione del lavoro vi potessero anche essere scelte condivise tra le parti sociali: in fondo, l'aggiunta di ulteriori ipotesi di ricorso al contratto a termine avrebbe dovuto collocarsi proprio in questa prospettiva. È vero che questo potrebbe verificarsi anche nel modello "numerico", se la trattativa sulle percentuali si accompagna alla discussione delle esigenze ad esse sottese; ma si tratta di un esito non incentivato dalla legge.

Uno sguardo ai rinvii alla contrattazione collettiva non toccati dalla riforma rafforza questa impressione. Si tratta di ipotesi diverse, nelle quali il rinvio è diretto a volte esclusivamente al livello nazionale di contrattazione, altre volte invece la previsione individua più livelli contrattuali abilitati ad intervenire in materia. Una simile articolazione da un lato è senz'altro dovuta alle successive stratificazioni regolative che hanno investito il d.lgs. n. 368/2001, spesso anche frutto di orientamenti di politica (non solo) del lavoro nettamente diversi⁽⁴¹⁾; dall'altro, però, costituisce la conferma che il legislatore aveva ben

⁽⁴⁰⁾ L'art. 1, comma 1, del d.l. n. 34/2014, nel testo risultante dalla legge di conversione, minaccia l'adozione di un «testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente», facendo presagire un intervento legislativo di carattere strutturale sulle tipologie contrattuali lavoristiche. Ritiene «doverosamente provvisoria» l'attuale disciplina del contratto a termine L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit.

⁽⁴¹⁾ Il numero di interventi modificativi e correttivi intervenuti sul testo originario del d.lgs. n. 368/2001 è consistente e rende difficile individuare una tendenza regolativa unitaria. Anche

presente la possibilità di affidare alcuni profili della disciplina del termine alla contrattazione di livello più o meno elevato e, pertanto, là dove, come per le clausole di contingentamento, ha previsto solo l'intervento del livello nazionale non è consentito estendere la possibilità di deroga anche ad altri livelli.

Certo, un'interpretazione di questo tipo richiede una buona dose di fiducia nella coerenza delle scelte del legislatore, fiducia che spesso viene messa a dura prova. Il primo caso è quello del tetto massimo di 36 mesi per i contratti a termine stipulati dalle stesse parti per lo svolgimento di mansioni equivalenti, che può essere derogato dalle «diverse disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»⁽⁴²⁾. Anche in questo caso la delega alla contrattazione collettiva deve ritenersi piena⁽⁴³⁾, ma è poco comprensibile che la possibilità di deroga sia concessa anche ai contratti collettivi di livello territoriale o aziendale, sia pure stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, tanto più alla luce della modifica del quadro normativo⁽⁴⁴⁾. Il tetto massimo di 36 mesi costituisce oggi, infatti, l'unica misura volta ad evitare il verificarsi di abusi nella successione di contratti a termine, ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE⁽⁴⁵⁾. Mentre nel sistema "causale" il contrasto agli abusi era affidato ad una combinazione di due degli strumenti previsti dalla clausola 5, le ragioni obiettive e il tetto massima di durata dei contratti a termine

questo aspetto dimostra come il contratto a termine rappresenti la cartina di tornasole delle visioni della flessibilità che si sono succedute negli ultimi anni. Sull'evoluzione della disciplina del contratto a tempo determinato si veda il saggio di G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *La storia pregressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine*, in questo volume.

⁽⁴²⁾ Il tetto massimo complessivo di 36 mesi è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dalla l. n. 247/2007. Per un primo commento alle previsioni sia consentito il rinvio a C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in *D&L*, 2008, n. 1, 9 ss.

⁽⁴³⁾ In tal senso anche P. SARACINI, *op. cit.*, 116, che segnala alcune previsioni dei contratti collettivi nazionali in materia.

⁽⁴⁴⁾ In verità, a quanto risulta, spesso la deroga al tetto di 36 mesi viene contrattata utilizzando come fondamento giuridico l'art. 8 del d.l. n. 138/2011. Alcuni accordi sono consultabili sul sito dell'*Osservatorio trentino Diritti sociali e del lavoro* già richiamato, www.dirittisocialitrentino.it.

⁽⁴⁵⁾ Così D. Gottardi, *Osservazioni alla nuova disciplina sul contratto a termine*, in LavoroWelfare, 2014, n. 4, 23.

successivi, nel sistema attuale i limiti sono solo di carattere numerico⁽⁴⁶⁾ e, fra l'altro, solo uno di essi rientra senza dubbio nelle misure indicate dalla clausola 5. Da questo punto di vista, la possibilità di deroga offerta alla contrattazione aziendale (oltre che a quella territoriale) potrebbe ritenersi non conforme alle previsioni della direttiva europea alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, che richiede che le norme di attuazione della direttiva ne garantiscano l'effettività⁽⁴⁷⁾. È sufficiente ricordare, in proposito, che nella causa in cui ha ritenuto conforme alla direttiva una legislazione nazionale che consentiva il protrarsi di successive assunzioni a termine per un periodo di 11 anni, la Corte ha giustificato la sua affermazione sulla scorta del richiamo alle esigenze fatte valere dal datore di lavoro, considerate di natura provvisoria, pur se ricorrenti⁽⁴⁸⁾. Al contrario, una previsione di legge che consenta la reiterazione di contratti a tempo determinato senza possibilità di controllo, come nel caso in cui la deroga al tetto massimo sia affidata alla contrattazione aziendale, potrebbe porsi in contrasto con la direttiva. Come si può comprendere, il mutamento del paradigma regolativo avrebbe dovuto essere valutato per le sue ricadute in termini di conformità al diritto europeo, anche in relazione a previsioni, come questa, che apparentemente non risultavano particolarmente problematiche.

Un altro rinvio alla contrattazione collettiva, anche di livello aziendale, è quello di cui all'art. 5, comma 3, sui termini di stacco tra un contratto a termine e l'altro, stabiliti, dopo svariate oscillazioni (da 20-30 a 10-20, poi 60-90) in 10 o 20 giorni a seconda della durata del primo contratto a termine. La contrattazione collettiva può ridurre (fino ad azzerare) i suddetti periodi; anche su questa prerogativa, tuttavia, incombe lo spettro della possibile non conformità al diritto europeo, già prospettata dalla Corte di giustizia in relazione all'analogia previsione della legislazione greca⁽⁴⁹⁾. In un sistema in

⁽⁴⁶⁾ M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *ADL*, 2014, n. 3, I, spec. 580 ss., sottolinea come i limiti temporali e quantitativi possano riassumersi nella terna numerica 36 (mesi), 5 (proroghe) e 20 (%).

⁽⁴⁷⁾ Sul punto si veda M. AIMO, *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *RGL*, 2012, n. 1, I, 157 ss.

⁽⁴⁸⁾ C. giust. 26 gennaio 2012, *Bianca Küçük c. Land Nordrhein-Westfalen*, causa C-586/10, in *FI*, 2012, IV, c. 117 ss.

⁽⁴⁹⁾ Il riferimento è al celeberrimo caso *Adeneler*, C. giust. 4 luglio 2006, *Konstantinos Adeneler e altri c. Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, causa C-212/04, in *RGL*, 2006, n. 4, II, 601, con nota di A. GABRIELE, *Il meccanismo sanzionatorio per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a. al vaglio della Corte di Giustizia*. La Corte aveva ritenuto contrastante con il diritto comunitario la previsione che considerava successivi i soli contratti a termine stipulati nell'arco di 10 o 20 giorni dalla cessazione del precedente contratto.

cui la previsione del periodo di intervallo era combinata con la necessaria ricorrenza di una causale giustificativa, la possibilità per la contrattazione collettiva di intervenire sul suddetto periodo, riducendolo, poteva forse considerarsi ammissibile; oggi la questione dovrebbe essere attentamente valutata, alla luce delle considerazioni appena svolte.

Per quanto riguarda gli altri rinvii all'autonomia collettiva, non sembra esservi da aggiungere molto rispetto a quanto detto finora; si può solo auspicare, forse un po' ingenuamente, che vengano (finalmente) utilizzate le previsioni relative alla formazione dei lavoratori temporanei ⁽⁵⁰⁾, tanto più importanti quando più lungo diviene il periodo trascorso con un contratto di lavoro precario.

4. Il “rebus” della previsione transitoria

Qualche osservazione finale deve essere dedicata alla previsione di cui all'art. 2-*bis* del d.l. n. 34/2014, introdotto dalla legge di conversione n. 78/2014, cui si è accennato in queste pagine.

La disposizione riguarda, da un lato, l'efficacia temporale della legge, che viene limitata ai soli rapporti di lavoro costituiti a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge, fatti salvi gli effetti prodotti dalle previsioni del d.l. n. 34/2014 e dall'altro, le questioni relative all'applicazione dei limiti percentuali previsti dalle disposizioni collettive previgenti.

Il comma 2 dell'art. 2-*bis* stabilisce che, in sede di prima applicazione del limite del 20% «conservano efficacia, ove diversi, i limiti percentuali già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro». La previsione, pur non essendo strettamente necessaria, dal momento che a questa conclusione si poteva giungere in via interpretativa, chiarisce che, in attesa delle nuove discipline collettive, i datori di lavoro devono continuare a rispettare i diversi limiti previsti dalla contrattazione collettiva nazionale. La formulazione della norma conferma, da un lato, che il livello contrattuale abilitato a intervenire in materia di limite percentuale è quello nazionale e, dall'altro, che il datore di lavoro non può pretendere di applicare immediatamente il limite previsto dalla legge, anche se eventualmente più favorevole di quello contrattuale.

Più complessa è l'interpretazione del comma 3 del medesimo articolo, sia per la sua formulazione, decisamente poco perspicua, sia perché non è chiarissima la differenza con l'ipotesi prevista dal comma precedente. La norma riguarda l'ipotesi in cui un datore di lavoro abbia in corso un numero di contratti a

⁽⁵⁰⁾ Il riferimento è all'art. 7 del d.lgs. n. 368/2001. Sottolinea l'importanza della formazione dei lavoratori a termine per favorire un'occupazione di qualità M. NAPOLI, *op. cit.*, 98.

termine superiore al fatidico 20%, e gli impone di rientrare nel limite entro il 31 dicembre 2014. Fino a questo punto, la norma sembra lineare, anche se non è chiaro come sia possibile ridurre la percentuale di contratti a termine entro il 20% qualora quelli in corso scadano dopo il 31 dicembre ⁽⁵¹⁾. La norma prosegue poi escludendo l'obbligo del rientro nel caso in cui «un contratto collettivo applicabile nell'azienda disponga un limite percentuale o un termine più favorevole». A parte la scarsa precisione della formulazione, l'applicazione della percentuale stabilita dalla contrattazione collettiva vigente è già garantita dal comma 2. Si potrebbe pensare, facendo leva sul cenno al «termine più favorevole» che la norma alluda ad accordi di transizione, che potrebbero cioè essere conclusi per gestire il passaggio alla nuova disciplina del lavoro a tempo determinato nella vigenza del contratto collettivo concluso alla luce della precedente versione del d.lgs. n. 368/2001 ⁽⁵²⁾. Certo, questa potrebbe portare a «un rincorsa alla stipulazione di un qualsiasi accordo sindacale» ⁽⁵³⁾ volto a escludere l'applicazione dei limiti suddetti, ma si tratterebbe, a quanto pare di capire, di una regolamentazione valida solo fino alla stipulazione di un contratto collettivo (nazionale) in materia. In assenza di un accordo di questo tipo, dopo la scadenza del 31 dicembre 2014 il datore di lavoro non può stipulare ulteriori contratti di lavoro a termine fino al riallineamento con il la percentuale stabilita dalla legge. La previsione sembra escludere (correttamente) sanzioni ulteriori, come la conversione dei contratti a termine eccedenti il limite numerico, proprio perché si tratta di contratti stipulati nella vigenza della disciplina precedente.

⁽⁵¹⁾ Non pare possibile, infatti, pensare al recesso anticipato dal contratto di lavoro in forza della previsione di legge. In verità, come si vedrà a breve, il mantenimento di una percentuale superiore al 20% dopo il 31 dicembre comporterà semplicemente l'impossibilità di ricorrere ad ulteriori contratti a termine.

⁽⁵²⁾ In questo senso si esprime la circ. Min. lav. n. 18/2014, cit., 10.

⁽⁵³⁾ Così E. GRAGNOLI, *Ulteriori novità sul contratto di lavoro a tempo determinato*, in *LG*, 2014, n. 6, 530.

Parte II
CAPO I
ARTICOLI 1, 2 E 2-BIS

Le modifiche al contratto a termine

di Pasqualino Albi

CAPO I

Articolo 1

Semplificazione delle disposizioni in materia di contratto di lavoro a termine

((1. Considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono apportate le seguenti modificazioni:))

a) all'articolo 1:

1) al comma 1: le parole da «a fronte» a «di lavoro.» sono sostituite dalle seguenti: «di durata non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato, sia nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 10, comma 7, il numero complessivo di ((contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo)) non può eccedere il limite del 20 per cento ((del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1 gennaio dell'anno di assunzione. Per i datori di lavoro)) che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato.»;

2) il comma 1-*bis* è abrogato;

3) il comma 2 è sostituito dal seguente: «2. L'apposizione del termine di cui al comma 1 è

priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto.»;

b) all'articolo 4, comma 1, secondo periodo, le parole da: «la proroga» fino a: «si riferisca» sono sostituite dalle seguenti: «le proroghe sono ammesse, fino ad un massimo ((di cinque volte, nell'arco dei complessivi trentasei mesi, indipendentemente dal numero dei rinnovi,)) a condizione che si riferiscano»;

((b-*bis*) all'articolo 4, il comma 2 è abrogato;

b-*ter*) all'articolo 5, comma 2, le parole: «, instaurato anche ai sensi dell'articolo 1, comma 1-*bis*,» sono soppresse;

b-*quater*) all'articolo 5, comma 4-*bis*, le parole da: «ai fini del computo» fino a: «somministrazione di lavoro a tempo determinato» sono sostituite dalle seguenti: «ai fini del suddetto computo del periodo massimo di durata del contratto a tempo determinato, pari a trentasei mesi, si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, ai sensi dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato»;

b-*quinqüies*) all'articolo 5, comma 4-*quater*, sono aggiunti, infine, i seguenti periodi: «Fermo restando quanto già previsto dal presente articolo per il diritto di precedenza, per le lavoratrici il congedo di maternità di cui all'articolo 16, comma 1, del testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, intervenuto nell'esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza di cui al primo periodo. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto, con le stesse modalità di cui al presente comma, il diritto di precedenza anche nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi dodici mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine»;

b-*sexies*) all'articolo 5, comma 4-*sexies*, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Il diritto di precedenza di cui ai commi 4-*quater* e 4-*quinqüies* deve essere espressamente richiamato nell'atto scritto di cui all'articolo 1, comma 2»;

b-*septies*) all'articolo 5, dopo il comma 4-*sexies* sono aggiunti i seguenti:

«4-*septies*. In caso di violazione del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, per ciascun lavoratore si applica la sanzione amministrativa:

a) pari al 20 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno;

b) pari al 50 per cento della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale sia superiore a uno.

4-*octies*. I maggiori introiti derivanti dalle sanzioni di cui al comma 4-*septies* sono versati ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnati al Fondo sociale per occupazione e formazione, di cui all'articolo 18, comma 1, lettera a), del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2»;

b-*octies*) all'articolo 10, dopo il comma 5 è inserito il seguente:

«5-*bis*. Il limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, non si applica ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra istituti pubblici di ricerca ovvero enti privati di

ricerca e lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa. I contratti di lavoro a tempo determinato che abbiano ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica possono avere durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono»;

b-novies) all'articolo 10, comma 7, alinea, primo periodo, le parole: «ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 1-*bis*,» sono sostituite dalle seguenti: «ai sensi dell'articolo 1, comma 1,».

2. Al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 20:

1) al comma 4, i primi due periodi sono soppressi e, al terzo periodo, dopo le parole: «della somministrazione» sono inserite le seguenti: «di lavoro»;

2) il comma 5-*quater* è abrogato;

b) all'articolo 21, comma 1, lettera c), le parole: «ai commi 3 e 4» sono sostituite dalle seguenti: «al comma 3».

2-bis. Ai fini della verifica degli effetti delle disposizioni del presente capo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, presenta una relazione alle Camere, evidenziando in particolare gli andamenti occupazionali e l'entità del ricorso al contratto a tempo determinato e al contratto di apprendistato, ripartito per fasce d'età, sesso, qualifiche professionali, aree geografiche, durata dei contratti, dimensioni e tipologia di impresa e ogni altro elemento utile per una valutazione complessiva del nuovo sistema di regolazione di tali rapporti di lavoro in relazione alle altre tipologie contrattuali, tenendo anche conto delle risultanze delle comunicazioni di assunzione, trasformazione, proroga e cessazione dei rapporti di lavoro ricavate dal sistema informativo delle comunicazioni obbligatorie già previsto dalla legislazione vigente.

2-ter. La sanzione di cui all'articolo 5, comma 4-*septies*, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dalla lettera *b-septies*) del comma 1 del presente articolo, non si applica per i rapporti di lavoro instaurati precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto, che comportino il superamento del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, come modificato dal comma 1, lettera a), numero 1), del presente articolo.

2-quater. All'articolo 4, comma 4-*bis*, del decreto-legge 21 maggio 2013, n. 54, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 luglio 2013, n. 85, le parole: «fino al 31 luglio 2014» sono sostituite dalle seguenti: «fino al 31 luglio 2015».)

1. Premessa

La riforma del 2014 ha modificato in profondità la disciplina del contratto a termine, che viene oggi ad essere sottoposta ad un modello ben diverso rispetto alla ormai abbandonata tecnica normativa per clausole generali (o, secondo altro intendimento, per norme generali) quali fondative di limiti all'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato ⁽¹⁾.

Scompaiono infatti nel nuovo testo del d.lgs. n. 368/2001 le «ragioni tecniche, organizzative, produttive nonché sostitutive» sulle quali era maturata la riflessione dottrinarica e giurisprudenziale per individuare il rapporto fra regola (contratto a tempo indeterminato) e deroga o eccezione (contratto a tempo determinato).

Il salto compiuto dal legislatore è davvero inedito e non può neanche rappresentarsi come una semplice progressione normativa rispetto all'introduzione del c.d. contratto a-causale voluto dalla l. n. 92/2012 (c.d.

⁽¹⁾ La riflessione dottrinarica è già in corso e si rivela già ricca di approfondite prime analisi che lasciano intuire un quadro ricostruttivo estremamente complesso e articolato: F. CARINCI, *Il diritto del lavoro che verrà (In occasione del congedo accademico di un amico)*, relazione tenuta al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, 11-12 aprile 2014, Torino, di prossima pubblicazione in *ADL*; L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, di prossima pubblicazione in *ADL*; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in corso di pubblicazione in *ADL*; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 220; E. GRAGNOLI, *L’ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *LG*, 2014, n. 5, 434 ss.; V. DE MICHELE, *Per grazia ricevuta ecco il Jobs act: la precarietà lavorativa diventa regola sociale... a termine*, di prossima pubblicazione in *LG*, 2014; [La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione](#), Working Paper ADAPT, 2014, n. 153; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*, ADAPT University Press, 2014, 1 ss.; B. CARUSO, [Nel cantiere del contratto di inserimento: il “contratto ad affidamento crescente”](#), in *nelMerito.com*, 12 maggio 2014; M. MISCIONE, *“Jobs Act” con un primo decreto-legge ed un ampio disegno di legge-delega*, in *LG*, 2014, n. 4, 305; M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il Jobs Act*, relazione presentata al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, cit.; M. MAGNANI, [La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 212; M. DE LUCA, [Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo \(prime riflessioni su Jobs act e dintorni\)](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 217; L. ZOPPOLI, [Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale](#), Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2014, n. 213.

riforma Monti Fornero) con gli ampliamenti introdotti dal d.l. n. 76/2013 (c.d. decreto Giovannini), convertito dalla l. n. 99/2013.

Qui non si tratta più di un regime eccezionale edificato sulle fondamenta della regola generale ⁽²⁾, un regime eccezionale che peraltro non ha avuto neanche la sorte di essere effettivamente sperimentato.

Il contratto a-causale, nella versione risultante dall'annata 2013, aveva forse coltivato l'ambizione di ricostruire un rapporto fra legge ed autonomia collettiva, che trovava il proprio antecedente logico necessario nell'art. 23, l. n. 56/1987. Come si ricorderà, era stato il d.lgs. n. 368/2001, già dalla prima delle sue molte successive versioni, a mettere la parola fine sulla flessibilità negoziata in tema di contratto a tempo determinato – una flessibilità, secondo molti, feconda ed adattiva sulla quale l'autonomia collettiva aveva saputo esprimersi con ricchezza di contenuti – e a proporre il miraggio di una falsa liberalizzazione, ponendo le premesse per un contenzioso da *record* che, nelle prime fasi, ha sorpreso quegli operatori che avevano salutato con entusiasmo la libertà di assumere a termine, una libertà proclamata a gran voce dal legislatore, una voce stentorea che è andata affievolendosi in prossimità delle aule di giustizia ⁽³⁾.

Ma poiché non è questa la sede dei bilanci, occorre prendere atto che la riforma del 2014 mostra una sostanziale indifferenza rispetto alle funzioni regolative dell'autonomia collettiva, indifferenza che si rivela un'arma a doppio taglio quando diventa sottovalutazione del peso che questa riveste nella lunga esperienza delle relazioni sindacali italiane anche sul tema del contratto a termine. Qui ovviamente non si allude alla questione politica in senso generale, all'abbandono o meno del metodo concertativo, ma al problema dell'intreccio delle fonti (e, dunque, al problema dei problemi, direbbe

⁽²⁾ Il “vecchio” art. 1, comma 1-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001, abrogato dalla riforma del 2014, che nella sua breve esistenza ha provato anche il brivido “integrativo”, era così formulato: «Il requisito di cui al comma 1 non è richiesto: a) nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi comprensiva di eventuale proroga, concluso fra un datore di lavoro o utilizzatore e un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, 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 ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276; b) in ogni altra ipotesi individuata dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

⁽³⁾ Sull'evoluzione della disciplina del contratto a termine e sulla “strana storia” che porta al d.lgs. n. 368/2001 si veda L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo I. Contratto e rapporto di lavoro*, Cedam, 2012, 239 ss.

Giuseppe Pera) e alla rilevanza che quell'intreccio assume per risolvere questioni concrete sul versante dell'applicazione che, non è mai inutile ricordare, è cosa diversa dall'interpretazione.

Se dunque l'autonomia collettiva è la grande assente, la grande esclusa dal nuovo progetto riformatore (forse, per parafrasare Gino Giugni, il sindacato non è più un interlocutore?), se il modello regolativo flessibile è destinato ad inverarsi in una prospettiva strettamente individuale, non si vede come ciò possa portare a trascurare che il contratto collettivo è iscritto nel DNA del contratto a termine, secondo una articolazione complessa che sfugge anche al più esperto dei giuristi del lavoro. Se dunque un rapporto di lavoro a termine nel settore del commercio ha una disciplina ben diversa (es: limiti quantitativi, esenzioni da tali limiti, specifiche ipotesi legittimanti l'apposizione del termine, diritto di precedenza) da un analogo rapporto nel settore dei metalmeccanici – e questo richiede al giurista del lavoro l'umiltà dell'osservazione e la capacità di cogliere le differenze di contesto, che non sono un "male" proprio perché rispondono a razionali input organizzativi – ciò non è dovuto ad un "capriccio" del "sindacato" ma ad esigenze regolative specifiche che sono il frutto di una lunga esperienza di contrattazione. Su questo versante ha senza dubbio individuato un delicato problema di raccordo la dottrina che ha esaminato i contratti collettivi nei quali permangono discipline che prevedono un regime autorizzatorio di natura causale all'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato ⁽⁴⁾.

Ritornando adesso al punto nodale della riforma, occorre rimarcare che *l'eccezione – il contratto a termine senza necessità di indicazione della ragione legittimante – diviene la regola generale* al punto che la stessa espressione contratto a-causale – peraltro certamente a-tecnica – non ha più ragione d'essere utilizzata, quanto meno nell'*hortus conclusus* del modello legale che, probabilmente, intende guardare protetto da una siepe ⁽⁵⁾ e a dovuta distanza le manifestazioni dell'autonomia collettiva.

Secondo il nuovo testo dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, *l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato non presuppone più alcun fondamento giustificativo e il legittimo ricorso a tale tipologia contrattuale viene ad essere sottoposto a limiti di natura solo quantitativa e temporale.*

⁽⁴⁾ [La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione](#), cit., 7 ss.

⁽⁵⁾ Rubo l'immagine a F. CARINCI, *Il buio oltre la siepe: Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231*, in *DRI*, 2013, n. 4, 899 ss., e alla citazione contenuta nell'incipit del saggio secondo cui il buio oltre la siepe è «ciò che è sconosciuto pur essendo vicino».

Limiti siffatti in realtà erano presenti già nel quadro previgente ma oggi, come si vedrà, decisamente rimaneggiati dalla riforma del 2014, assumono un significato ben diverso rispetto al passato.

Non v'è dubbio infatti che la durata massima del rapporto di lavoro a termine, i limiti alle proroghe (nel numero di una) e il limite percentuale di assunzioni a termine operassero, secondo uno schema composito, in funzione di contenimento del ricorso al lavoro a tempo determinato nel vigore del d.lgs. n. 368/2001 già prima della riforma del 2014.

Molteplici implicazioni connesse al meccanismo di funzionamento dei confini temporali e quantitativi del contratto a termine erano oggetto di una riflessione dottrina parallela e apparentemente minore ⁽⁶⁾ rispetto a quella, centrale, concernente il limite qualitativo del c.d. causalone, espressione, quest'ultima, decisamente colorita, quasi provocatoria, che evoca un linguaggio, si direbbe, da immediatezza concettuale.

Oggi, rimosso il profilo delle ragioni fondative, l'intera regolazione del termine, quale elemento accidentale del contratto di lavoro subordinato, viene a ruotare intorno ai suddetti limiti.

Il futuro – ed anche il presente – della riforma del 2014 è strettamente legato alla chiave di lettura che sarà offerta delle limitazioni quantitativo-temporali poste per la legittima stipulazione del contratto a termine.

Il nuovo modello normativo si trova infatti collocato al momento in una strettoia.

Da un lato vi è la finalità di una riforma che si proclama «sperimentale» e che proietta se stessa nella «perdurante crisi occupazionale» e nella «incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare» (art. 1, comma 1, d.l. n. 34/2014, come risultante dal testo di conversione in legge).

La drammaticità innegabile delle suddette enunciazioni muove dal presupposto che, intervenendo sulla leva del contratto a termine, si possano incrementare i livelli occupazionali pur se in via temporanea: il tratto emergenziale della disciplina dunque esprime l'auspicio (da ciò la «sperimentazione») che, almeno mediante le nuove assunzioni a tempo determinato, si possa invertire il dato inquietante della disoccupazione in Italia; è, secondo il legislatore, l'incertezza del quadro economico una, se non l'unica, causa della disoccupazione: da qui la scelta di incentivare le imprese (ed è da ritenere anche i datori di lavoro non imprenditori) ad assumere a termine secondo un modello che asseconi la massima duttilità organizzativa determinata dall'instabilità del quadro economico.

⁽⁶⁾ L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 5 ss. del dattiloscritto.

Dall'altro vi sono i vincoli derivanti dal diritto dell'Unione europea e in particolare dalla direttiva 1999/70/CE: sul punto deve rimarcarsi che la dottrina, nei primi commenti, sta esprimendo forti perplessità sulla compatibilità della nuova disciplina con la direttiva sopra citata ⁽⁷⁾.

È cruciale dunque comprendere se il nuovo modello normativo riuscirà a superare la strettoia, offrendo un maggior livello di elasticità organizzativa per le assunzioni a tempo determinato (chi scrive non esprime qui alcuna valutazione su tale finalità e sul rapporto fra mezzo e fine) senza infrangersi sui vincoli del diritto dell'Unione europea.

E su questo versante non può sfuggire che l'incipit dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 (il comma 01) continua a dirci che «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro», con formulazione che, come è ben noto, richiama il preambolo dell'accordo-quadro tra le parti sociali europee tradotto nella direttiva 1999/70/CE ⁽⁸⁾ e che può effettivamente rappresentare «un imprescindibile riferimento ermeneutico di taluni punti oscuri della novella» ⁽⁹⁾.

A dispetto della *ratio* semplificatrice invocata e fatta propria dal legislatore, occorre mettere in rilievo che il superamento della strettoia è affidato in massima parte al ruolo dell'interprete: la riforma infatti non brilla per chiarezza e ha soprattutto sottovalutato l'innesto di frammenti di nuova disciplina in un contesto normativo lungamente sedimentato nelle aule di giustizia e non nelle aule parlamentari e che ha una complessa relazione con l'autonomia collettiva, parte integrante, a tutti gli effetti, dell'ossatura portante della regolazione del contratto a tempo determinato ⁽¹⁰⁾.

Ora, pur non potendo sottovalutarsi le intenzioni del legislatore, è evidente che l'interprete ha il compito di non assecondarle ove queste rivelino un intento auto-distruttivo che finisce per travolgere lo stesso meccanismo di funzionamento normativo.

Se dunque la maggiore elasticità organizzativa nel ricorso al contratto a termine è il fine del legislatore occorre interrogarsi se a) tale fine è stato ben impresso nel testo normativo e, contestualmente, b) se il testo normativo è compatibile con la disciplina comunitaria e, in particolare, con il divieto di

⁽⁷⁾ Si veda, ad es., G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 3 del dattiloscritto.

⁽⁸⁾ M. MAGNANI, *op. cit.*, 4; M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 2.

⁽⁹⁾ M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 2.

⁽¹⁰⁾ Si veda ancora l'indagine "sul campo" [La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione](#), cit., 6 ss.

abusare di una «successione di contratti e rapporti a tempo determinato» (clausola 5, direttiva 1999/70/CE) ⁽¹¹⁾.

Pertanto, una volta appurato che la spinta flessibile voluta dal legislatore non è fuggita dal testo normativo – e per questa ipotesi la memoria corre sul filo delle prime entusiastiche letture del d.lgs. n. 368/2001, portatrici di una liberalizzazione ignota alla lettera della legge e non individuata affatto come tale dai giudici del lavoro – occorre comprendere se il modello risultante dalla riforma non sfoci nell'abuso vietato dal diritto dell'Unione europea, realizzandosi così una sorta di “eterogenesi dei fini” ⁽¹²⁾.

E dunque la riflessione attiene al significato delle diverse (e non poche) ipotesi interpretative che sono enucleabili dal testo normativo alla luce del contesto sistematico del diritto del lavoro e delle sue regole di funzionamento.

Come era inevitabile cominciano a delinearsi letture estremamente critiche della riforma ⁽¹³⁾ e letture che esprimono invece un atteggiamento più cauto e di apertura ⁽¹⁴⁾ rispetto alle pur profonde innovazioni introdotte dal legislatore ⁽¹⁵⁾.

Si deve peraltro segnalare che la Cgil ha recentemente presentato alla Commissione europea un atto di denuncia per la «violazione da parte della Repubblica Italiana di obblighi derivanti da fonti normative dell'Unione Europea» determinata dalla nuova disciplina del contratto a tempo determinato nel quale vengono mosse pesanti critiche al complessivo impianto della riforma ⁽¹⁶⁾.

Per altro verso la circ. Min. lav. 30 luglio 2014, n. 18, che pure fornisce una serie di utili chiarimenti sul d.l. n. 34/2014 (convertito dalla l. n. 78/2014), sembra sotto diversi profili confermare una chiave di lettura particolarmente elastica della nuova disciplina del contratto a termine.

Quale che sia il punto di vista che si assume sulla recente riforma, la questione di fondo attiene alla effettiva tenuta delle limitazioni di natura quantitativo-temporale ⁽¹⁷⁾ che, se ben si è compreso il disegno del legislatore, hanno lo

⁽¹¹⁾ M. DE LUCA, *op. cit.*, 9 ss.

⁽¹²⁾ M. BROLLO, *op. cit.*, 5 del dattiloscritto.

⁽¹³⁾ G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 3 del dattiloscritto; giudizio negativo ribadito anche in G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro](#), cit., 3 ss.

⁽¹⁴⁾ M. MAGNANI, *op. cit.*, 4 ss.

⁽¹⁵⁾ Si veda, per una ricognizione delle prime letture, L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., *passim*.

⁽¹⁶⁾ Il testo dell'atto di denuncia può leggersi in *CSDLE Newsletter*, 8 agosto 2014, n. 17.

⁽¹⁷⁾ M. BROLLO, *op. cit.*, 12 del dattiloscritto: «L'utilizzo del contratto a tempo determinato dopo il Decreto Poletti è regolato dalla circostanza che il datore deve rispettare (oltre ai

scopo di operare una sorta di *bilanciamento fra una più elastica utilizzazione del lavoro a termine e l'esigenza di tracciare una linea di confine fra la temporaneità del vincolo contrattuale e l'abuso datoriale che degenera verso il quadro patologico della precarietà del rapporto.*

Ove la suddetta linea di confine si riveli debole e agevolmente superabile non v'è dubbio che la tenuta della riforma è ad alto rischio.

2. Il limite temporale massimo di durata del contratto a tempo determinato

Cominceremo con l'osservare che il nuovo testo dell'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, pone una serie di interessanti interrogativi sul tema dell'attività lavorativa dedotta in contratto in ragione della durata del vincolo contrattuale a tempo determinato.

Il legislatore prescrive che «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato non superiore a trentasei mesi, comprensiva di eventuali proroghe, concluso fra un datore di lavoro ed un lavoratore per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione, sia nella forma del contratto a tempo determinato sia nell'ambito di un contratto di somministrazione».

Una prima interpretazione, ragionevole per la sua linearità, consente di affermare che il legislatore ha qui inteso fissare *il limite della durata massima di un singolo contratto, che non può superare i 36 mesi complessivi, comprese le eventuali proroghe, a prescindere dalle mansioni esercitate dal lavoratore.* Nella disciplina previgente il tetto massimo dei 36 mesi si applicava solo in caso di "successione di contratti a termine" (art. 5, comma 4-bis) e per mansioni equivalenti ed era previsto anche in relazione alla disciplina della proroga (art. 4, comma 1, inciso finale: «Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore a tre anni») sulla quale torneremo (si veda § 3). Nel sistema previgente era dunque possibile, secondo una diffusa opinione, che il singolo contratto fra un

tradizionali casi di divieto, ex art. 3, D. Lgs. n. 368/2001) i nuovi limiti temporali e quantitativi, combinati assieme, e sintetizzati nella regola finale del 36, 5 e 20, al punto da costituire il nuovo "triangolo della flessibilità". Tali numeri (i primi due cardinali e il terzo in valore percentuale, accompagnati dalla relativa unità di misura) individuano, sul piano quantitativo, i presupposti per l'uso del lavoro a termine, cioè misurano i limiti indispensabili per bilanciare la flessibilità in entrata a vantaggio del datore in uno scenario di perdurante incertezza economico-occupazionale».

lavoratore ed un datore di lavoro avesse una durata complessiva superiore a 36 mesi: dopo la riforma del 2014 ciò non è più possibile ⁽¹⁸⁾.

Vi era e continua ad esservi l'eccezione relativa ai dirigenti – cui in realtà il d.lgs. n. 368/2001 non si applica, fatta eccezione per gli artt. 6 e 8 – con i quali è possibile stipulare un contratto a termine di durata non superiore a 5 anni, i quali possono comunque recedere dal contratto trascorso un triennio.

Sarebbe ora stata introdotta un'ulteriore deroga per «contratti di lavoro a tempo determinato che abbiano ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica» che «possono avere durata pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono». In realtà, pur essendo in tal senso orientata l'intenzione del legislatore ⁽¹⁹⁾, è da rilevare che il testo normativo non prevede affatto una deroga espressa alla regola generale collocata nell'incipit della riforma (la durata triennale massima del contratto a termine). È dunque da ritenere che la durata del contratto è pari a quella del progetto di ricerca cui si riferisce, nel rispetto del limite triennale, fissato dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001. D'altro canto la deroga per i contratti a tempo determinato stipulati con i dirigenti è espressa e non si comprende perché il legislatore avrebbe inteso rendere palese l'eccezione solo in questo caso e non in quello dei contratti per attività di ricerca. Di contrario avviso è la circ. Min. lav. n. 18/2014, secondo cui per tali ultimi contratti «è possibile derogare sia al limite quantitativo dei contratti a tempo determinato sia al limite dei 36 mesi di durata massima del singolo contratto». La suddetta circolare specifica tuttavia che la deroga in questione non è espressamente riferita al limite dei rinnovi contrattuali di cui all'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001; per questa ragione, secondo le indicazioni ministeriali, «occorrerà prestare attenzione ad un eventuale superamento dei 36 mesi di durata complessiva di più rapporti a tempo determinato per lo svolgimento di mansioni equivalenti». Preso atto dunque che, in base alla suddetta ragionevole interpretazione sul limite della durata massima del singolo contratto, la nuova formulazione dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 riguarda il limite temporale massimo del singolo contratto a tempo determinato, occorre considerare che l'innovazione non sembra assumere la valenza di un vero e proprio

⁽¹⁸⁾ L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 13 del dattiloscritto: «Sino alla riforma non c'era una regola generale espressa sulla durata massima del singolo contratto a tempo determinate. Oggi questa regola c'è»; nello stesso ordine di idee si esprime la [circ. Fondazione Studi Consulenti del lavoro 12 giugno 2014, n. 13, Legge n. 78/2014 di conversione del D.L. n. 34/2014 – modifiche al D.Lgs. n. 368/2001, 2.](#)

⁽¹⁹⁾ G. ZILIO GRANDI, M. SFERAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 8 del dattiloscritto.

contrappeso diretto a bilanciare l'eliminazione del fondamento causale del termine.

Ciò sia perché l'esperienza concreta dimostra che la normalità è rappresentata dalla stipulazione di una sequenza di contratti a termine di breve durata, sia perché, proprio sul versante della successione, già esisteva la regola generale fissata dall'art. 5, comma 4-*bis*, d.lgs. n. 368/2001.

A questo punto è opportuno verificare se esistono alternative chiavi di lettura. La formulazione dell'art. 1, comma 1, cit., è simile ma non identica a quella contenuta, fin dal testo previgente, nell'art. 5, comma 4-*bis*: «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i trentasei mesi comprensivi di proroghe e rinnovi, indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro, il rapporto si considera a tempo indeterminato ai sensi del comma 2».

Occorre chiedersi se vi sia possibilità di identificare «lo svolgimento di qualunque tipo di mansione» con «lo svolgimento di mansioni equivalenti».

Prima di rispondere a tale quesito occorre portare l'attenzione sulla circostanza che la prima formulazione (art. 1, comma 1) fa riferimento ad un contratto concluso «fra un datore di lavoro» e «un lavoratore» e la seconda (art. 5, comma 4-*bis*) ad un rapporto «fra lo stesso datore di lavoro» e «lo stesso lavoratore». Se ne potrebbe inferire che un qualsiasi lavoratore non può stipulare con un qualsiasi datore di lavoro un contratto a termine («comprensivo di proroghe») che superi la soglia complessiva dei 36 mesi: con una lettura radicale che ponga l'enfasi sulla «durata non superiore a trentasei mesi» si potrebbe dunque ritenere che il limite massimo appartenga al singolo lavoratore con il quale, se ha alle sue spalle 36 mesi di rapporto anche con altri datori di lavoro, è vietato stipulare un contratto a termine ⁽²⁰⁾.

Una simile lettura potrebbe valorizzare l'ambizioso obiettivo, certamente desiderato anche dall'attuale Governo, di porre fine alla precarietà del lavoro; in effetti un siffatto traguardo può raggiungersi se la durata del contratto a termine rappresenta solo una stagione della vita lavorativa di ogni persona; se invece il limite riguarda solo il rapporto di lavoro con un medesimo datore di lavoro, può ipotizzarsi per la persona una vita lavorativa interamente precaria.

Si tratta tuttavia di una strada non percorribile giacché avrebbe, quanto meno, imposto al legislatore di codificare un obbligo di informazione gravante sul lavoratore in relazione a precedenti rapporti a termine con soggetti diversi dal

⁽²⁰⁾ Si avvererebbe così l'auspicio di L. ZOPPOLI, *op. cit.*, 20, secondo cui il contrasto alla precarietà richiederebbe un limite *ad personam*.

datore di lavoro stipulante: nel silenzio della legge dunque possiamo scartare questo percorso ermeneutico peraltro ad alto rischio di conseguenze sanzionatorie nei confronti di un soggetto (il “nuovo” datore di lavoro stipulante) estraneo alle precedenti esperienze lavorative dell’altro contraente. Se dunque non rimane altra strada che ritenere *le due formulazioni fungibili sul versante dell’identità delle parti contrattuali*, è evidente che queste, per non essere mere ripetizioni, devono o dovrebbero avere un diverso significato normativo ⁽²¹⁾.

E veniamo dunque alla possibilità di assimilare o differenziare i riferimenti a «qualunque tipo di mansione» e a «mansioni equivalenti».

E dunque può ipotizzarsi che l’art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 esprima un divieto di stipulare contratti a determinato fra un lavoratore ed un datore di lavoro, quando fra i medesimi abbia già avuto corso un rapporto di durata complessiva pari a 36 mesi, *per lo svolgimento di qualunque tipo di mansione*. Un siffatto limite non sembra coincidere con quello prescritto *ex art. 5, comma 4-bis*, d.lgs. 368/2001, che presuppone, nel corso di vari rapporti a termine, lo svolgimento di mansioni equivalenti.

In conclusione, seguendo questa ipotesi, con la riforma del 2014 sarebbe stato sancito il divieto *ex art. 1, comma 1*, di stipulare contratti a termine una volta decorso il periodo temporale massimo ivi prescritto ove vi sia stato fra le parti o un precedente rapporto a tempo determinato o una pluralità di rapporti a termine di durata pari a 36 mesi.

Pertanto, e lungo questa via, superato il periodo massimo di durata dell’attività lavorativa a termine svolta mediante qualunque tipo di mansione (art. 1, comma 1) la stipulazione di un contratto a termine con il medesimo lavoratore sarebbe vietata ed il termine sarebbe da ritenersi, per ciò solo, illegittimamente apposto al contratto.

A questo punto però bisogna chiedersi quale senso avrebbe la previsione *ex art. 5, comma 4-bis*, che consente al lavoratore di rivendicare la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in ragione delle mansioni equivalenti svolte, in relazione ad una successione di contratti a termine, lungo un periodo complessivo superiore a 36 mesi.

Si tratta di due distinti profili che tendono tuttavia ad operare secondo logiche interferenti: una volta ammesso il divieto generale sancito dall’art. 1, comma

⁽²¹⁾ La formulazione deve essere osservata anche nella direzione della somministrazione di lavoro: sul punto, oltre al commento di V. FILÌ, *Le modifiche al contratto di somministrazione*, in questo volume, si veda G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 5 ss. del dattiloscritto.

1, si dovrebbe prendere atto che questo opererebbe in funzione assorbente della regola sancita dall'art. 5, comma 4-*bis*.

Infatti al compimento del trentaseiesimo mese di lavoro a tempo determinato svolto mediante *qualunque tipo di mansione* il lavoratore potrebbe certamente contestare la violazione dell'art. 1, comma 1, cit., ove il rapporto a termine proseguisse o, comunque, ove venisse costituito un nuovo rapporto di lavoro a tempo determinato con il medesimo datore di lavoro.

E v'è ragione di ritenere che il lavoratore avrebbe invece scarso interesse ad agire ai sensi dell'art. 5, comma 4-*bis*, che presuppone comunque lo svolgimento di "mansioni equivalenti" (e non di qualunque tipo di mansione). Tuttavia questa chiave di lettura rende del tutto incomprensibile perché il legislatore del 2014, dopo avere fissato una nuova regola generale (art. 1, comma 1), avrebbe lasciato in vita un'altra disposizione con un contenuto meno stringente per il datore di lavoro e senza dubbio interferente con la medesima innovazione normativa.

Soprattutto non può trascurarsi che l'art. 5, comma 4-*bis*, contempla robuste eccezioni al proprio interno rispetto alla stessa regola dei complessivi 36 mesi. Deve infatti ricordarsi che la disposizione da ultimo citata prevede che la regola dei 36 mesi possa essere derogata da «disposizioni di contratti collettivi stipulati a livello nazionale, territoriale o aziendale con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Inoltre la medesima disposizione consente che «in deroga a quanto disposto dal primo periodo del presente comma, un ulteriore successivo contratto a termine fra gli stessi soggetti può essere stipulato per una sola volta, a condizione che la stipula avvenga presso la direzione provinciale del lavoro competente per territorio e con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato».

Occorre dunque immaginare uno scenario composito, poco coerente e gravemente contraddittorio, con una nuova regola generale («durata non superiore a trentasei mesi per qualunque tipo di mansione»), una regola residuale («durata non superiore a trentasei mesi per mansioni equivalenti») su cui tuttavia si innestano una serie di eccezioni.

A questo punto occorre prendere atto che tale ipotesi interpretativa è da ritenersi impraticabile.

Rimane dunque in piedi la prima lettura ricordata: *il limite massimo di 36 mesi per qualunque tipo di mansione si riferisce al singolo contratto a tempo determinato fra un datore di lavoro ed un lavoratore, comprensivo di eventuali proroghe.*

Questa è peraltro l'interpretazione che è stata fatta propria anche dalla circ. Min. lav. n. 18/2014, secondo cui il riferimento allo svolgimento di qualunque tipo di mansione va inteso nel senso che «l'elemento di flessibilità introdotto (eliminazione dell'obbligo di indicare le ragioni giustificatrici dell'apposizione del termine) trovi universalmente applicazione».

E dal punto di vista letterale è da mettere in luce che nell'art. 1, comma 1, non si fa alcun riferimento ai “rinnovi”, dovendo dunque concludersi che la durata prescritta qui non è frazionabile mentre i “rinnovi” (intesi come successioni di contratti) fanno la loro apparizione nell'art. 5, comma 4-*bis*.

In conclusione l'art. 1, comma 1, non sembra introdurre alcun effettivo contrappeso che bilanci, sul piano quantitativo, la scomparsa del fondamento oggettivo legittimante l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

Su questo versante correttamente si è rilevato che i limiti temporali sono da ritenersi mobili sia in ragione delle eccezioni previste dall'art. 5, comma 4-*bis*, sia della possibilità di fare ricorso alla contrattazione in deroga *ex art.* 8, l. n. 148/2011 ⁽²²⁾.

Non si registrano invece innovazioni sul versante della successione di contratti a termine e della prosecuzione del rapporto a termine oltre la scadenza ⁽²³⁾.

Ed è proprio la circostanza che nella disciplina dell'art. 5, comma 4-*bis*, siano rimasti aperti importanti spazi derogatori per l'autonomia collettiva a porre dubbi di compatibilità con la normativa europea ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ M. BROLLO, *op. cit.*, 14 del dattiloscritto.

⁽²³⁾ Pertanto sul versante della prosecuzione del rapporto oltre il termine si continua a prevedere che, «se il rapporto di lavoro continua dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato ai sensi dell'articolo 4, il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una maggiorazione della retribuzione per ogni giorno di continuazione del rapporto pari al venti per cento fino al decimo giorno successivo, al quaranta per cento per ciascun giorno ulteriore. Se il rapporto di lavoro continua oltre il trentesimo giorno in caso di contratto di durata inferiore a sei mesi, nonché decorso il periodo complessivo di cui al comma 4-*bis*, ovvero oltre il cinquantesimo giorno negli altri casi, il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini» (art. 5, commi 1-2); mentre, sul versante della successione è intatta la regola secondo cui «qualora il lavoratore venga riassunto a termine, ai sensi dell'articolo 1, entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato» (art. 5, comma 3).

⁽²⁴⁾ M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 19.

3. Le proroghe

Altra profonda innovazione attiene alla disciplina della proroga.

L'art. 4 del d.lgs. n. 368/2001, nel testo risultante dalla riforma del 2014, stabilisce che «le proroghe sono ammesse, fino ad un massimo di cinque volte, nell'arco dei complessivi trentasei mesi, indipendentemente dal numero dei rinnovi, a condizione che si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato».

Aggiunge poi l'art. 4 (che sul punto riproduce il testo previgente) che «Con esclusivo riferimento a tale ipotesi la durata complessiva del rapporto a termine non potrà essere superiore ai tre anni».

Il suddetto inciso è da ritenersi del tutto incongruente (un refuso?) posto che, pur con tutte le precisazioni svolte nel precedente paragrafo, la *durata complessiva del rapporto*, alla luce degli artt. 1, comma 1, e 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, non può (e dunque non solo nell'ipotesi delle proroghe) superare la soglia massima dei 36 mesi.

Il nuovo art. 4, cit., pone una serie di importanti questioni concernenti la tanto discussa moltiplicazione delle proroghe che ha interessato la fase di gestazione della riforma con il passaggio dal numero di 8 a quello di 5.

Non può certo dirsi che su questo piano vi sia una restrizione quantitativa destinata a bilanciare la maggiore elasticità garantita dal venir meno di ogni fondamento oggettivo all'assunzione a tempo determinato.

Al contrario la possibilità di raggiungere la vetta di 5 proroghe (rispetto all'unica proroga ammessa in precedenza) imprime una particolare flessibilità organizzativa che, a ben vedere, non ha precedenti nella storia della disciplina del contratto a termine.

Sono tuttavia individuabili due profili di particolare interesse che sembrano operare in chiave restrittiva.

Il primo profilo attiene al significato da attribuire all'espressione «stessa attività lavorativa».

Nell'attuale contesto normativo è possibile leggere tale espressione come riferita alla medesima attività lavorativa svolta dal dipendente purché, è da ritenere, riconducibile a mansioni equivalenti e non all'identità delle mansioni⁽²⁵⁾. In tal senso è orientata anche la circ. Min. lav. n. 18/2014 che, peraltro, fa riferimento alle mansioni equivalenti o, comunque, a quelle «svolte in applicazione dell'art. 2103 c.c.».

⁽²⁵⁾ Per l'identità di mansioni si veda, invece, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 6; E. GRAGNOLI, *op. cit.*, 439.

Non sembra peraltro che nella nuova formulazione dell'art. 4 vi sia un incidente di percorso con permanenza nel testo di un involontario riferimento al fondamento causale del termine ⁽²⁶⁾ giacché il legislatore del 2014 ha avuto cura di rimuovere il riferimento alle “ragioni oggettive” che, nella versione anteriore alla riforma, rappresentava la naturale prosecuzione della regola generale nell'ambito della disciplina della proroga.

È vero che tale espressione aveva assunto nel vigore della l. n. 230/1962 e, successivamente, del d.lgs. n. 368/2001 nella versione anteriore all'ultima riforma, un ben diverso significato – connettendosi alle ragioni legittimanti l'apposizione del termine e non alle mansioni svolte dal lavoratore ⁽²⁷⁾ – ma non vi sono particolari ostacoli concettuali a collocare tale riferimento in un contesto che individui un possibile limite alla nuova e più elastica disciplina del contratto a termine.

Occorre mettere infatti in luce che la proroga del contratto a tempo determinato ha come naturale effetto di determinare la continuità giuridica dell'originario rapporto di lavoro, indicandone una nuova scadenza.

E non sorge dubbio che la scadenza è quella definita dalla proroga voluta dalle parti, che hanno dunque inteso che il rapporto originario proseguisse senza soluzione di continuità.

Coerentemente dunque l'idea di continuità del rapporto giuridico sottesa alla proroga presuppone che non intervengano mutamenti sul piano della qualità della prestazione ricevuta dal creditore di lavoro, nel rispetto della tutela della professionalità del prestatore di lavoro e, dunque, salvaguardando l'equivalenza delle mansioni.

Non sembra infatti fuori luogo affermare che una stessa attività lavorativa si presta ad essere inquadrata in mansioni equivalenti e non necessariamente in mansioni identiche.

A ben vedere l'interpretazione concernente la «medesima attività lavorativa» qui proposta è quella che, rivelando un vero e proprio paradosso della disciplina della proroga ⁽²⁸⁾, riesce forse a cogliere meglio la finalità ultima del

⁽²⁶⁾ L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 12 del dattiloscritto, secondo cui, con il riferimento alla “medesima attività lavorativa”, il legislatore «si è forse scordato che anche quest'ultima condizione attiene alle ragioni che giustificano il contratto originario, ponendo, priva com'è di alcun contemperamento con il nuovo sistema, seri problemi interpretativi, dato che oggi la stipula del contratto iniziale non richiede condizioni né oggettive né soggettive, ma solo temporali e numeriche».

⁽²⁷⁾ Ivi.

⁽²⁸⁾ M. BROLLO, *op. cit.*, 7 del dattiloscritto: «Il secondo paradosso nasce dalla risposta data, in prima battuta, dal legislatore all'esigenza di fronteggiare la straordinaria incertezza del futuro

legislatore: offrire al datore di lavoro uno strumento duttile per la prosecuzione (la proroga) del rapporto a tempo determinato in un quadro di «incertezza dell'attuale quadro economico» e nel quale dunque è estremamente complesso predeterminare la durata di un vincolo che si vorrebbe stabile e continuativo.

Il limite della medesima attività lavorativa dunque consente di sanzionare un uso improprio della continuità del vincolo negoziale quale ragione della proroga e di contrastare l'abuso del contratto a termine sul versante della tutela della professionalità del lavoratore a tempo determinato, nel rispetto del principio di non discriminazione *ex art. 6, d.lgs. n. 368/2001*.

Il secondo profilo attiene alla circostanza che, per effetto della riforma, si è certamente ampliato il numero complessivo delle proroghe ma la nuova regola trova applicazione non solo al singolo contratto ma anche ad una pluralità di contratti stipulati fra il datore di lavoro ed il lavoratore ed ai relativi rapporti intercorrenti fra le parti. Il limite massimo di 5 proroghe opera infatti «nell'arco dei complessivi trentasei mesi» e «indipendentemente dal numero dei rinnovi».

A ben vedere, su questo specifico versante, la riforma introduce una restrizione prima non esistente.

Nel vigore della disciplina previgente poteva infatti prefigurarsi l'ipotesi, invero frequente, della ripetuta sequenza: a) contratto a termine, b) proroga, c) scadenza del contratto prorogato; c) intervallo, d) nuovo contratto a termine, e) proroga, ecc.

Oggi una simile sequenza incontra il limite complessivo delle 5 proroghe nell'arco temporale di 36 mesi ⁽²⁹⁾.

con uno strumento giuridico, il contratto di lavoro a tempo determinato, che per sua natura, al contrario, si basa sulla prevedibilità e predeterminazione di una durata certa (con l'apposizione del termine finale) del rapporto di lavoro in relazione sia all'utilità della prestazione lavorativa per un determinato periodo, sia al venire meno, in linea di massima, dell'interesse alla prosecuzione della collaborazione. È vero, tuttavia, che la rigidità/adattabilità del lavoro a termine dipende dalla durata di ciascun contratto; da qui l'importanza e la delicatezza del limite massimo combinato con le proroghe e i rinnovi».

⁽²⁹⁾ Sembrano condividere questa interpretazione M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 6, che tuttavia manifestano preoccupazione per una ipotesi che sembra riconducibile alle attività stagionali; tale preoccupazione, se ho bene inteso l'ipotesi, pare almeno in parte infondata alla luce dell'art. 5, comma 4-ter, in base al quale le disposizioni di cui al comma precedente *non trovano applicazione alle attività stagionali*, incluse quelle individuate dai contratti collettivi nazionali stipulate dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Il problema è certamente quello della fonte regolativa dell'ipotesi eccettiva che, ove non sussistente, fa riemergere il limite complessivo delle 5 proroghe. G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro*, cit., 4, concludono nel senso indicato sopra nel testo. Tali AA. tuttavia fanno riferimento alla possibilità di «assumere un lavoratore

È tuttavia da mettere in luce che, come indicato anche dalla circ. Min. lav. n. 18/2014, «qualora il nuovo contratto a termine non preveda lo svolgimento di mansioni equivalenti, le eventuali precedenti proroghe non dovranno essere contabilizzate»: se tale interpretazione è corretta è da ritenere che la restrizione appena sopra indicata è destinata ad essere fortemente attenuata da un ragguardevole livello di elasticità negoziale che il datore di lavoro può utilizzare con ampi spazi di manovra.

4. I limiti percentuali

Il limite destinato ad assumere maggiore importanza nel nuovo quadro normativo attiene alla percentuale di contratti a tempo determinato consentita dall'art. 1, comma 1, secondo cui «Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 10, comma 7, il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione».

La disposizione prevede che «per i datori di lavoro che occupano fino a 5 dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato». L'inciso viene ragionevolmente interpretato in senso numerico, con esclusivo riferimento ai limiti percentuali; diversamente, ponendo l'enfasi sulla parola “sempre”, dovrebbe giungersi alla conclusione di una totale liberalizzazione del contratto a termine per i datori di lavoro che occupano meno di 5 dipendenti ⁽³⁰⁾.

La nuova previsione sui limiti percentuali deve essere coordinata con l'art. 10, comma 7, secondo cui «La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato, stipulato ai sensi dell'art. 1, comma 1, è affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi».

Occorre anzitutto stabilire, alla luce della riforma del 2014, se ed in che misura è da ritenersi operante l'abilitazione legale dei contratti collettivi a stabilire limiti quantitativi per il ricorso al contratto a tempo determinato.

a termine per cinque volte nell'arco di tre anni»; in realtà il tetto legale si riferisce alle proroghe e non alle assunzioni.

⁽³⁰⁾ M. MAGNANI, *op. cit.*, 9.

Ad una prima lettura il rinvio del nuovo testo dell'art. 1, comma 1, all'art. 10, comma 7, sembrerebbe lasciare aperta la via dell'abilitazione verso il contratto collettivo.

Non si giunge tuttavia a chiare ed immediate conclusioni ove si legga l'art. 2-*bis* del d.l. n. 34/2014 nel testo risultante dalla legge di conversione.

La suddetta disposizione prescrive infatti al comma 2 che «in sede di prima applicazione del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1), del presente decreto, conservano efficacia, ove diversi, i limiti percentuali già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro».

La disposizione sembrerebbe indicare una temporanea permanenza della regolazione collettiva in attesa della conformazione al limite legale.

Nel breve volgere di un comma tale sensazione viene invece capovolta. Il comma 3 dispone infatti: «il datore di lavoro che alla data di entrata in vigore del presente decreto abbia in corso rapporti di lavoro a termine che comportino il superamento del limite percentuale di cui all'articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, introdotto dall'articolo 1, comma 1, lettera a), numero 1), del presente decreto, è tenuto a rientrare nel predetto limite entro il 31 dicembre 2014, salvo che un contratto collettivo applicabile nell'azienda disponga un limite percentuale o un termine più favorevole. In caso contrario, il datore di lavoro, successivamente a tale data, non può stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato fino a quando non rientri nel limite percentuale di cui al citato articolo 1, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo n. 368 del 2001».

Ora non v'è dubbio che tale previsione afferma chiaramente che il limite del 20% è da ritenersi operante dal 31 dicembre 2014.

Al tempo stesso vengono fatti salvi i limiti percentuali "più favorevoli". Qui, singolarmente, il *favor* è quello verso il datore di lavoro nonché, indirettamente, verso il lavoratore con cui il primo si accinge a stipulare un contratto a termine, altrimenti vietato. Il *favor* dunque sembra riferirsi ad una *chance* occupazionale ⁽³¹⁾ per l'aspirante lavoratore a termine, che dunque potrebbe subire un pregiudizio (inoccupazione) infertogli dal limite percentuale meno favorevole di fonte legale.

Il contratto collettivo, ampliando il limite legale, realizzerebbe un trattamento di miglior favore per il lavoratore in cerca di nuova occupazione. Su questo piano non è da trascurare la rilevanza definitoria dell'art. 2, comma 1, lett. j,

⁽³¹⁾ M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 17.

del d.lgs. n. 276/2003 ove il lavoratore è individuato come «qualsiasi persona che lavora o che è in cerca di un lavoro» e la funzione promozionale di nuova occupazione a termine che può essere svolta dal contratto collettivo.

Ed è da notare che nel suddetto brano della disposizione si fa riferimento al «contratto collettivo applicabile nell'azienda» mentre in precedenza il rinvio espresso è ai contratti collettivi nazionali di lavoro.

La questione non è banale giacché anche i contratti collettivi aziendali regolano il tema dei limiti percentuali mentre invece la disposizione fa salvi, «in sede di prima applicazione», solo i limiti fissati dai contratti collettivi nazionali.

Correttamente si è ritenuto che il riferimento al «contratto collettivo applicabile in azienda» possa riguardare anche il contratto collettivo aziendale⁽³²⁾ e, per questa via, il suddetto riferimento fa salve le previsioni in tema di limiti percentuali di tali contratti.

Il punto però è comprendere cosa il legislatore abbia inteso prescrivere con la formula «in sede di prima applicazione».

È da ritenere che tale disposto ha solo lo scopo di guidare la fase transitoria e che, anche dopo il 31 dicembre 2014, i contratti collettivi possono, proprio in virtù dell'art. 10, comma 7, continuare ad esercitare la facoltà di individuare limiti quantitativi diversi da quelli legali.

«È dunque salva l'abilitazione legale verso il contratto collettivo ribadita dalla riforma (art. 1, comma 1 – art. 10, comma 7) e il legislatore ha disposto che i limiti percentuali previsti dai contratti collettivi operino in sede di prima applicazione solo per affrontare le questioni di diritto transitorio che sono molte e complesse, anche in ragione di una disciplina contrattuale variegata e con proprie regole di funzionamento non perfettamente sovrapponibili alla previsione legale del 20%»⁽³³⁾.

Ed anche su questo versante non può escludersi l'intervento della contrattazione collettiva in deroga *ex art.* 8, l. n. 148/2011.

Che il limite percentuale (legale e/o contrattuale) sia inderogabile risulta confermato dalla circostanza che il datore di lavoro che non si conformi ad esso entro il 31 dicembre 2014 non potrà stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato.

Indubbiamente si tratta di una restrizione significativa, soggetta a variazioni rilevanti e particolarmente elastiche in sede di contrattazione collettiva al punto che la circ. Min. lav. n. 18/2014 giunge ad affermare che il rinvio della legge alla contrattazione collettiva è «privo di particolari vincoli»; secondo le

⁽³²⁾ *Ibidem.*

⁽³³⁾ *Ivi*, 6 ss.

indicazioni ministeriali infatti «le parti sociali possono legittimamente derogare al limite percentuale del 20% di cui all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 (aumentandolo o diminuendolo) o alla scelta del legislatore di fotografare la realtà aziendale al 1° gennaio dell'anno di assunzione del lavoratore»; per questa via la circolare afferma infine che «può pertanto ritenersi legittimo che i contratti collettivi scelgano di tener conto dei lavoratori a tempo indeterminato non come quelli in forza ad una certa data ma come quelli mediamente occupati in un determinato arco temporale».

L'introduzione dei limiti percentuali potrebbe, ove presidiata da un efficace sistema dissuasivo per i comportamenti difformi, operare a bilanciamento della maggiore elasticità del ricorso a contratto a termine che emerge nel nuovo quadro legale.

Sul punto occorre rilevare che il nuovo testo del d.lgs. n. 368/2001 prevede l'applicazione di sanzioni amministrative in caso di violazione dei limiti percentuali.

L'art. 5, comma 4-*septies*, stabilisce che in caso di violazione dei limiti percentuali previsti dall'art. 1, comma 1, si applica una sanzione amministrativa:

- a) pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale non sia superiore a uno;
- b) pari al 50% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a 15 giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite percentuale sia superiore a uno.

La riforma non prevede (quanto meno in modo espresso) la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato quale conseguenza della violazione dei limiti percentuali.

Stanno emergendo in dottrina due diverse e contrastanti interpretazioni.

Per un orientamento il silenzio del legislatore non impedisce di prefigurare il rimedio civilistico della conversione di fronte alla violazione del limite legale ⁽³⁴⁾.

Non può negarsi che, nel vigore della precedente disciplina, caratterizzata dal medesimo attuale silenzio sul punto, la giurisprudenza aveva ritenuto che la violazione dei limiti percentuali comportasse la conversione del rapporto ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, cit., 10 del dattiloscritto; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro](#), cit., 6-7, ribadiscono la loro convinzione; in senso analogo M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *op. cit.*, 12.

Per altro orientamento la via della conversione non è percorribile ⁽³⁶⁾.

Una simile possibilità è stata peraltro esclusa dall'ordine del giorno n. 22/11 accolto nel corso dell'esame del decreto in Commissione lavoro del Senato, nel quale si è inteso rimarcare che l'unica conseguenza derivante dalla violazione del limite percentuale è quella della sanzione amministrativa, con esclusione di qualsiasi ulteriore sanzione sul piano civilistico.

Peraltro la conversione, anche ove ammessa, porrebbe – secondo una parte della dottrina – non pochi problemi di ragionevolezza anche sul piano dell'individuazione del dipendente legittimato ad agire in giudizio per contestare la legittimità dell'apposizione del termine ⁽³⁷⁾.

Inoltre si sottolinea che le sanzioni per contrastare gli abusi nel ricorso al contratto a termine secondo il diritto comunitario non debbono necessariamente consistere nella conversione ma possono essere di diversa natura, purché siano proporzionate, effettive e sufficientemente dissuasive ⁽³⁸⁾.

Ed è proprio sul versante dell'effettiva portata dissuasiva della sanzione amministrativa che la dottrina ha portato la propria attenzione, mettendo in rilievo la scarsa chiarezza delle modalità di accertamento ⁽³⁹⁾.

La questione è dunque delicata e complessa ed è difficile individuare una soluzione univoca.

Non sembra possa escludersi una conseguenza sanzionatoria nella sfera interna al vincolo contrattuale ove si tenga a mente che la disciplina transitoria sancisce *il divieto* per il datore di lavoro di stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato fino a quando non rientri nel limite percentuale («il datore di lavoro [...] non può stipulare nuovi contratti di lavoro a tempo determinato»: art. 2-bis, d.l. n. 34/2014, risultante dal testo della legge di conversione).

⁽³⁵⁾ L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 8 e nota 27 del dattiloscritto, ricorda la severa giurisprudenza in tema di violazione dei limiti percentuali.

⁽³⁶⁾ M. MAGNANI, *op. cit.*, 8.

⁽³⁷⁾ *Ibidem*. La difficoltà di individuare il raggio di azione della sanzione civilistica è richiamata anche da M. BROLLO, *op. cit.*, 17 del dattiloscritto, che mette in rilievo l'irrazionalità di una sanzione che stabilizza il lavoratore entrato per ultimo anziché quello che lavora a termine in azienda da maggior tempo.

⁽³⁸⁾ M. MAGNANI, *op. cit.*, 9.

⁽³⁹⁾ L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, cit., 15 del dattiloscritto; M. BROLLO, *op. cit.*, 17-18 del dattiloscritto.

La violazione di un siffatto divieto non sembra immune da conseguenze civilistiche ove il datore stipuli un nuovo contratto a tempo determinato in violazione dei limiti percentuali.

È poi da soggiungere che, con il medesimo ordine del giorno (n. 22/11) prima ricordato, vi è l'impegno del Governo «ad adottare atti interpretativi utili a chiarire che in ogni caso i contratti a termine oggetto della violazione della percentuale consentita sono validi e proseguono fino alla scadenza stabilita dalle parti».

Il tema tuttavia non è espressamente affrontato dalla circ. Min. lav. n. 18/2014, che risulta il primo atto interpretativo del Governo sulla nuova disciplina del contratto a termine. La circolare, infatti, esamina approfonditamente il regime delle sanzioni amministrative previste dalla nuova disciplina senza tuttavia prendere posizione sulla “validità” dei contratti a termine stipulati in violazione della disciplina dei limiti percentuali.

Risultano confermate le esenzioni da ogni limite percentuale già previste dal testo previgente (ancora art. 10, comma 7) per i contratti a tempo determinato conclusi:

- a) nella fase di avvio di nuove attività per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi nazionali di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici;
- b) per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni;
- c) per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi;
- d) con lavoratori di età superiore a 55 anni.

A tali esenzioni si aggiunge anche quella introdotta dall'art. 10, comma 5-*bis*, riguardante i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra istituti pubblici di ricerca ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere in via esclusiva attività di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica alla stessa o di coordinamento e direzione della stessa. Si è già peraltro detto (si veda § 2) che per tali contratti si prevede una durata «pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono» che, tuttavia, non sembra, in assenza di espressa deroga legale, poter superare il limite massimo previsto dall'art. 1, comma 1.

La circ. Min. lav. n. 18/2014, operando una ricognizione, ritiene che siano attratti nel regime di esenzione da ogni limite percentuale i contratti a termine stipulati dal lavoratore ai sensi dell'art. 28 del d.l. n. 179/2012, convertito dalla l. n. 221/2012, con le start-up innovative, i contratti stipulati ai sensi dell'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991, i contratti a tempo determinato stipulati, ai

sensi dell'art. 11 della l. n. 68/1999, per l'assunzione di disabili e le acquisizioni di personale a termine nell'ipotesi di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda.

Dal novero delle esenzioni traspare peraltro che, acquisita la c.d. a-causalità del contratto a termine, sono enucleabili fattispecie in cui l'apposizione del termine continua a connettersi a specifiche ragioni.

Tuttavia tali specificazioni assumono oggi il solo significato di individuare particolari discipline per singole ipotesi, con ulteriori spazi di flessibilità e con regimi eccezionali: difficile dunque prefigurare una sorta di riverbero causale.

5. Il diritto di precedenza

Una particolare innovazione, *introdotta dalla legge di conversione*, attiene all'obbligo di richiamare «espressamente [...] nell'atto scritto» il diritto di precedenza previsto dal legislatore (art. 5, comma 4-*sexies*, d.lgs. n. 368/2001).

Secondo una tesi la violazione di tale obbligo, nel colpevole silenzio della legge, dovrebbe comportare la nullità del contratto a termine e la conversione a tempo indeterminato⁽⁴⁰⁾.

In effetti non v'è dubbio che la previsione riguardi un requisito destinato ad incidere sulla forma scritta dell'apposizione del termine, sebbene si riferisca ad un diritto che sarà *in via meramente eventuale* esercitato dal lavoratore *solo dopo la cessazione del rapporto instaurato o che potrebbe essere esercitato anche indifferentemente dal rapporto in essere fra le parti (essendo già maturato in virtù di precedenti contratti che hanno già avuto esecuzione fra le medesime)*; si tratta dunque di questione che non ha diretta attinenza con l'attuazione del rapporto obbligatorio sorto dal contratto stipulato.

Sul punto, ove si giunga alla conclusione della nullità del contratto a termine, deve registrarsi una sorta di sovraccarico funzionale della forma scritta *ad substantiam* posto che il requisito formale qui non opera in funzione di controllo e di regola di trasparenza rispetto al contenuto del contratto stipulato ma si propaga a circostanze esterne ad esso.

Peraltro, nel caso in cui ci si riferisca al *primo contratto stipulato fra il datore di lavoro ed il lavoratore*, l'assolvimento del suddetto obbligo di informazione gravante sul datore di lavoro renderà edotto il lavoratore dell'esistenza di un diritto che questi non potrà neanche esercitare quando il rapporto sarà cessato.

⁽⁴⁰⁾ M. BROLLO, *op. cit.*, 14 del dattiloscritto; di diverso avviso G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, [Legge n. 78/2014 e politiche del lavoro](#), cit., 11.

Rammentiamo infatti che il diritto di precedenza presuppone che «il lavoratore, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine, abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi» (art. 5, comma 4-*quater*). Nell'ipotesi del primo contratto a termine l'obbligo di informazione viene assolto, al momento della stipulazione, per una finalità meramente astratta, neanche eventuale, sostanzialmente didattica.

La suddetta previsione, introdotta dalla legge di conversione, è da ritenersi operante per i contratti a termine stipulati dopo l'entrata in vigore della suddetta legge e dunque dal 20 maggio 2014. Si tratta, peraltro, di un adempimento che, attenendo alla stipulazione del contratto e alla costituzione del rapporto, non sarebbe certamente sanabile *ex post*.

Per i contratti stipulati dal 21 marzo 2014 al 19 maggio 2014 il suddetto obbligo dunque è da ritenersi inoperante; l'obbligo potrà essere assolto in caso di nuovo contratto a termine con il medesimo lavoratore o in caso di proroga del contratto, pur potendosi ritenere che al contratto prorogato debba applicarsi la disciplina vigente al momento della stipulazione del contratto originario.

Vi è poi la questione del contenuto della clausola e dunque del livello di specificità che la deve caratterizzare: è sufficiente richiamare le disposizioni legali oppure è necessario specificare, passo per passo, con quali modalità si può esercitare il diritto di precedenza?

La riforma non prevede specifiche previsioni sanzionatorie di natura amministrativa per l'omessa indicazione del richiamo al diritto di precedenza.

Non può peraltro escludersi che il silenzio del datore di lavoro possa incidere sulle chance occupazionali perdute dal lavoratore che, non essendo stato informato sul contenuto dei suoi diritti, potrà agire per il risarcimento dei danni subiti.

Inoltre non può escludersi che l'omissione possa assumere rilevanza sul piano amministrativo: gli organi ispettivi in materia di lavoro potrebbero infatti irrogare una sanzione amministrativa al datore di lavoro, previo invito ad adempiere *ex art.* 14, d.lgs. n. 124/2004; tale possibilità non viene neanche contemplata dalla circ. Min. lav. n. 18/2014 secondo cui l'omessa informazione sui diritti di precedenza «non incide sulla possibilità che il lavoratore possa comunque esercitarli, né appare specificamente sanzionata».

È infine da aggiungere che la riforma (nel nuovo testo dell'art. 5, comma 4-*quater*) prescrive che per le lavoratrici il cui congedo di maternità (art. 16, comma 1, d.lgs. n. 151/2001) è intervenuto nell'esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza di cui al primo periodo. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto il diritto di precedenza anche

nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi, con riferimento alle mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti rapporti a termine.

6. I contratti a termine per attività stagionali

Come già messo in luce, con la nuova disciplina le ragioni dell'assunzione a termine divengono irrilevanti.

Ed in effetti non mette conto di allegare e provare le ragioni che hanno indotto le parti a stipulare il contratto a tempo determinato.

Tale affermazione – che esprime certamente la nuova regola generale indicata dal legislatore del 2014 – è apparentemente contraddetta dalla circostanza che nel testo del vigente d.lgs. n. 368/2001 vi sono, come già messo in luce (si veda § 4), molteplici riferimenti a specifiche ipotesi, quelle per le quali operano le esenzioni dai limiti percentuali, che continuano ad essere regolate con particolari previsioni.

Nell'ambito di tali ipotesi assumono un peso particolare i contratti a termine per le attività stagionali.

Esaminiamo allora le sequenze normative del d.lgs. n. 368/2001 in cui trovano spazio e conseguente regolazione le attività stagionali.

Anzitutto la regola secondo cui «ove il lavoratore venga assunto entro un periodo di dieci giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata fino a sei mesi, ovvero venti giorni dalla data di scadenza di un contratto di durata superiore ai sei mesi, il secondo contratto si considera a tempo indeterminato» (art. 5, comma 3, prima parte) e quella secondo cui «quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto» non trovano applicazione «nei confronti dei lavoratori impiegati nelle attività stagionali di cui al comma 4-ter nonché in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» (art. 5, comma 3, seconda parte).

In secondo luogo la regola secondo cui il rapporto di lavoro fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore non può complessivamente superare i 36 mesi comprensivi di proroghe e rinnovi (art. 5, comma 4-bis) non si applica «nei confronti delle attività stagionali definite dal decreto del Presidente della Repubblica 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni,

nonché di quelle che saranno individuate dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative».

Vi è ancora da considerare la previsione secondo cui «il lavoratore assunto a termine per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza, rispetto a nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali» (art. 5, comma 4-*quinqies*).

Ed infine deve tenersi a mente il già più volte ricordato art. 10, comma 7, secondo cui sono in ogni caso esenti da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato conclusi per ragioni di carattere sostitutivo, o di stagionalità, ivi comprese le attività già previste nell'elenco allegato al d.P.R. 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modificazioni.

Il quadro appena esposto consente di affermare che nel nuovo assetto normativo vi è una particolare disciplina per le assunzioni a termine per attività stagionali che sono ritenute meritevoli delle regole eccezionali sopra ricordate.

Ed infatti, come è evidente, i riferimenti alle attività stagionali, conservati e ulteriormente specificati nel nuovo testo del d.lgs. n. 368/2001, rispondono alla *ratio* funzionale di tenere aperti ulteriori spazi flessibili per tali attività, storicamente salvaguardate con previsioni particolari.

In via conclusiva deve dunque ritenersi che è possibile stipulare contratti a tempo determinato per attività stagionali con le stesse limitazioni generali previste dalla vigente disciplina.

Tuttavia, come si è già messo in luce, tali regole generali conoscono, proprio in relazione alle attività stagionali, una serie di rilevanti eccezioni: l'esenzione dalla regola di durata complessiva massima di 36 mesi (art. 5, comma 4-*bis*), il diritto di precedenza (art. 5, comma 4-*quinqies*), l'esenzione da limitazioni quantitative percentuali (art. 10, comma 7, lett. *b*).

7. La disciplina transitoria

Si è già messo in luce l'insieme di complesse questioni che attengono alla disciplina prevista dai contratti collettivi in tema di limiti percentuali e sul punto dunque si rinvia *supra* (§ 4).

Non sono inoltre mancati nel corso della trattazione inevitabili riferimenti alle questioni di diritto intertemporale che certamente interesseranno gli operatori per molto tempo.

Rispetto a quanto già detto, mette adesso conto di prendere in considerazione il primo comma dell'art. 2-bis del d.l. n. 34/2014, cit., secondo cui la nuova disciplina del contratto a termine si applica ai rapporti di lavoro costituiti a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto stesso.

La medesima disposizione *fa salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni introdotte dal decreto*.

Occorre mettere in rilievo che vengono in considerazione tre diversi regimi temporali: quello *fino al 20 marzo 2014*, secondo la disciplina del d.lgs. n. 368/2001 (con tutte le ulteriori sequenze temporali che dalla l. n. 92/2012 portano al d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013); quello *dal 21 marzo al 19 maggio 2014*, secondo l'originario testo del d.l. n. 34/2014, quello operante *dal 20 maggio 2014*, con il testo del d.l. n. 34/2014 risultante dalle modifiche ed integrazioni introdotte dalla legge di conversione.

Secondo i principi generali è da ritenere che ai contratti a termine debba applicarsi la disciplina legale *ratione temporis* senza alcun effetto retroattivo («la legge non dispone che per l'avvenire»: art. 11, disp. prel. al Codice civile).

Il citato disposto fonda il principio di irretroattività della legge che, sul versante civilistico e dunque lavoristico (non su quello penalistico), può certo conoscere deroghe ma solo ove espressamente previste da una fonte di pari rango.

Orbene nel testo del d.l. n. 34/2014, come risultante dalla legge di conversione, non si rinvencono disposizioni che intendano regolare in via retroattiva la disciplina transitoria concernente i rapporti di lavoro a tempo determinato in essere al momento dell'entrata in vigore della riforma; al contrario l'art. 2-bis conferma il principio del *tempus regit actum*: ne discende che deve trovare applicazione il suddetto principio generale di irretroattività della legge.

Peraltro è opportuno rilevare che l'originario testo del d.lgs. n. 368/2001 (sul punto non modificato dal d.l. n. 34/2014) prescrive, all'art. 11, comma 3, che «i contratti individuali definiti in attuazione della normativa previgente, continuano a dispiegare i loro effetti fino alla scadenza».

Il d.lgs. n. 368/2001, anche nella sua attuale formulazione, sembra dunque convintamente aderire alla regola del *tempus regit actum*.

8. Un'ipotesi conclusiva sulla tenuta della riforma

L'analisi condotta consente di concludere, pur con tutti i dubbi di una prima lettura, che nella riforma non sembrano individuabili adeguati contrappesi rispetto all'inequivocabile elasticità oggi consentita nell'assunzione a tempo determinato e dunque la strada verso l'abuso è da ritenersi spianata.

Il profilo numerico (riassumibile nella sequenza 36/5/20) non sembra infatti riuscire a svolgere una ragionevole azione di contenimento rispetto ad una elasticità organizzativa del contratto a termine che sembra sconfinata.

La nuova a-causalità del termine non trova un bilanciamento nel limite temporale della durata massima del rapporto né sembra che un effetto dissuasivo verso l'abuso potrà realizzarsi mediante la disciplina delle proroghe che, al contrario, opera in chiave di ulteriore dilatazione del rapporto a termine, pur con i non trascurabili correttivi prima esaminati.

Rimane dunque, in funzione di contenimento dell'abuso, solo la disciplina dei limiti percentuali.

La tenuta della riforma sembra essere strettamente legata al livello di effettività delle sanzioni che deriveranno dalla violazione dei suddetti limiti, siano esse quelle amministrative o civilistiche.

È indubbio che sul piano del diritto comunitario non v'è necessità di prefigurare la sanzioni civilistica della conversione, potendo ben delinearsi un efficace controllo di natura amministrativa con una ragionevole risposta sanzionatoria.

In relazione a tali limiti si è già osservato che le sanzioni amministrative, per come attualmente introdotte nel testo normativo, lasciano presagire uno scarso livello di effettività: o dunque si mette mano ad un sistema di accertamenti ispettivi che sia idoneo allo scopo oppure sarà inevitabile prendere atto che la stessa violazione dei limiti percentuali rimarrà nella disponibilità delle parti individuali, con ogni conseguenza sul versante dell'abuso del contratto a termine.

Le modifiche al contratto di somministrazione*

di Valeria Filì

CAPO I

Articolo 1

Semplificazione delle disposizioni in materia di contratto di lavoro a termine

[si veda *supra*]

1. Il progressivo allineamento della somministrazione al contratto a termine

Con raccomandazione [COM\(2014\)413/2](#) il Consiglio dell'Unione europea, nel valutare sia il programma nazionale di riforma sia il programma di stabilità dell'Italia per l'anno 2014, ha invitato il nostro Paese, con riferimento al mercato del lavoro, ad adottare negli anni 2014 e 2015 i provvedimenti necessari al fine di «adoperarsi per una piena tutela sociale dei disoccupati [...]; rafforzare il legame tra le politiche del mercato del lavoro attive e passive [...]; intervenire concretamente per aumentare il tasso di occupazione femminile [...]; fornire in tutto il paese servizi idonei ai giovani non registrati

* Il presente contributo si inserisce nel contesto di una ricerca realizzata per l'unità locale dell'Università degli Studi di Udine nell'ambito del progetto PRIN (2010-2011), LEGAL_frame_WORK. Lavoro e legalità nella società dell'inclusione, responsabile dell'unità locale: M. Brollo; coordinatrice scientifica: D. Gottardi (Università di Verona).

presso i servizi pubblici per l'impiego [...]; [...] far fronte al rischio di povertà e di esclusione sociale».

A questo si aggiunga che nell'ambito della strategia *Europa 2020* l'Italia si è posta gli obiettivi di un aumento del tasso di occupazione complessiva tale da raggiungere il 67-69%, partendo dal 55,6% del 2013, e della riduzione del numero di persone a rischio di povertà ed esclusione sociale (nel 2013 più di 2 milioni); nel Documento di economia e finanza 2014 (DEF), sezione III, *Programma nazionale di riforma*, deliberato dal Consiglio dei Ministri l'8 aprile 2014, si dà atto di «un mercato del lavoro rigido e segmentato, che richiede interventi incisivi al fine di accrescere il tasso di attività e di occupazione, ridurre ampiezza e durata media della disoccupazione, restituendo valore alla formazione e al merito»; nella Relazione annuale sul 2013 della Banca d'Italia si legge che «l'offerta di lavoro è disincentivata in Italia anche dal sistema fiscale, in particolare per le donne: le detrazioni e gli altri trasferimenti, calcolati sulla base del reddito familiare, innalzano l'aliquota marginale effettiva delle imposte sul reddito del secondo percettore (tipicamente il coniuge femminile), scoraggiandone la partecipazione al mercato del lavoro»⁽¹⁾.

Molti quindi i mali del mercato del lavoro italiano e che la cura sia il *Jobs Act* è tutto da verificare; l'ottimismo della volontà di questo come di altri Governi si scontra con il crudo realismo di norme tecnicamente approssimative e di interventi novellatori a macchia di leopardo presentati come riforme strutturali⁽²⁾. In ogni caso, par di capire che il d.l. 20 marzo 2014, n. 34, c.d. decreto Poletti, entrato in vigore il 21 marzo, convertito con modificazioni nella l. 16 maggio 2014, n. 78, entrata in vigore il 20 maggio, costituisca solo l'anticipazione⁽³⁾ di «una organica riforma del mercato del lavoro (*Jobs Act*) tesa a realizzare una effettiva razionalizzazione dei meccanismi di assunzione, delle forme contrattuali nonché rinnovare e rendere più efficienti il sistema degli ammortizzatori sociali. [...] Gli interventi di semplificazione dei

⁽¹⁾ Cfr. BANCA D'ITALIA, [Relazione annuale 2013](#), 30 maggio 2014, 104.

⁽²⁾ Riflette con la consueta ironica sagacia sulla politica sociale europea e italiana F. CARINCI, *Il diritto del lavoro che verrà (In occasione del congedo accademico di un amico)*, relazione tenuta al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, 11-12 aprile 2014, Torino, in corso di pubblicazione, §§ 3 e 4 del dattiloscritto.

⁽³⁾ Per una recente puntuale riflessione sulle politiche del lavoro degli ultimi anni realizzate in Italia ed un primo commento all'art. 2 (delega al governo in materia di servizi per il lavoro e politiche attive) del ddl AS 1428/2014 presentato al Senato il 3 aprile 2014, cfr. D. GAROFALO, *Le politiche del lavoro in Italia*, in corso di pubblicazione in *Annali del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture*, 2014, n. 2, www.annalidipartimentojonico.org.

contratti a termine e di apprendistato perseguono l'obiettivo di rendere tali tipologie contrattuali più coerenti con le esigenze dell'attuale contesto occupazionale e produttivo e costituiscono il primo passo per arrivare, nell'ambito dell'attuazione della citata delega, al complessivo riordino e alla unificazione delle molteplici forme contrattuali a oggi previste» (DEF, 12).

Ebbene, ai citati “interventi di semplificazione dei contratti a termine” vanno ragionevolmente ricondotti anche quelli sul lavoro somministrato contenuti nel d.l. n. 34/2014 e nella l. di conversione n. 78/2014 continuandosi così un discorso, iniziato nel 2003 (cfr. art. 22, d.lgs. n. 276/2003), di contaminazione e di allineamento tra i due istituti, preso atto della prassi invalsa di utilizzare la somministrazione a termine quale strumento per aggirare i vincoli e i limiti posti al contratto di lavoro a tempo determinato.

La direttiva 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale statuisce che «i divieti o le restrizioni imposti quanto al ricorso al lavoro tramite agenzie di lavoro interinale sono giustificati soltanto da ragioni d'interesse generale che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione degli abusi» (art. 4, comma 1); e prima ancora che: «il miglioramento della base minima di tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale dovrebbe essere accompagnato da un riesame delle eventuali restrizioni o divieti imposti al ricorso al lavoro tramite agenzia interinale» (considerando n. 18).

Il legislatore comunitario ha quindi ritenuto che «il lavoro tramite agenzia risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato» (considerando n. 11).

È di tutta evidenza che, con riferimento al lavoro tramite agenzia, il cambio di rotta rispetto al passato remoto è stato di centottanta gradi e molto è dovuto al ripensamento e all'autocritica operati dall'ILO nei confronti dell'atteggiamento di profonda sfiducia tenuto sin dal 1948 ⁽⁴⁾ nei confronti della presenza dei privati nel mercato del lavoro, sia con riferimento all'attività di mediazione sia di somministrazione di lavoro, tanto da giungere a valorizzarne, con la convenzione n. 181/1997, addirittura il loro ruolo e le loro funzioni «ai fini di un buon funzionamento del mercato del lavoro» seppur sempre con l'obiettivo di «proteggere i lavoratori contro gli abusi».

⁽⁴⁾ Cfr. [Employment Service Convention, 1948, n. 88](#), e [Fee-Charging Employment Agencies Convention \(Revised\), 1949, n. 96](#).

In Italia, l'originaria radicale e assoluta diffidenza verso un rapporto triangolare anziché diretto tra datore e lavoratore, tradottasi dapprima nell'art. 2127 c.c. e poi nella l. n. 1369/1960, subisce un completo ripensamento con la l. n. 196/1997 (anche sulla scia all'emanazione della citata convenzione ILO n. 181/1997 sulle agenzie per l'impiego private) ⁽⁵⁾ seguita di lì a poco dal d.lgs. n. 276/2003: cambia l'atteggiamento del legislatore verso il fenomeno e quindi la *ratio* delle norme e pertanto le soluzioni tecniche escogitate sono diverse rispetto al passato, improntate al riconoscimento del valore aggiunto fornito dalla presenza delle agenzie, sia per la creazione di mere occasioni di lavoro, sia nella prospettiva che queste ultime possano favorire la costituzione di rapporti di impiego stabili ⁽⁶⁾.

L'approccio generale quindi al tema della "triangolazione" ⁽⁷⁾ è ormai dal 1997 di prudente fiducia, nella consapevolezza che il lavoro tramite agenzia costituisce, *in primis*, uno strumento strategico per favorire l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro; *in secundis*, un mezzo di sperimentazione reciproca di durata potenzialmente maggiore rispetto al patto di prova apponibile al contratto di lavoro subordinato ai sensi dell'art. 2096 c.c.; infine, un ponte verso un impiego stabile, sia alle dipendenze della medesima agenzia sia dell'utilizzatore.

Lo strumento della somministrazione di lavoro può poi anche essere utilizzato per favorire l'inclusione sociale dei lavoratori con maggiori difficoltà di inserimento lavorativo ovvero con scarsa propensione all'inserimento stesso.

Sul punto va segnalato come già la versione originaria del d.lgs. n. 276/2003 conteneva all'art. 13 una disposizione, più volte rimaneggiata, rubricata *Misure di incentivazione del raccordo pubblico privato*, volta ad utilizzare le agenzie di somministrazione al fine di garantire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro dei soggetti svantaggiati, affidando

⁽⁵⁾ Sebbene formalmente ratificata dall'Italia solo nel 2000, cfr. *GU*, 2 febbraio 2000, n. 26, *Estratti, sunti e comunicati*.

⁽⁶⁾ Sul punto va segnalato che ASSOSOMM, [Mercato del lavoro: eppur si muove \(comunicato stampa\)](#), 28 febbraio 2014, ha diffuso l'analisi statistica effettuata su missioni e assunzioni per l'anno 2013: ebbene, in controtendenza rispetto al trend generale, nel 2013 si è registrato un aumento del 23% rispetto al 2012 con riferimento al numero delle missioni in somministrazione attivate e un aumento di assunzioni a tempo indeterminato sia alle dipendenze delle stesse agenzie di somministrazione, sia direttamente presso gli ex utilizzatori.

⁽⁷⁾ Per una recente disamina dell'istituto cfr. M. AIMO, *La somministrazione di lavoro: una fattispecie negoziale complessa*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, 415 ss., e ivi un'ampia rassegna di riferimenti bibliografici; G. ZILIO GRANDI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, 1306 ss., e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

contestualmente alle medesime agenzie anche il controllo sul comportamento (auspicabilmente: trasparente e collaborativo) dei lavoratori presi in carico, beneficiari di trattamenti di disoccupazione, nonché l'obbligo di comunicazione all'Inps e ai servizi per l'impiego del verificarsi di ipotesi di decadenza dai trattamenti previdenziali. Successivamente la l. n. 191/2009 ha inserito nell'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003 il comma 5-*bis*, riferito ai lavoratori in mobilità assunti dall'agenzia ai sensi dell'art. 8, comma 2, della l. n. 223/1991, e poi il d.lgs. n. 24/2012 vi ha aggiunto i commi 5-*ter* e 5-*quater* al fine di incentivare l'assunzione da parte delle agenzie di somministrazione dei lavoratori percettori di ammortizzatori sociali ovvero "svantaggiati" secondo la definizione della normativa comunitaria (si veda regolamento CE n. 800/2008) o ancora di categorie di lavoratori comunque difficilmente collocabili individuati dalla contrattazione collettiva creandosi quindi delle ragioni giustificatrici speciali rispetto a quelle contenute nei commi 3 e 4 dell'art. 20 cit.

La l. n. 92/2014 ha rafforzato l'allineamento tra contratto di lavoro a termine e somministrazione, da un lato, equiparandoli sul piano dell'irrelevanza delle ragioni giustificatrici «nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato, di durata non superiore a dodici mesi»⁽⁸⁾; dall'altro, prevedendo che «ai fini del computo del periodo massimo di trentasei mesi si [tenesse] altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti»⁽⁹⁾.

Conferma del parallelismo tra i due istituti si ha anche con l'introduzione, sempre ad opera della riforma Fornero, del contributo addizionale a carico del datore di lavoro sui «rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato» pari a 1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali⁽¹⁰⁾; da rilevare che per la somministrazione era stata inizialmente prevista una corrispondente riduzione dell'aliquota di cui all'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, portandola dal 4% al 2,6%⁽¹¹⁾, disposizione che, posta proprio nella logica dell'allineamento tra gli istituti, è stata invece abrogata l'anno dopo con reviviscenza della percentuale originaria⁽¹²⁾.

⁽⁸⁾ Art. 1, comma 9, lett. b, l. n. 92/2012. Cfr. L. FIORILLO, *Le nuove regole in materia di contratto a tempo determinato, lavoro somministrato, apprendistato e lavoro a tempo parziale: un contributo per un uso corretto della flessibilità in entrata*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2014, 54-60, e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁹⁾ Art. 1, comma 9, lett. i, di modifica dell'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001.

⁽¹⁰⁾ Art. 2, comma 28, l. n. 92/2012.

⁽¹¹⁾ Art. 2, comma 39, l. n. 92/2012.

⁽¹²⁾ Art. 1, comma 136, l. n. 147/2013.

Coerentemente con il trend descritto, il d.l. n. 34/2014 nell'eliminare la necessità di una giustificazione per le assunzioni con contratto di lavoro a termine ha dovuto anche prevedere la parallela generalizzata eliminazione della necessità di una giustificazione per la stipulazione del contratto di somministrazione a termine.

Orbene, in questa logica e fatta questa premessa, non può tacersi come il c.d. *Jobs Act*, si sia però posto in maniera contraddittoria nei confronti del lavoro tramite agenzia, da un lato, "liberalizzando" il ricorso alla somministrazione a termine (e al connesso contratto di lavoro subordinato a termine), dall'altro, mortificando le agenzie con una disposizione fortemente depressiva per l'attività di somministrazione in generale; il riferimento è al contingente del 20% massimo di contratti di lavoro a termine di cui all'art. 1, comma 1, ultimo periodo, del novellato d.lgs. n. 368/2001, previsione che, stando ad una interpretazione aderente al dato letterale della norma, dovrebbe applicarsi a tutti i datori di lavoro – salvo l'espressa esclusione ritagliata per i datori con meno di 6 dipendenti – e quindi anche alle agenzie di somministrazione, ma che secondo l'interpretazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, contenuta nella circ. 30 luglio 2014, n. 18, non riguarda in alcun modo le agenzie di somministrazione, né con riferimento alle assunzioni di lavoratori a termine da somministrare né con riferimento all'assunzione di lavoratori a termine da adibire all'attività propria dell'agenzia.

Tale posizione ministeriale appare decisamente creativa e poco convincente non essendo ancorata ad alcun dato normativo ma solo a considerazioni di natura politica e pragmatica nel tentativo di rimediare a quella che, forse, è stata una "svista" del legislatore. L'espressa esclusione prevista per i datori che occupano da 0 a 5 dipendenti spinge, viceversa, a sostenere che ove "*ubi lex voluit dixit...*", senza contare che l'applicazione anche alle agenzie di somministrazione del limite del 20% può essere stata ispirata proprio dall'obiettivo di spingere anche questi datori di lavoro ad assumere i lavoratori preferibilmente a tempo indeterminato anziché a termine; che poi una tale disposizione possa produrre l'effetto perverso di deprimere l'attività di somministrazione e quindi le stesse assunzioni dei lavoratori è possibile: è infatti preventivabile un calo delle assunzioni (sino ad ora normalmente) effettuate da parte dell'agenzia "su indicazione nominativa" dell'utilizzatore, perché, se l'agenzia ha sfiorato il tetto del 20%, non sarà tanto facilmente disposta ad assumere a tempo indeterminato il lavoratore "segnalato" senza avere la (quasi) certezza di poterlo poi ricollocare oltre la prima missione (*amplius infra*, § 5).

2. L'intervento novellatore della l. n. 78/2014

Il d.l. n. 34/2014 convertito con modificazioni nella l. n. 78/2014 incide nuovamente sul d.lgs. n. 368/2001 ⁽¹³⁾, già ripetutamente e profondamente segnato dalle modifiche subite nel corso del tempo, di cui due ad opera della Corte costituzionale ⁽¹⁴⁾, mentre sembra occuparsi solo marginalmente della somministrazione di lavoro con una disposizione novellatrice dell'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003 ⁽¹⁵⁾ e con due richiami inseriti nel nuovo testo del d.lgs. n. 368/2001 ⁽¹⁶⁾.

In realtà le modifiche in tema di somministrazione sono tutt'altro che marginali, come si dimostrerà nella riflessione che si va a compiere.

Certo, l'intreccio funzionale dei due istituti, sulla cui opportunità si dirà nel prosieguo, finisce con il riflettere sulla regolamentazione della somministrazione la complessa disciplina del contratto a termine, divenuta disarmonica e in più punti poco coerente per effetto del reiterato intervento legislativo ⁽¹⁷⁾, specie a partire dalla l. n. 247/2007.

Pare venuto il momento di un riordino delle normative del contratto a tempo determinato e della somministrazione di lavoro, magari con un Testo Unico sul "lavoro temporaneo" che non solo riorganizzi ma anche elimini le aporie e le contraddizioni dell'attuale *patchwork* normativo, valorizzando sì gli intrecci ma anche le differenze tra i due istituti contrattuali proprio in una logica inclusiva di fornire strumenti di inserimento nel mercato del lavoro e occasioni di impiego anziché deprimendo l'attività di impresa ovvero disincentivando l'assunzione.

⁽¹³⁾ Cfr. M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il Jobs Act*, relazione presentata al convegno *Diritto del lavoro e mercato globale*, cit.; V. DE MICHELE, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in entrata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014*, in questo volume, parte I; L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in corso di pubblicazione in *ADL*; M. TIRABOSCHI, *Lavoro a termine: è vera liberalizzazione?*, in [La riforma del lavoro a termine alla prova della contrattazione](#), Working Paper ADAPT, 2014, n. 153, 3.

⁽¹⁴⁾ Cfr. C. cost. n. 44/2008 e n. 214/2009.

⁽¹⁵⁾ Si veda il comma 2 dell'art. 1 del d.l. n. 34/2014: «All'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, i primi due periodi sono soppressi e al terzo periodo dopo le parole: "della somministrazione" sono inserite le seguenti: "di lavoro"».

⁽¹⁶⁾ Si veda l'art. 1, comma 1, e l'art. 5, comma 4-*bis*, del novellato d.lgs. n. 368/2001.

⁽¹⁷⁾ M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il Jobs Act*, cit., spec. § 4 del dattiloscritto.

3. L'eliminazione delle ragioni giustificatrici per la somministrazione a termine e le conseguenti ipotesi di abrogazione tacita

L'art. 1, comma 2, del d.l. n. 34/2014 ha abrogato i primi due periodi del comma 4 dell'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003, in tal modo sintonizzando il contratto di somministrazione a termine sulla stessa lunghezza d'onda del contratto di lavoro a termine ⁽¹⁸⁾.

Il legislatore quindi non richiede più che un soggetto – imprenditore o no che sia – giustifichi il ricorso alla somministrazione di lavoro a tempo determinato ⁽¹⁹⁾; viceversa, la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato continua ad essere ammessa nei casi “tassativamente” (il virgolettato è d'obbligo visto che si tratta di formulazioni piuttosto ampie) previsti dal comma 3 del medesimo art. 20 del d.lgs. n. 276/2003, nonché nell'ipotesi derogatoria di cui al successivo comma 5-*bis* (si veda *amplius infra*).

L'abrogazione espressa dei primi due periodi del comma 4 dell'art. 20, cit., ha come conseguenza immediata l'abrogazione tacita delle disposizioni inserite nel o esterne al d.lgs. n. 276/2003 incompatibili con la disposizione abrogatrice in quanto strettamente correlate alle norme abrogate.

Abrogazione “tacita” perché, ai sensi dell'art. 15 delle disp. prel. al codice civile, se di sicuro non v'è una «dichiarazione espressa del legislatore», non si può nemmeno dire che «la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore»: ciò che esclude le ipotesi sia di un'abrogazione “espressa” che “implicita”; senza dire che le stesse righe che si vanno qui scrivendo provano la predetta natura dell'abrogazione, posto che, per comprendere ciò che è e ciò che non è da considerare abrogato dal testo in commento, appare necessaria l'attività dell'interprete ⁽²⁰⁾.

Il riferimento è, innanzitutto, alla disposizione di cui all'art. 5-*bis* del medesimo art. 20, d.lgs. n. 276/2003, laddove statuisce: che «non operano le disposizioni di cui ai commi 3 e 4 del presente articolo»; tale ipotesi, introdotta con la l. n. 191/2009, aveva senso se e in quanto rappresentava una eccezione alla necessaria sussistenza di ragioni «di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» per la stipulazione di una somministrazione a termine e, pertanto, l'abrogazione esplicita delle ragioni giustificative provoca l'abrogazione tacita del rinvio al comma 4 per

⁽¹⁸⁾ Si veda l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 come novellato dal d.l. n. 34/2014.

⁽¹⁹⁾ Si veda l'art. 20, comma 4, del d.lgs. n. 276/2003 come modificato dall'art. 1, comma 10, lett. b, della l. n. 92/2012 prima dell'abrogazione ad opera del d.l. n. 34/2014.

⁽²⁰⁾ In dottrina cfr. S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, 1958, vol. I; si veda anche Cass. 7 marzo 1979, n. 1423, in *RGL*, 1980, 633.

incompatibilità tra le due discipline, sopravvivendo invece il rinvio al comma 3 riferito alla somministrazione a tempo indeterminato. In secondo luogo, cadono anche le ipotesi derogatorie, rispetto alla regola della giustificazione necessaria, pensate dal legislatore solo per il caso di somministrazione a termine e con riferimento ai lavoratori in particolari situazioni di svantaggio: si tratta del comma 5-*ter* sempre dell'art. 20, cit., aggiunto dal d.lgs. n. 24/2012. Tacitamente abrogato risulta poi il comma 5-*quater* del medesimo art. 20, così risultando eliminato il rinvio alle «ulteriori ipotesi individuate dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative dei lavoratori e dei datori di lavoro». Infine, per i motivi già detti, è da ritenere tacitamente abrogato anche l'art. 28, comma 2, del d.l. n. 179/2012 convertito dalla l. n. 221/2012, secondo cui le ragioni giustificative «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»; va però osservato che un *favor* verso la «*start up* innovativa» comunque resta, rilevando tale requisito al fine del superamento del limite quantitativo all'utilizzazione del contratto a tempo determinato (cfr. art. 10, comma 7, d.lgs. n. 368/2001; si veda *amplius infra*, § 5).

A fronte dell'eliminazione delle ragioni che giustificano la stipulazione di una somministrazione a termine, è chiaro che il segnale mandato dal legislatore sembra essere di apprezzamento verso questo strumento di impiego regolare, in sintonia con la direttiva 2008/104/CE, così definitivamente “sdoganando” tale istituto, ritenuto quindi mezzo di inserimento lavorativo non rispondente «solo alle esigenze di flessibilità delle imprese, ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti», contribuendo «pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato» (considerando n. 11 della direttiva 2008/104/CE).

Soppressa da parte della nuova disciplina l'obbligatoria indicazione delle esigenze legittimanti il ricorso alla somministrazione a termine, ne dovrebbe conseguire la caducazione dell'identica previsione o del rinvio alla norma abrogata contenuti nel contratto collettivo ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Il riferimento è all'art. 23, comma 1, n. 1, del CCNL 27 febbraio 2014 per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro sottoscritto dall'associazione delle agenzie di somministrazione Assolavoro con Cgil, Cisl e Uil, Felsa-Cisl, Nidil-Cgil, Uil-Temp, che si limitava a richiamare «i casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o

Una considerazione finale va dedicata all'ipotesi in cui l'utilizzatore del lavoro somministrato sia una pubblica amministrazione; in questo contesto, infatti, l'integrale applicazione delle discipline del contratto a tempo determinato e della somministrazione di lavoro a termine novellate dal d.l. n. 34/2014 va esclusa alla luce di quanto dispone l'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, come da ultimo modificato dal d.l. n. 101/2013 convertito dalla l. n. 125/2013.

Sul punto va *in primis* ricordato che l'art. 1, comma 9, lett. *b*, l. n. 92/2012 (cioè la possibilità di stipulare il primo rapporto a termine, per massimo 12 mesi, senza addurre ragioni giustificatrici), non ha trovato applicazione nelle pubbliche amministrazioni per la generale inapplicabilità della l. n. 92/2012 all'impiego pubblico (si veda il comma 7 dell'art. 1); *in secundis*, eliminando ogni residuo dubbio relativo all'esclusione delle pubbliche amministrazioni dal campo di applicazione della c.d. legge Fornero, il d.l. n. 101/2013, incidendo sull'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, ha ribadito la possibilità per le stesse di far ricorso agli strumenti di flessibilità solo «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale», addirittura delineando un *modus procedendi* finalizzato a «prevenire fenomeni di precariato» («le amministrazioni pubbliche [...] sottoscrivono contratti a tempo determinato con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per concorsi pubblici a tempo indeterminato»).

Appare quindi evidente che il legislatore (ancora una volta) ⁽²²⁾ con riferimento al settore pubblico sia andato in una direzione diametralmente opposta rispetto all'impiego privato, dovendosi conseguentemente ritenere che, per avvalersi della somministrazione di lavoro a termine (unica consentita *ex art.* 86, comma 9, d.lgs. n. 276/2003) e anche del contratto di lavoro a tempo determinato, le pubbliche amministrazioni dovranno sempre esplicitare «le esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale» nonostante l'eliminazione delle ragioni giustificatrici ad opera del d.l. n. 34/2014 ⁽²³⁾.

sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, di cui al comma 4, dell'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003».

⁽²²⁾ Di «inarrestabile allontanamento» parla E. GRAGNOLI, *L'inapplicabilità della legge n. 92/2012 ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *op. cit.*, 143 ss., spec. 145, cui si rinvia per i numerosi riferimenti bibliografici.

⁽²³⁾ Cfr. le considerazioni critiche di V. DE MICHELE, *op. cit.*, §§ 4, 5 e 21.

4. Il problema dei rinvii tra discipline

Prima di affrontare le questioni sollevate dai rinvii espliciti o impliciti tra la disciplina della somministrazione di lavoro di cui agli artt. 20-28 del d.lgs. n. 276/2003 e quella del contratto a termine contenuta nel d.lgs. n. 368/2001, vanno evidenziate le due disposizioni “chiave” che mettono in correlazione le citate normative.

La prima è quella contenuta nell’art. 10, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 368/2001, che esclude dal campo di applicazione del citato decreto «i contratti di lavoro temporaneo di cui alla legge 24 giugno 1997, e successive modificazioni»; la seconda, è racchiusa nell’art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 che espressamente prevede «in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con l’esclusione delle disposizioni di cui all’art. 5, commi 3 e seguenti. Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore»⁽²⁴⁾.

Orbene, l’art. 10, comma 1, lett. *a*, del d.lgs. n. 368/2001, può essere considerato implicitamente abrogato in ragione dell’abrogazione esplicita degli artt. 1-11 della l. n. 196/1997 da parte dell’art. 85, lett. *f*, del d.lgs. n. 276/2003, nonché vista la specifica regolamentazione da parte dell’art. 22, comma 2, del medesimo d.lgs. n. 276/2003, che ha ritenuto di rinviare proprio al d.lgs. n. 368/2001 per la disciplina del contratto a termine stipulato tra l’agenzia di somministrazione e il lavoratore. È di tutta evidenza che nell’arco di 2 anni, il legislatore ha cambiato orientamento: nel 2001 divaricando nettamente le strade dei due istituti, nel 2003, invece, riconducendoli su binari paralleli e comunicanti.

La norma di raccordo tra la disciplina del contratto a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001 e quella del lavoro somministrato è (apparentemente solo) quella contenuta nel citato comma 2 dell’art. 22 del d.lgs. n. 276/2003, che però non detta un confine preciso tra cosa si applica e cosa non si applica del d.lgs. n. 368/2001 nel contesto di una somministrazione a tempo determinato, visto che lascia socchiusa, cioè «per quanto compatibile», la porta delle contaminazioni.

⁽²⁴⁾ Va ricordato che una modifica del comma 2 dell’art. 22 del d.lgs. n. 276/2003 è stata operata dall’art. 1, comma 42, della l. n. 247/2007, che alle parole «all’articolo 5, commi 3 e 4» ha sostituito le parole «all’articolo 5, commi 3 e seguenti».

Analizzando però attentamente l'art. 22 del d.lgs. n. 276/2003, appare chiaro che non è solo il comma 2 che fa da ponte tra la somministrazione di lavoro e il contratto a termine ma anche il comma 1 in quanto dispone che «in caso di somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra somministratore e prestatori di lavoro sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali».

È di tutta evidenza allora che esistono due ipotesi di rinvio al d.lgs. n. 368/2001 ⁽²⁵⁾:

1. nel caso di *somministrazione a tempo indeterminato* i rapporti tra agenzia e prestatori di lavoro seguono le normali regole applicabili a qualunque datore di lavoro e quindi anche per intero e senza eccezioni il d.lgs. n. 368/2001;
2. diversamente, nel caso di *somministrazione a tempo determinato* l'agenzia che ha assunto con contratto a termine il lavoratore da mandare in missione applica il d.lgs. n. 368/2001 in modo "temperato" avendo il legislatore apposto la clausola «per quanto compatibile», che rimette all'interprete la declinazione e la portata del rinvio medesimo. Si potrebbe, a questo punto, prospettare l'ipotesi interpretativa che il termine massimo di 36 mesi previsto dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 come novellato dal d.l. n. 34/2014, possa essere derogato ⁽²⁶⁾ dalla contrattazione collettiva proprio ai sensi dell'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 22 del d.lgs. n. 276/2003 («il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata prevista dal contratto collettivo applicato dal somministratore»), nonché facendo leva sulla clausola «per quanto compatibile»; ebbene, tale soluzione appare a chi scrive alquanto forzata e non condivisibile in considerazione sia del fatto che il citato rinvio alla contrattazione è antecedente (l. n. 247/2007) al termine massimo di 36 mesi posto dal d.l. n. 34/2014, sia della divaricazione che in tal modo si verrebbe a creare tra le due normative (facendo entrare dalla finestra ciò che si è fatto uscire dalla porta, cioè massimo 36 mesi con un lavoratore assunto direttamente con

⁽²⁵⁾ Affronta la questione esplicitando chiaramente i dubbi interpretativi che pone l'art. 22 del d.lgs. n. 276/2003 già nella sua versione originaria S. CIUCCIOVINO, *Commento all'art. 22. La disciplina dei rapporti di lavoro*, in M.T. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV. Artt. 20-32*, Ipsoa, 2004, 70-74.

⁽²⁶⁾ Questa soluzione è prospettata, pur con molti dubbi, da S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Poletti: una prospettiva di flexicurity?*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [*Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78*](#), ADAPT University Press, 2014, 69-70.

contratto a termine, ma senza limiti con un lavoratore somministrato) che il legislatore sta, viceversa, delineando come parallele.

A questo proposito va ricordato che l'art. 47 del CCNL per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro sottoscritto il 27 febbraio 2014 dall'associazione delle agenzie di somministrazione Assolavoro con Cgil, Cisl e Uil, e Felsa-Cisl, Nidil-Cgil, Uil-Temp con riferimento all'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, ha disposto che «il periodo di assegnazione iniziale può essere prorogato per 6 volte nell'arco di 36 mesi» quindi, senza porre particolari problemi con riferimento al limite massimo di legge, salvo che per l'ipotesi dell'utilizzo della somministrazione per la sostituzione di lavoratori assenti: in tali casi, si legge, «resta inteso che [...] il periodo iniziale della missione può essere prorogato fino alla permanenza delle ragioni che hanno causato le assenze»; proprio questa disposizione potrà rappresentare un terreno di confronto interpretativo sulla prevalenza, come mi sembra preferibile, dello *ius superveniens* e quindi della generalizzazione del tetto invalicabile dei 36 mesi, ovvero del rinvio alla contrattazione collettiva, anche in un mutato contesto normativo.

In ogni caso va comunque evidenziato che il problema della proroga del termine inizialmente apposto al contratto a tempo determinato stipulato in caso di somministrazione a termine è un “falso problema”: ben potendo l'agenzia stipulare con quel lavoratore un nuovo contratto a termine, non applicandosi, in caso di somministrazione, la norma sanzionatoria di cui al comma 4-*bis* dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, per espressa esclusione operata dal comma 2 dell'art. 22 del d.lgs. n. 276/2003 (va notato che sia il comma 4-*bis* dell'art. 5, cit., sia il comma 2 dell'art. 22, cit., sono stati introdotti dalla l. n. 247/2007).

Tornando all'applicazione in modo differenziato della disciplina del contratto a termine nella somministrazione, la stessa l. n. 92/2012 tratta in modo diverso i periodi di missione inerenti alla somministrazione a termine rispetto a quelli inerenti la somministrazione a tempo indeterminato, laddove con l'art. 1, comma 9, lett. *i*, ha aggiunto all'art. 5, comma 4-*bis*, del d.lgs. n. 368/2001 le seguenti parole: «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, [...], inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato».

È chiaro quindi che il contratto a termine connesso ad una somministrazione a termine viene considerato dal legislatore un vero e proprio succedaneo del contratto a termine stipulato direttamente tra lavoratore e datore/utilizzatore, così fondando la diversa declinazione del d.lgs. n. 368/2001 nell'ambito della somministrazione.

Conclusivamente, possiamo affermare che il problema della “compatibilità” della disciplina del contratto a termine risultante dalle modifiche operate dal d.l. n. 34/2014, con le specificità della somministrazione si pone solo con riferimento a rapporti di lavoro stipulati in relazione a contratti di somministrazione a termine; viceversa nel caso di rapporti di lavoro stipulati in relazione a contratti di somministrazione a tempo indeterminato si applica integralmente la disciplina del d.lgs. n. 368/2001 come novellata dovendosi considerare l’agenzia di somministrazione un “normale” datore di lavoro, cui si applicano quindi anche le norme sanzionatorie e le precedenze previste nell’art. 5 del d.lgs. n. 368/2001.

5. Il contingentamento del 20% e sua “compatibilità”

Fatta la doverosa premessa e impostato secondo una logica duale il ragionamento, va affrontato preliminarmente l’impatto delle modifiche operate dal d.l. n. 34/2014 sul d.lgs. n. 368/2001. Poiché il rinvio contenuto nel comma 1 dell’art. 22 del d.lgs. n. 276/2003 è incondizionato, ne consegue – come testé detto – che il contratto a termine stipulato dall’agenzia di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato con il lavoratore è integralmente regolato dal d.lgs. n. 368/2001... tutto compreso.

Ritengo quindi che non vi sia alcun dubbio che alle citate agenzie di somministrazione in quanto datori di lavoro si debba applicare anche l’ultimo periodo del comma 1 dell’art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 e pertanto «fatto salvo quanto disposto dall’art. 10, comma 7, il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro [...] non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell’anno di assunzione»⁽²⁷⁾.

Con l’apposizione del limite del contingente massimo del 20%, il legislatore sembra aver forfezzato quelle esigenze – evocando le espressioni usate dall’abrogata l. n. 230/1962 viene da dire: “straordinarie” o “occasional” ovvero dettate dalla “speciale natura dell’attività lavorativa” ovvero da “esigenze sostitutive” o “per servizi predeterminati nel tempo” – che sostanzialmente giustificano il ricorso al lavoro a termine, viceversa rifiutando

⁽²⁷⁾ Cfr. G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in corso di pubblicazione in *ADL*, spec. §§ 3 e 4 del dattiloscritto.

una strutturazione dell'organizzazione aziendale fondata proprio sul contratto a tempo determinato ⁽²⁸⁾.

Per quanto argomentato (si veda *supra*, § 4) ne consegue che alle «agenzie di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato» cioè quelle «abiliate a svolgere esclusivamente una delle attività specifiche di cui all'articolo 20, comma 3, lettere da *a*) a *h*)» ⁽²⁹⁾ andrebbe applicato, senza sconti, il contingente del 20% massimo di lavoratori a termine. Di tale avviso non sembra, viceversa, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali che, nella circ. n. 18/2014, esclude, sbrigativamente, l'applicabilità del limite del 20% alla somministrazione in generale, senza neppure fare distinzioni tra tempo determinato e indeterminato; come già anticipato (*supra*, § 1), non si condivide la soluzione ermeneutica sposata dal Ministero in quanto fortemente manipolativa e additiva rispetto al dato testuale.

Tornando all'analisi esegetica dell'articolato normativo, più complesso risulta, ovviamente, il ragionamento che riguarda le «agenzie di somministrazione di lavoro abilitate allo svolgimento di tutte le attività di cui all'articolo 20» ⁽³⁰⁾, cioè quelle che possono svolgere sia somministrazione a termine sia a tempo indeterminato. È chiaro che queste agenzie svolgono molta attività di somministrazione a tempo determinato, attività che risulta normalmente prevalente ⁽³¹⁾ rispetto a quella a tempo indeterminato e per la quale solitamente impiegano lavoratori assunti con contratti di lavoro a termine. In questo caso, il contingente massimo del 20%, può incidere in maniera significativamente depressiva sull'attività delle citate agenzie, in quanto decisamente limitate dal tetto percentuale citato nella stipulazione dei contratti di somministrazione a termine con i potenziali utilizzatori.

Appare troppo forzata e creativa, nonché di difficile traduzione pratica, l'ipotesi ermeneutica, pure astrattamente prospettabile, di far valere per l'attività di somministrazione a termine la “clausola di compatibilità” di cui all'art. 22, comma 2, cit., in modo da non ritenere applicabile il massimale del 20% per la parte di attività di somministrazione svolta a termine dall'agenzia; se l'avesse voluta, il legislatore avrebbe previsto espressamente una deroga *ad hoc* per le agenzie di somministrazione, come ha fatto per i datori che

⁽²⁸⁾ «una misura accettabile di contenimento della precarietà» la considera L. MENGHINI, *op. cit.*, § 11 del dattiloscritto.

⁽²⁹⁾ Si veda l'art. 4, lett. *b*, del d.lgs. n. 276/2003.

⁽³⁰⁾ Si veda l'art. 4, lett. *a*, del d.lgs. n. 276/2003.

⁽³¹⁾ Sulle ragioni dell'insuccesso della somministrazione a tempo indeterminato si veda A. FENOGLIO, *Lo staff-leasing: dieci anni di (in)applicazione*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *op. cit.*, 471 ss.

occupano fino a 5 dipendenti (“*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”); e non convince neppure l’interpretazione ministeriale di cui alla circ. n. 18/2014 che, da un lato, fa leva sull’espressione «per quanto compatibile» senza nemmeno esplicitare il fondamento dell’incompatibilità⁽³²⁾, dall’altro, estende arbitrariamente la portata della “clausola di compatibilità” anche alla somministrazione a tempo indeterminato (si veda *supra*).

È chiaro però che sostenere l’applicazione anche alle agenzie del limite del 20% trascina con sé una delicata conseguenza: che possa ravvisarsi una violazione della direttiva 2008/104/CE⁽³³⁾, salvo voler adottare comunque una interpretazione “direttiva-orientata” leggendo il contingente del 20% applicato anche alle agenzie di somministrazione nella logica della «necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione degli abusi» (art. 4, comma 1, direttiva 2008/104/CE). La compressione dell’attività di somministrazione che si serve di contratti di lavoro a termine sarebbe quindi volta a spingere le agenzie verso la stipulazione di contratti di lavoro a tempo indeterminato. Ciò detto, non possiamo però ignorare che un effetto boomerang per i lavoratori è nascosto dietro l’angolo e cioè – come accennato all’inizio – potrà verificarsi una complessiva flessione delle assunzioni da parte delle agenzie perché se le stesse hanno sfiorato il tetto del 20%, non saranno tanto disposte ad assumere a tempo indeterminato un lavoratore, segnalato dal e gradito all’utilizzatore, senza la sicurezza di poterlo poi ricollocare.

Per la sanzione nel caso di violazione del limite percentuale contenuta nel comma 4-*septies* dell’art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, novellato dal d.l. n. 34/2014, il legislatore sceglie la via della monetizzazione, nella logica del “far cassa” da parte dello Stato (sulla scia di quanto già fatto nel 2003 con l’art. 28

⁽³²⁾ Non può certo essere considerata propriamente come argomentazione logico-giuridica l’affermazione: «un limite alle assunzioni a termine effettuate ai fini di somministrazione non sembra conciliarsi con la stessa natura di tale attività, legata più di ogni altra alle necessità e alle richieste – svariate quanto a competenze del personale da utilizzare e spesso limitate quanto al tempo di utilizzazione – del mondo imprenditoriale», così circ. Min. Lav. n. 18/2014, 14; irrilevante appare anche il richiamo da parte del Ministero alla sentenza del Corte di giustizia 11 aprile 2013, causa C-290/12, che ha «evidenziato la necessità di tenere distinti il contratto a tempo determinato dalla somministrazione», nel momento in cui è proprio il legislatore italiano a non compiere la cennata distinzione.

⁽³³⁾ Evidenzia sul punto il contrasto con la direttiva anche la [circ. Fondazione Studi Consulenti del lavoro 12 giugno 2014, n. 13, Legge n. 78/2014 di conversione del D.L. n. 34/2014 – modifiche al D.Lgs. n. 368/2001](#), 17, benché tale effetto venga utilizzato per fornire a tutti i costi una interpretazione della norma “comunitariamente orientata”, in tal modo però forzandone molto il contenuto e prescindendo dalla formulazione letterale della stessa, operazione che, come spiegato nel testo, non si condivide.

del d.lgs. n. 276/2003), prevedendosi una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione (mensile) per ciascun mese di durata del rapporto nel caso di un solo lavoratore assunto in violazione del limite e pari al 50% nel caso in cui in quella situazione siano almeno 2 lavoratori; la palla viene quindi rimessa agli ispettori del lavoro, mentre è tutto da verificare l'interesse del lavoratore di far valere giudizialmente il predetto limite del 20%.

In ogni caso la sanzione di cui al comma 4-*septies* dell'art. 5, cit., per espressa previsione dell'art. 1, comma 2-*ter*, del d.l. n. 34/2014, «non si applica per i rapporti di lavoro instaurati precedentemente alla data di entrata in vigore del presente decreto, che comportino il superamento del limite percentuale» in esame; si tratta di una norma, in fondo superflua, in forza del noto principio della irretroattività della norma sanzionatoria.

V'è chi ⁽³⁴⁾ ha già messo in dubbio l'applicabilità alle agenzie di somministrazione della sanzione amministrativa citata in quanto l'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 oltre alla “clausola di compatibilità” prevede l'esclusione, per la somministrazione a termine, dell'applicazione «delle disposizioni di cui all'art. 5, commi 3 e seguenti» del d.lgs. n. 368/2001, da ciò ricavandosi anche l'esclusione della disposizione inserita nel neonato comma 4-*septies*. Anche la circ. Min. lav. n. 18/2014 esclude l'applicabilità della sanzione di cui al comma 4-*septies* dell'art. 5 alla somministrazione, ma senza darne adeguata argomentazione ⁽³⁵⁾.

Sul punto però si consenta di esprimere qualche dubbio, non ritenendo sia possibile prescindere dal fatto che il comma 4-*septies* è stato aggiunto dal d.l. n. 34/2014 e che pertanto non può essere compreso nell'esclusione prevista dall'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003; senza contare che il comma 2-*ter* dell'art. 1, d.l. n. 34/2014, specifica proprio che l'efficacia di tale disposizione sanzionatoria si applica per il futuro e non retroattivamente (cioè non ai rapporti in corso all'entrata in vigore della l. n. 78/2014) così differenziandosi dalle altre sanzioni contenute all'«art. 5, commi 3 e seguenti» del d.lgs. n. 368/2001.

In ogni caso, va rilevato che non devono essere sottovalutate nella loro potenzialità applicativa e di “bypass” del citato massimale, le ipotesi di

⁽³⁴⁾ S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 72-73.

⁽³⁵⁾ Si legge: «Né si ritiene applicabile la sanzione amministrativa di cui al nuovo articolo 5, comma 4 *septies*, del D.Lgs. n. 368/2001, evidentemente riferita alla violazione dei limiti quantitativi di contratti a termine di cui al D.Lgs. n. 368/2001 e non anche ai limiti individuati ai sensi dell'art. 20, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003 (in materia di somministrazione, come detto, trova applicazione la specifica sanzione di cui all'art. 18, comma 3, del D.Lgs. n. 276/2003)» (14).

esonero da limitazioni quantitative elencate nel secondo periodo del comma 7 dell'art. 10, d.lgs. n. 368/2001, e cioè:

- a) nella fase di avvio di nuove attività con rinvio alla contrattazione nazionale per la declinazione del periodo (c.d. start-up);
- b) per ragioni di carattere sostitutivo o stagionalità;
- c) per specifici spettacoli ovvero programmi radiofonici o televisivi;
- d) con lavoratori ultracinquantenni.

Quanto al rinvio alla contrattazione collettiva contenuto sia nella disposizione di cui al primo periodo del comma 7 dell'art. 10, d.lgs. n. 368/2001, sia in quel che resta dell'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003 (dopo l'azione abrogatrice da parte del d.l. n. 34/2014), va evidenziato che questa leva può innocuizzare certamente l'effetto dirompente del massimale legale del 20% nel momento in cui il contratto collettivo eleva ⁽³⁶⁾ il tetto massimo in modo da consentire un "comodo" utilizzo del contratto a termine per le agenzie di somministrazione; viceversa, non si condivide, l'interpretazione ⁽³⁷⁾ che enfatizza la portata di tale disposizione addirittura nel senso di intenderla come delega del legislatore alla contrattazione con riferimento alla scelta non solo sul *quantum* del contingentamento ma addirittura sull'*an*; tale prospettazione non mi pare aderente né alla lettera né alla *ratio* della disposizione che chiaramente intende delegare le parti sociali nell'«individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'art. 1, comma 1», senza, viceversa, lasciar loro la "possibilità" di escluderli completamente.

In ogni caso, le agenzie, quindi, con il sapiente uso di una o più ipotesi di esenzione dal massimale, potranno "tenersi a galla", specie per il fatto che non sussistendo più la necessità di mettere nero su bianco la ragione giustificatrice sia con riferimento al contratto di somministrazione a termine ⁽³⁸⁾ sia con riferimento al contratto di lavoro a termine ⁽³⁹⁾, potrebbero essere con maggiore facilità addotte le ragioni sostitutive ⁽⁴⁰⁾; senza contare che potrebbe anche esserci, almeno in una prima fase di studio e assestamento della nuova normativa, un incremento delle assunzioni di lavoratori

⁽³⁶⁾ Riflettono sull'ipotesi contraria cioè quella di clausole di contingentamento contrattuali, antecedenti all'entrata in vigore del d.l. n. 34/2014, che prevedono un limite inferiore al 20%, G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *op. cit.*, § 5 del dattiloscritto.

⁽³⁷⁾ S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 73.

⁽³⁸⁾ Si veda l'art. 1, comma 2, del d.l. n. 34/2014, che ha abrogato il comma 4 dell'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003.

⁽³⁹⁾ Si veda l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, come modificato dal d.l. n. 34/2014.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. V. DE MICHELE, *op. cit.*, § 18.

ultracinquantacinquenni (quasi una *reverse discrimination* nei confronti degli under 55).

6. I riflessi sulla somministrazione irregolare e fraudolenta

L'aver apparentemente "liberalizzato" la somministrazione a termine eliminando la giustificazione, riduce inevitabilmente la portata della disposizione sanzionatoria di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 276/2003 che definisce la *somministrazione irregolare*, visto che non è più necessaria la sussistenza di ragioni che giustifichino il ricorso della somministrazione a termine e, conseguentemente e logicamente, non è necessario specificare nulla in merito nel contratto di somministrazione (si veda la lett. c, comma 1, art. 21, d.lgs. n. 276/2003). Non si può, a mio parere, nemmeno sostenere l'ontologica necessità di ragioni giustificative, teoria suggestiva formulata nel caso del contratto a termine⁽⁴¹⁾, non sussistendo alcun appiglio normativo in proposito né nel diritto interno e tanto meno nella direttiva 2008/104/CE.

L'art. 27 troverà allora applicazione quando ad esempio la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni poste dall'art. 20, comma 3, oppure la somministrazione sia a tempo indeterminato sia a termine avvengono senza l'indicazione in forma scritta nel contratto degli elementi contrassegnati con le lett. a, b, d ed e di cui all'art. 21 oppure nei casi vietati dal comma 5 dell'art. 20⁽⁴²⁾.

Non pare invece che il d.l. n. 34/2014 abbia una ricaduta sull'art. 28 del d.lgs. n. 276/2003, salvo voler ritenere che l'eliminazione delle ragioni giustificative rendono ancora più ineffabile l'ipotesi normativamente delineata di somministrazione fraudolenta.

7. Sull'insussistenza dei motivi di "necessità e urgenza" che avrebbero dovuto giustificare il ricorso a un decreto-legge

Le motivazioni poste a supporto della scelta dello strumento della decretazione d'urgenza sono esplicitate nel preambolo del d.l. n. 34/2014: «straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni volte a semplificare alcune

⁽⁴¹⁾ Ivi, § 20.

⁽⁴²⁾ Sull'applicabilità dell'art. 32, comma 5, della l. n. 183/2010 nel caso di somministrazione irregolare cfr. L. FIORILLO, *op. cit.*, 57-60; L. GIASANTI, *La somministrazione illecita*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *op. cit.*, 581-584.

tipologie contrattuali di lavoro, al fine di generare nuova occupazione, in particolare giovanile» e «straordinaria necessità ed urgenza di semplificare le modalità attraverso cui viene favorito l'incontro tra la domanda e l'offerta di lavoro».

Ulteriori ragioni di necessità e urgenza vengono poi “evocate” nell'art. 1, comma 1, prima parte, laddove si ribadisce che «considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie dei contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, sono apportate le seguenti modificazioni».

Termina questo sintetico mosaico in tema di “urgenza” la disposizione di cui al comma 2-*bis* dell'art. 1 (aggiunta in sede di conversione) con la quale si prevede che «ai fini della verifica degli effetti delle disposizioni del presente capo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, presenta una relazione alle Camere, evidenziando in particolare gli andamenti occupazionali e l'entità del ricorso al contratto a tempo determinato e al contratto di apprendistato, ripartito per fasce d'età, sesso, qualifiche professionali, aree geografiche, durata dei contratti, dimensioni e tipologia di impresa e ogni altro elemento utile per una valutazione complessiva del nuovo sistema di regolazione di tali rapporti di lavoro in relazione alle altre tipologie contrattuali, tenendo anche conto delle risultanze delle comunicazioni di assunzione, trasformazione, proroga e cessazione dei rapporti di lavoro ricavate dal sistema informativo delle comunicazioni obbligatorie già previsto dalla legislazione vigente».

Come anticipato, dovrebbe essere il combinato disposto delle norme citate a dare conto delle ragioni di necessità e urgenza poste alla base della scelta del decreto-legge quale fonte più adatta a trattare l'argomento *de quo*, ma, pur non potendoci in questa sede spingere ad un'analisi approfondita del tema ⁽⁴³⁾ non

⁽⁴³⁾ Prescindendo dal tentativo di dare anche una sommaria indicazione della dottrina e giurisprudenza esistente in tema di decreto-legge, quel che pare rilevante mettere qui in luce è che una palese e manifesta mancanza dei requisiti di “necessità” e di “urgenza” è capace di rendere viziata anche la legge di conversione. Non è più dato per pacifico, infatti, ciò che un tempo si considerava acquisito e cioè che un'avvenuta conversione da parte del Parlamento sia in grado di “sanare”, siccome fonte di “novazione”, quel tipo di vizio (...ma anche tutti gli altri) del decreto-legge. Riassuntivamente, e per tutti, si rimanda all'analisi di A. CELOTTO, *C'è sempre una prima volta... (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per*

sembra nemmeno di poter ignorare la questione, sorvolando sulla circostanza per cui i presupposti per l'applicazione dell'art. 77 Cost. sono, a dire poco, discutibili.

Innanzitutto, non si può ignorare che le modifiche al d.lgs. n. 368/2001 e all'art. 20 del d.lgs. n. 276/2003, contenute nell'art. 1 del d.l. n. 34/2014, non sono riferite solo alle categorie più svantaggiate nel mercato del lavoro e non disciplinano misure temporanee e specificamente dirette a risolvere emergenze "tutte straordinarie", contenendo il provvedimento in esame una novella di carattere generale, e cioè rivolta a tutti, e strutturale, apparendo quindi in se stessa idonea ad affrontare situazioni imprevedute o imprevedibili.

A dare conto di ciò, non serve nemmeno, l'analisi della dottrina, posto che, paradossalmente, l'atto normativo contiene in se stesso un'espressa e chiarissima auto-accusa in tale senso, nella parte in cui, all'inizio dell'art. 1, fa riferimento alla «perdurante crisi occupazionale e [alla] incertezza dell'attuale quadro economico»: ciò che è «perdurante» per definizione non può costituire alcunché di imprevisto o imprevedibile e, quindi, non può essere trattato con ciò che serve ad affrontare le emergenze.

In più, l'idea di incidere su una normativa preesistente, in modo profondo, radicale e almeno tendenzialmente stabile (l'ulteriore intervento normativo che si ipotizza facendo riferimento alle «more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via

mancanza dei presupposti), in *Giustizia Amministrativa*, 2007, n. 3, con particolare riguardo alle sue annotazioni relativamente all'ondivaga giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto di cui qui interessa dare conto. Si possono quindi vedere in tema le sentenze n. 29/1995 e n. 161/1995, n. 270/1996 e n. 330/1996, n. 398/1998; gli *obiter dicta* di cui alle pronunce n. 432/1996, n. 90/1997, n. 194/1998; le pronunce che sembrarono segnare un "passo indietro" della Corte (n. 419/2000, n. 376/2001, n. 16/2002 e n. 29/2002) e, infine, quelle che si assestano sulla posizione della sindacabilità (n. 341/2003, n. 6/2004, n. 178/2004, n. 196/2004, n. 285/2004, n. 299/2004, n. 2/2005, n. 62/2005 e n. 272/2005) per giungere alla n. 171/2007 che è la prima con cui la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di un decreto-legge per mancanza dei presupposti di necessità e urgenza. «L'utilizzazione del decreto-legge – e l'assunzione di responsabilità che ne consegue per il Governo secondo l'art. 77 Cost. – non può essere sostenuta dall'apodittica enunciazione dell'esistenza delle ragioni di necessità e di urgenza, né può esaurirsi nella constatazione della ragionevolezza della disciplina che è stata introdotta» (par. 6 Cons. diritto). Viene, pertanto, dichiarata l'illegittimità costituzionale [della normativa impugnata e – si badi! – già ormai contenuta nella legge di conversione]. 3. L'impianto motivazionale è logicamente ineccepibile e rispecchia l'impostazione classica del dettato costituzionale: il potere normativo spetta in via generale al Parlamento per cui il decreto-legge rappresenta una deroga. Ne discende che va valutata con rigore l'applicazione che il Governo fa di questo suo potere. Non è infatti sufficiente il controllo inevitabilmente politico operato in sede di conversione dalle Camere», così A. CELOTTO, *op. cit.*, in chiusura del § 2 e in apertura del § 3.

sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente», potrebbe non intervenire... mai, non esistendo, nel nostro ordinamento un obbligo di *facere* in capo al potere legislativo) cozza, di nuovo, apertamente con la natura e la *ratio* della decretazione d'urgenza.

Il tutto senza dire che quanto riportato in apertura del presente paragrafo, relativamente al preambolo del decreto-legge, appare addirittura risibile: non diventa “necessario e urgente” ciò che si afferma essere “necessario e urgente”. La sussistenza dei caratteri di cui all'art. 77 Cost. va provata, non meramente asserita. Né, certo, serve a migliorare la faccenda, specie in tema di “urgenza”, il fatto che, nel provvedimento normativo, si invoca nella prima parte del comma 1, a supporto della “necessità” di apportare le modifiche al d.lgs. n. 368/2001, la direttiva del 1999/70/CE visto che gli ultimi interventi di novellazione del citato decreto risalgono al 2013.

Infine, quanto all'auspicato “rilancio dell'occupazione”, si tratta di un *posterius*, non di una premessa, concernendo un effetto (e oltretutto solo “auspicato”, cioè non certo: è lo stesso legislatore, nel comma 2-*bis* dell'art. 1, ad affermare che l'impatto nel sistema delle misure adottate va verificato) che anche solo come tale, appare del tutto inadatto a giustificare l'uso della decretazione d'urgenza.

Conclusivamente, appare come più che forzata l'opzione per il decreto-legge, assai probabilmente dettata da motivazioni contingenti di carattere meramente politico, certo non da una comprovata situazione di necessità e urgenza, come previsto dalla norma costituzionale.

Le modifiche al contratto di apprendistato

di Lilli Carollo

CAPO I

Articolo 2

Semplificazione delle disposizioni in materia di contratto di apprendistato

1. Al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 2:

1) al comma 1, la lettera a) è sostituita dalla seguente: ((«a) forma scritta del contratto e del patto di prova. Il contratto di apprendistato contiene, in forma sintetica, il piano formativo individuale definito anche sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali»;

2) al comma 3-*bis*, il primo periodo è sostituito dal seguente: «Ferma restando la possibilità per i contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, di individuare limiti diversi da quelli previsti dal presente comma, esclusivamente per i datori di lavoro che occupano almeno cinquanta dipendenti l'assunzione di nuovi apprendisti è subordinata alla prosecuzione, a tempo indeterminato, del rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato, nei trentasei mesi precedenti la nuova assunzione, di almeno il 20 per cento degli apprendisti dipendenti dallo stesso datore di lavoro»;

3) il comma 3-*ter* è abrogato;

b) all'articolo 3 è aggiunto, in fine, il seguente comma:

«2-*ter*. Fatta salva l'autonomia della contrattazione collettiva, in considerazione della componente formativa del contratto di apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale, al lavoratore è riconosciuta una retribuzione che tenga conto delle ore di lavoro effettivamente prestate nonché delle ore di formazione almeno nella misura del 35 per cento del relativo monte ore complessivo.»;

((*b-bis*) all'articolo 3, dopo il comma *2-ter* è aggiunto il seguente:

«*2-quater*. Per le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano che abbiano definito un sistema di alternanza scuola-lavoro, i contratti collettivi di lavoro stipulati da associazioni di datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere specifiche modalità di utilizzo del contratto di apprendistato, anche a tempo determinato, per lo svolgimento di attività stagionali»;

c) all'articolo 4, comma 3, sono aggiunti, in fine, i seguenti periodi: «La Regione provvede a comunicare al datore di lavoro, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'instaurazione del rapporto, le modalità di svolgimento dell'offerta formativa pubblica, anche con riferimento alle sedi e al calendario delle attività previste, avvalendosi anche dei datori di lavoro e delle loro associazioni che si siano dichiarate disponibili, ai sensi delle linee guida adottate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano in data 20 febbraio 2014. La comunicazione dell'instaurazione del rapporto di lavoro si intende effettuata dal datore di lavoro ai sensi dell'articolo *9-bis* del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, e successive modificazioni».)

2. All'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92, il comma 19 è abrogato.

((*2-bis*. All'articolo *8-bis*, comma 2, secondo periodo, del decreto-legge 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2013, n. 128, dopo le parole: «Il programma contempla la stipulazione di contratti di apprendistato» sono inserite le seguenti: «che, ai fini del programma sperimentale, possono essere stipulati anche in deroga ai limiti di età stabiliti dall'articolo 5 del testo unico di cui al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, con particolare riguardo agli studenti degli istituti professionali, ai fini della loro formazione e valorizzazione professionale, nonché del loro inserimento nel mondo del lavoro».))

1. La definizione del contratto di apprendistato tra finalità formative ed occupazionali

La l. n. 78/2014, di conversione, con modifiche, del d.l. n. 34/2014, è l'ennesimo intervento di modifica del d.lgs. n. 167/2011. Erano intervenuti dapprima la l. 92/2012, di seguito il d.l. n. 76/2013, convertito dalla l. n. 99/2013, rendendo all'interprete poco agile l'interpretazione della disciplina nel suo insieme.

La l. n. 78/2014 ha inteso compiere una semplificazione, più che una vera e propria riforma, e propone un panorama di norme meno incisive rispetto al testo originario del decreto-legge ⁽¹⁾.

Prima di compiere una disamina delle novità introdotte appare utile dare una seppur breve descrizione del contratto in questione.

L'apprendistato è un contratto dalle origini antiche, la cui disciplina aveva già subito nel corso del tempo numerose modifiche ⁽²⁾, tra cui non può non evidenziarsi la natura sistematica e innovativa della legge del 1955, nonché il d.lgs. n. 276/2003, ora abrogati.

Il contratto di apprendistato è il contratto di lavoro per eccellenza dove lavoro e formazione sono contenuti, per tradizione, nella causa del contratto, e l'interesse a rendere la prestazione (e perciò a formarsi) da parte del giovane lavoratore è un diritto che spetta lui in virtù del rapporto sinallagmatico ⁽³⁾, così come sussiste l'obbligo in capo al datore di lavoro di formare (nonché retribuire) il prestatore di lavoro.

Il legislatore nel d.lgs. n. 167/2011 ha confermato la partizione in tipologie o "tipi", in continuità con la previgente disciplina, dove già esisteva una diversificazione funzionale della fattispecie. Ognuna si distingue, infatti, per una propria finalità (formativa), ma soprattutto le tipologie di apprendistato per la *qualifica* e per il *diploma professionale* (prima per l'espletamento dell'obbligo di istruzione e formazione) e l'apprendistato per il *conseguimento di un titolo di alta formazione* sono strettamente legate al sistema dell'istruzione. Non è così per l'apprendistato *professionalizzante* (o contratto di mestiere) che continua nel d.lgs. n. 167/2011 a rivolgersi a giovani che abbiano almeno 18 anni, già superato (presumibilmente) la fase scolastica e forse anche quella universitaria per addentrarsi nel mondo del lavoro al fine di conseguire una qualifica professionale a fini contrattuali ovvero una qualifica di maestro artigiano o di mestiere (art. 4, commi 1 e 4).

⁽¹⁾ Così, M. TIRABOSCHI, *Apprendistato: una semplificazione di facciata*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Jobs Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito, con modificazioni, in l. 16 maggio 2014, n. 78](#), ADAPT University Press, 2014, 34.

⁽²⁾ In via esplicativa, r.d. n. 1906/1938, convertito dalla l. n. 739/1939; artt. 2130-2134 c.c.; l. n. 25/1955 e successive modifiche; l. n. 56/1987; l. n. 196/1997; d.lgs. n. 276/2003. Ma per una ricognizione esaustiva, anche antecedente ai provvedimenti ora citati, M. SALA CHIRI, *La formazione ed il lavoro*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Giuffrè, 2004, vol. I, tomo II, 1427 ss.

⁽³⁾ Si rinvia a V. FERRANTE, *Obbligo e diritto alla esecuzione della prestazione*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione. Tomo secondo. Limiti e tecniche di controllo dei poteri di organizzazione del lavoro*, Cedam, 2012, 1652-1688.

Soprattutto, ciò che rileva spiccatamente nella disciplina del d.lgs. n. 167/2011, ma soprattutto nelle recenti vicende modificative che abbiamo citato, è che la finalità prettamente *formativa*, quella cioè che aveva contraddistinto nettamente il contratto di apprendistato da quello di formazione e lavoro ⁽⁴⁾, cede, in buona parte, alla finalità *occupazionale*, propria di questo ultimo ⁽⁵⁾.

L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 167/2011, definisce, infatti, l'apprendistato come «contratto di lavoro a tempo indeterminato finalizzato alla *formazione* e alla *occupazione* dei giovani» ⁽⁶⁾. Ciò significa che la “parentesi” formativa del contratto a tempo indeterminato, oltre a far conseguire un determinato risultato formativo, fornisce opportunità di inserimento al lavoro, tanto specifico alla realtà aziendale in cui l'apprendista è assunto, quanto al mercato del lavoro nel caso in cui al termine del periodo formativo si eserciti la facoltà di libero recesso. L'apprendistato si arroga, dunque, anche di quella funzione occupazionale propria del contratto di formazione e lavoro, prima, e del contratto di inserimento, poi, entrambi, oggi, tramontati (il legislatore ha dapprima previsto la disapplicazione nel settore privato del contratto di formazione e lavoro con il d.lgs. n. 276/2003 e poi abrogato il contratto di inserimento con l'art. 1, comma 14, l. n. 92/2012) ⁽⁷⁾. L'arricchimento della

⁽⁴⁾ D. GAROFALO, *Giovani e lavoro*, in *DPL*, 1997, n. 30, 2102. Da tempo, i giudici hanno rilevato che «l'apprendistato si differenzia dal contratto di formazione e lavoro, giacché quest'ultimo tende non già alla mera acquisizione della professionalità, bensì all'attuazione di una sorta di ingresso guidato del giovane nel mondo del lavoro». In giurisprudenza, Cass. 26 aprile 2011, n. 9343, in *GD*, 2011, n. 22, 68; Trib. L'Aquila 9 febbraio 2011.

⁽⁵⁾ Ricordiamo, infatti, che il contratto di formazione e lavoro era «strumentale alla finalità socio-politica di favorire la costituzione di rapporti di lavoro subordinato per i giovani» e tale finalità era decisamente prevalente rispetto a quella meramente formativa, si veda C. cost. 25 gennaio 1987, n. 190, in *OGL*, 1987, 1015, in dottrina M. SALA CHIRI, *Il tirocinio (artt. 2130-2134 c.c.)*, Giuffrè, 1992, 52.

⁽⁶⁾ Da sempre la natura di rapporto di lavoro a tempo indeterminato era desumibile ermeneuticamente; Trib. Milano 17 giugno 2005, in *D&L*, 2005, 751, con nota di I. CAPPELLI; Trib. Torino 13 aprile 2005, in *Giurisprudenza Piemontese*, 2006, n. 1, 85. Sporadiche sono, infatti, in dottrina e giurisprudenza, le affermazioni a sostegno della qualificazione come contratto a tempo determinato: C. ALESSI, *Termine e contratti formativi*, in M. MAGNANI (a cura di), *Il lavoro a termine*, Utet, 2000, 70; G. LOY, *I nuovi apprendistati*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, 2005, 502; M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2005, 175; Trib. Ascoli Piceno 2 ottobre 2007.

⁽⁷⁾ Elemento che rende manifesto tale enunciato è la riduzione del monte ore formativo, passato da almeno 120 ore di formazione formale annue ad un monte complessivo non superiore alle 120 ore nel triennio di formazione integrativa del sistema regionale «nei limiti

finalità formativa con quella occupazionale ed il venir meno dunque del carattere preminente dell'elemento formativo del contratto di apprendistato, lascia l'interprete nel dubbio in ordine a che tipo di risposta possa ora darsi a fronte di un inadempimento degli obblighi formativi ⁽⁸⁾.

Autorevole dottrina ritiene che la causa non è più data dalla «classica relazione sinallagmatica formazione più retribuzione/prestazione lavorativa», ma si presenta una duplice funzione presentata come «pari ordinata»: «dare una professionalità e favorire un'occupazione» ⁽⁹⁾. Mentre, tradizionalmente ⁽¹⁰⁾, si rinveniva nello scambio tra l'elemento formativo ed il lavoro la causa del contratto ⁽¹¹⁾, dove l'obbligazione di retribuire l'apprendista si considerava un carattere accessorio ⁽¹²⁾ e non preminente quanto l'addestramento ⁽¹³⁾. Sono state formulate nel tempo, a tal proposito, accezioni quali causa «mista» ⁽¹⁴⁾ o

delle risorse annualmente disponibili»; anche l'aumento del numero di apprendisti che possono assumersi rispetto ai lavoratori qualificati è elemento che affievolisce notevolmente lo spirito prettamente formativo del contratto. Si veda M. SALA CHIRI, *Il tirocinio (artt. 2130-2134 c.c.)*, cit., 68.

⁽⁸⁾ S. CIUCCIOVINO, *Apprendimento e tutela del lavoro*, Giappichelli, 2013, 126 ss., secondo cui «l'inadempimento dell'obbligazione formativa, in relazione alla sua entità e soprattutto alla specifica tipologia di apprendistato, potrebbe veder limitato il suo rilievo al piano risarcitorio, contributivo e amministrativo e non compromettere necessariamente la possibilità che il contratto realizzi comunque il suo fine tipico, che appunto comprende (anche se non si esaurisce soltanto nel) l'inserimento lavorativo».

⁽⁹⁾ F. CARINCI, *E tu lavorerai come apprendista (L'apprendistato da contratto "speciale" a contratto "quasi unico")*, Cedam, 2012, 57.

⁽¹⁰⁾ G. SUPPIEJ, voce *Apprendista*, in *Enc. dir.*, 1992, vol. II, 823; M.L. DE CRISTOFARO, voce *Apprendistato*, in *EGT*, 1988, II, 2.

⁽¹¹⁾ Si riporta la definizione di causa del contratto quale «ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare», C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Giuffrè, 1998, 419.

⁽¹²⁾ G. SUPPIEJ, *op. cit.*, 825; dello stesso tenore le osservazioni di M.L. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 2.

⁽¹³⁾ In giurisprudenza Cass. 11 maggio 2002, n. 6787, per cui «rispetto all'attività lavorativa, la formazione assume un ruolo assolutamente preminente ponendosi essa quale strumento per la realizzazione di finalità considerate di alto valore sociale già dalla Costituzione (art. 35, c. 2 Cost.)», N. LAZZARINI, *La centralità del momento formativo nel contratto di apprendistato anche alla luce della politica sociale europea* (nota a Cass. n. 6787/2002, cit.), in *GC*, 2003, n. 9, I, 1871.

⁽¹⁴⁾ G.G. BALANDI, *La legge sull'occupazione giovanile*, Franco Angeli, 1978, 50; P.A. VARESI, *L'alternanza studio-lavoro nella contrattazione collettiva e nella legislazione*, in *RGL*, 1981, n. 1-2, I, 217; G. LOY, voce *Apprendistato*, in *DDPComm*, 1987, I, 181; M. SALA CHIRI, *Il tirocinio (artt. 2130-2134 c.c.)*, cit., 40; M. SALA CHIRI, *La formazione ed il lavoro*, cit., 1444; M. BROLLO, *Il difficile e tardivo incontro tra giovani e lavoro*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, 2006, 95; M.V. BALLESTRERO, *A proposito di inserimento al lavoro e contratti a contenuto formativo*, ivi, 87. Si veda anche C. cost. 28

“complessa”⁽¹⁵⁾, da cui è nata anche la denominazione di “contratto a causa mista”⁽¹⁶⁾.

Anche nella “nuova” veste del contratto di apprendistato si può rinvenire un ruolo preminente della formazione, rispetto al fine occupazionale, ragione oltretutto di una disciplina speciale⁽¹⁷⁾. Difatti, è l’elemento formativo che permette l’occupabilità del giovane lavoratore in una fase successiva nello stesso rapporto di lavoro o in altro rapporto contrattuale e che comunque dovrebbe garantire l’individuazione e certificazione di competenze spendibili nel mercato del lavoro. Il carattere occupazionale e di inserimento non può prescindere dalla natura formativa del contratto, anche se quest’ultima risulta affievolita rispetto alla connotazione precedente, come vedremo nel corso della presente disamina. Vale ripeterlo, l’obbligo di formare il giovane lavoratore che incombe sul datore di lavoro è, in definitiva, ciò che ha distinto

gennaio 2005, n. 50, in *FI*, 2006, I, 365, con nota di A. MALFATTI, *La Corte costituzionale al cospetto delle deleghe in materia di lavoro: quando la decisione (e la relativa massimazione) diventa facile. Contra*, G. SUPPIEJ, *op. cit.*, 823; M. RUDAN, *Il contratto di tirocinio*, Giuffrè, 1966, 60, che criticavano le tesi di coloro che individuavano nel contratto di tirocinio un “contratto misto”, dato che «per contratto misto si intende quel contratto innominato la cui causa risulta dalla combinazione di cause di diversi contratti». Si veda, in generale, C.M. BIANCA, *op. cit.*, spec. 450 e nota 83; M. SALA CHIRI, *La formazione ed il lavoro*, cit., 1444; G. LOY, *Art. 16. Apprendistato*, in M. NAPOLI (a cura di), *Il “pacchetto Treu” (l. 24 giugno 1997, n. 169). Commentario sistematico*, in *NLCC*, 1998, n. 5-6, 1338; M.N. BETTINI, *Questioni in tema di apprendistato*, in *LPO*, 2011, n. 2, 112. Indica, da ultimo, l’apprendistato come contratto a causa mista M. D’ONGHIA, *Il Testo Unico sull’apprendistato*, in *RGL*, 2012, n. 1, I, 215.

⁽¹⁵⁾ Si veda Cass. 13 giugno 1990, n. 5731, ed anche C. cost. 4 febbraio 1970, n. 14; G. LOY, *I nuovi apprendistati*, cit., 475. In giurisprudenza, Trib. Milano 9 dicembre 2010; Trib. Torino 11 novembre 2009.

⁽¹⁶⁾ Preme, tuttavia, specificare che «ogni negozio ha una causa. In presenza di una pluralità di cause si avrà non un negozio misto, ma una pluralità di negozi», Cass. 22 giugno 2005, n. 13399; Cass. 21 dicembre 1999, n. 14372. In dottrina, R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *RTDPC*, 1966, n. 3, 786.

⁽¹⁷⁾ Non vi è dubbio sulla specialità del rapporto di lavoro in quanto le esigenze formative penetrano nella struttura del contratto di lavoro fino a plasmarne la regolamentazione; così anche la Corte costituzionale definisce il contratto di apprendistato quale contratto a finalità formativa, con causa “mista”, dato che «la formazione aziendale rientra [...] nel sinallagma contrattuale», C. cost. n. 50/2005, cit.; S. CIUCCIOVINO, *Apprendistato* (commento agli artt. 47-50), in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (“Riforma Biagi”)*, Cedam, 2007, 686.

e distingue anche oggi il rapporto di apprendistato dagli altri rapporti di lavoro⁽¹⁸⁾.

Il d.lgs. n. 167/2011 ha abrogato la l. n. 25/1955 e le norme del d.lgs. n. 276/2003, e lascia all'interprete ricostruire la definizione del contratto di apprendistato quale rapporto di lavoro speciale (art. 2134 c.c.)⁽¹⁹⁾, in rapporto di *species* a *genus* nei confronti del lavoro subordinato standard⁽²⁰⁾; la caratteristica consiste nell'obbligo dell'imprenditore di impartire o far impartire all'apprendista attraverso la formazione scolastica, universitaria e professionalizzante e/o integrativa (a seconda della tipologia presa in considerazione) la capacità tecnica per l'acquisizione di una determinata qualifica ai fini contrattuali secondo la classificazione della contrattazione collettiva (art. 4, comma 1) ovvero di una qualifica di maestro artigiano o di mestiere, se riconosciuta secondo le modalità adottate dalle Regioni e dalle associazioni di categoria dei datori di lavoro (art. 4, comma 4), o titolo di

⁽¹⁸⁾ Nella tradizione, G. SUPPIEJ, *op. cit.*, 825; M. SALA CHIRI, *Il tirocinio (artt. 2130-2134 c.c.)*, cit., 176.

⁽¹⁹⁾ Si considerano "speciali" quei contratti soggetti ad una disciplina particolare ed ai quali applicare la normativa generale in materia di lavoro subordinato solo nei limiti della compatibilità, in tal senso, A. CATAUDELLA, *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *DL*, 1983, I, 78. La lettera del testo normativo, art. 2, l. n. 25/1955, era chiara sul punto. In dottrina, L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 1934, 249; G. SUPPIEJ, *op. cit.*, 814; A. D'ARMANT FRANÇOIS, *Natura giuridica del contratto di apprendistato*, in *Rassegna del Lavoro*, 1959, 1563; M. RUDAN, *op. cit.*, 57; G. LOY, voce *Apprendistato*, cit., 180; M.L. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 1; D. GAROFALO, *Apprendistato e contratto di inserimento*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, 2004, 588; G. FERRARO, *Contratto di apprendistato*, in G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, 2009, 165. Per la giurisprudenza «non vi sono dubbi in ordine al fatto che il rapporto di tirocinio si configuri come un rapporto speciale le cui connotazioni identificative non sono costituite tanto da una diversità sostanziale di mansioni, quanto dalle modalità con cui dette mansioni vengono poste in essere», Pret. Milano 26 febbraio 1973, in *RDL*, 1973, II, 186. Più di recente, Trib. L'Aquila 9 febbraio 2011, cit., Trib. Torino 15 luglio 2009, Trib. Torino 28 aprile 2009, nonché Cass. 20 marzo 1985, n. 2053.

⁽²⁰⁾ M.L. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 2, nonché confermato dalla giurisprudenza che lo ha inquadrato nella figura generale del rapporto di lavoro subordinato. In tal senso Cass. 2 dicembre 1972, n. 3481; si veda poi la giurisprudenza costituzionale, C. cost. n. 14/1970, cit., che ha considerato (riconoscendo l'applicabilità della disciplina dell'indennità di anzianità) quanto segue: «Si tratta di un rapporto complesso, costituito da elementi che, componendosi, non perdono la loro individualità», riferendosi, evidentemente, alla formazione ed alla disciplina lavoristica. Cfr., inoltre, l'importante sentenza C. cost. 28 novembre 1973, n. 169, che ha dichiarato illegittimo l'art. 10 della l. n. 25/1955, nella parte in cui non prevedeva la tutela contro i licenziamenti anche nei confronti degli apprendisti. Da ultima, Cass. 1° agosto 2002, n. 11482.

studio, utilizzandone l'opera medesima nell'impresa ⁽²¹⁾, favorendo, *parallelamente*, l'ingresso del giovane nel mercato del lavoro. L'apprendimento rimane, perciò, elemento connotativo della fattispecie, che ne giustifica una disciplina speciale, anche se non più ancorato a rigidi schemi.

2. Le modifiche comuni alle tipologie di contratto di apprendistato

2.1. La nuova veste del piano formativo individuale

La natura formativa del contratto di lavoro ha richiesto da sempre un documento allegato, considerato parte essenziale dello stesso nella versione originaria del testo normativo, che ne descriva il contenuto dell'obbligazione formativa; per questo motivo ne è richiesta la forma scritta (art. 2, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 167/2011). Anche la circ. Min. lav. n. 35/2013 contemplava il Piano formativo come principale riferimento del contratto.

Il d.lgs. 167/2011 originariamente stabiliva che il piano formativo individuale dovesse essere elaborato entro 30 giorni dalla stipulazione del contratto, anche sulla base di modelli e formulari fissati dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali; la maggior parte dei contratti collettivi hanno previsto modelli di piano formativo da compilare da parte del datore di lavoro. La norma prevedeva che il documento fosse formulato dal datore di lavoro in relazione al percorso e alla ripartizione dell'impegno formativo tra formazione professionalizzante ovvero di base e trasversale, ma il d.l. n. 76/2013 aveva già adottato una particolare modifica per quanto riguarda il contratto *professionalizzante*: l'art. 2, comma 2, del decreto citato aveva demandato alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano l'adozione di linee-guida che prevedessero derogando al decreto del 2011 che il piano formativo individuale fosse obbligatorio esclusivamente in relazione alla formazione professionalizzante. È intervenuta sul punto la Conferenza Stato Regioni 21 febbraio 2014 le cui linee guida hanno espresso il principio in base al quale il piano formativo individuale è obbligatorio, dunque, solo per la formazione per l'acquisizione

⁽²¹⁾ Parlando di «addestramento professionale», la giurisprudenza ha riconosciuto, tuttavia, anche che «non necessariamente deve consistere in un'attività formalmente didattica, costituita da lezioni e corsi di insegnamento, ma ben può consistere nella sola continua assistenza e sorveglianza dell'apprendista da parte di persone incaricate dal datore di lavoro al fine di assicurare il graduale inserimento nell'organizzazione aziendale», così Cass. 15 dicembre 1987, n. 9269.

delle competenze tecnico-professionali e specialistiche. Di fatto, quindi, il piano formativo individuale era diventato già “facoltativo” in relazione alla formazione di base e trasversale.

Venendo ora a trattare l’ultima modifica che si commenta, il d.l. n. 34/2014 escludeva addirittura la forma scritta del piano formativo individuale, mentre la legge di conversione la ha reintrodotta, prevedendone però una formula semplificata (anche sulla base di moduli e formulari stabiliti dalla contrattazione collettiva o dagli enti bilaterali); viene poi meno la possibilità di redigere il Piano formativo entro 30 giorni dalla firma del contratto, previsione che facilitava per certi versi l’assunzione senza dover immediatamente predisporre il percorso formativo dell’apprendista.

Pertanto, il Piano formativo deve avere forma scritta ed essere redatto in forma sintetica (art. 2, comma 1, lett. *a*); tuttavia, non sussistono linee interpretative su ciò che significhi “sintetica”, dunque è forse consigliabile formulare il Piano formativo in modo comunque dettagliato, al fine di non incentivare il contenzioso.

È ad ogni modo da accogliere favorevolmente la reintroduzione in fase di conversione della forma scritta, in quanto ciò è a garanzia dell’impresa che ha certezza riguardo al percorso formativo ed anche in fase di indagine ispettiva il personale addetto può usufruire di un importante documento che descriva l’attività formativa⁽²²⁾.

Deve poi considerarsi che il piano formativo in alcune Regioni viene dapprima redatto dagli enti formativi a cui il datore ha iscritto l’apprendista per l’effettuazione del percorso formativo, per poi essere approvato dal datore di lavoro. La norma che prevedeva la redazione dello stesso entro i 30 giorni era così utile per dar modo al datore di lavoro di far proprio il piano formativo redatto dagli enti accreditati. È possibile, dunque, in tali ipotesi, che il datore possa redigere il Piano formativo individuale in modalità sintetica nel contratto di lavoro, rimanendo ferma la possibilità di integrarlo nel dettaglio in un momento successivo.

La circ. Min. lav. n. 18/2014 ha precisato, inoltre, che resta ferma la validità delle vigenti clausole della contrattazione collettiva che, sulla scorta della precedente formulazione della norma, già prevedono il termine dei 30 giorni, nonché la possibilità per le parti sociali di reintrodurlo (art. 2, comma 1, lett. *a*, d.lgs. n. 167/2011).

⁽²²⁾ M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 36.

2.2. Il regime delle clausole di stabilizzazione

La l. n. 92/2012 aveva già aggiunto alla disciplina del contratto di apprendistato il regime delle c.d. clausole di stabilizzazione, presente nella disciplina di altre tipologie contrattuali, quali il contratto a tempo determinato, il contratto di inserimento (la cui disciplina è stata abrogata dalla stessa l. n. 92/2012), il contratto di formazione e lavoro; si consideri che per l'apprendistato le clausole di stabilizzazione erano previste da parte di molti contratti collettivi.

La nuova formulazione prescrive che «ferma restando la possibilità per i contratti collettivi nazionali di lavoro, stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale, di individuare limiti diversi, esclusivamente per i datori di lavoro che occupano almeno cinquanta dipendenti l'assunzione di nuovi apprendisti è subordinata alla prosecuzione, a tempo indeterminato, del rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato, nei trentasei mesi precedenti la nuova assunzione, di almeno il 20 per cento degli apprendisti dipendenti dallo stesso datore di lavoro»⁽²³⁾.

Non si computano nella predetta percentuale i rapporti cessati per recesso durante il periodo di prova, per dimissioni o per licenziamento per giusta causa, nonché, secondo la dottrina, a commento della riforma del 2012, quei rapporti cessati per giustificato motivo soggettivo⁽²⁴⁾. Qualora non sia rispettata la predetta percentuale, è consentita l'assunzione di un ulteriore apprendista rispetto a quelli già confermati, ovvero di un apprendista in caso di totale mancata conferma degli apprendisti pregressi. Gli apprendisti assunti in violazione dei limiti di cui alla norma di cui sopra, sono considerati lavoratori subordinati a tempo *indeterminato*, sin dalla data di costituzione del rapporto.

Occorre ricordare questa previsione aggiuntiva rispetto all'impianto originario con quella di cui all'art. 2, comma 1, lett. *i*, che prevede la possibilità per la contrattazione collettiva di determinare «forme e modalità per la conferma in servizio [...] al fine di ulteriori assunzioni in apprendistato».

⁽²³⁾ Il d.l. n. 34/2014 aveva eliminato ogni obbligo di conversione per nuove assunzioni in apprendistato. La modifica al regime delle clausole di stabilizzazione deve considerarsi il principale intervento in materia ad opera della l. n. 78/2014, cfr. T. NOTO, A. RUSSO, *Non si dimentichi l'apprendistato*, in E. BORTOLAMEI, L. DI STEFANO, L. MATRUNDOLA (a cura di), [La riforma infinita alla prova del Jobs Act](#), Quaderni Fondazione Marco Biagi – Ricerche, 2014, n. 2, 28.

⁽²⁴⁾ F. CARINCI, *op. cit.*, 82; M. SALA CHIRI, *Il tirocinio (artt. 2130-2134 c.c.)*, cit., 67.

Pertanto, sino a 49 dipendenti non vi sarebbe alcun obbligo di stabilizzazione. Sul punto occorre soffermarsi, infatti, e chiedersi se al di sotto di tale numero di dipendenti, possa intervenire o meno la contrattazione collettiva a disciplinare limiti alle assunzioni. Dal tenore della norma ciò non sembrerebbe possibile; sul punto, tuttavia, è intervenuta la circ. Min. lav. n. 18/2014 lasciando intendere tale possibilità, precisando oltretutto che la violazione di eventuali clausole collettive che dovessero prevedere limiti percentuali non produrrebbe l'effetto della conversione del contratto di apprendistato in lavoro a tempo indeterminato standard.

In ordine al periodo transitorio, va considerato che molti contratti collettivi dispongono le c.d. clausole di stabilizzazione; occorre, dunque, chiedersi, qualora le percentuali di conferma in sede collettiva siano differenti da quelle stabilite dalla legge, quale percentuale applicare al caso concreto. Sul punto era intervenuta per la previgente disciplina la circ. Min. lav. 18 luglio 2012 che aveva ritenuto prevalere tra disciplina collettiva e disciplina legale, la seconda delle due, in quanto “disciplina specifica” e, dunque, prevalente, anche se normalmente le disposizioni dettate dalla contrattazione collettiva dovrebbero essere per definizione “specifiche”, e dunque applicabili al caso concreto.

Sul punto, si ritiene che ove la clausola collettiva preveda percentuali di stabilizzazione più alte, più favorevoli ai giovani lavoratori, ai quali sarà garantito un impiego stabile, in quanto confermati dall'impresa, debbano trovare applicazioni le clausole collettive ⁽²⁵⁾.

3. Le modifiche al contratto di apprendistato professionalizzante: l'apprendimento permanente tra formazione professionalizzante e l'offerta di formazione (integrativa) pubblica

La formazione in apprendistato consta di due canali: la formazione pubblica e la formazione in azienda, entrambe obbligatorie sino all'entrata in vigore del

⁽²⁵⁾ Di simile avviso, E. CARMINATI, M. TIRABOSCHI, [Il paradosso della clausola legale di stabilizzazione degli apprendisti](#), in [Boll. ADAPT, 19 novembre 2012, n. 41](#), che portano l'esempio dell'accordo 24 marzo 2012 di riordino della disciplina dell'apprendistato nel settore terziario, distribuzione e servizi, ove si prevede, all'art. 17, come percentuale di conferma in servizio almeno l'80% degli apprendisti cui il contratto formativo sia venuto a scadere nei 24 mesi precedenti. M. SALA CHIRI, *Il tirocinio (artt. 2130-2134 c.c.)*, cit., 67.

d.l. n. 34/2014. Questo tipo di formazione fa parte del più ampio insieme dell'apprendimento permanente ⁽²⁶⁾.

Il d.lgs. n. 167/2011, alla luce delle letture della Corte costituzionale in tema di ripartizione di competenze legislative in materia di formazione in apprendistato ha compiuto, innanzitutto, una netta diversificazione tra formazione *professionalizzante* e *di mestiere*, svolta sotto la responsabilità della azienda, e offerta formativa pubblica ed integrativa, interna o esterna alla azienda, finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali disciplinata dalle Regioni. Il primo tipo di formazione ha carattere, dunque, professionalizzante, svolto sotto la responsabilità della azienda e posta in essere dall'impresa stessa, e viene descritta (ora sinteticamente) nel piano formativo individuale, senza alcun limite minimo o massimo di durata, disciplinata dalla contrattazione collettiva nell'ambito, soprattutto, della classificazione dei profili professionali. La formazione a carattere *professionalizzante* può essere svolta in aula, *on the job*, nonché tramite lo strumento della formazione a distanza (FAD) e strumenti di *e-learning* (ed in tal caso l'attività di accompagnamento potrà essere svolta in modalità

⁽²⁶⁾ In attuazione dell'art. 4, commi 51-58, della l. n. 92/2012, il d.lgs. n. 13/2013, all'art. 2, lett. *a*, definisce, innanzitutto, *apprendimento permanente* qualsiasi attività intrapresa dalla persona in modo formale, non formale e informale, nelle varie fasi della vita, al fine di migliorare le conoscenze, le capacità e le competenze, in una prospettiva di crescita personale, civica, sociale e occupazionale. L'art. 2, lett. *b*, individua l'*apprendimento formale* quale apprendimento che si attua nel sistema di istruzione e formazione e nelle università e istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica, e che si conclude con il conseguimento di un titolo di studio o di una qualifica o diploma professionale, anche in apprendistato, o di una certificazione riconosciuta, nel rispetto della legislazione vigente in materia di ordinamenti scolastici e universitari. L'apprendimento formale è perciò ambito in cui operano l'*apprendistato per il conseguimento del diploma e della qualifica professionale* e l'*apprendistato per l'alta formazione*, non la tipologia *professionalizzante* (legata all'*apprendimento non formale*). L'art. 2, lett. *c*, definisce l'*apprendimento non formale* come apprendimento caratterizzato da una scelta intenzionale della persona, che si realizza al di fuori dei sistemi indicati alla lett. *b*, in ogni organismo che persegua scopi educativi e formativi, anche del volontariato, del servizio civile nazionale e del privato sociale e nelle imprese. Va tuttavia considerato che secondo la definizione europea delle [European guidelines for validating non-formal and informal learning](#) (Cedefop, 2009) nell'apprendimento formale rientrano anche le esperienze lavorative. In ordine al rapporto tra apprendimento e contratto di apprendistato professionalizzante, si veda E. BELLEZZA, L. PETRUZZO, *Apprendimento formale, non formale e informale: non c'è posto per l'apprendistato professionalizzante*, in U. BURATTI, L. CASANO, L. PETRUZZO (a cura di), [Certificazione delle competenze. Prime riflessioni sul decreto legislativo 16 gennaio 2013, n. 13](#), ADAPT University Press, 2013, 38.

virtualizzata e attraverso strumenti di teleaffiancamento o videocomunicazione da remoto).

Il d.lgs. n. 167/2011, non richiede, come accennato, un monte ore di formazione professionalizzante, ma lascia tale compito ad accordi interconfederali e contratti collettivi di ogni livello (art. 4, comma 2).

La disciplina della formazione *pubblica* è, invece, di competenza delle Regioni, sentite le parti sociali; questa è esclusivamente *integrativa* della prima ⁽²⁷⁾, erogabile indistintamente all'interno ovvero all'esterno dell'impresa, al fine di far acquisire al giovane competenze *di base* o *trasversali* per un monte complessivo non superiore a 120 ore per la durata del triennio, tenendo conto dell'età dell'apprendista, dell'eventuale titolo di studio posseduto e delle competenze acquisite (art. 4, comma 3, d.lgs. n. 167/2011). Per i contenuti di questa tipologia di formazione occorre far riferimento alla materia di competenze chiave per l'apprendimento permanente, di cui alla raccomandazione 2006/962/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006 ⁽²⁸⁾. La Regione, dunque, regola l'offerta formativa pubblica finalizzata all'acquisizione di competenze di base e trasversali, e cioè secondo le discipline dello sviluppo delle competenze relazionali, dell'organizzazione e dell'economia, della disciplina del rapporto di lavoro, dell'informatica, di una lingua straniera, nonché della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

L'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 167/2011 dispone che la formazione di tipo professionalizzante e di mestiere, svolta sotto la responsabilità della azienda "è integrata" nei limiti delle risorse annualmente disponibili, dalla offerta formativa pubblica, interna o esterna alla azienda, finalizzata alla acquisizione di competenze di base e trasversali per un monte complessivo non superiore a 120 ore per la durata del triennio e disciplinata dalle Regioni sentite le parti sociali e tenuto conto dell'età, del titolo di studio e delle competenze dell'apprendista.

In ordine alla formazione pubblica, la l. n. 78/2014, che ha convertito il d.l. n. 34/2014, stabilisce che la Regione provvede a comunicare al datore di lavoro, entro 45 giorni dalla comunicazione dell'instaurazione del rapporto di apprendistato professionalizzante, le modalità di svolgimento dell'offerta formativa, anche con riferimento alle sedi e al calendario delle attività previste, avvalendosi anche dei datori di lavoro e delle loro associazioni che si

⁽²⁷⁾ L'art. 7, comma 7, del d.lgs. n. 167/2011, recita: «In assenza della offerta formativa pubblica [...] trovano immediata applicazione le regolazioni contrattuali vigenti».

⁽²⁸⁾ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, ISFOL, INPS, [Monitoraggio sull'apprendistato. XIII Rapporto](#), dicembre 2012, 18.

siano dichiarate disponibili, ai sensi delle linee guida adottate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano del 20 febbraio 2014. La comunicazione dell'instaurazione del rapporto di lavoro si intende effettuata dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 9-bis del d.l. 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 novembre 1996, n. 608, e successive modificazioni. In ordine alla comunicazione entro i 45 giorni da parte della Regione, il legislatore non esplicita se il termine sia *ordinatorio* ovvero *perentorio*; non essendovi alcuna previsione sanzionatoria, sembrerebbe *ordinatorio*; pertanto, se la Regione non si esprime, il datore di lavoro è obbligato a ciò che dispone la contrattazione collettiva, ma non obbligato ad erogare la formazione integrativa. Una conferma si trova nelle linee guida adottate in Conferenza Stato-Regioni il 20 febbraio 2014, sebbene riferite al solo apprendistato *professionalizzante*, secondo cui «la formazione pubblica è finanziata nel limite delle risorse disponibili ed è da ritenersi obbligatoria solo se disciplinata come tale nell'ambito della regolamentazione regionale [...] e realmente disponibile per l'impresa e per l'apprendista». Dubbi, tuttavia, rimangono nel caso in cui il datore di lavoro non possa fare riferimento ad alcun contratto collettivo, né tanto meno la Regione abbia provveduto a disciplinare la formazione. In questo caso, la formazione di base e trasversale sembra possa non essere erogata.

La progettazione dell'offerta formativa può tener conto della possibilità di erogare un monte ore complessivo inferiore alle 120 ore in base al titolo di studio posseduto dall'apprendista ⁽²⁹⁾. La maggior parte delle Regioni ha previsto un'articolazione del monte ore la cui durata è inversamente proporzionale al livello d'istruzione degli apprendisti ⁽³⁰⁾.

Il finanziamento dei percorsi formativi è sostenuto attraverso il sistema di voucher attivato in alcune Regioni, utilizzato sia per finanziare le attività formative, sia per garantire l'accesso ai diversi servizi di supporto.

La formazione è erogata da enti accreditati dalla Regione per la formazione continua, attraverso procedure di evidenza pubblica, all'interno o all'esterno dell'azienda. Tuttavia, è possibile che questo tipo di formazione sia volutamente posta a carico dal datore di lavoro; in tal caso, opereranno i Fondi paritetici interprofessionali, ma la Provincia si adopererà per la verifica e il

⁽²⁹⁾ Ipotesi prevista dall'[accordo 24 settembre 2012 tra Regione Marche e parti sociali](#), in www.fareapprendistato.it.

⁽³⁰⁾ Si vedano i dati riportati in MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, ISFOL, INPS, *op. cit.*, 16.

monitoraggio della formazione erogata, essendo preventivamente informata dall'impresa in ordine a tale scelta.

Pertanto, nel testo definitivo la formazione pubblica resta obbligatoria e ciò, vale specificare, soprattutto per mantenere il nostro ordinamento compatibile con quello comunitario in tema di aiuti di Stato alle imprese.

4. Le modifiche all'apprendistato per la qualifica ed il diploma professionale

4.1. La retribuzione dell'apprendista

L'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, rivolto ai giovani tra i 15 e i 25 anni e finalizzato all'acquisizione di una qualifica o di un diploma professionale ai sensi del d.lgs. n. 226/2005, ha subito una modifica per ciò che attiene alla retribuzione. Nello specifico, nel corso del periodo di formazione, è previsto, fatta salva l'autonomia della contrattazione collettiva, che all'apprendista sia riconosciuta una retribuzione che tenga conto delle ore di lavoro effettivamente prestate nonché delle ore di formazione almeno nella misura del 35% del relativo monte ore complessivo (il testo originario non prevedeva la locuzione "almeno").

Secondo i primi commentatori la norma, invero, non è di facile interpretazione; gli stessi rilevano che la percentuale non si riferisca alla retribuzione delle singole ore di formazione, «l'interpretazione più verosimile è invece che il 35% riguardi il complessivo livello retributivo dell'apprendista»⁽³¹⁾.

La norma parrebbe indicare che l'apprendista deve essere retribuito per le ore dedicate al lavoro, così come per almeno il 35% di quelle dedicate alla formazione, costituendo un limite minimo alla retribuzione da corrispondere al lavoratore⁽³²⁾.

4.2. Il contratto di apprendistato per la qualifica ed il diploma professionale a tempo determinato per attività stagionali

La l. n. 78/2014 prevede che per le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano che abbiano previsto un sistema di alternanza scuola lavoro, i

⁽³¹⁾ T. NOTO, A. RUSSO, *op. cit.*, 28.

⁽³²⁾ Si veda la circ. Min. lav. n. 18/2014.

contratti collettivi possono prevedere specifiche modalità di utilizzo del contratto di apprendistato per il diploma e qualifica professionale, anche a tempo determinato, per lo svolgimento di attività stagionali.

Si consideri, sul punto, che già l'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 167/2011, prevede espressamente la possibilità di stipulare un contratto di apprendistato professionalizzante in cicli stagionali, dove la durata della formazione è riproporzionata in relazione alla durata del singolo rapporto di apprendistato⁽³³⁾. Già l'art. 21, comma 4, l. 28 febbraio 1987, n. 56, delegava la contrattazione collettiva di categoria di determinare specifiche modalità di svolgimento del contratto di apprendistato nelle imprese che svolgessero la attività in cicli stagionali. Le due norme si differenziano in ordine alla platea dei destinatari: infatti, l'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 167/2011, fa riferimento a “datori di lavoro”, non “imprese” come la previgente norma, ampliando, dunque, la sfera di applicazione ad imprenditori e non imprenditori⁽³⁴⁾.

I destinatari *a latere prestatoris* sono gli stessi della disciplina dell'apprendistato *professionalizzante*, dovendosi escludere a priori l'applicazione delle norme del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368⁽³⁵⁾. Pertanto, devono essere rispettati i limiti di età previsti dall'art. 4, comma 1, d.lgs. n. 167/2011.

I contratti collettivi stabiliscono, generalmente, che l'apprendista assunto a termine per la stagione ha diritto di precedenza per assunzioni presso la stessa impresa⁽³⁶⁾.

Alcune Regioni hanno previsto una regolamentazione specifica per le aziende che operano in cicli stagionali. La legge della Regione Toscana, ad esempio, prevede per i rapporti di apprendistato in cicli stagionali e per i rapporti di apprendistato la cui durata non coincida con l'anno intero, che la formazione di base e trasversale deve essere erogata entro il periodo di apprendistato e può essere svolta in modalità e-learning. I contenuti possono essere diversificati in

⁽³³⁾ Così, ad esempio, l'accordo 30 luglio 2012 del settore agricolo per la disciplina dell'apprendistato professionalizzante o di mestiere ai sensi del d.lgs. n. 167/2011 tra Confagricoltura, Coldiretti, Cia e Flai-Cgil, Fai-Cisl, Uila-Uil, Confederdia.

⁽³⁴⁾ Lo evidenziano A.M. NUCARA, A.G. CANDIDO, *L'apprendistato stagionale dopo la riforma*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il Testo Unico dell'apprendistato e le nuove regole sui tirocini. Commentario al decreto legislativo 14 settembre 2011, n. 167, e all'articolo 11 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148*, Giuffrè, 2011, 346.

⁽³⁵⁾ A. MURATORIO, *Il contratto di apprendistato nella ricomposizione di disciplina del Testo Unico*, in *LG*, 2011, n. 12, 1206.

⁽³⁶⁾ Art. 15 dell'accordo 17 aprile 2012 del settore turismo per la disciplina contrattuale dell'apprendistato; accordo 30 luglio 2012 del settore agricolo, cit.

base al livello delle competenze possedute dagli apprendisti ed agli obiettivi di apprendimento espressi nella contrattazione collettiva, coerentemente a quanto definito nel piano formativo individuale.

5. Le modifiche all'apprendistato per l'alta formazione: le sperimentazioni dell'alternanza scuola/lavoro

Il comma 2-*bis* dell'art. 2 del d.l. n. 34/2014 modifica, integrandolo, l'art. 8-*bis*, comma 2, secondo periodo, del d.l. 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, dalla l. 8 novembre 2013, n. 128, il c.d. decreto scuola. La norma prevede che «il programma sperimentale per lo svolgimento di periodi di formazione in azienda per gli studenti degli ultimi due anni delle scuole secondarie di secondo grado per il triennio 2014-2016» considera la «deroga ai limiti di età stabiliti dall'articolo 5» del d.lgs. n. 167/2011 con particolare riguardo agli studenti degli istituti professionali. Come osservato dai primi commentatori, si tratta quindi di norma operante sull'apprendistato di terzo livello e non sul primo, «nonostante l'oggetto della norma sia l'apprendistato (anche) per minorenni»⁽³⁷⁾.

Per realizzare i percorsi, le istituzioni scolastiche avranno spazi di flessibilità dell'orario fino ad un massimo di 35% dell'orario annuale delle lezioni, utilizzabili in coerenza con il profilo educativo, culturale e professionale dello studente e non dovranno determinare potenziali esuberi del personale. Le ore che vengono utilizzate lavorando serviranno per determinare il credito formativo che serve ai fini dell'ammissione all'esame di maturità. Viene realizzato un piano formativo personalizzato per ogni studente che verrà affiancato da un tutor scolastico, individuato tra i docenti del consiglio di istituto e un tutor aziendale, indicato dall'azienda, ma secondo le previsioni del decreto gli oneri legati al programma di apprendistato saranno in capo alle stesse aziende⁽³⁸⁾.

Ad un primo sguardo, occorre chiedersi perché il legislatore abbia innestato tale modifica del regime dell'età al contratto di apprendistato per l'alta

⁽³⁷⁾ Si veda M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 45, secondo cui «Il richiamo è necessariamente all'articolo 5 poiché nell'articolo 3 è contemplata solo l'istruzione e formazione professionale (qualifica triennale e diploma quadriennale) e non anche l'istruzione tecnica e professionale quinquennale, i cui iscritti possono, a norma del Testo Unico, diventare apprendisti solo al compimento del diciottesimo anno di età».

⁽³⁸⁾ Per approfondimenti, si rinvia a S. DONÀ, *Il nuovo apprendistato per l'alternanza scuola/lavoro, una rivisitazione di norme già esistenti*, in *La Circolare di Lavoro e Previdenza*, 11 luglio 2014, n. 27.

formazione, e non alla tipologia di apprendistato per il diploma e la qualifica professionale, oltretutto in alternanza; determinando il mutamento dell'età anagrafica si altera, infatti, la terza tipologia, lasciando nel dubbio l'interprete se sia nata una nuova tipologia di contratto di apprendistato, ovvero una sottotipologia dell'alta formazione. Ci si auspica che su tali questioni intervenga la circolare interpretativa del Ministero del lavoro.

6. Conclusioni

La l. n. 78/2014 ha operato, come visto, non una riforma, bensì ha optato per soluzioni di maquillage normativo. Non muta dunque la definizione, o meglio le definizioni per ciascuna tipologia di apprendistato, salvo quanto detto in ordine alla possibile creazione di una nuova tipologia di apprendistato. Come di solito, è il *professionalizzante* che vede le maggiori modifiche, in termini di formazione pubblica integrativa. Qualche modifica, poi, è stata fatta all'apprendistato per il diploma e la qualifica professionale. Per tutte, è previsto un regime più restrittivo delle clausole di stabilizzazione. Comune, poi, alle tipologie di apprendistato è la nuova versione del Piano formativo individuale, che deve essere ora redatto contestualmente all'assunzione, in forma scritta e sintetica. Se la nuova norma ha inteso semplificare il ricorso al contratto, prevedendo la redazione in forma sintetica e contestuale, devono sollevarsi dubbi sul significato di tale "sinteticità", non essendovi parametri cui far riferimento; inoltre, la creazione contestuale del piano formativo al momento dell'assunzione lascia perplessi in ordine al fatto che nei primi 30 giorni di contratto era possibile misurare le capacità del giovane lavoratore e redigere un piano formativo su misura, modalità non proponibile in questo caso.

Per ciò che concerne il contratto *professionalizzante*, la formazione resta dunque elemento essenziale del contratto di apprendistato, tuttavia ne è ridimensionato il valore. Il legislatore lascia nelle mani della Regione offrire percorsi formativi integrativi in un arco temporale forse ristretto (45 giorni). Assumendo come *ordinatorio* tale termine, si potrebbe verificare, in mancanza di disposizioni collettive, che la formazione di base e trasversale non sia neppure erogata.

Viene, come accennato, agevolato attraverso l'abbassamento della percentuale di stabilizzazione il ricorso al contratto di apprendistato, restringendo anche il numero delle imprese cui l'obbligo di stabilizzazione si applica (imprese superiori ai 50 dipendenti).

Per concludere, qualche parola occorre spendere in ordine al contratto che si commenta rispetto a quanto in esame nell'AS 1428 che prevede la delega al Governo «allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo» per adottare provvedimenti per il riordino e la semplificazione delle tipologie contrattuali esistenti, secondo i seguenti principi che interessano in tal sede:

- a) individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, anche in funzione di eventuali interventi di semplificazione delle medesime tipologie contrattuali;
- b) redazione di un testo organico di disciplina delle tipologie contrattuali dei rapporti di lavoro, semplificate secondo quanto indicato alla lettera a), che possa anche prevedere l'introduzione, eventualmente in via sperimentale, di ulteriori tipologie contrattuali espressamente volte a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti;
- c) abrogazione di tutte le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili con il testo di cui alla lettera b), al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative.

A tal riguardo è possibile prospettare anche, in un'opera di tal genere di semplificazione, una revisione consistente del contratto di apprendistato, ma sul punto occorrerà attendere di vedere come il Legislatore delegato intenda trasporre i criteri suindicati.

Rinvio (art. 2-bis)

Per il commento all'art. 2-bis si rinvia ai contributi di C. ALESSI, P. ALBI, V. FILÌ e L. CAROLLO, in questo volume.

Parte III
CAPO II
ARTICOLI 3, 4 E 5

Disposizioni in tema di servizi per il lavoro e documento unico di regolarità contributiva

di Giovanni Zampini

CAPO II

Articolo 3

Elenco anagrafico dei lavoratori

1. All'articolo 4, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 7 luglio 2000, n. 442, le parole: «Le persone» sono sostituite dalle seguenti: «I cittadini italiani ((nonché i cittadini di Stati membri dell'Unione europea e gli stranieri)) regolarmente soggiornanti in Italia», ((la parola: «ammesse» è sostituita dalla seguente: «ammessi», le parole: «inoccupate, disoccupate, nonché occupate» sono sostituite dalle seguenti: «inoccupati, disoccupati ovvero occupati» e la parola: «inserite» è sostituita dalla seguente: «inseriti».))

2. All'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, le parole: «nel cui ambito territoriale si trovi il domicilio del medesimo», sono sostituite con le seguenti: ((«in ogni ambito territoriale dello Stato, o anche tramite posta elettronica certificata (PEC) ».))

Articolo 4

Semplificazioni in materia di documento ((unico)) di regolarità contributiva

1. A decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2, chiunque vi abbia interesse, ((compresa la medesima impresa,)) verifica con modalità esclusivamente telematiche ed in tempo reale la regolarità contributiva nei confronti dell'INPS, dell'INAIL e, per le imprese tenute ad applicare i contratti del settore dell'edilizia, nei

confronti delle Casse edili. ((La risultanza)) dell'interrogazione ha validità di 120 giorni dalla data di acquisizione e sostituisce ad ogni effetto il Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC), ovunque previsto, fatta eccezione per le ipotesi di esclusione individuate dal decreto di cui al comma 2.

2. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e, per i profili di competenza, con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, ((sentiti l'INPS, l'INAIL e la Commissione nazionale paritetica per le Casse edili,)) da emanarsi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore ((del presente decreto,)) sono definiti i requisiti di regolarità, i contenuti e le modalità della verifica nonché le ipotesi di esclusione di cui al comma 1. Il decreto di cui al presente comma è ispirato ai seguenti criteri:

a) la verifica della regolarità in tempo reale riguarda i pagamenti scaduti sino all'ultimo giorno del secondo mese antecedente a quello in cui la verifica è effettuata, a condizione che sia scaduto anche il termine di presentazione delle relative denunce retributive, e comprende anche le posizioni dei lavoratori con contratto di collaborazione coordinata e continuativa anche a progetto che operano nell'impresa;

b) la verifica avviene tramite un'unica interrogazione presso ((gli archivi)) dell'INPS, dell'INAIL e delle Casse edili che, anche in cooperazione applicativa, operano in integrazione e riconoscimento reciproco, ((ed è eseguita)) indicando esclusivamente il codice fiscale del soggetto da verificare; c) nelle ipotesi di godimento di benefici normativi e contributivi sono individuate le tipologie di pregresse irregolarità di natura previdenziale ed in materia di tutela delle condizioni di lavoro da considerare ostative alla regolarità, ai sensi dell'articolo 1, comma 1175, della legge 27 dicembre 2006, n. 296.

3. L'interrogazione eseguita ai sensi del comma 1, assolve all'obbligo di verificare la sussistenza del requisito di ordine generale di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori,((servizi e forniture)) dall'articolo 62-*bis* del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2, sono inoltre abrogate tutte le disposizioni di legge incompatibili con i contenuti del presente articolo.

4. Il decreto di cui al comma 2 può essere aggiornato sulla base delle modifiche normative o della evoluzione dei sistemi telematici di verifica della regolarità contributiva.

5. All'articolo 31, comma 8-*bis*, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, le parole: ((«, in quanto compatibile, »)) sono soppresse.

((5-*bis*. Ai fini della verifica degli effetti delle disposizioni di cui al presente articolo, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali, decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto di cui al comma 2, presenta una relazione alle Camere.))

6. All'attuazione di quanto previsto dal presente articolo, le amministrazioni provvedono

con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente e, comunque, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

1. Le modifiche all'elenco anagrafico dei lavoratori

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 181/2000, l'iscrizione nell'elenco anagrafico costituisce – come noto – il punto d'incontro tra la funzione amministrativa del centro per l'impiego e la prima lettura degli obiettivi professionali degli utenti. Ciò consente alle persone inoccupate, disoccupate o con occupazioni precarie, immediatamente disponibili al lavoro, di usufruire dei diversi servizi messi a disposizione dai centri per l'impiego, attraverso il rilascio della c.d. dichiarazione di immediata disponibilità (DID). I dati anagrafici e curriculari degli iscritti sono inseriti in apposita banca dati, utile alla gestione dell'incrocio tra domanda e offerta di lavoro. Dal momento della dichiarazione di disponibilità al lavoro la persona inizia a maturare un'anzianità di disoccupazione utile per beneficiare di proposte formative o lavorative ⁽¹⁾.

Inserendosi in tale quadro normativo, l'art. 3, d.l. n. 34/2014 (convertito dalla l. n. 78/2014), tenta di implementare, in un'ottica di integrazione comunitaria e di valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, quella virtuosa distribuzione tra soggetti privati e pubblici poteri dei compiti di erogazione dei

⁽¹⁾ Sui servizi per l'impiego cfr. in generale M. NAPOLI, A. OCCHINO, M. CORTI, *I servizi per l'impiego. Art. 2098*, Giuffrè, 2010; E. MANDRONE, *La ricerca del lavoro in Italia: l'intermediazione pubblica, privata e informale*, in *Politica Economica*, 2011, n. 1, 83; M. CORTI, *Dalla tutela della professionalità e del posto di lavoro alla formazione continua e ai servizi per l'impiego. I 40 anni degli art. 13 e 18 Stat. lav.*, in *RIDL*, 2011, n. 1, I, 125; S. FAGNONI, *Modello organizzativo dei servizi per l'impiego e politiche del lavoro*, in *DPL*, 2011, n. 19, 1117; E. MASSI, *Centri per l'impiego: un protocollo per migliorare i servizi*, in *DPL*, 2010, n. 37, 2145; F. VERBARO, *Rilancio e responsabilizzazione dei servizi per l'impiego per garantire l'efficacia delle politiche attive e uscire dalla crisi*, in *DRI*, 2009, n. 4, 1117; M. TIRABOSCHI, *Problemi e prospettive in tema di riforma dei servizi per l'impiego alla luce dell'articolo 1 della legge 14 febbraio 2003, n. 30*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego. Commentario al D.Lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 e prospettive di attuazione dell'articolo 1, legge 14 febbraio 2003, n. 30*, Giuffrè, Milano, 2003, 18; S. ROSATO, *Anagrafe dei lavoratori e soppressione delle liste di collocamento*, *ivi*, 255. Sulle conseguenze della storica abolizione del monopolio pubblico del collocamento cfr. per tutti S. VERGARI, *Collocamento e procedure: vecchie eredità e nuove prospettive*, in F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU (a cura di), *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, Utet, 1999, 62-63.

servizi per il mercato del lavoro, già da tempo preannunciata dallo stesso Libro Bianco e poi attuata (con non pochi elementi di criticità) dal d.lgs. n. 276/2003 ⁽²⁾.

La norma in commento persegue, in particolare, due obiettivi: (1) garantire la parità di trattamento delle persone in cerca di occupazione in uno degli Stati membri dell'UE indipendentemente dal luogo di residenza; (2) ampliare, attraverso l'eliminazione del requisito del domicilio, la possibilità di usufruire delle azioni di politica attiva poste in essere dai servizi competenti. Si intende, in tal modo, rendere immediatamente operativa la Garanzia per i giovani (c.d. *Youth Guarantee*) che, per usufruire dei relativi percorsi, stabilisce che vengano individuati i requisiti della "residenza" e della "contendibilità" del soggetto, al fine di consentire che i giovani alla ricerca di occupazione possano rivolgersi ad un servizio per l'impiego indipendentemente dall'ambito territoriale di residenza ⁽³⁾.

Vengono così introdotte due modifiche alla normativa in materia di collocamento e di servizi all'impiego: la prima riguarda l'art. 4, comma 1, del d.P.R. n. 442/2000 che, trattando dei servizi in favore dei soggetti che cercano lavoro e che sono inseriti in appositi elenchi anagrafici, sostituisce la generica espressione "persone" con la identificazione dei soggetti cui la norma fa riferimento: cittadini italiani, comunitari e stranieri regolarmente soggiornanti in Italia. Sono, infatti, costoro che, risultando iscritti, possono usufruire dei servizi pubblici del collocamento.

La seconda modifica riguarda l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 181/2000, che contiene disposizioni finalizzate ad agevolare l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro: lo stato di disoccupazione (che è la condizione del soggetto privo di lavoro, il quale si renda immediatamente disponibile allo svolgimento

⁽²⁾ È noto che il documento programmatico varato dal Governo nel 2001 auspicava una «decisa accelerazione delle misure che potessero favorire la diffusione di operatori privati polifunzionali dedicati ad un efficiente ed equo incontro tra domanda ed offerta» e che numerosi riferimenti al binomio – invero discutibile – della cooperazione-competizione (tra strutture pubbliche e private) erano già presenti tanto nella Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 276/2003, quanto, ancor prima, nello stesso Libro Bianco. Nella prospettiva dell'applicazione del principio di sussidiarietà ai servizi per l'impiego cfr. G. CANAVESI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei sistemi regionali dei servizi per l'impiego*, in P. OLIVELLI (a cura di), *Il "collocamento" tra pubblico e privato*, Giuffrè, 2003, 221.

⁽³⁾ Sulle novità introdotte dal d.l. n. 34/2014 si veda già S. SPATTINI, *L'anagrafe dei lavoratori e lo stato di disoccupazione*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese. Prime interpretazioni e valutazioni di sistema](#), ADAPT University Press, 2014, 107; E. MASSI, *Elenco anagrafico dei lavoratori, Durc e contratti di solidarietà*, in *DPL*, 2014, n. 16, 943.

ed alla ricerca di un'attività lavorativa), va comprovato dalla presentazione dell'interessato non più soltanto presso il centro per l'impiego sul quale insiste il proprio domicilio, ma in qualsiasi ambito territoriale dello Stato. Come noto, però, non essendo attualmente tutti i servizi per l'impiego nazionali correlati tra loro attraverso un'unica rete telematica, potrebbero porsi non pochi problemi attuativi per questa disposizione che postula, anche nell'ottica del citato programma europeo della "Garanzia dei giovani", un superamento del vecchio sistema di ricerca del lavoro, con una integrazione operativa dei servizi pubblici e privati ⁽⁴⁾.

2. Le innovazioni in materia di Durc: semplificazione e "smaterializzazione"

La norma in commento disciplina il documento unico di regolarità contributiva telematico (c.d. Durc on-line) e rappresenta l'ultimo tentativo, in ordine di tempo, di semplificare uno fra gli adempimenti più delicati ed incisivi nella vita delle imprese.

Senza entrare nel dettaglio della complessa disciplina ⁽⁵⁾, basterà qui ricordare che il Durc nasce come certificazione unificata relativa alla regolarità dei

⁽⁴⁾ Con riferimento all'acquisizione dello stato di disoccupazione, cfr. S. ROSATO, *Stato di disoccupazione (Art. 3)*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del collocamento e i nuovi servizi per l'impiego. Commentario al D.Lgs. 19 dicembre 2002, n. 297 e prospettive di attuazione dell'articolo 1, legge 14 febbraio 2003, n. 30*, cit., 275.

⁽⁵⁾ Per una puntuale illustrazione della complessa disciplina del Durc si segnalano: C. D'ALOISIO, *La disciplina del d.u.r.c.*, in *MGL*, 2013, n. 7, 512; V. LIPPOLIS, *Durc. Documento unico di regolarità contributiva. Manuale operativo*, Ipsoa, 2011; G. BENEDETTI, *La rilevanza giuridica del Durc*, in *Immobili & Diritto*, 2008, n. 3, 7; M. GALLO, *Documento unico di regolarità contributiva: il nuovo regime*, in *GLav*, 2007, n. 49, 55; P. RAUSEI, *Controlli e sanzioni per i datori non in regola con il Durc*, in *DPL*, 2008, n. 12, 725; P. PENNESI, D. PAPA, *Durc: le nuove regole*, in *DPL*, 2008, n. 7, 451. Sulle più recenti semplificazioni si vedano i contributi di P. RAUSEI, *La condivisione automatica delle informazioni previdenziali che dovrà sostituire il DURC*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), [Decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34. Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese. Prime interpretazioni e valutazioni di sistema](#), cit., 113; P. RAUSEI, *Una interrogazione telematica istantanea sostituirà il Durc*, in *DPL*, 2014, n. 23, 1358; C. SANTORO, *La nuova inchiesta amministrativa infortuni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Il lavoro riformato. Commento alla l. 9 agosto 2013, n. 99 (Legge Giovannini); alla l. 9 agosto 2013, n. 98 (decreto del fare); alla l. 9 agosto 2013, n. 94 (decreto svuota carceri); alla l. 6 agosto 2013, n. 97 (legge comunitaria) e al d.l. 31 agosto 2013, n. 101 (razionalizzazione P.A.)*, Giuffrè, 2013, 475; G. BONATI, *I crediti certi vantati nei confronti della PA abilitano il Durc*, in *GLav*, 2014, n. 7, 76 ss. Da ultimo, con riguardo alla possibile incidenza dell'istituto sul contrasto al lavoro sommerso, cfr. P. PENNESI, D. PAPA, *Il contrasto*

versamenti contributivi da parte delle imprese edili appaltatrici di lavori pubblici. Si tratta, in particolare, di un «certificato che attesta contestualmente la regolarità di un operatore economico per quanto concerne gli adempimenti INPS, INAIL, nonché Cassa edile per i lavori, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento» (art. 6, d.P.R. n. 207/2010). L'istituto si è subito rivelato un strumento efficace per la razionalizzazione dell'attività amministrativa, oltre che utile a contrastare l'evasione contributiva ed a ricondurre la competizione fra operatori economici sul piano del rispetto della legalità.

Il controllo "certificato" della correttezza contributiva consente, infatti, non solo di soddisfare l'interesse pubblico alla piena tutela della posizione assicurativa e previdenziale dei lavoratori, ma anche di salvaguardare l'effettività della concorrenza, che sarebbe certo violata se talune imprese potessero offrire prezzi più bassi, lucrando sulle economie derivanti dall'irregolarità contributiva.

Si consideri, inoltre, che il Durc serve ad impedire l'erogazione di denaro pubblico in favore di chi evade i contributi (in ossequio al principio di buon andamento della p.a.), mentre, in ambito privatistico, rappresenta pure una forma di tutela del committente negli appalti di opere e di servizi (art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003) ⁽⁶⁾: il committente, obbligato in via solidale con l'appaltatore anche al pagamento dei contributi dovuti per i lavoratori di quest'ultimo impiegati nell'appalto, può così sempre controllarne preventivamente la regolarità contributiva.

Per questi motivi, la disciplina del Durc è stata estesa anche ad altre fattispecie: dagli originari appalti pubblici (art. 2, d.l. n. 210/2002, convertito con modificazioni dalla l. n. 266/2002) ai lavori privati dell'edilizia soggetti a DIA e a permesso di costruire (cfr. già l'art. 86, comma 10, del d.lgs. n. 276/2003 ed ora l'art. 90, comma 9, del d.lgs. n. 81/2008), fino a coinvolgere gradualmente tutti i settori di attività ai fini della fruizione di benefici normativi e contributivi in materia di lavoro e legislazione sociale (art. 1, commi 1175-1176, l. n. 296/2006), nonché di benefici e sovvenzioni comunitari per la realizzazione di investimenti (art. 1, comma 553, l. n.

al lavoro nero e irregolare e il DURC (Titolo I, Capo II, art. 14), in M. TIRABOSCHI, L. FANTINI (a cura di), *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo* (d.lgs. n. 106/2009). *Commentario al decreto legislativo n. 81/2008 come modificato e integrato dal decreto legislativo n. 106/2009*, Giuffrè, 2009, 525 ss.

⁽⁶⁾ Così come riformulato, prima, dall'art. 6 del d.lgs. n. 251/2004, dall'art. 1, comma 911, della l. n. 296/2006 (legge finanziaria per il 2007), dall'art. 21, comma 1, del d.l. n. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. n. 35/2012 e, da ultimo, dall'art. 4, comma 31, lett. a e b, della l. n. 92/2012.

266/2005). Il documento in questione è stato poi, da ultimo, richiesto per il rilascio e la verifica annuale dell'autorizzazione all'esercizio di attività di commercio su aree pubbliche (art. 11-*bis*, d.l. n. 78/2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 102/2009), per l'attestazione SOA e per l'attestazione di qualificazione dei contraenti generali rilasciata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; per l'iscrizione all'albo fornitori di una p.a. (art. 6, commi 6 ss., d.P.R. n. 207/2010). La disciplina di dettaglio relativa al contenuto, ai soggetti emittenti e richiedenti ed alle cause non ostantive per il rilascio sono specificate nel d.m. 24 ottobre 2007 (di attuazione dell'art. 1, comma 1176, l. n. 296/2006).

La giurisprudenza ha qualificato il documento in questione come una "dichiarazione di scienza" *sub specie* di atto certificativo redatto da un pubblico ufficiale, avente carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della p.a. ed, in quanto tale, assistito da pubblica fede *ex art.* 2700 c.c. e fa piena prova sino a querela di falso di quanto in esso riportato (che vi è stato, cioè, regolare versamento dei contributi, in relazione al periodo oggetto di accertamento) ⁽⁷⁾.

⁽⁷⁾ Giurisprudenza costante: C. Stato 1° agosto 2007, n. 4273, in *RFI*, 2007, voce *Contratti pubblici* [1735], n. 784; C. Stato 23 ottobre 2007, in *RFI*, 2008, voce *Contratti pubblici* [1735], n. 801; C. Stato 12 marzo 2009, n. 1458, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, n. 10, 1216, con nota di F. BERTINI, *Durc e gare di appalto tra dubbi e certezze*; C. Stato 6 aprile 2010, n. 1930, *ivi*, 2010, n. 7, 805, con nota di F. DELLO SBARBA, *La rinuncia all'avvalimento*; C. Stato 24 agosto 2010, n. 5936, in *I Contratti dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2010, n. 4, 519, con nota di A. VESPIGNANI, *D.u.r.c. e irregolarità contributiva quale causa di esclusione dalle gare*; C. Stato 3 febbraio 2011, n. 789, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2011, n. 2, I, 591; C. Stato 12 aprile 2011, n. 2283, in *RFI*, 2011, voce *Contratti pubblici* [1735], n. 965; C. Stato 18 novembre 2011, n. 6072, in *FA CdS*, 2011, n. 11, 3434; C. Stato 4 agosto 2010, n. 5213, in *Diritto e Giustizia on line*, 2010; C. Stato 6 aprile 2010, n. 1934, *ivi*; C. Stato 11 maggio 2009, n. 2874, in *Ragiusan*, 2009, n. 307-308, 92. Chi consulta il Durc non ha alcun margine di valutazione o di apprezzamento in ordine ai dati ed alle circostanze in esso riportate (cfr. C. Stato 4 gennaio 2012, n. 8, in *FA CdS*, 2012, n. 1, 61, per il quale «ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, co. 1, lett. i), d.lgs. n. 163/2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70/2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di violazione grave non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (DURC) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto»).

Il Durc – salvo che sia espressamente previsto ⁽⁸⁾ – non può essere sostituito da un'autocertificazione, poiché la c.d. regolarità contributiva non può essere oggetto di conoscenza sicura, come avviene per gli stati, qualità personali e fatti che, ai sensi dell'art. 40, d.P.R. n. 445/2000, possono essere sostituiti da dichiarazioni ⁽⁹⁾.

Dunque, si configura come una certificazione con natura ed effetti meramente dichiarativi, cosicché essendo privo di efficacia documentale, non è immediatamente lesivo di posizioni giuridiche soggettive e quindi autonomamente impugnabile ⁽¹⁰⁾. Può essere, però, oggetto d'impugnazione, dinanzi al giudice amministrativo, unitamente al provvedimento che lo presuppone e che causa una lesione, concreta ed attuale, seppure la cognizione è limitata all'accertamento della sua regolarità ⁽¹¹⁾. Come può esserlo ogni provvedimento con il quale si neghi l'emanazione del Durc, sempre che sia immediatamente lesivo. Invece, è oggetto di cognizione da parte del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, ogni controversia avente ad

⁽⁸⁾ L'art. 4, comma 14-*bis*, del d.l. n. 70/2011, convertito con modificazioni dalla l. n. 106/2011, prevede che, nell'ipotesi di contratti di servizi e forniture di importo sino a 20 mila euro, può essere presentata dichiarazione sostitutiva del Durc.

⁽⁹⁾ Con circ. n. 12/2012, il Ministero del lavoro ha specificato al riguardo: «la certificazione relativa al regolare versamento della contribuzione obbligatoria che non costituisce una mera certificazione del versamento di una somma a titolo di contribuzione (come lascia intendere l'art. 46, lett. *p*), del d.p.r. n. 445/2000) ma una attestazione degli Istituti e delle Casse edili circa la correttezza della posizione contributiva di una realtà aziendale effettuata dopo complesse valutazioni tecniche di natura contabile derivanti dalla applicazione di discipline lavoristiche, contrattuali e previdenziali».

⁽¹⁰⁾ In tal senso, TAR Campania n. 272/2013, il quale specifica anche che eventuali controversie aventi ad oggetto il Durc, in quanto lo stesso è atto afferente ad una gara, secondo la previsione di cui all'art. 133, lett. *c*, punto 1, d.lgs. n. 104/2010, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

⁽¹¹⁾ Secondo Cass., sez. un., 9 febbraio 2011, n. 3169, in *MGC*, 2011, n. 2, 210, in una specie avente ad oggetto l'impugnazione di un Durc unitamente al provvedimento di esclusione dalla gara, «nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, poiché la produzione della certificazione (nella specie proveniente dalla Cassa edile) che attesta la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto (c.d. DURC) costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare la regolarità di tale certificazione; ne consegue che ove il Consiglio di Stato, dopo aver accertato l'assenza di gravi violazioni di carattere contributivo, oltre ad annullare il provvedimento di esclusione della gara abbia, nel contempo, annullato anche la documentazione di regolarità contributiva non rileva che tale ultima decisione possa aver esorbitato dal novero di quelle consentite al giudice amministrativo, qualora come nella specie l'annullamento della certificazione non abbia avuto alcuna influenza sulla decisione di annullamento del rifiuto di aggiudicazione dell'appalto».

oggetto posizioni di diritto soggettivo attinenti al rapporto contributivo, il cui regolare svolgimento è attestato dal Durc⁽¹²⁾.

Ciò premesso, l'art. 4 in commento si inserisce – come detto – nella più recente tendenza normativa volta a semplificare e razionalizzare i tempi del complesso procedimento volto al rilascio del Durc, in modo da rendere tale certificazione disponibile, in tempi rapidi, per tutti quei soggetti che operano correttamente sul mercato⁽¹³⁾. Il possesso del documento si rivela, infatti, essenziale. Un Durc negativo ha conseguenze assai serie, acuite dalla gravità della crisi economica in atto: l'impossibilità per l'impresa non solo di operare con la p.a., ma anche di accedere a qualsiasi beneficio economico e/o normativo.

Si è così stabilito che il Durc deve essere acquisito d'ufficio, attraverso strumenti informatici, dalle stazioni appaltanti (art. 16-*bis*, comma 10, d.l. n. 185/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 2/2009) e dalle amministrazioni pubbliche anche con riguardo ai lavori privati (art. 14, comma 6-*bis*, d.l. n. 5/2012, convertito dalla l. n. 35/2012).

L'Inps ha poi disposto l'aggiornamento del portale unico (www.sportellounicoprevidenziale.it) che ha rappresentato un ulteriore passo verso la semplificazione dello strumento⁽¹⁴⁾.

Si è, inoltre, prevista la possibilità di rilascio del Durc anche in presenza di certificazione attestante la sussistenza di crediti certi, liquidi ed esigibili vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni di importo almeno pari ai versamenti contributivi accertati e non ancora versati da parte di un medesimo soggetto (art. 13-*bis*, comma 5, d.l. n. 52/2012, convertito dalla l. n. 94/2012). Norma quanto mai opportuna, considerato che non poche imprese in questi anni hanno accumulato debiti con l'Inps omettendo o ritardando il versamento dei contributi per mancanza di liquidità causata, tra l'altro, proprio dal mancato pagamento di quanto legittimamente maturato⁽¹⁵⁾.

⁽¹²⁾ Cfr. sul punto M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *RIDL*, 2007, n. 3, I, 307.

⁽¹³⁾ La circ. Min. lav. 30 gennaio 2008, n. 5, ha evidenziato i quattro momenti essenziali del procedimento: analisi preliminare dei benefici e delle agevolazioni godute; verifica del possesso dei requisiti di regolarità; constatazione dell'assenza di elementi ostativi e inibenti; segnalazione agli istituti previdenziali e agli organismi bilaterali interessati delle conclusioni sanzionatorie definitive ostative.

⁽¹⁴⁾ Cfr. circ. Inps 28 marzo 2011, n. 59.

⁽¹⁵⁾ Cfr. d.m. 13 marzo 2013; art. 31, d.m. n. 69/2013; circ. Min. lav. n. 36/2013. In questo caso, il Durc viene emesso con la precisazione che il rilascio è avvenuto ai sensi del comma 5, dell'art. 13-*bis* del d.l. n. 52/2012 precisando l'importo del debito contributivo e gli estremi

Ulteriore misura di semplificazione può essere rintracciata nella prassi amministrativa relativa al c.d. Durc interno: nel caso di coincidenza tra l'istituto previdenziale che rilascia il Durc e quello che ammette il datore di lavoro alla fruizione dei benefici contributivi, dev'essere l'Istituto stesso a verificare la sussistenza delle condizioni di regolarità, senza procedere alla sua materiale emissione. In tale contesto, la presentazione del flusso Uniemens assume la valenza di richiesta (implicita) di Durc ai fini della fruizione dei benefici normativi e contributivi. La presenza in tale flusso di uno dei codici che consentono la fruizione dei benefici contributivi e normativi fa attivare in automatico il controllo da parte dell'Inps⁽¹⁶⁾.

Sempre nell'ottica della ragionevole semplificazione va considerato l'art. 31, d.l. n. 69/2013 (convertito dalla l. n. 98/2013), che ha introdotto ulteriori elementi di flessibilità. Ora il Durc:

- a) può essere impiegato per il pagamento, da parte della p.a., dei s.a.l. o delle prestazioni relative a servizi e forniture, anche se rilasciato in compensazione *ex art. 13-bis*, comma 5, cit. (comma 1);
- b) può non essere richiesto per i lavori privati in edilizia di manutenzione realizzati direttamente in economia (comma 1-*bis*);
- c) deve essere acquisito esclusivamente d'ufficio e per via telematica per la verifica della regolarità contributiva degli operatori nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- d) nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'intervento sostitutivo è esteso a tutti i soggetti di cui all'art., 3, comma 1, d.P.R. n. 207/2010;
- e) ha validità non più di 90, ma di 120 giorni dalla data di emissione (commi 5, 8-*ter*, 8-*quinqies* e 8-*sexies*).

della certificazione esibita per il rilascio del Durc (cfr. circ. Min. lav. n. 40/2013). La procedura compensativa è estesa a tutte le tipologie di Durc.

⁽¹⁶⁾ Cfr. circ. Inps n. 51/2008. Sempre in tema di c.d. Durc interno, può essere utile ricordare, poi, che i datori di lavoro (o soggetti incaricati) erano tenuti ad inoltrare all'Inps un apposito modulo denominato "SC37 DURC Interno" e all'Inail un'autocertificazione in sede di autoliquidazione con cui veniva dichiarato l'obbligo del rispetto della parte economica e normativa degli accordi e contratti collettivi. Il Ministero del lavoro, rivedendo la procedura amministrativa per l'accertamento della regolarità contributiva, ha stabilito come la valutazione del rispetto di tale condizione spetti agli organi di vigilanza e non possa essere oggetto di autocertificazione; la richiesta di un beneficio di carattere contributivo equivale quindi già alla richiesta di verifica circa la sussistenza dei presupposti per il rilascio del Durc. Cfr. circ. Min. lav. n. 34/2008; circ. Inail n. 79/2008. Ne consegue che non risultano più dovuti né l'invio del modello SC37 all'Inps, né l'invio dell'autocertificazione all'Inail richiesta in occasione dell'autoliquidazione 2007-2008 e delle istanze 20 e 24 MAT.

In caso di irregolarità, infine, gli istituti devono ora avvisare tramite PEC, l'interessato, o il consulente del lavoro, invitandolo a regolarizzare la posizione entro 15 giorni.

L'ultimo tassello, in ordine di tempo, di razionalizzazione dell'istituto in commento è costituito proprio dall'art. 4, d.l. n. 34/2014 convertito, che introduce disposizioni volte alla c.d. "smaterializzazione" del Documento unico di regolarità contributiva (Durc), attraverso una semplificazione dell'attuale sistema di adempimenti richiesti alle imprese per la sua acquisizione. In particolare, si prevede che la verifica della regolarità contributiva nei confronti dell'Inps, dell'Inail e, per le imprese operanti nell'edilizia, delle Casse edili, avvenga, da parte di chiunque vi abbia interesse, in tempo reale e con modalità esclusivamente telematiche, attraverso un'interrogazione negli archivi dei citati enti che ha una validità di 120 giorni a decorrere dalla data di acquisizione. La puntuale definizione della nuova disciplina della materia è rimessa a un decreto interministeriale, da emanare entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge.

Non sarà dunque più necessaria un'apposita e formale richiesta da parte dell'interessato in merito al Durc, ma sarà possibile verificare la regolarità direttamente e telematicamente nei confronti dei singoli enti. Finora, infatti, le richieste debbono essere effettuate da chi ne ha interesse, al c.d. sportello unico previdenziale; dopodiché ogni ente verifica l'effettiva regolarità del soggetto per il quale il Durc deve essere rilasciato. Inps, Inail e Casse edili, infatti, una volta ricevuto l'input telematico da parte dello sportello unico, procedono alle necessarie verifiche ed una volta esaurite le procedure previste, dichiarano per la parte di loro competenza l'attestazione di regolarità o di irregolarità del datore di lavoro o lavoratore autonomo. Quando tutti gli enti hanno completato il procedimento, il Durc viene emesso. In ogni caso, l'intera fase è previsto possa durare al massimo 30 giorni altrimenti scatta il silenzio assenso. Peraltro, nel caso di irregolarità, tale termine può essere sospeso fino a 15 giorni per consentire all'interessato di regolarizzare la propria posizione (salvo per la dichiarazione ai fini della partecipazione agli appalti pubblici).

Le modifiche, tuttavia, non saranno subito operative. Un decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentiti Inps e Inail, da emanarsi entro 60 giorni, dovrà definire i requisiti di regolarità, i contenuti e le modalità della verifica nonché le ipotesi di esclusione. Le modalità saranno esclusivamente telematiche e verranno effettuate verosimilmente attraverso il prelievo dell'attestato sul sito degli enti interessati. Una semplificazione certamente utile perché non sarà più necessario attendere i fatidici 30 giorni per ottenere il certificato (che possono

allungarsi nel caso di interruzione dei termini nel caso di preavviso di irregolarità) ma la verifica avverrà in tempo reale.

Il certificato sarà quindi costituito dall'esito dell'interrogazione e avrà durata di 120 giorni dalla data di acquisizione. Rimane quindi la durata generalizzata della regolarità introdotta dal d.l. n. 69/2013 del mese di giugno 2013.

Dalla lettura delle finalità della normativa, evidentemente, un effetto positivo in termini di burocrazia, ma l'effettivo beneficio deriverà dalle risposte che gli enti saranno in grado di dare. Le criticità registrate finora in tema di Durc non sono state infatti solo quelle burocratiche legate alle complessità procedure da seguire ed alla tempistica di rilascio, ma soprattutto alle irregolarità spesso riscontrate dagli enti, soprattutto dall'Inps, spesso poi non dovute. Occorrerà, in particolare, che gli enti interessati procedano ad un aggiornamento in tempo reale delle banche dati in loro possesso (e quindi cancellare celermente vecchie irregolarità definitivamente sanate) e che si preoccupino di individuare correttamente i soggetti nei confronti dei quali effettuare la verifica (in caso di società di persone si è non di rado creata confusione fra la posizione personale dei soci e di quella della società richiedente).

L'emanando decreto ministeriale dovrà ispirarsi ad alcuni specifici criteri:

- a) la verifica della regolarità in tempo reale riguarderà i pagamenti scaduti fino all'ultimo giorno del secondo mese antecedente a quello della verifica, a condizione che sia scaduto anche il termine per la presentazione delle denunce retributive: la regolarità comprende la posizione contributiva dei lavoratori che hanno un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, ed i cui versamenti vanno alla gestione separata prevista dall'art. 2, comma 26, l. n. 335/1995;
- b) la verifica avverrà attraverso un'unica interrogazione indirizzata agli archivi dell'Inps e dell'Inail e per le aziende interessate, della Cassa edile: la norma postula un obbligo di cooperazione applicativa, con integrazione e riconoscimento reciproco, con la sola indicazione del codice fiscale del soggetto da verificare;
- c) nelle ipotesi di godimenti di benefici normativi e contributivi andranno individuate le tipologie di irregolarità pregresse sia di natura previdenziale che in materia di tutela delle condizioni di lavoro che sono da considerare ostative alla regolarità: il tutto, nella previsione dell'art. 1, comma 1175, della legge n. 296/2006 il quale, è bene ricordarlo, è ormai una disposizione sempre presente e che va, continuamente monitorata allorquando un datore di lavoro richiede agevolazioni. Di ciò sono palese testimonianza, ad esempio, le verifiche sia per l'assunzione a tempo indeterminato di lavoratori in mobilità, che di disoccupati da oltre 24 mesi, che di soggetti

“over 50” o di donne o, infine, di lavoratori che usufruiscono del trattamento Aspi. Per quel che concerne le violazioni in materia di sicurezza, sicuramente nell’emanando decreto, saranno riprese in considerazione (e, magari, riviste od integrate) le violazioni elencate nella tabella A del d.m. 24 ottobre 2007 che, fino ad oggi, ha, sostanzialmente, disciplinato le modalità di rilascio del Durc.

La nuova disposizione prevede, inoltre, che l’interrogazione telematica assolva l’obbligo di verifica del requisito relativa alle violazioni gravi, definitivamente accertate in materia di contributi previdenziali ed assistenziali (art. 38, comma 1, lett. *i*, d.lgs. n. 163/2006) presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, ubicata presso l’Authority per la vigilanza sui contratti pubblici e che il decreto ministeriale possa essere aggiornato annualmente sulla base delle novità normative e della evoluzione dei sistemi telematici di verifica.

Le modifiche ai contratti di solidarietà

di Valerio Maio

CAPO II Articolo 5 Contratti di solidarietà

1. All'articolo 6 del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, dopo il comma 4 è inserito il seguente: «4-bis. Con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono stabiliti criteri per ((la concessione del beneficio)) della riduzione contributiva di cui al comma 4, entro i limiti delle risorse disponibili. Il limite di spesa di cui all'articolo 3, comma 8, della legge 23 dicembre 1998, ((n. 448, come rideterminato dall'articolo 1,)) comma 524, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, a decorrere dall'anno 2014, è pari ad euro 15 milioni annui.».

((1-bis. All'articolo 6, comma 4, del decreto-legge 1° ottobre 1996, n. 510, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 novembre 1996, n. 608, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) al secondo periodo, le parole da: «è del 25 per cento» fino alla fine del periodo sono sostituite dalle seguenti: «è del 35 per cento.»;
- b) il terzo periodo è soppresso.

1-ter. Al fine di favorire la diffusione delle buone pratiche e il monitoraggio costante delle risorse impiegate, i contratti di solidarietà sottoscritti ai sensi della normativa vigente sono depositati presso l'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro, di cui all'articolo 17 della legge 30 dicembre 1986, n. 936.))

1. La razionalizzazione dei criteri per la commisurazione dell'agevolazione contributiva

L'esordio del c.d. Governo Renzi in tema di mercato del lavoro ha riguardato in maniera “mirata”, ma significativa, anche l'istituto dei contratti di solidarietà.

L'operazione sui contratti di solidarietà, perlomeno nel raffronto con quanto altrimenti disposto in tema di flessibilità contrattuale, a prima vista, con ogni probabilità, è sembrata di mero riordino ⁽¹⁾, tanto da passare sostanzialmente

⁽¹⁾ L'istituto, come noto, muove i suoi primi passi a seguito del c.d. protocollo Scotti, con l'art. 1 del d.l. n. 726/1984 convertito dalla l. n. 863/1984, e si sviluppa attraverso una serie di successivi interventi normativi, tra i quali val la pena ricordare l'art. 5 del d.l. n. 148/1993 convertito dalla l. n. 236/1993 e l'art. 1, comma 9, della l. n. 223/1991. Peraltro, la regolazione puntuale si rinviene ora nel d.m. 10 luglio 2009, n. 46448, che ha sostituito il d.m. 20 agosto 2002, n. 31445, già integrato dal d.m. 16 settembre 2003, n. 32832. Sulla evoluzione della normativa, nonché sulle alterne vicissitudini e fortune dell'istituto, si veda V. FERRANTE, *Orario e tempi di lavoro. Durata della prestazione, lavoro a tempo parziale, contratti di solidarietà*, Dike, 2014, 242 ss.; C. ENRICO, voce *Contratti di solidarietà*, in *EGT*, 2008, XVI, postilla di aggiornamento alla voce nuova, 1995, IXL; D. GAROFALO, *Strumenti di flessibilità alternativi alle riduzioni del personale (il contratto di solidarietà difensivo)*, in *ADL*, 2010, n. 2, 353 ss.; M. LAI, *I contratti di solidarietà*, in *DPL*, 2009, n. 12, 759 ss.; E. MASSI, *Contratti di solidarietà difensivi: problemi e prospettive*, ivi, n. 10, 635; E. MASSI, *Contratti di solidarietà difensivi nel settore industriale*, ivi, n. 35, 2079; M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà*, in M. MISCIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, Utet, 2007, 159 ss.; V. FERRANTE, *Ancora sugli aiuti di Stato: sono leciti i contratti di solidarietà “difensivi”?* (nota a C. giust. 12 dicembre 2002, *Regno del Belgio c. Commissione delle Comunità europee*, causa C-5/01), in *RIDL*, 2003, n. 4, II, 709 ss.; L. CALAFÀ, voce *Contratti di solidarietà*, in *DDPComm*, 2000, 200 ss.; M. FITTANTE, *Il contratto di solidarietà*, in *DL*, 1996, I, 51 ss.; M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, in AA.VV., *L'orario di lavoro*, Utet, 1995, 133 ss.; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Cedam, 1995; S. CHIUSOLO, *La l. 236/93 e le tendenze evolutive dei contratti di solidarietà*, in *D&L*, 1994, 419 ss.; G. FERRARO, *I contratti di solidarietà nella l. 19 luglio 1993 n. 236*, in *Rivista di Diritto dell'Impresa*, 1994, 71 ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *I contratti di solidarietà: due esperienze a confronto*, in *RIDL*, 1994, n. 2, I, 263 ss.; S. SCARPONI, *La riduzione dell'orario di lavoro tra vecchi e nuovi modelli*, in *LD*, 1994, n. 4, 495 ss.; E. GRAGNOLI, *Cessazione di efficacia del contratto di solidarietà e licenziamento collettivo* (nota a Pret. Como 17 dicembre 1990), in *RIDL*, 1991, II, 877 ss.; A. TURSI, *Contratti di solidarietà e rapporto individuale di lavoro*, in *DLRI*, 1988, 85 ss.; R. PANZARANI, *Recenti sviluppi della legislazione del lavoro con riferimento ai contratti di solidarietà, di formazione e di lavoro a tempo parziale*, in *DL*, 1986, I, 19 ss.; P. CURZIO, *I contratti di solidarietà*, in M.G. GAROFALO (a cura di), *Crisi, occupazione, legge. Commento alla Legge n. 863/1984*, Cacucci, 1985; T. TREU, *La disciplina legale dei contratti di solidarietà: riflessioni generali*, in *DL*, 1985, I, 14 ss.; R. PESSI, *Funzione e disciplina dei contratti di solidarietà*, in *DLRI*, 1985, 335 ss.; M. MAGNANI, *Artt. 1 e 2 della l. 863/1984*, in

inosservata in sede di primo commento. Nondimeno, val la pena dare subito conto delle novità apportate dal d.l. n. 34/2014 anche all'istituto in questione, per poi cercare di sondarne più a fondo l'impatto e tentare anche di articolare un ragionamento di sistema.

L'intervento, fatta eccezione per il comma 1-ter, aggiunto dalla l. n. 78/2014 in sede di conversione, relativo alla pubblicità degli accordi di solidarietà, di cui tra breve diremo (cfr. § 3), si concentra essenzialmente sul tema della ripartizione delle risorse. Tema, evidentemente, "scottante" al punto da non potere essere rinviato – ad esempio, in attesa di altri, già annunciati, più corposi interventi normativi in tema di mercato del lavoro e ammortizzatori sociali ⁽²⁾ – perché (e finché) la crisi economica continua quotidianamente a mordere e soprattutto ad erodere incessante il tessuto produttivo italiano.

I contratti di solidarietà, del resto, sono accordi collettivi aziendali, stipulati con sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale, che hanno ad oggetto la riduzione dell'orario di lavoro, con contestuale copertura mediante integrazione salariale del 70% della retribuzione persa ⁽³⁾, al fine di mantenere l'occupazione in caso di crisi

M. NAPOLI (a cura di), *Misure urgenti a sostegno ed incremento dei livelli occupazionali*, in *NLCC*, 1985, 819 ss.; A. PANDOLFO, *I contratti di solidarietà e la legge*, in *Contrattazione*, 1985, n. 1, 46 ss.; L. MENGHINI, *Contratti di solidarietà, relazioni industriali e politica dell'occupazione*, in *LPO*, 1985, 6 ss.; A. ANDREONI, *Contratti di solidarietà e integrazione salariale: i ruoli pubblici, collettivi e individuali tra vecchie e nuove suggestioni*, in *RGL*, 1985, I, 33 ss.; A. MARTONE, *Concluso con la conversione il travaglio dei contratti di solidarietà*, in *CG*, 1985, 131 ss.; L. BELLARDI, E. PISANI, *Rassegna della contrattazione. Gli "accordi di solidarietà", 1983-1984*, in *EL*, 1984, n. 3, 147 ss.; G. PERA, *I contratti di solidarietà*, in *DLRI*, 1984, 699 ss.; L. MENGHINI, *I contratti di solidarietà nei decreti legge del 1984*, in *Le Società*, 1984, n. 10, 1172 ss.; R. PESSI, *Ancora sui contratti di solidarietà (d.l. 21 febbraio 1984, n. 12)*, in *DL*, 1984, I, 28 ss.; R. PESSI, *I contratti di solidarietà*, *ivi*, 1983, I, 419 ss.

⁽²⁾ Segnaliamo, in particolare, che l'art. 1, comma 2, lett. a, n. 7 del ddl n. 1428/2014 (c.d. *Jobs Act*) preannuncia una «revisione dell'ambito di applicazione della cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria e dei fondi di solidarietà [bilaterali e residuali] di cui all'articolo 3 della legge 28 giugno 2012, n. 92». Su questi ultimi si veda M. SQUEGLIA, *Previdenza contrattuale e fondi di solidarietà bilaterali*, in *DRI*, 2012, n. 3, 628 ss.

⁽³⁾ Per effetto dell'art. 1, comma 186, della l. n. 147/2013 (c.d. legge di stabilità per l'anno 2014), l'ammontare del trattamento di integrazione salariale per i contratti di solidarietà è aumentato nella misura del 10% della retribuzione persa a seguito della riduzione di orario, nel limite massimo di 50 milioni di euro per lo stesso anno 2014. Ne discende che relativamente ai periodi di competenza dell'anno 2014 la liquidazione dei trattamenti di integrazione salariale con pagamento diretto ai lavoratori da parte dell'Inps avverrà con due distinti provvedimenti, uno relativo alla misura ordinaria del trattamento pari al 60% e l'altro relativo all'incremento del 10%, ovvero del 20% per gli anni precedenti (cfr. mess. Inps 11 marzo 2014, n. 3234).

aziendale e, quindi, evitare la riduzione del personale ⁽⁴⁾. O almeno sono questi i contratti di solidarietà c.d. difensivi, *ex art. 1, l. n. 863/1984* ⁽⁵⁾.

Il legislatore, dunque, ha motivo di ritenere che nell'attuale contesto economico il ricorso alla contrattazione di solidarietà aumenterà ulteriormente centralità e frequenza, se non altro per presumibile effetto del moltiplicarsi delle occasioni di impiego dell'istituto, nei mille e più focolai di crisi industriale che incendiano attualmente l'arco peninsulare italiano.

L'intervento condotto con l'art. 5, commi 1 e 1-*bis*, del d.l. n. 34/2014 è, peraltro, esclusivamente rivolto ai contratti di solidarietà c.d. di tipo A, che, cioè, riguardano le imprese rientranti nel campo di applicazione della cassa integrazione guadagni straordinaria. Mentre sono espressamente esclusi dal campo di applicazione i contratti di solidarietà c.d. di tipo B, ossia quelli stipulati nelle imprese non coperte dal trattamento di integrazione salariale straordinaria ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Coerentemente, parte della giurisprudenza ritiene illegittimo il ricorso a contratti di solidarietà «nei confronti di dipendenti già dichiarati in esubero dall'azienda in precedente procedura di mobilità non ancora conclusasi», così Trib. Roma 1° giugno 2011, in *Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2011, 650 ss. Allo stesso tempo, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'accesso al contratto di solidarietà difensivo «preclude al datore di lavoro, durante la sua vigenza, il licenziamento collettivo programmato al fine di ridurre l'esuberanza di personale», così Cass. 15 dicembre 2008, n. 29306, quantomeno «finché permane l'efficacia del decreto ministeriale ammissivo del trattamento di integrazione salariale stabilito dall'art. 1 l. 19 dicembre 1984 n. 863», così Pret. Frosinone 11 maggio 1987, in *L80*, 1987, 791 ss. Diversamente, sempre in giurisprudenza, si ritiene che il contratto di solidarietà difensivo, mentre come visto preclude il licenziamento collettivo, non inibisce «anche il licenziamento individuale – ancorché plurimo – per giustificato motivo oggettivo», così Cass. 23 gennaio 1998, n. 637.

⁽⁵⁾ Esistono poi i meno diffusi contratti di solidarietà espansivi *ex art. 2 della l. n. 863/1984* finalizzati a favorire nuove assunzioni attraverso la contestuale e programmata riduzione sia dell'orario di lavoro che della retribuzione. Si vedano in tema, oltre alla bibliografia già citata *supra* alla nota 1, da ultimo, M. SQUEGLIA, *I segnali di un rinnovato interesse sul contratto di solidarietà espansivo: le esperienze Ifoa ed Isola Verde Erboristerie*, in *DRI*, 2013, n. 2, 521 ss., e R. PUPO, *Contratti di solidarietà espansivi*, in *DPL*, 2012, n. 1, 29 ss.

⁽⁶⁾ La nuova normativa si innesta, infatti, nel testo del comma 4 dell'art. 6 del d.l. n. 510/1996 convertito dalla l. n. 608/1996 e, pertanto, ne incorpora anche il divieto di applicazione rispetto ai contratti di solidarietà di cui all'art. 5, commi 5, 7 e 8, del d.l. n. 148/1993. Per cui, in sostanza, non riguarda le imprese che non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 1 del d.l. n. 726/1984 e neppure le imprese alberghiere o termali, cui il legislatore, nel 1993, aveva in parte esteso i benefici della contrattazione di solidarietà, a condizione che attraversassero gravi crisi occupazionali. Così come non attiene alle imprese artigiane cui sempre il legislatore, di lì a poco, nel 1994, aveva esteso quei benefici, ancorché non rientrassero «nel campo di applicazione del trattamento straordinario di integrazione salariale» ed anche ove «occupassero meno di sedici dipendenti»; ma soltanto, in quest'ultimo caso, «a condizione che

Definiti i limiti di applicazione, il legislatore che ha convertito l'originario d.l. n. 34/2014 ha, anzitutto, previsto che i datori di lavoro, allorché stipulano un contratto di solidarietà della tipologia come visto interessata, hanno diritto, per un periodo non superiore ai 24 mesi ⁽⁷⁾, ad una riduzione dell'ammontare della contribuzione previdenziale ed assistenziale dovuta, per ciascun lavoratore coinvolto da riduzione dell'orario di lavoro superiore al 20%, pari alla misura fissa del «trentacinque per cento». Precisando, altresì, che la riduzione della contribuzione previdenziale ed assistenziale dovrà essere comunque contenuta all'interno dei limiti quantitativi delle risorse messe a disposizione del Fondo per l'occupazione ⁽⁸⁾.

Con questo intervento viene, dunque, notevolmente semplificato il quadro dei criteri di parametrizzazione dell'agevolazione che, in passato, poteva spettare in misura diversificata a seconda di alcune variabili ⁽⁹⁾. Ed infatti, in precedenza, la misura della riduzione della contribuzione previdenziale ed assistenziale, pur essendo fissata nel minimo al 25%, era in realtà elevabile al 30% nelle

i lavoratori con orario ridotto da esse dipendenti percepiscano, a carico di fondi bilaterali istituiti da contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori maggiormente rappresentative sul piano nazionale, una prestazione di entità non inferiore alla metà della quota del contributo pubblico destinata ai lavoratori». Per la procedura di accesso ai contributi dei fondi bilaterali artigiani si veda l'accordo interconfederale 20 luglio 1993.

⁽⁷⁾ Nei contratti di solidarietà la riduzione dell'orario deve essere, come noto, stabile e protrarsi fin tanto che le esigenze di mercato non richiedano una nuova espansione dell'attività produttiva, V. FERRANTE, *Orario e tempi di lavoro. Durata della prestazione, lavoro a tempo parziale, contratti di solidarietà*, cit., 241. In realtà i contratti di solidarietà hanno una durata non superiore ai 24 mesi, ma prorogabile per ulteriori 24 o 36 mesi nel caso di operai e impiegati occupati nei territori di cui al TU delle leggi sugli interventi nel Mezzogiorno, approvato con d.P.R. n. 218/1978. Peraltro, il limite massimo di fruizione del trattamento straordinario di integrazione salariale stabilito dall'art. 1, comma 9, della l. n. 223/1991 può essere superato «nelle singole unità produttive» qualora il ricorso al contratto di solidarietà abbia la finalità di strumento alternativo alla procedura di mobilità. Una volta scaduta la durata massima l'azienda può sottoscrivere un nuovo contratto di solidarietà applicabile alle medesime unità produttive a cui applicava il precedente solo se sono decorsi 12 mesi (art. 1, comma 2, d.l. n. 726/1984; art. 7, comma 1, d.l. n. 536/1987 convertito dalla l. n. 48/1988).

⁽⁸⁾ Il finanziamento dei contratti di solidarietà avviene in genere attraverso gli stanziamenti per i c.d. ammortizzatori in deroga. L'art. 1, comma 256, della l. n. 228/2012 ha prorogato il finanziamento per il 2013 «nel limite di 60 milioni di euro» ponendo l'onere a carico del Fondo sociale per l'occupazione e la formazione, di cui all'art. 18, comma 1, lett. a, del d.l. n. 185/2008, convertito dalla l. n. 2/2009, che è stato rifinanziato dall'art. 2, comma 65, della l. n. 92/2012.

⁽⁹⁾ Sulla disciplina progressiva, si veda D. GAROFALO, *op. cit.*, 371-372.

aree interessate dagli obiettivi 1 e 2 del regolamento CEE del Consiglio n. 2052/88, relativo alle missioni dei fondi c.d. a finalità strutturali ⁽¹⁰⁾.

Le suddette misure dell'agevolazione potevano, quindi, essere ulteriormente elevate di 10 punti percentuali, per il solo fatto che l'accordo di solidarietà avesse disposto una riduzione dell'orario superiore al 30%.

In tal caso, nelle aree geografiche interessate dagli obiettivi 1 e 2 del già citato regolamento CEE del Consiglio n. 2052/88, la riduzione dell'ammontare della contribuzione previdenziale ed assistenziale dovuta poteva, dunque, arrivare anche al 40%.

Il risultato finale che il legislatore del 2014 persegue è, allora, una sorta di effetto "spalmatura", all'esito del quale il beneficio della riduzione contributiva viene elevato nel minimo al 35% e, allo stesso tempo, livellato per tutti, bonificando il testo dalle pregresse modulazioni, basate su differenziali territoriali ovvero sull'entità della riduzione oraria.

2. La legittimazione dei criteri per regolare il concorso degli aventi diritto alla concessione del beneficio della riduzione contributiva

Il secondo aspetto su cui è, da ultimo, intervenuto il legislatore attiene ancora al tema della ripartizione delle risorse. Abbiamo visto, infatti, come le già analizzate agevolazioni integrino prestazioni economiche che insistono su di un budget che è predefinito a monte, esercizio per esercizio, e, poi, semmai, rifinanziato, in corso d'anno o retroattivamente, in caso di esaurimento. Non a caso lo stesso art. 5 del d.l. n. 34/2014 in esame prevede un «limite di spesa» che, «a decorrere dall'anno 2014», fissa in 15 milioni di euro «annui» ⁽¹¹⁾.

Questo accorgimento, se, da un lato, mette prudentemente il legislatore al riparo dal rischio che un imprevisto e straordinario ricorso all'istituto squilibri il sistema al punto da renderlo economicamente insostenibile, comporta, però, dall'altro lato, anche il problema, già da tempo segnalato dalla dottrina più attenta, della necessaria corretta definizione dei criteri di preferenza in caso di eccedenza delle domande rispetto alle effettive disponibilità di cassa.

⁽¹⁰⁾ Regolamento sostanzialmente sostituito e abrogato, a decorrere dal 1° gennaio 2000, dall'art. 54 del regolamento CE n. 1260/1999 recante disposizioni generali sui fondi strutturali. Peraltro, come noto, gli artt. 3 e 4 di quest'ultimo regolamento sono stati successivamente abrogati dall'art. 107 del regolamento CE n. 1083/2006, a sua volta abrogato dall'art. 153 del regolamento UE n. 1303/2013 che ha sancito il passaggio ai Fondi strutturali e di investimento europei (Fondi SIE) di ultima generazione.

⁽¹¹⁾ La norma fa riferimento al limite previsto dall'art. 3, comma 8, della l. n. 448/1998, come rideterminato dall'art. 1, comma 524, della l. n. 266/2005.

In passato, al riguardo, non senza suscitare aspre critiche ⁽¹²⁾, per regolare il concorso delle domande si è fatto largo uso del criterio unico della priorità cronologica della domanda. Criterio quello della disponibilità ad esaurimento, del resto, utilizzato anche di recente dal legislatore in tema di agevolazioni fiscali (ad esempio, per le c.d. rottamazioni), oltre che, per restare ad un ambito più prossimo al nostro quanto a valori sollecitati, nei casi di stanziamento di risorse per la copertura degli ammortizzatori sociali in deroga. Del resto, a nostro sommo avviso, un conto è auspicare la più ampia copertura economica possibile, magari con interventi incrementali in sede di successivo rifinanziamento. Altro è fare i conti con la realtà e prendere atto che, se le risorse disponibili sono, gioco forza, limitate, e se lo strumento è in ultima istanza funzionale a garantire il bene primario di rilevanza costituzionale del diritto al lavoro, non vi può essere più corretta distribuzione delle risorse economiche/occasioni di tutela che la loro progressiva, integrale, assegnazione, ancorché ad esaurimento.

Ricadrà poi sul Governo e sul legislatore storico l'onere di provvedere ad un eventuale rifinanziamento, ovvero portare il peso politico dell'inadeguatezza dei mezzi stanziati.

Certamente sono immaginabili, e sono anche stati suggeriti, meccanismi alternativi, ritenuti da chi li propone meno ingiusti. Così, ad esempio, mediante la predeterminazione di parti e frazioni di anno alle quali assegnare eguali quote delle risorse stanziati sull'anno, salvo poi ripartire gli eventuali avanzi di cassa ⁽¹³⁾.

Ma anche in questo caso, ci si può domandare: che succede una volta esaurito il budget della frazione annua senza essere riusciti ad evadere tutte le domande? È evidente che, se non si vuole procedere alla mera suddivisione in parti uguali della quota parte del budget complessivo tra tutte le domande presentate nel periodo considerato – scelta che però, produrrebbe difficoltà applicative derivanti dall'impossibilità di conoscere preventivamente il numero dei richiedenti, ovvero potrebbe perfino integrare una sorta di discriminazione con riguardo al *quantum* del beneficio, a seconda del maggiore o minore numero delle domande presentate per ciascun periodo ed

⁽¹²⁾ Denuncia «l'assoluta illogicità» del criterio descritto come «chi prima arriva prende tutto» e «chi tardi arriva male alloggia» M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, cit., 139. Ne condivide le conclusioni L. CALAFÀ, *op. cit.*, 205. Sui problemi che questo meccanismo di copertura ad esaurimento ha in passato generato si veda D. GAROFALO, *op. cit.*, 358.

⁽¹³⁾ M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, cit., 139.

ambito considerato – il problema si porrà, inevitabilmente, anche in questo caso, sia pure con diversa tempistica.

Fatto è che sul punto interviene, ora, il legislatore inserendo nell'art. 6 del d.l. n. 510/1996, convertito dalla l. n. 608/1996, il comma 4-*bis*, a mente del quale con un «decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze», pur sempre «entro i limiti delle risorse disponibili», «sono stabiliti» i «criteri per la concessione del beneficio della riduzione contributiva».

E non sfuggirà al lettore che una simile disposizione, di fatto, riecheggia quanto in passato già era stato stabilito con l'art. 6, comma 4, del d.l. 1° febbraio 1996, n. 39, che, però, non venne convertito in legge. E che, per effetto di quella disposizione, a suo tempo, venne anche adottato dal Ministero del lavoro il decreto dell'8 febbraio 1996, il cui art. 2, a «fronte dei limiti finanziari» posti dalla normativa sui contratti di solidarietà, imponeva all'Inps e all'Inpgi di osservare, «in sede di applicazione dei singoli decreti di concessione», l'impiego di determinati «criteri di priorità per la concessione dei benefici», senza, peraltro, chiarire se rilevasse un qualche ordine od una qualche gerarchia tra gli stessi.

In particolare, un primo criterio consisteva proprio, «ove esistente», nella «data dell'accordo» raggiunto «a livello ministeriale tra le organizzazioni sindacali nazionali dei lavoratori e società controllate e/o collegate ad un unico gruppo industriale». Data da indicare specificamente nei decreti in via di adozione. Quindi, un secondo criterio era costituito dall'«ordine cronologico di inoltro delle istanze da parte delle imprese interessate, presso il competente ufficio regionale del lavoro e della massima occupazione», come attestato dalla «relativa data di protocollo». Con la precisazione ulteriore che, nel «caso di più istanze» concernenti una medesima impresa articolata sul territorio, occorre prendere in considerazione «la data di protocollo più favorevole». Dunque, sia pure con l'adattamento appena ricordato per il caso della contrattazione di solidarietà nei gruppi di imprese, venne confermato esattamente il criterio della priorità cronologica della domanda, come detto, da sempre in uso nella prassi.

Sicché, vien da pensare che da ultimo il legislatore, sulla scorta di difficoltà o contestazioni registrate nella applicazione quotidiana della normativa da parte dell'amministrazione del lavoro, ovvero immaginando che simili difficoltà possano presto insorgere, ad esempio in conseguenza di un presumibile incremento nell'impiego dell'istituto, od anche per una contrazione degli stanziamenti annui a copertura, abbia ritenuto opportuno rinforzare la legittimazione formale del suddetto criterio discrezionale fondato sulla priorità

temporale della domanda. E lo abbia fatto delegando alla decretazione ministeriale una potestà attuativa già ampiamente in uso, nonostante la mancata conversione in legge del d.l. n. 39/1996 ⁽¹⁴⁾.

Del resto, altrimenti ragionando, dovremmo, invece, attenderci, in tempi che, peraltro, non sono stati neppure fissati e, dunque, non è dato in alcun modo sapere, l'adozione di un nuovo decreto interministeriale e, con quello, magari, anche l'identificazione di nuovi criteri, perfino alternativi, come abbiamo visto propone la dottrina, rispetto a quello cronologico.

Criteri, che, però, allo stato è difficile immaginare e considerare.

3. Le alterne aspirazioni archivistiche del legislatore

Sempre al momento della conversione del d.l. n. 34/2014, è stato infine previsto che per «favorire la diffusione delle buone pratiche» e consentire il «monitoraggio costante delle risorse impiegate», i contratti di solidarietà devono essere «depositati presso l'archivio nazionale dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro».

Si tratta, come noto, dell'archivio nazionale, istituito presso il Cnel dall'art. 17 della l. n. 936/1986 ⁽¹⁵⁾, nel quale, «a cura dei soggetti stipulanti», vengono depositati «in copia autentica gli accordi di rinnovo e i nuovi contratti entro 30 giorni dalla loro stipula e dalla loro stesura», al fine di garantire la loro «conservazione nel tempo e la pubblica consultazione» ⁽¹⁶⁾.

La norma pone una serie di questioni di principio ed applicative.

Preliminarmente ed in linea generale, viene da domandarsi cosa ne sarà in futuro dell'archivio in questione, atteso che, il 31 marzo 2014, il Governo attuale ha presentato un disegno di legge costituzionale che, all'art. 1, prevede

⁽¹⁴⁾ Del resto, già in passato è stata segnalata l'anomalia per cui «il vero legislatore» in tema di contrattazione di solidarietà sarebbe il «Ministro del lavoro», così M. MISCIONE, *I contratti di solidarietà nell'incertezza*, cit., 138. Anche D. GAROFALO, *op. cit.*, 354, parla di «disciplina [...] in parte» e poi, nel tempo, «quasi totalmente delegificata».

⁽¹⁵⁾ In tema si veda S. SAETTA, *L'archivio dei contratti collettivi*, in *DL*, 1985, I, 50, R. FOGLIA, *Quale archivio per i contratti di lavoro?*, in *CG*, 1985, 655, nonché AA.VV., *Contratti collettivi di lavoro e informatica. Atti del convegno, S. Flavia-Palermo, 2-4 aprile 1982*, Giuffrè, 1983, spec. le relazioni di A. TRIOLA, *Forme di raccolta, deposito e garanzia della autenticità dei contratti collettivi*, 27 ss., S. SAETTA, *Presupposti giuridici per un archivio della contrattazione collettiva*, 39 ss., e G. DE TOMMASO, *Usi, prassi e regolamenti aziendali: mezzi di conoscenza e di raccolta*, 73 ss.

⁽¹⁶⁾ Per le pubbliche amministrazioni l'obbligo di trasmettere al Cnel i contratti sottoscritti a livello nazionale e decentrato è previsto nel comma 5 dell'art. 40-bis del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 55 del d.lgs. n. 150/2009.

l'abrogazione dell'art. 99 Cost., che, come noto, istituisce e detta le funzioni del Cnel. Il disegno di legge costituzionale originario prevedeva la nomina di un commissario straordinario cui doveva essere affidata la gestione provvisoria dell'ente in fase di liquidazione. Nomina che è, però, venuta meno allorché la abrogazione del Cnel, da ultimo, è confluita nell'art. 23 del ddl costituzionale di iniziativa governativa n. 1429-A, approvato in prima lettura al Senato e recante *Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte seconda della Costituzione* ⁽¹⁷⁾.

Certo è che, anche nel caso della promessa soppressione del Cnel, l'archivio informatizzato sulla contrattazione collettiva non potrà essere cessato o andare disperso, ma, del tutto auspicabilmente, dovrà essere preservato e, con ogni probabilità, "riaccasato" nell'ambito del Ministero del lavoro, di uno degli enti pubblici, specie di ricerca, che gravitano attorno alla amministrazione del lavoro, o al limite, perché no, presso la Commissione di garanzia dell'attuazione della l. n. 146/1990.

Più nello specifico, occorre poi definire quale sia il campo di applicazione di questo nuovo obbligo accessorio con riferimento ai contratti di solidarietà. Ebbene, al riguardo, a noi sembra che la formulazione letterale adottata dalla l. n. 78/2014, quando ha inserito il comma 1-*ter* all'interno dell'art. 5 del d.l. n. 34/2014, facendo genericamente riferimento al mero requisito dell'essere stati «sottoscritti ai sensi della normativa vigente», non ammetta distinzioni di sorta. Tanto più che, a differenza degli altri interventi già esaminati (cfr. *supra*, §§ 1 e 2 in relazione ai commi 1 e 1-*bis*), in questo caso, il legislatore non modifica una disposizione pregressa e di conseguenza non ne eredita neppure le limitazioni quanto al campo di applicazione.

Donde l'obbligo di deposito nell'archivio nazionale, a nostro avviso, dovrebbe riguardare indistintamente tutti i contratti di solidarietà, quelli difensivi come quelli c.d. espansivi o propulsivi ⁽¹⁸⁾, quelli di tipo A, come anche quelli di tipo B, che abbiamo visto esulano dal campo di applicazione della cassa integrazione guadagno straordinaria.

Semmai, a rigore, vi sarebbe da obiettare *quid novi?*

A dirla tutta, infatti, già la formulazione utilizzata dall'art. 17 della l. n. 936/1986 non sembrava autorizzare esclusione alcuna con riguardo alla

⁽¹⁷⁾ L'art. 23 del disegno di legge governativo corrisponde immutato all'art. 27 del testo proposto dalla Commissione Affari costituzionali del Senato ed all'art. 27 del testo finale approvato dall'aula il giorno 8 agosto 2014.

⁽¹⁸⁾ Con quest'ultima espressione li definiva G. PERA, *op. cit.*, 699.

contrattazione decentrata, atteso, da un lato, il fatto che l'attributo "nazionale" utilizzato dal legislatore qualifica l'archivio e non i contratti da depositare, e, dall'altro lato, l'illuminante riferimento anche agli accordi collettivi di lavoro. Nondimeno, sappiamo tutti che il Cnel dispone, in realtà, di una certamente significativa, se non proprio esaustiva, collezione degli accordi nazionali e di comparto. Mentre con riferimento alla trattazione decentrata si accontenta di una «raccolta campionaria» di contratti aziendali e integrativi, arricchita di un indicativo «campione di contratti territoriali del settore privato», quasi esclusivamente dedicato ai settori dell'edilizia, dell'agricoltura e dell'artigianato.

Sicché, il legislatore ha dovuto prendere atto dei limiti manifestati dal Cnel nella attuazione dell'art. 17 della l. n. 936/1986 quanto alla raccolta ed archiviazione della trattazione di secondo livello, ed ha, proprio per questo, inteso ulteriormente specificare l'obbligo di deposito con riferimento alla specifica tipologia di contratti in questione.

Dal canto suo, il Cnel ha subito dato esecuzione alla nuova disposizione, inaugurando un'apposita pagina del portale dedicata esclusivamente al «deposito degli accordi di solidarietà», e chiarito che l'invio del contratto deve avvenire mediante posta certificata. Venendo, quindi, alla portata precettiva della disposizione in questione, balza subito all'occhio l'assenza di qualsivoglia sanzione. In sostanza, il deposito è un nuovo obbligo che grava sui soggetti stipulanti, ma non è affatto chiaro a rischio di cosa.

Quel che ci sembra certo è che l'aver, o meno, ottemperato alla pubblicazione non può integrare un requisito di validità del contratto di solidarietà. Tanto più per il fatto che sia la diffusione di buone pratiche, sia l'esigenza di monitorare l'utilizzo dell'istituto non sembrano integrare ragioni di ordine pubblico o, comunque, tali da poter prevaricare il buon esito di una faticosa trattativa sindacale e di una complessa procedura amministrativa, entrambe volte al mantenimento del bene occupazione.

Nondimeno, non va neppure superficialmente quanto aprioristicamente esclusa ogni rilevanza concreta di un eventuale inadempimento, magari sulla scorta di ciò che, come detto, comunemente accade per l'applicazione dell'art. 17 della l. n. 936/1986, alla trattazione aziendale. Ed infatti, in questo specifico caso, occorre considerare che, per accedere ai benefici di natura economica, occorre, pur sempre, che l'azienda e i lavoratori ottengano l'approvazione del contratto di solidarietà con decreto del Ministero del lavoro. Approvazione, per il cui ottenimento è, a monte, necessario presentare una specifica domanda presso il portale del Ministero del lavoro tramite il sistema *CIGS on-line*.

Contemporaneamente, il datore di lavoro interessato, per accedere al beneficio della riduzione contributiva, deve anche sottoporre una domanda all’Inps. Inps che, solamente se valuta positivamente la sussistenza dei presupposti ed il rispetto dei criteri di priorità, attribuisce alla posizione aziendale il c.d. codice “7K” che integra una sorta di benessere.

Infine, ove voglia essere ammesso al pagamento diretto del trattamento di integrazione salariale, il datore di lavoro dovrà produrre anche una specifica istanza «al competente ufficio del lavoro» ed al «servizio ispezione del lavoro» delle direzioni territoriali del lavoro competenti in relazione alla ubicazione dell’azienda interessata ⁽¹⁹⁾.

Così come, sempre il datore di lavoro dovrà poi presentare anche la domanda per procedere al rimborso dell’integrazione salariale anticipata, inoltrando, questa volta al portale dell’Inps, tramite il sistema *Digiweb*, una specifica richiesta di conguaglio ⁽²⁰⁾.

In sostanza, come si vede, è tale il livello di pervasività degli adempimenti aziendali e dei controlli amministrativi richiesti nella gestione dell’istituto che anche la neo-introdotta disposizione sul deposito del contratto di solidarietà, sempre se presa sul serio, potrebbe avere un formidabile impulso nella direzione di una sua concreta attuazione. Basterebbe, infatti, che l’amministrazione del lavoro o l’Inps decidessero di inserire, tra gli elementi da riscontrare in sede procedimentale, anche la ricevuta PEC di deposito della copia del contratto di solidarietà presso l’archivio del Cnel. E poi vigilassero su questo adempimento, magari fino al punto di sospendere la definizione di ciascuna istanza nel caso riscontrassero la sua mancanza.

Ad ogni modo, al di là della adeguatezza o meno dell’apparato sanzionatorio, crediamo anche che questa volta ci si potrà forse attendere un elevato tasso di adesione spontanea da parte delle organizzazioni sindacali. Questo perché, nel caso dei contratti di solidarietà, non dovrebbero neppure sussistere quei problemi di *pruderie* sindacale che, nel recente passato, hanno ad esempio condizionato il legislatore inducendolo, in sede di conversione del d.l. n. 76/2013 ad opera della l. n. 99/2013, a sopprimere l’art. 9, comma 4, che imponeva l’obbligo del deposito, allora presso la direzione territoriale del lavoro, dei contratti di prossimità stipulati *ex art.* 8, d.l. n. 138/2011, come convertito dalla l. n. 148/2011.

Infatti, in quella recente occasione, con ogni probabilità, potrebbe avere giocato un ruolo decisivo per indurre il legislatore ad un ripensamento

⁽¹⁹⁾ Cfr. art. 5 del d.m. 10 luglio 2009, n. 46448.

⁽²⁰⁾ Cfr. det. Inps 24 giugno 2011, n. 277, circ. Inps 28 ottobre 2011, n. 141, e circ. Inps 22 novembre 2011, n. 148.

clamoroso, quanto altrimenti inspiegabile, la circostanza che gli stessi sindacati confederali, ai massimi livelli della rappresentanza, avevano pubblicamente abiurato l'istituto, mediante la nota dichiarazione o postilla, apposta in calce all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 in data 21 settembre 2011 ⁽²¹⁾.

Poi, certo, nei singoli contesti produttivi e di crisi, sia pure sporadicamente, l'art. 8 del d.l. n. 138/2011 è stato utilizzato con pragmatismo da tutti, Cgil inclusa ⁽²²⁾. Ma ciò è avvenuto "carsicamente", con opportuna parsimonia, e cioè solo quando si è trattato di evitare che vicende industriali quasi del tutto compromesse degenerassero definitivamente, oltre che con la massima discrezione, in ossequio ad una sorta di "si fa ma non si dice".

E proprio per questo, nel caso dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, imporre un onere di pubblicità che era fondamentale invisibile agli stessi attori sindacali aziendali, in quanto li costringeva a svelare scelte di ragion pratica contrarie alla obiezione di principio che era stata mossa all'istituto in quanto tale dal livello interconfederale, finiva, di fatto, per costituire un inopportuno fattore di ulteriore disincentivo al suo impiego.

Senonché, i contratti di solidarietà, indubbiamente, rispetto alla contrattazione di prossimità, godono di tutt'altra "stampatura" e credito presso le parti sociali e l'opinione pubblica, per cui simili problemi non esistono.

Mentre, anzi, atteso l'investimento di risorse pubbliche, ricorrono di converso, come la vicenda "esodati" insegna, esigenze pubbliche di trasparenza e completezza dei dati di impiego, che vanno ben oltre la pure auspicabile esigenza di favorire la circolazione di modelli di soluzione dati in risposta alle crisi locali e settoriali. Modelli che, come noto, sono poi quasi sempre difficilmente replicabili o faticosamente esportabili al di fuori degli specifici contesti che li hanno generati.

⁽²¹⁾ Le vicende solo evocate nel testo sono troppo note perché valga qui la pena ricostruirle, le abbiamo peraltro analizzate con i necessari riferimenti bibliografici in V. MAIO, *Struttura ed articolazione della contrattazione collettiva*, Cedam, 2013, 70 ss., cui ci sia, pertanto, consentito per brevità rinviare.

⁽²²⁾ Si pensi, ad esempio, all'accordo 20 febbraio 2012 *ex art.* 8 del d.l. n. 138/2011 tra la Marangoni Tyre S.p.A. e Filctem-Cgil, Femca-Cisl, Uilcem-Uil, Fialc-Cisal, ovvero ad altri sporadici casi riportati in V. MAIO, *op. cit.*, 109, nota 261.

4. Prospettive dell'istituto oltre il caso Electrolux, identità o concorrenza con la contrattazione di prossimità di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011

La centralità recentemente assunta nel dibattito mediatico, specie a seguito della vertenza Electrolux, come noto, risoltasi principalmente grazie ad un impiego prorogato ed esteso della contrattazione di solidarietà nei diversi stabilimenti del Gruppo, consentono ora un breve supplemento di riflessione con riguardo alle prospettive dell'istituto fin qui analizzato.

Basta infatti una rapida scorsa per accorgersi che l'accordo Electrolux sottoscritto il 14-15 maggio 2014 non può essere ridotto alla mera, ancorché importante, riduzione concordata dell'orario di lavoro.

Nel caso forse maggiormente emblematico tra quelli recenti, in cambio dell'adozione di un piano di investimento «di circa 150 milioni di euro», «destinati in ragione di circa il 60% ad innovazioni di prodotto e per il rimanente 40% ad interventi anche innovativi sul processo produttivo», che dovrebbe consentire di «prospettare, nel periodo 2014-2017, il radicamento e la continuazione produttiva sostenibile di tutte le linee di prodotto (i.e. tutte le 4 fabbriche del bianco)», l'accordo sottoscritto con le organizzazioni sindacali consente anche l'adozione di «azioni di miglioramento continuo della performance relative all'efficienza e produttività» e permette venga riorganizzata la materia delle ferie e dei permessi sindacali, nonché «riproporzionata al 50%» la pausa di dieci minuti aggiuntivi prevista in uno specifico stabilimento dalla pregressa contrattazione collettiva.

L'evoluzione degli accordi di solidarietà ci insegna, in sostanza, sempre più spesso, un istituto in cui muovere la leva oraria costituisce, di fatto, soltanto l'occasione di un più ampio e concordato ripensamento dell'organizzazione del lavoro e delle tutele acquisite dai lavoratori.

Del resto, già l'art. 1 del d.l. n. 726/1984, convertito dalla l. n. 863/1984, prefigurava un intervento sulla leva oraria che fosse destinato ad evitare l'esubero di personale «anche attraverso un suo più razionale impiego».

In tal senso, sono allora evidenti i punti di contatto, se non di potenziale vera e propria sovrapposizione funzionale con la contrattazione c.d. di prossimità che, come noto, per fronteggiare «crisi aziendali e occupazionali», è abilitata dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011, a derogare alla contrattazione collettiva nazionale ed alla legge, anche in materie quali i «contratti a orario ridotto, modulato o flessibile», la «disciplina dell'orario di lavoro», l'«inquadramento del personale» e la «disciplina del rapporto di lavoro».

Non a caso, la dottrina più attenta, in passato, con argomenti non dissimili rispetto a quelli da ultimo impiegati per l'art. 8, cit., aveva già evidenziato la

portata eversiva anche della contrattazione di solidarietà, in quanto istituto che, a lungo, ha configurato l'antesignano della c.d. contrattazione gestionale o ablativa, deputata a distribuire sacrifici tra i lavoratori ⁽²³⁾.

E la giurisprudenza aveva anche avuto modo di riconoscere, eccezionalmente, ai contratti di solidarietà quella efficacia *erga omnes* che, invece, contemporaneamente, negava all'accordo aziendale che pure fosse stato stipulato dai medesimi sindacati maggiormente rappresentativi, ma semplicemente riducendo l'orario di lavoro in deroga al contratto collettivo nazionale, senza attingere alla speciale efficacia normativa attribuita dalla l. n. 863/1984 ⁽²⁴⁾.

Se, dunque, i punti di contatto tra contrattazioni di solidarietà e prossimità non sono poi così pochi, stupisce fino ad un certo punto che, recentemente, la giurisprudenza di merito – ancorché di fatto senza motivare – abbia perfino identificato i due istituti. Sia cioè arrivata a concludere nel senso che, ancorché i sindacati che hanno sottoscritto l'accordo aziendale non abbiano neppure

⁽²³⁾ Sul problema della derogabilità allo statuto protettivo del lavoratore cfr. A. TURSI, *op. cit.*, 85 ss. Approfondisce l'aspetto della legittimazione a negoziare a livello aziendale da parte di agenti contrattuali «di discussa rappresentatività», con il rischio di produrre un potenziale «arretramento nelle condizioni di lavoro», circostanza che spinse il legislatore della l. n. 863/1984 a ricondurre quella medesima legittimazione in capo ai «sindacati aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale», G. PERA, *op. cit.*, 702, il quale conclude che «è difficile ritenere che il legislatore abbia voluto scomodare per la risoluzione delle crisi aziendali, sempre ed ovunque, i sindacati nazionali di categoria», *ivi*, 710. Sul problema si veda anche D. GAROFALO, *op. cit.*, 361. Più in generale sul tema della contrattazione ablativa o gestionale si veda anche M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *ADL*, 1999, n. 1, 1 ss., R. DE LUCA TAMAJO, *L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*, in *RIDL*, 1985, I, 16 ss., spec. 25 ss., e F. SCARPELLI, *Autonomia collettiva e rappresentatività sindacale tra funzione "gestionale" e funzione normativa*, *ivi*, 1987, II, 622 ss. Si ritiene, peraltro, in giurisprudenza che la stipulazione di un contratto aziendale di solidarietà, con conseguenti «generalizzate riduzioni di orario» e «riassetto organizzativi», non potrebbe «sopprimere diritti già acquisiti da parte di lavoratori con contratto a tempo parziale», così Cass. 6 settembre 1996, n. 8114.

⁽²⁴⁾ Cass. 24 febbraio 1990, n. 1403, su cui P. LAMBERTUCCI, *La corte di cassazione in materia di efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali: in particolare la vincolatività dei contratti collettivi aventi ad oggetto la riduzione dell'orario di lavoro*, in *GC*, 1990, I, 2074 ss., R. ROMEI, *Limiti di efficacia del contratto collettivo aziendale*, in *FI*, 1991, I, 877 ss., C. ENRICO LUCIFREDI, *In tema di efficacia soggettiva dei contratti collettivi aziendali*, in *MGL*, 1990, 384 ss., e L. MELPIGNANO, *Contratto di solidarietà e lavoratore dissenziente: sulla disponibilità delle posizioni giuridiche individuali dei lavoratori da parte dei sindacati maggiormente rappresentativi*, in *RGL*, 1991, II, 508 ss. Più di recente si veda Cass. 28 novembre 2007, n. 24706, che conferma l'*erga omnes*, ma subordina la validità del contratto di solidarietà e, soprattutto, la legittimità della riduzione della retribuzione e dell'orario all'«effettiva concessione della cassa integrazione guadagni».

richiamato l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, la speciale efficacia prevista dal legislatore per la contrattazione di prossimità, può farsi discendere direttamente dalla tipologia delle materie – e tra queste materie espressamente anche «i contratti di solidarietà» – oggetto di contrattazione aziendale, sempre che questa sia impiegata per scongiurare una riduzione del personale ⁽²⁵⁾.

Una simile interpretazione potrebbe in prima battuta apparire una forzatura. Anche perché è ovvio, almeno per chi scrive, che è certamente auspicabile che gli effetti dirompenti producibili sulla base delle specifiche intese di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011, vengano, di volta in volta, chiaramente indicati e scelti dagli attori sindacali in sede di stipulazione del contratto aziendale, e non già successivamente ricostruiti o ricondotti dal giudice del lavoro per effetto di una pur sempre opinabile interpretazione dell'accordo.

Nondimeno, va, però, anche considerato che, ove ricorrano tutti i requisiti indicati dal comma 1 dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, per qualsiasi accordo aziendale che intervenga nelle materie e per le ragioni ivi indicate dal legislatore e, dunque, a maggior ragione, anche per un contratto di solidarietà, diviene arduo, quantomeno sul piano lessicale, escludere la ricorrenza di una “specifica intesa”. Anche perché espressione più generica e volutamente aperta di quella utilizzata dal legislatore per indicare la contrattazione c.d. di prossimità era ed è difficile immaginare ⁽²⁶⁾.

Semmai, in queste condizioni di latente incertezza e sostanziale disapplicazione, anche considerata l'opposizione delle maggiori confederazioni sindacali che ne ha frustrato enormemente le potenzialità e la contestuale continua emorragia di imprese registrata dalle cronache industriali nostrane ⁽²⁷⁾, viene spontaneo chiedersi se non sia giunto il momento per il legislatore di prendere atto del sostanziale fallimento dell'art. 8 del d.l. n. 138/2011, anche abrogandolo e sostituendolo. Per poi, a questo punto, investire su altri strumenti, e tra questi ad esempio sul potenziamento della contrattazione di solidarietà, sperimentandone fino in fondo le potenzialità in punto di derogabilità.

⁽²⁵⁾ Cfr. Trib. Milano 17 gennaio 2013, in *NGL*, 2013, 302 ss.

⁽²⁶⁾ Per escludere questa conclusione bisognerebbe, semmai, strumentalizzare l'aggettivo “specifiche” al punto da ritenerlo riferito alla necessità che sarebbe stata imposta dal legislatore di registrare una manifestazione espressa della volontà delle parti sindacali nel senso di attivare esattamente l'istituto in questione. Va da sé che, di contro, la specificità potrebbe, però, essere riferibile anche soltanto alle materie ed alle modalità di legittimazione dell'accordo aziendale come specificate nell'art. 8, cit.

⁽²⁷⁾ Cfr. I. TROVATO, [Bilanci, l'amara eredità 2013. Chiuse 93 aziende al giorno](#), in *CorriereEconomia*, 10 dicembre 2013; I. VESENTINI, [In Italia chiudono due imprese ogni ora. In cinque anni perse 60mila aziende](#), in *Il Sole 24 Ore.com*, 23 gennaio 2014.

Ciò si potrebbe fare, ad esempio, introducendo anche in Italia, con gli opportuni adattamenti, il modello degli *accords de maintien dans l'emploi*, inaugurato in Francia con l'art. 18 dell'accordo interprofessionale 11 gennaio 2013 e l'art. 17 della l. 14 giugno 2013, n. 504, sia pure, sembrerebbe, con iniziale scarso seguito concreto rispetto ai più collaudati *plans sociaux* di salvaguardia dell'occupazione.

Si tratta di accordi, non confondibili con gli *accords de réduction de la durée du travail*, di durata massimo biennale, sottoscritti al livello aziendale di norma da una o più organizzazioni sindacali che abbiano conseguito nelle elezioni delle rispettive rappresentanze aziendali una rappresentanza pari almeno al 50% dei consensi. Accordi che, senza possibilità qui di approfondire come il tema meriterebbe, a fronte dell'impegno del datore di lavoro a mantenere inalterata l'occupazione, consentono di derogare alla regolazione dettata dal contratto di livello superiore applicato, anche introducendo una variazione al rialzo dell'orario di lavoro unitamente ad una riduzione del salario per le ore effettivamente lavorate.

Il tutto per aumentare il livello di competitività sul mercato dell'impresa, nel rispetto, peraltro, di specifici minimi inderogabili anche retributivi ed orari ⁽²⁸⁾ e con l'impegno formalizzato a ricompensare in termini redistributivi nel medio lungo periodo i sacrifici richiesti ai lavoratori.

Ma qui il discorso si complica non poco e ci porterebbe troppo lontano rispetto agli obiettivi ed alle possibilità di questo scritto, occorrendo, in tal caso, anzitutto, definire anche nel nostro sistema il minimo inderogabile di retribuzione oraria al di sotto del quale non dovrebbe, comunque, essere possibile scendere, anche a fronte di esigenze di mantenimento dell'occupazione.

⁽²⁸⁾ Fissati nel primo alinea dell'art. L2253-3 e negli artt. L3122-34, L3122-35, L3131-1, L3132-2, L3133-4, L3141-1, L3141-2, L3141-3 e L3231-2 del *Code du travail*.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

Pasqualino Albi	Ricercatore di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Pisa
Cristina Alessi	Professore associato di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Brescia
Franco Carinci	Già Professore ordinario di Diritto del lavoro, Alma Mater Studiorum Università di Bologna
Lilli Carollo	Ricercatore Isfol; Dottore di ricerca in Diritto del lavoro, Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Vincenzo De Michele	Avvocato del Foro di Foggia
Valeria Filì	Professore straordinario di Diritto del lavoro, Università degli Studi di Udine
Valerio Maio	Professore associato di Diritto del lavoro, Università telematica Unitelma Sapienza
Mauro Sferrazza	Avvocato Inps
Giovanni Zampini	Professore associato di Diritto del lavoro, Università Politecnica delle Marche
Gaetano Zilio Grandi	Professore ordinario di Diritto del lavoro, Università Cà Foscari di Venezia

SOCI ADAPT

ABI	Confindustria	Fondazione studi consulenti del lavoro
Adecco Italia	Confindustria Bergamo	Fondirigenti
ADHR Group	Confindustria Verona	Gi Group
AgustaWestland	Confprofessioni	Gruppo Manutencoop
Aifos	Consiglio regionale Veneto – ANCL – Associaz. nazionale cons. lavoro	Ifoa
Ailog	Consorzio formazione&lavoro	IKEA Italia Retail
ANCC-Coop	Coopfond-Legacoop nazionale	INAIL
ANCE	Cremonini	Isfol
Angem	Dussmann Service	Italia lavoro
ANINSEI	Ebinter	KPMG
Anmil Onlus	Ebiter Taranto	LVH-APA
Associazione Industriali della Provincia di Vicenza	Electrolux Italia	Manpower
Assoimprenditori Alto Adige	Elior Ristorazione	Marelli motori
Assolavoro	Enel	MCL
Assosistema	Eni	Micron Technology
Banca Popolare dell'Emilia Romagna	Esselunga	Obiettivo lavoro
Chiesi Farmaceutici	Farmindustria	Poste italiane
CIA	Federalberghi	Provincia di Verona
Cimolai	Federdistribuzione	Quanta
CISL	Federlegno arredo	Randstad Italia
CISL FP	Federmeccanica	Sodexo Italia
CNA	Fedit	Synergie Italia agenzia per il lavoro
CNA pensionati	FILCA-CISL	Telecom Italia
Coldiretti	Fincantieri	Trenkwalder
Confagricoltura	FIPE	UGL
Confartigianato	FISASCAT-CISL	UIL
Confcommercio	FLAEI-CISL	Umana
Confcooperative	Fondazione CRUI	Unindustria Treviso
Confesercenti		Union Labor
Confimi Impresa		

ADAPT LABOUR STUDIES E-BOOK SERIES

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

