

Il contratto a termine: l'eterna ricerca della flessibilità in entrata ed il Jobs Act

GUIDO VIDIRI

Presidente di Cassazione - Sezione Lavoro

1. - *Il diritto del lavoro ed il «nichilismo giuridico»*. — In un saggio dal titolo «La grande avventura giuslavoristica» un illustre giurista — dopo avere affermato che nessuno meglio dello storico del diritto può comprendere l'itinerario della scienza giuslavoristica durante il novecento, dopo avere fatto riferimento ad un volume redatto da quattro cultori del diritto italiano positivo, capaci di indossare disinvoltamente e quasi naturalmente i panni dello storico nel ricostruire i sessanta anni di evoluzione del diritto del lavoro che vanno dalla liberazione sino alla fine del Novecento (P. Ichino, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro e R. Del Punta) — ha poi rimarcato come per i giuristi ci sia un grosso lavoro da fare e come sia necessario da parte loro un altrettanto grosso impegno perché «una secca va evitata da parte di ogni giurista, ma soprattutto del giuslavorista: ed è una arida posizione nichilista, ed è la perversione nichilistica». All'esito di tali considerazioni ha poi dichiarato di credere che la disciplina giuslavoristica meriti pienamente quell'appellativo che un nostro pensoso civilista, Vit-

Sommario: 1. - Il diritto del lavoro ed il «nichilismo giuridico». — 2. - Il diritto del lavoro nell'epoca della incertezza dei diritti. — 3. - Il contratto di lavoro a termine: un cantiere sempre aperto. — 4. - La clausola generale dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 ed il principio della certezza del diritto. — 5. - L'art. 32, co. 5, legge n. 183 del 2010 (c.d. collegato sul lavoro) e la sua (in)applicabilità al lavoro somministrato. — 6. - Il nuovo contratto a termine e le «criticità» della legge n. 78 del 2014. — 7. - L'a-causalità del nuovo contratto a termine. — 8. - La legge n. 78 del 2014 e la «conversione» del contratto a termine. — 9. - Il superamento del tetto di utilizzo del contratto a termine ed il regime sanzionatorio. — 10. - Conclusioni.

torio Polacco in relazione al diritto privato, dava al diritto commerciale, e cioè di essere il «vero bersagliere» di tale diritto. (1)

Nonostante siano passati pochi anni dal menzionato scritto non può sottrarsi che l'innegabile e progressivo degrado del generale contesto socio-

economico porta ad accreditare nel giurista — che abbandoni il pur doveroso ottimismo della volontà, e che voglia valutare invece con la sola ragione la realtà in cui opera — l'opinione che l'epoca attuale sia caratterizzata da una totale eclissi del diritto. Del resto tale disagio generalizzato è attestato da osservatori e studiosi qualificati che, nell'affermare che l'oggi si caratterizzi per una diffusa e generalizzata perdita di valori ne hanno dapprima individuata la causa nella perdita di quelli che erano per la scienza giuridica i tradizionali, comuni e rassicuranti punti di riferimento (2), il che porta a chiedersi quali possano essere gli strumenti per una inversione di tendenza capace di restituire una maggiore credibilità al sistema giustizia (3).

2. - *Il diritto del lavoro nell'epoca della incertezza dei diritti*. — Si è più volte affermato che il diritto del lavoro sia di per sé un «diritto valoriale» che quindi non «può essere nichilista», e si è al riguardo aggiunto come un presupposto necessario, seppure non sufficiente, per assicurare la doverosa dignità e

(1) Cfr. *amplius* P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in «Riv. it. dir. lav.» 2009, I, 5 e ss.

(2) Per una esame di quello che può ben definirsi il tramonto della «sacralità del diritto» e per una attenta e compiuta riflessione su quelle che ne sono le cause cfr. tra i suoi numerosi scritti soprattutto la trilogia di N. IRITI, *L'età della decodificazione* (Milano 1999), *Nichilismo giuridico* (Bari 2005) e *Il salvagente della forma* (Bari 2007).

(3) Per l'assunto che un libro sul nichilismo giuridico sia «ancora da scrivere» e che oggi la *ratio legis* è «tutta intra-mondana, tutta storica e terrena perché non rinvia al comando degli Dei, ad un criterio che stia prima e fuori dalla posizione di norme» cfr. IRITI, *Un libro ancora da scrivere*, Prefazione a *Nichilismo giuridico* cit., pag. V-VIII, che precisa al riguardo che il diritto «positivo» è un diritto «posto»; che non imita né rispecchia un diritto sovrastante ma che è ripiegato in sé e da sé non può uscire dal momento che «le norme sono prodotte» ed «al pari di ogni merce offerte ai consumatori, usate, logorate, sostituite». Per una visione meno pessimistica dell'attuale assetto ordinamentale cfr. M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino 2006, 291 e ss., che oppone tra l'altro che il diritto moderno non ha davanti a sé «il baratro del nulla» non lo «annichilisce a mezzo inerme di ogni contingenza», ma ha invece un proprio moderno progetto che non determina la «decostruzione dei contenuti» per darsi una precisa identità materiale che «rende imperativa l'antropologia dell'*homo equalis*».

credibilità alla giustizia sia il principio della certezza del diritto, la cui violazione oltre ad avere pesanti ricadute sul piano socio-economico per disincentivare gli investimenti con conseguenze deleterie anche sull'occupazione, finisce pure sul versante giuridico per non assicurare approdi giurisprudenziali affidabili e con essi un trattamento tra i destinatari della risposta giudiziaria rispettoso del disposto dell'art. 3 Cost. (4). E si è da più parti pure denunciato come all'origine di un diritto incerto siano una tecnica legislativa sempre più approssimativa e lacunosa ed anche una giurisprudenza non di rado «anarchica» e «creativa» e talvolta anche ideologicamente condizionata, tanto che non è mancato chi ha autorevolmente osservato come resti «da comprendere il senso ed il limite della funzione creatrice del giudice al cospetto di un sistema giuridico, orientato per definizione alla tutela di una delle parti del rapporto di lavoro ma in un orizzonte di mediazione e compromesso, di

mutevole misura, con i valori della impresa; un sistema quindi già di per sé materiato da opzioni valoriali, ma anche caratterizzato da frequenti «deleghe» implicite al momento giudiziario» (5).

Come è stato rilevato, allorché si partecipi ad un dibattito sul rapporto tra il giudice e la legge si prova un certo disagio perché il tema della mediazione giudiziale nell'applicazione del diritto del lavoro è infido e scivoloso dal momento che «esso rischia di essere trattato o in chiave politico-ideologica, cercando di intravedere in questo o in quell'orientamento una determinata matrice politico-ideologica, o di restare su un piano «alto» teorico-filosofico, relativo ai rapporti tra interpretazione e diritto» (6).

In un libro pubblicato durante il periodo drammatico della seconda guerra mondiale — quando la crisi del diritto risultava paurosa tanto da fare configurare anche una crisi irreversibile della civiltà occidentale — e da subito apprezzato per le acute riflessioni in esso contenute su una

problematica centrale dell'esperienza giuridica (7), un giovane ed allora sconosciuto studioso osservava — con una «coraggiosa e appassionata testimonianza di una alta coscienza morale e civile» (8) — che l'esigenza della certezza della norma, cioè della legge e con essa della certezza del diritto, è stata sempre sentita come ineliminabile per la convivenza sociale perché introduce la certezza nella conoscenza, garantendo per il futuro la qualifica dei comportamenti possibili, come tali consentiti al cittadino (9). È stato poi autorevolmente rilevato sul piano costituzionale che la legalità è condizione di libertà, perché solo la legalità assicura, nel modo meno imperfetto che sia, quella certezza del diritto, senza la quale praticamente non può sussistere neanche la libertà politica, e ciò perché vi può essere «un ordinamento costituzionale che sia legalitario e non liberale, ma non viceversa» dal momento che con la legalità non vi è ancora libertà; ma senza legalità libertà non può esservi (10).

(4) Sul punto non va sottaciuto che la non rara discordanza tra *dicta* dei giudici di legittimità, riscontrabile talvolta anche in riferimento ai passaggi motivazionali di supporto, viene a depotenziare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, la cui *ratio essendi* va individuata nella salvaguardia dei principi dell'art. 3 della Costituzione in quanto l'uniforme interpretazione della legge si traduce in una garanzia di effettiva eguaglianza — o meglio di non irragionevole disparità in casi simili — di trattamento dei cittadini di fronte alla legge; garanzia questa che non può essere disattesa in un processo che «voglia essere giusto» (in tali sensi: G. VIDIRI, *Le nullità processuali e il giusto processo*, in G. Ianniruberto e U. Morcavallo (a cura di), *Il nuovo giudizio di Cassazione*, Milano 2010, II Ed., 311).

(5) Cfr. in tali esatti sensi: DE LUCA TAMAJO, il cui pensiero è riportato in virgolettato da M. MAGNANI, *Il giudice e la legge*, in «Riv. it. dir. lav.» 2013, I, 777, che a sua volta osserva come sia sufficientemente scontato da incontrare il consenso di tutti i contraddittori l'affermazione secondo cui «il ricorso alla interpretazione costituzionalmente orientata non debba avallare un soggettivismo avulso dalla mediazione praticata dal legislatore, magari servente al mero contrasto con un dettato normativo sgradito, ma del tutto inequivoco».

(6) In tali esatti termini sono riportate da MAGNANI, *op. loc. cit.*, le parole di U. ROMAGNOLI, scritte per la partecipazione ad un dibattito, cui è stato invitato a partecipare, sul ruolo del giudice del lavoro che iniziatosi nel 2012 nella *Rivista italiana di diritto del lavoro* è continuato a vario titolo anche negli anni successivi articolandosi in numerosi e qualificati interventi.

(7) Il libro divenuto un classico del pensiero giuridico è di F. LOPEZ DE ONATE, *La Certezza del diritto*, pubblicato nella collana *Civiltà del diritto*, già diretta da F. Calasso e curata da F. Mercadante, vol. 19, Milano 1968.

(8) Cfr. *amplius* per ulteriori riferimenti elogiativi dello scritto indicato G. ASTUTI (in *Avvertenza*, Prefazione alla monografia di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto* cit., VII-VIII), il quale ricorda le parole — di triste e viva attualità per quanti ora vedono un progressivo e irreversibile declino della intera civiltà occidentale — di G. CAPOGRASSI, che nel commentare detta monografia scriveva testualmente: «Questo libro rimarrà come una delle più patetiche e sicure interpretazioni della crisi, e se la crisi, *quod absit*, dovesse continuare ed andare fino in fondo, rimarrà come un grido, uno degli ultimi gridi, uno degli ultimi inni, alla libertà, al diritto, alla legge, all'individuo, che siano risuonati in questo Occidente che è in pericolo mortale di calare a poco a poco nella notte della massa e dell'orda».

(9) Cfr. sul punto *amplius* LOPEZ DE ONATE, *op. cit.*, 37-44, che osserva anche come «la crisi del diritto, colta nella sua essenza, e vista nella sua radice, sia crisi dell'individuo: dell'individuo contemporaneo che ha smarrito se stesso», motivo per il quale l'individuo «per conquistare se medesimo dovrà percorrere un cammino né breve né agevole, e dovrà necessariamente riconquistare, dopo avere riconosciuto la necessità e la validità della legge, la certezza del diritto, che non può essere scissa da quella della legge» (pagine 40-41).

(10) Così P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Roma-Bari 2013, 10-11, che precisa come certezza del diritto: «è certezza dei limiti entro i quali si estende la libertà di ciascuno ed al di là dei quali comincia la libertà dell'altro»; e come ancora vi sia anche la

Tra le cause generatrici della incertezza del diritto si è fatto sovente riferimento all'oscurità della norma, alla sua mancanza di semplicità, alla sua instabilità, ed alla molteplicità delle disposizioni in cui essa può articolarsi. In tale ottica si è poi aggiunto per quanto riguarda specificamente la legge n. 92 del 2012 che detta legge configura un passaggio significativo verso un diritto sempre più incerto da addebitare oltre che ad «una scadente qualità del dato normativo» anche in qualche misura al moltiplicarsi delle clausole elastiche (11), suscettibili di risultare terreno privilegiato per approcci ideologici che — in ragione della estrema labilità del confine tra una interpretazione delimitativa (in senso estensivo e restrittivo) spesso doverosa ed una interpretazione manipolativa o disapplicativa ed in concreto abrogativa della norma — finiscono per concretizzare un effettivo pericolo per interventi impropri di giudici, che non intendono «amministrare» giustizia ma «fare» giustizia con conseguenze invasive di campo nelle scelte economiche del Paese e, più in generale, nella stessa regolamentazione delle relazioni industriali (12).

3. - *Il contratto di lavoro a termine: un cantiere sempre aperto.* — Le considerazioni sinora svolte offrono

le coordinate per utili riflessioni sulle numerose criticità che da sempre hanno caratterizzato il contratto a termine, considerato l'istituto su cui misurare la flessibilità in entrata, tanto da ritenere la disciplina estensibile in parte anche ad altre diverse figure contrattuali.

Con felice espressione è stato detto che il contratto a termine si presenta come «un cantiere sempre aperto» perché — per riflettere un istituzionale contrasto tra l'interesse dell'imprenditore alla flessibilità del rapporto e l'interesse del lavoratore al mantenimento della occupazione — è destinato ad essere costantemente oggetto di differenziate normative stante la sua permeabilità alle generali regole del bilanciamento di interessi tanto da tradursi nella realtà fattuale in «una gerarchia mobile», modellata sovente sulla base di specifiche opzioni socio-politiche che si succedono nella guida del Paese (13). Circostanza questa comprovata dai numerosissimi interventi legislativi che, come detto, hanno caratterizzato la materia scrutinata, e che hanno dimostrato come la maggiore flessibilità in entrata sia stata diversamente declinata nel tempo, determinando un quadro normativo, che per essere privo di una logica unitaria, ha finito per caratterizzarsi per improvvisi e frequenti mutamenti di non trascura-

bile rilevanza, causa questa non ultima di una giurisprudenza incapace di fornire in tema di flessibilità approdi affidabili per i giuslavoristi e, più in generale, per le relazioni industriali.

A conforto di quanto ora detto è opportuno, prima di esaminare le più recenti leggi, rimarcare come nel passato si sia valutato con accentuato sfavore il contratto a tempo determinato, per essersi considerato fisiologico quello a tempo indeterminato.

Nel tempo però le esigenze di flessibilità del rapporto lavorativo e la necessità di nuova occupazione hanno condotto ad una progressiva attenuazione dell'originario rigore, che aveva caratterizzato la legge 18 aprile 1962 n. 230 sul contratto a termine, che per inserirsi nell'assetto ordinamentale degli anni sessanta — volto ad assicurare una tutela garantista al lavoratore per la sua debolezza negoziale — regolava in modo rigido il contratto richiedendo oltre alla forma scritta (salvo i rapporti occasionali non superiori a dodici giorni), anche la tassatività delle ipotesi legittimanti la stipula (attività stagionali, sostituzione dei lavoratori assenti; opere e servizi determinati a carattere straordinario o occasionale) (14).

L'interpretazione restrittiva della suddetta normativa ad opera della giurisprudenza, da molti ritenuta po-

possibilità pratica per ciascuno di conoscere, prima di agire, quali sono le azioni lecite e quelle vietate, cioè quali sono le azioni che egli può compiere per esercitare la sua libertà senza violare insieme la libertà altrui».

(11) Sulle clausole generali, norme elastiche e norme generali, vede da ultimo S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano 2013, cap. III, 81-86 cui *adde* in precedenza F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli 1983, 8, che preferisce parlare di «disposizione di legge elastica che richiede giudizi di valore in sede applicativa» ed ancora *ex plurimis*, più di recente, P. RESCIGNO, *Una nuova stagione per le clausole generali*, in «Giur. it.» 2011, 1689, per il quale le clausole generali configurano uno strumento per un arricchimento, ad opera della giurisprudenza, del tessuto normativo.

(12) Osserva R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in «Riv. it. dir. lav.» 2012, I, 464, che le operazioni interpretative dei giudici sono state fondate, per lo più, su canoni di interpretazione spiccatamente funzionale, eventualmente in combinazione con quella sistematica, che si sono distaccati dal paradigma positivistico dell'art. 12 preleggi, collocandosi ad un tempo sul terreno, di sapore ascarelliano, di una interpretazione «fortemente interconnessa con i dati di ambiente, inclusi quelli politici».

(13) Sulla c.d. «gerarchia mobile» e più specificamente sulla individuazione della regola su cui parametrare tutti i diritti, costituzionalmente protetti, al fine di individuarne la reciproca posizione cfr.: R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 219 e 295, e più di recente — ancora e sempre in tema di «gerarchie normative» che contraddistinguono ogni ordinamento giuridico moderno — vedi sempre dello stesso Autore, *Le fonti del diritto*, Milano 2010, 241-254.

(14) Per un *excursus* esauriente sulla storia del contratto a termine e sulle sue fonti normative che ne hanno nel tempo disegnato la disciplina anche in relazione al mutamento delle condizioni di mercato e dell'evoluzione dell'assetto delle relazioni industriali cfr. per tutti la conosciuta monografia di L. MENGhini, *Il lavoro a termine*, Milano 1980, cui *adde* dello stesso autore da ultimo, *La nuova disciplina del*

co sensibile alle esigenze di mercato, e l'opportunità di addivenire ad una maggiore mobilità della forza lavoro (15), hanno condotto, in un'ottica definita di «liberalizzazione controllata», ad attenuare progressivamente l'iniziale rigidità del contratto (16). Così dapprima si sono ampliate, con apposite disposizioni legislative, le precedenti tassative ipotesi di cui alla suddetta legge n. 230 del 1962 (17); più tardi si è delegato alla contrattazione collettiva il potere di aggiungere a quelle legali altre ipotesi, di diversa natura e di ben più ampia portata, con la prescrizione però di precisi limiti percentuali dei lavoratori da assumere rispetto all'organico aziendale (18); ed infine si è

prevista la possibilità di assunzione di lavoratori in mobilità con contratto a termine, con riconoscimento di benefici contributivi in caso di sua trasformazione in contratto a tempo indeterminato (19).

L'art. 23 della citata legge n. 56 del 1987, a seguito della lettura data dai giudici di legittimità (20), ha avuto anche il merito — oltre che di ampliare come si è detto gli spazi di legittimità del contratto a termine — di avere maggiormente responsabilizzato il sindacato nella gestione delle imprese individuandone le esigenze anche in relazione alla specifica attività spiegata ed alle singole aziende (21). Nello stesso tempo però la suddetta disposizio-

ne — successivamente abrogata ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 368 del 2001 — è stata causa di un imponente e dispendioso contenzioso provocato in buona misura dalla non certo agevole lettura dei contratti collettivi, cui era stata delegata la funzione, ampiamente sfruttata dalle parti sociali, di ampliamento del novero delle fattispecie del legittimo ricorso al contratto a termine, il che ha determinato per lungo tempo incertezze interpretative su molte delle quali solo dopo lungo tempo si è prevenuti ad approdi giurisprudenziali consolidati (22).

4. - *La clausola generale dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 ed il prin-*

lavoro a termine del 2014: una rivoluzione, doverosamente provvisoria, par. 3 di prossima pubblicazione in «Arg. dir. lav.» 2014, secondo cui con la legge n. 230 del 1962 si è raggiunto l'apice della sfiducia del contratto a termine dandosi vita ad un sistema capace di impedire in modo molto stringente ed efficace la reiterazione abusiva dei contratti che mascherasse l'esigenza di personale stabile. Per una panoramica sui rapporti di lavoro a termine sia nel privato che nel pubblico e sulle novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 e 9 agosto 2013, n. 99, vedi di recente: *I rapporti di lavoro a termine* (a cura di), R. Del Punta e R. Romei, Milano 2013 ed ancora M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino 2013, 153, che ha osservato come nel corso di un ormai lungo processo storico, l'atteggiamento dell'ordinamento nei confronti del lavoro a tempo determinato si è rivelato tutt'altro che uniforme, ma che anzi nelle scelte del legislatore si potrebbe ravvisare un caratteristico andamento «a fisarmonica», anche se le ragioni del favore o dello sfavore nei confronti del contratto a termine, di volta in volta in esse riconoscibili, non sono state le medesime nel volgere del tempo.

(15) Per la considerazione che siffatti effetti sono stati determinati dalla crisi occupazionale della metà degli anni Settanta e dallo sfavore verso un contratto a termine troppo rigido vedi: MENGHINI, *Il lavoro a termine* cit. 72 e ss.

(16) Al riguardo cfr. M. D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti atipici*, in «Giorn. dir. lav. e rel. ind.» 1990, 545.

(17) Ed infatti la legge 23 maggio 1977, n. 266 ha previsto, riformando con la lett. e) l'art. 1 della legge n. 230 del 1962, la possibilità di apporre un termine in caso di «assunzione di personale riferite a specifici spettacoli ovvero a specifici programmi radiofonici e televisivi»; l'art. 8 bis legge 25 marzo 1983, n. 79 ha poi introdotto una nuova autonoma fattispecie di apposizione del termine in tutti i settori economici in situazioni di periodica intensificazione dell'attività produttiva per le c.d. «punte stagionali».

(18) L'art. 23 della legge 23 febbraio 1987, n. 56 ha infatti demandato alla contrattazione collettiva la individuazione (oltre le fattispecie tassativamente previste dall'art. 1 della legge n. 230 del 1962 e successive modifiche nonché dall'art. 8 bis della legge n. 79 del 1983) di nuove ipotesi di apposizione di un termine alla durata del rapporto di lavoro, legittimando così una vera e propria «delega in bianco» a favore dei sindacati che possono in tal modo consentire il ricorso al contratto a termine non solo per le causali di carattere «oggettivo» ma anche — alla stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale — per ragioni di tipo meramente «soggettivo», consentendo in tal modo (vuoi in funzione di promozione dell'occupazione o di tutela delle fasce deboli di lavoratori) l'assunzione di speciali categorie di lavoratori (in tali sensi Cass. Sez. Un., 2 marzo 2006, n. 4588, che leggesi anche in questa rivista 2006, 650, con nota di C. TAMELLINI, *La delega in bianco ai sindacati nel contratto a termine*, ed in *Lavoro nella giurisprudenza* 2006, 781, con nota di P. Nodari, *Fonte collettiva dei contratti a termine e causali soggettive cui adde ex plurimis* da ultimo: Cass. 19 marzo 2013, n. 6787).

(19) Cfr. al riguardo l'art. 7, co. 2, legge 23 luglio 1991, n. 223.

(20) Il riferimento è a Cass. Sez. Un., 2 marzo 2006, n. 4588 cit.

(21) Cfr. al riguardo Cass. 14 settembre 2012, n. 15455, che (in una fattispecie relativa agli accordi collettivi 5 aprile 1997 e 8 giugno 2000, stipulati tra l'associazione sindacale Intersind e la RAI, e, rispettivamente, RAI S.p.A., RAI SAT S.p.A., RAI Way S.p.A. e RAI Cinema S.p.A., dal lato datoriale e dalle associazioni SLC-CGIL, FIS-CISL e UILSIC-UIL dal lato sindacale) ha statuito che l'art. 23 della legge 28 febbraio 1987, n. 56 nel demandare alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare ulteriori ipotesi, rispetto a quelle legali, di apposizione di un termine alla durata del rapporto di lavoro, non richiede che detta contrattazione debba essere nazionale né compie alcuna selezione con riferimento alla parte datoriale, che può essere pertanto anche una singola azienda per cui anche un contratto aziendale può legittimamente individuare nuove ipotesi di apposizione del termine. In termini analoghi più di recente cfr. Cass. 3 gennaio 2014, n. 27.

(22) Così con riferimento al contenzioso delle Poste ai sensi dell'art. 360 bis, co. 1, n. 1 c.p.c. si è statuito: da Cass. 17 marzo 2014, n. 6097 (ord.) che — in tema di contratto a termine dei dipendenti — l'assunzione per «necessità di espletamento del servizio in concomitanza

cipio della certezza del diritto. — I descritti interventi normativi avevano però finito per creare numerosi dubbi non solo a livello ermeneutico ma anche sul versante di una politica del lavoro, che era volta a rendere più elastica la legislazione con un graduale e progressivo ampliamento del novero delle fattispecie di legittimo ricorso al contratto a termine — ciascuna delle quali aveva alimentato problemi applicativi di non agevole soluzione — e che nello stesso tempo non si era mostrata capace di apprestare una regolamentazione legislativa dei licenziamenti (individuali e collettivi) incentrata su poche e chiare regole parametriche sul tasso di rigidità limitativo dell'ingresso nel mondo del lavoro. Dopo l'indicato iter normativo si è giunti con il d.lgs. n. 368 del 2001 ad una totale abrogazione della legge n. 230 del 1962 in attuazione di una nuova e diversa politica di maggiore deregolamentazione del mercato del lavoro al fine di attribuire alle imprese una più accentuata flessibilità nell'assunzione del personale nella auspicata prospettiva di ricadute positive sul versante della produzione e, quindi, anche della occupazione. Il punto caratterizzante di tale disciplina è stato innegabilmente rap-

presentato dall'impiego della tecnica della clausola generale perché mentre in precedenza l'assunzione a termine era consentita unicamente, come già evidenziato, in presenza dei presupposti e delle causali espressamente previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva, con il suddetto decreto l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato veniva invece legittimato da «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibile all'ordinata attività del datore di lavoro» (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 368 nel testo risultante dalla legge n. 133 del 2008). È innegabile che la indeterminatezza dell'enunciato legislativo propria delle clausole generali porta con sé il pericolo di ledere il principio della certezza del diritto che — meglio assicurata da norme chiare e con ambiti applicativi ben definiti — è finalità che va perseguita soprattutto in quei settori ordinamentali, nei quali si è in presenza di diritti a copertura costituzionale, che corrono il rischio di essere pregiudicati da un soggettivismo interpretativo, ideologicamente orientato, suscettibile di determinare un possibile *vulnus* al vivere sociale della collettività, cui non viene garantita la indivi-

duazione delle condotte possibili e lecite (23).

È poi difficilmente contestabile che anche il mutare continuo delle norme e la ipertrofia delle leggi finiscano per vanificare sotto altro versante la certezza del diritto perché elidono la fiducia nella volontà dello stato, destinata a disperdersi nel groviglio di disposizioni che la rendono mutevole ed indecifrabile con conseguenze ricadute sulla durata dei processi e sulla sua stessa forza cogente (24).

A ben vedere proprio i numerosi interventi normativi succeduti al d.lgs. n. 368 del 2001, che come detto ha visto l'utilizzazione della tecnica della clausola generale, hanno accresciuto ancora di più il tasso già alto di incertezza relativo all'istituto del contratto a termine.

È sufficiente al fine di accreditare quanto ora detto il richiamo alla legge n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro), che ha con l'art. 32, co. 5, stabilito che nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento a favore del lavoratore di «una indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità della ultima retribu-

di assenze per ferie nel periodo giugno-settembre costituisce una ipotesi di assunzione a termine prevista dall'art. 8 del c.c.n.l. del 26 novembre 1994 per la quale non è necessario indicare nominativamente i lavoratori sostituiti né allegare e provare che altri lavoratori siano stati collocati in ferie; da Cass. 18 novembre 2011, n. 24281 (ord.) che — in tema di assunzione a tempo determinato di dipendenti postali, con l'accordo sindacale del 25 settembre 1997, integrativo dell'art. 8 del c.c.n.l. 26 novembre 1994, e con il successivo accordo attuativo, sottoscritto il 16 gennaio 1998 — le parti hanno convenuto di riconoscere la sussistenza della situazione straordinaria, relativa alla trasformazione giuridica dell'ente ed alla conseguente ristrutturazione aziendale e rimodulazione degli assetti occupazionali, fino alla data del 30 aprile 1998 sicché deve escludersi la legittimità delle assunzioni a termine cadute dopo 30 aprile 1998 per carenza del presupposto normativo derogatorio, con l'ulteriore conseguenza della trasformazione degli stessi contratti a tempo indeterminato, in forza dell'art. 1 della legge 18 aprile 1962 n. 230.

(23) Osservano G. ZILIO GRANDI e M. SFERRAZZA, *La storia pregressa: continuità e discontinuità nel contratto a termine*, pag. 6 (in *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atto I*, E-book su *Jobs Act 2014*, a cura di F. Carinci e G. Zilio Grandi) che il sistema della clausola generale, da specificarsi nei sigili contratti alla stregua del d.lgs. n. 368 del 2001, ha il pregio della possibilità di adeguarsi prontamente alle esigenze nuove della realtà produttiva ma può condurre ad una maggiore incertezza con la «spada di Damocle» di un possibile esito negativo del successivo controllo giudiziale. In precedenza negli stessi termini: L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in «Riv. it. dir. lav.» 2006, 3, I, 327.

Sulla portata e sull'ambito applicativo delle clausole generali vedi per tutti: V. VELUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in «Giur. it.» 2011, 1720-1722, ed in precedenza la nota monografia di F. ROSELLI, *Il controllo della cassazione sull'uso delle clausole generali*, Napoli 1984.

(24) Osserva LOPEZ DE ONATE, *op. cit.*, 72, che nel *mare magnum* delle leggi è facile trovare qualche onda compiacente che porti alla riva anche il naufrago reo, o, peggio, che faccia naufragare l'innocente.

zione globale di fatto avuto riguardo ai criteri indicati nello art. 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604» (25). È stato più volte ribadito dalla giurisprudenza che in tema di risarcimento del danno per il caso di conversione del contratto a termine l'indennità di cui all'art. 32 della legge n. 183 del 2010 configura — alla luce della interpretazione adeguatrice datane dalla Corte costituzionale con sentenza n. 303 del 2011 — una sorte di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro che ha opposto il termine nullo, sicché l'importo di detta indennità è liquidato dal giudice nei limiti e con i criteri fissati dalla suddetta novella a prescindere dalla intervenuta costituzione in mora del datore di lavoro e della prova di un danno effettivamente subito dal lavoratore (senza riguardo quindi per l'eventuale *aliunde perceptum*), trattandosi di indennità «forfetizzata» ed «onnicomprensiva» per i danni causati dalla nullità del termine nel periodo cosiddetto intermedio (dalla scadenza del termine alla sentenza di conversione). In sintesi il susseguirsi di norme regolanti il rapporto di lavoro a termine, sovente caratterizzate da una

tecnica normativa approssimativa, ha fatto sorgere numerose problematiche a livello ermeneutico, prima, ed applicativo, poi, di difficile soluzione, che ne rende impraticabile un esame esaustivo in un saggio che intende limitarsi ad un breve *excursus* sulla storia di un istituto che può ragionevolmente annoverarsi tra le espressioni più significative di un modo di legiferare severamente censurabile.

5. - *L'art. 32, co. 5, legge n. 183 del 2010 (c.d. collegato sul lavoro) e la sua (in)applicabilità al lavoro somministrato.* — Nel limitare in linea con la finalità indicata l'esame ad alcune questioni relative proprio alla indennità *ex art. 32* della legge n. 183 del 2010, è opportuno rimarcare come permangano dubbi su tematiche sinora non affrontate con la dovuta riflessione, quali quelle aventi ad oggetto: a) la portata da riconoscere alla nozione di onnicomprensività della suddetta indennità per quanto attiene alla risarcibilità dei danni non patrimoniali e/o anche di quelli scaturenti sul piano contributivo (26); b) le conseguenze scaturenti da contratti a termine stipulati in violazione

dei divieti posti dall'art. 3 del d.lgs. n. 368 del 2001 (rimasti in vigore anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 78 del 2014), essendo tali divieti privi di specifica sanzione, per cui si è sostenuto da una parte della dottrina che essendo il contratto nullo — perché in violazione di norme imperative — dovrebbe trovare applicazione il secondo comma dell'art. 2126 c.c. in base al quale al lavoratore andrebbe riconosciuta la retribuzione per il periodo di tempo lavorato (27); opinione che si lascia preferire ad altra, che ricorre invece ad una estensione della disciplina in esame sulla base della natura speciale della summenzionata disposizione che ne impedisce l'applicazione alle diverse fattispecie riguardanti i summenzionati divieti di cui al citato art. 3 (28); c) la disciplina risarcitoria applicabile al rapporto di lavoro a termine intercorso con una pubblica amministrazione, essendosi pure in questo caso in presenza di indirizzi dottrinari contrastanti dal momento che talvolta si è affermato che anche al suddetto rapporto debba estendersi d'ufficio l'indennità «forfetizzata» e «onnicomprensiva» di cui all'art. 32, co. 5, legge n. 183/2010 (29),

(25) In presenza di contratti ovvero di accordi collettivi nazionali territoriali o aziendali stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione anche a tempo indeterminato di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo della indennità dal co. 5 è ridotta alla metà (art. 32, co. 6, legge n. 183/2010).

(26) Per la tesi che dalla scadenza del termine e fino al provvedimento giudiziale di conversione non spettano, al di là della indennità, ulteriori poste monetarie a titolo retributivo, risarcitorio (anche se a ristoro di un ipotetico danno non patrimoniale) o contributivo vedi L. DI PAOLA, I. FEDELE, *Le modifiche alla disciplina del contratto a tempo indeterminato*, in AA. VV., *La riforma del lavoro*, Milano 2013, 75.

(27) Per tale opinione cfr. per tutti: A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, in «Arg. dir. lav.» 2005, 547.

(28) Così M. L. VALLAURI, *Rapporti di lavoro a termine e strumenti rimediali*, in R. Del Punta e R. Romei (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Milano 2013, 341.

Per la statuizione che le imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori non possono stipulare rapporti di lavoro a tempo determinato pena la nullità della clausola di apposizione del termine alla stregua del disposto degli artt. 1339 e 1419, co. 2, c.c. cfr. in giurisprudenza: Cass. 2 aprile 2012, n. 5241 (che leggesi in «Riv. it. dir. lav.» 2012, II, 11, con nota di N. DE ANGELIS, *Omessa valutazione dei rischi e conseguente nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro*, ed anche in questa rivista 2012, 850, con note di A. L. FRAIOLI, *Divieto di lavoro a termine per omessa valutazione dei rischi: l'imponibile di manodopera è incostituzionale*, e di M. GALLO, *La nozione di valutazione dei rischi nel divieto di lavoro a termine*) che conseguentemente ha riconosciuto al lavoratore la stabilità del rapporto lavorativo sul presupposto che l'art. 3 del d.lgs. n. 368 del 2001 costituisca una norma imperativa a copertura costituzionale, per essere la sua *ratio* diretta alla più intensa protezione dei lavoratori rispetto ai quali la flessibilità riduce la familiarità con l'ambiente e gli strumenti di lavoro.

(29) Cfr. al riguardo Cass. 21 agosto 2013, n. 19371, in «Riv. it. dir. lav.» 2014, II, 76 con nota di E. ALES, *Contratti a termine e pubbliche amministrazioni: quousque tandem...*

mentre altre volte è stato seguito l'opposto orientamento secondo cui il lavoratore assunto illegittimamente dalla pubblica amministrazione ha diritto ad essere risarcito dei danni subiti (comprensivi di quelli ragionevolmente quantificati in relazione al tempo verosimilmente necessario per trovare un nuovo lavoro) in base alla disciplina di cui all'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001 che, come puntualmente evidenziato, ha introdotto una propria autonoma e specifica disciplina risarcitoria da considerarsi adeguata alla direttiva 1999/70/Ce in quanto idonea a prevenire e sanzionare l'utilizzo abusivo dei contratti a termine da parte della pubblica amministrazione (30).

A ben vedere, la giurisprudenza di legittimità mostra verso la suddetta indennità una empatia eccessiva e

non giustificata tanto da spingersi a patrocinare l'applicazione ad un istituto, quale quello del lavoro somministrato a termine, ontologicamente diverso dal contratto di lavoro a tempo determinato (31).

Indirizzo questo però di difficile praticabilità solo che si consideri che alla indennità *ex lege* n. 183/2010 — ritenuta in giurisprudenza come si è detto una sorta di penale *ex lege* a carico del datore di lavoro — non può non riconoscersi un carattere sanzionatorio (32); dal che consegue che va esclusa la estensibilità — attraverso disinvolti percorsi ermeneutici — di tale indennità ad un istituto quale il lavoro somministrato che, in ragione di una propria causa negoziale e della natura trilaterale del rapporto, trova una sua propria, autonoma ed

esaustiva regolamentazione sia sul versante della responsabilità amministrativa e penale (artt. 18 e 19 del d.lgs. n. 276 del 2003), che di quella civile (artt. 28 e 29 d.lgs. cit.) (33). Si è puntualmente osservato al riguardo che l'opportuna distinzione tra contratto commerciale di somministrazione e contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore è una questione che si pone da sempre nella disciplina della somministrazione in ragione della non soddisfacente formulazione delle disposizioni di carattere generale contenute nel d.lgs. n. 276/2003, e si è aggiunto poi che da tale punto di vista la legge n. 92 del 2012 avrebbe potuto essere più chiara proprio in considerazione del contenzioso in materia — sviluppatosi invero in questi anni in forma copiosa — e delle specificazioni

(30) Cfr. al riguardo Cass. 2 dicembre 2013, n. 26951, in «Riv. it. dir. lav.» 2014, II, 86 e negli stessi sensi: Cass. 13 gennaio 2012, in «Or. giur. lav.» 2012, 718, con nota di A. NUCCI, *Ancora una pronuncia sull'utilizzo abusivo del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione: nessun effetto reintegrativo, ma solo tutela risarcitoria*, ed in «Dir. rel. ind.» 2012, 505, con nota di M. CERASI, *Divieto di conversione del rapporto di lavoro a termine ed onere della prova del danno risarcibile ex art. 36, d.lgs. n. 165/2001*; ed in precedenza anche Cass. 15 giugno 2010, n. 14350.

In dottrina mostra di condividere l'indicato indirizzo giurisprudenziale ALES, *op. cit.*, 94, sulla base della considerazione che — a seguito dell'aggiunta all'art. 36, da parte dell'art. 4, co. 1, lett. b) del d.l. n. 101 del 2013, del co. 5 *quater* — i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione della suddetta normativa sono nulli e determinano una responsabilità erariale. Responsabilità questa che va ad aggiungersi alla responsabilità per dolo e colpa grave rispetto alle somme eventualmente ottenute dal lavoratore a titolo di risarcimento del danno, rendendo così la sanzione, nel suo complesso, decisamente efficace, effettiva e dissuasiva nei confronti del dirigente e, dunque, ancora di più conforme al diritto comunitario.

(31) Cfr. al riguardo *ex plurimis* Cass. 17 gennaio 2013, n. 1148, secondo cui in tema di lavoro interinale, l'indennità prevista dall'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, nel significato chiarito dal co. 13 dell'art. 1 della legge 28 giugno 2012 n. 92, trova applicazione con riferimento a qualsiasi ipotesi di ricostituzione del rapporto di lavoro avente in origine un termine illegittimo e si applica anche nel caso di condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa dell'illegittimità di un contratto per prestazioni di lavoro temporaneo a tempo determinato, ai sensi della lett. a) del co. 1, dell'art. 3 della legge 24 giugno 1997, n. 196, convertito in contratto a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore della prestazione (che leggesi in «Riv. it. dir. lav.» 2013, II, 331, con nota di L. FIORILLO, *Il regime sanzionatorio forfettizzato si applica al lavoro temporaneo illegittimo e alla somministrazione a termine irregolare: la Cassazione risolve la querelle*, ed ancora in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2013, 483, con nota di E. CASSANETI, C. PERRONE, *Applicazione della tutela risarcitoria di cui all'art. 32, co. 5, legge n. 183 del 2010 anche al lavoro temporaneo*). Più di recente vedi Cass. 29 maggio 2013, n. 1148, in «Foro it.» 2013, I, 2127, con nota di A. M. PERRINO, *Rapporto di lavoro, lavoro interinale, contratto di fornitura, illegittimità*, ed ancora Cass. 8 settembre 2014, n. 18861. Tra le numerose decisioni dei giudici di merito che escludono nel caso di lavoro somministrato a termine sia la l'indennità di cui all'art. 32, co. 5, del Collegato lavoro sia la conversione in contratto a tempo indeterminato cfr. Corte d'appello di Roma 6 giugno 2013, in «Riv. giur. lav. e prev. soc.» 2014, II, 304, con articolata e ragionata nota di condivisione di A. LEPORE, *Corte di giustizia, Corti di legittimità e Corti di merito sull'applicazione della cd. «indennità onnicomprensiva» alla somministrazione di lavoro*.

(32) Parla di una sorta di penale *ex lege* Cass. 29 febbraio 2012, n. 3056, in «Riv. it. dir. lav.» 2012, II, 796, con nota di W. CHIAROMONTE, *Due questioni in tema di contratto a termine: la prova della sussistenza del mutuo consenso nella risoluzione del negozio e gli effetti retroattivi del nuovo regime di tutela risarcitorio*, e più di recente: Cass. 9 agosto 2013, n. 19098 e Cass. 5 giugno 2012, n. 9023.

(33) In dottrina in tema di somministrazione di lavoro cfr. tra i contributi più recenti: M. R. LAMBERTI, *La somministrazione di lavoro*, in M. Cinelli, G. Ferraro, O. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino 2013, 71 e ss.; S. MATTONI, *La temporaneità quale condizione di liceità della somministrazione a termine: un problema ancora aperto?*, in «Riv. giur. lav. prev. soc.» 2013, II, 252 e ss.; M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano 2012, 109 e ss.

introdotte in materia dalla contrattazione collettiva (34).

Anche se già prima della sentenza della Corte di giustizia Ue 11 aprile 2013 c-290/2012 — Della Rocca c. Poste Italiane S.p.A. — si metteva in discussione l'assimilazione della somministrazione di lavoro al contratto a termine (35), dopo la indicata sentenza appare obbligata la soluzione che porta ad escludere l'applicazione della normativa sul contratto a termine alla somministrazione. Ed infatti per il *dictum* del dispositivo della menzionata decisione — non suscettibile per la sua chiarezza di alcuna diversa lettura — la direttiva 1999/70 del Consiglio del 28 giugno 1999 e l'Accordo quadro allegato a tale direttiva vanno interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro tra lavoratore interinale e agenzia di lavoro né tanto meno al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale

lavoratore e l'impresa utilizzatrice anche perché l'esclusione che compare nel preambolo dell'accordo quadro che riguarda il lavoro interinale in quanto tale (e non l'uno o l'altro dei suoi rapporti di lavoro) è riportata «nella clausola 3, punto 1, di quest'ultimo, secondo la quale soltanto il rapporto di lavoro concluso «direttamente» con il datore di lavoro rientra nell'ambito di tale accordo quadro». Né va sottaciuto che la clausola 2, punto 2, dello stesso accordo è esplicita nel conferire agli Stati membri un margine di discrezionalità per ciò che riguarda la sfera di operatività dell'accordo medesimo verso alcune categorie di contratti o di rapporti di lavoro (36). Le considerazioni sinora svolte, confortate dalla recente decisione della Corte di giustizia 3 luglio 2014 nella cause riunite c-362/13, c-363/13 e c-407/13, Flamingo ed altri c. Rete Ferroviaria Italiana

S.p.A. (37) archiviano tutte le possibili incertezze sulla non estensibilità del citato art. 32, co. 5 al di là del rapporto di lavoro a tempo determinato, essendo i giudici europei pervenuti ormai alla definitiva ed inequivocabile statuizione che non è consentita — con riferimento alla somministrazione del lavoro a termine — una sovrapposizione, dall'esterno, sull'apparato sanzionatorio di tale istituto di una norma avente natura speciale ed anche essa una funzione punitiva. Corollario di quanto sinora detto è l'assunto che — in ragione dell'efficacia diretta ed immediata che nella legislazione degli Stati membri hanno le sentenze dei giudici dell'Unione — le sanzioni previste dal disposto degli artt. 27 e 28 della legge n. 276/2003 sono le sole applicabili al lavoro somministrato, e che la loro ricaduta a livello patrimoniale ben più dannosa rispetto alla indennità

(34) Cfr. in tali sensi LAMBERTI, *op. cit.*, 74 e ss., che evidenzia anche il contrasto di indirizzi giurisprudenziali circa la assimilazione della somministrazione di lavoro al contratto a termine, pur evidenziando la prevalenza dell'orientamento a favore di tale assimilazione alla stregua della disciplina dettata dalla legge n. 92 del 2012.

(35) Per motivate riserve sulla assimilazione al contratto a termine della somministrazione cfr. *amplius* ancora LAMBERTI, *op. loc. cit.* Ha ritenuto invece — nel caso in cui sussistano tutti i requisiti per la declaratoria della somministrazione irregolare — preferibile, rispetto all'applicazione dell'art. 32, co. 5, legge n. 183/2010, il regime civilistico del risarcimento del danno patrimoniale: M.T. VALLAURI, *op. cit.*, 359 e ss., che infatti riconosce al lavoratore il diritto a tutte le retribuzioni perse dal giorno in cui il rapporto è stato interrotto sino a quello del suo effettivo ripristino in capo all'utilizzatore, osservando al riguardo che mentre il suddetto art. 32 ha previsto «la conversione» del contratto illegittimo nel caso di contratto a termine altrettanto non può invece dirsi per la somministrazione che contempla invece «la costituzione» del contratto illegittimo in capo alla utilizzatrice che è estraneo al contratto di cui il lavoratore è parte.

(36) Per una lettura critica delle argomentazioni della Corte di giustizia cfr. però F. SIOTTO, *Somministrazione e lavoro a termine. Per la Corte di giustizia «Questa o quella pari (non) sono»*, in «Riv. giur. lav. e prev. soc.» 2013, II, 416 e ss. spec. 422-427. Per l'assunto che il contratto a termine ed il contratto di somministrazione sono distinti sul piano concettuale per avere i due schemi negoziali diverse origini e funzioni cfr. *amplius*: ZINO GRANDI, SFERRAZZA, *op. cit.*, 15 e 16, che rimarcano al riguardo come la differenza tra i due istituti venga testimoniata dalle due direttive europee: quella 1999/70/Ce, avente ad oggetto il contratto a termine, e quella 2008/104/Ce avente, invece, ad oggetto, il contratto di somministrazione. In senso critico della giurisprudenza dei giudici di legittimità vedi anche: A. LEPORE, *op. cit.*, 314, che evidenzia come le statuizioni di detti giudici non trovino riscontro nei pronunziati della Corte di giustizia e che aggiunge anche che se dovesse prevalere l'orientamento in auge presso la Corte di Cassazione, secondo cui l'indennità onnicomprensiva si applica anche alla somministrazione, l'art. 32, co. 5, potrebbe porre problemi di conformità all'art. 3 della Costituzione rispetto ai lavoratori utilizzati sulla base di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato, che non sarebbero inclusi nello ambito di applicazione della norma in quanto ad essi sarebbe applicabile il regime di diritto comune e non quello che prevede il pagamento della indennità con un evidente disparità di trattamento rispetto, invece, a quelli assunti con somministrazione a termine ai quali sarebbe applicato lo speciale regime indennitario previsto dal Collegato lavoro.

(37) La decisione della Corte di giustizia intervenendo sui contratti di lavoro a tempo determinato nel settore marittimo nella parte relativa al contesto normativo (diritto dell'Unione e direttiva 1999/70) ha dato ormai per acquisito che l'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70 si applica ai lavoratori a tempo determinato «ad eccezione di quelli messi a disposizione di una azienda utilizzatrice da parte di una agenzia di lavoro interinale» (punto 4), ed ha inoltre mostrato di ritenere approdo della normativa europea ai fini definitivi il termine «lavoratore a tempo determinato» specificando al riguardo come esso indichi «una persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico».

di cui all'art. 32, co. 5, legge n. 183/2010 trova la sua *ratio* — come è stato correttamente osservato — nella comune base giuridica europea volta ad un quadro normativo che tuteli i lavoratori tramite l'agenzia interinale in modo trasparente e proporzionato alla gravità delle condotte illegittime riscontrabili nel rapporto trilaterale della somministrazione (38). Condotte queste da ritenersi che il legislatore abbia previsto essere limitate a casi marginali e numericamente ridotti in ragione dell'affidabilità che le agenzie — anche a seguito delle autorizzazioni e dei controlli previsti per i rilevanti compiti svolti — assicurano, in termini di corretta gestione del lavoro somministrato, a quanti ad esse si rivolgono.

Per concludere sul punto può, dunque, affermarsi che pur il possibile consolidarsi di una giurisprudenza di legittimità volta ad estendere l'apparato sanzionatorio del contratto a termine al lavoro somministrato non potrebbe — stante il valore vincolante delle statuizioni della Corte di Lussemburgo — ostare a devolvere, attraverso una apposita pregiudiziale, ai Giudici di Lussemburgo la decisione sulla compatibilità dell'*iter* interpretativo seguito dai giudici italiani ai chiari principi fissati nella materia scrutinata dalle già ricordate sentenze della Corte di giustizia Ue 11 aprile 2013 — Della Rocca c.

Poste Italiane S.p.A. — e 3 luglio 2014 — Flamingo ed altri c. Rete Ferroviaria Italiana S.p.A.

6. - *Il nuovo contratto a termine e le «criticità» della legge n. 78 del 2014.*

— È stato rilevato che chi opera quotidianamente nell'area giuslavoristica ha le migliori credenziali per essere testimone attendibile di come il progressivo accrescersi della clausole generali ed il moltiplicarsi di fonti normative — di non agevole coordinamento tra loro — siano destinate a causare ingenti danni sia sul versante della produzione che su quello della occupazione. Considerazione questa che risulta avere un compiuto riscontro proprio con riferimento al contratto a tempo determinato, che ha visto interventi legislativi che, succeduti nel corso degli anni, si sono caratterizzati per avere di volta in volta disarticolato un istituto che andava regolato unitariamente per non sfociare, come è invece avvenuto, in un tessuto normativo a «macchia di leopardo». In tale assetto ordinamentale si è da ultimo inserita la legge n. 78/2014 che è destinata a produrre deleterie zone di incertezza perché priva di organicità. Invero qualsiasi normativa che ambisca ad assurgere a riforma strutturale deve avere ben chiare le finalità da perseguire attraverso un testo che, senza antinomie ed ambiguità, regoli contestual-

mente sia la flessibilità in entrata che quella in uscita. Nella materia in esame, invece, dopo avere disciplinato la flessibilità in entrata, con modifiche rilevanti sul contratto a termine e sul lavoro somministrato, il legislatore ha poi rinviato a tempi successivi — come è detto espressamente nel preambolo della suddetta legge — l'adozione di un testo unico semplificato per la regolamentazione del rapporto di lavoro con la previsione in via sperimentale di un contratto a tempo indeterminato a protezione crescente, senza però fornire alcuna precisazione in relazione all'effettivo contenuto del suddetto contratto ed alla sua regolamentazione (39).

Un siffatto modo di legiferare, che sembra caratterizzare in tempi recenti l'intera materia giuslavoristica, dà ragione a quanti hanno rimarcato, con riflessioni di portata generale, come allo stato si rinverga un sistema di fonti normative, a più livelli, che per esprimersi in disposizioni spesso caotiche, lacunose, e prive di un progetto organico, finiscono per favorire e, in qualche misura, sinanche giustificare interventi di vera e propria supplenza giudiziaria (40).

E da qui il conseguente pericolo che sul piano applicativo si assista ad una eterogeneità dei fini per non ottenere il nuovo contratto l'effetto voluto di limitare i danni scaturiti dalla crisi occupazionale.

(38) In questi sensi SIOTTO, *op. loc. cit.*, il quale però — dopo avere premesso che se è vero che a livello europeo contratto a termine e lavoro somministrato sono oggetto di fonti distinte e che è noto che il lavoro tramite agenzia è regolato secondo tipologie negoziali molto diverse tra loro nei vari Stati membri —, osserva che un siffatto approccio, da un lato, potrebbe spiegare il carattere minimale della direttiva n. 2008/104/Ce (la quale non ha prescritto un modello di disciplina del rapporto tra lavoratore ed agenzia) e, dall'altro, però, provverebbe troppo al punto di ledere uno dei capisaldi giuridici della regolamentazione europea ovvero il principio di parità di trattamento rispetto ai lavoratori a termine impiegati nella stessa impresa dove si svolge il medesimo lavoro (cfr. spec. pag. 423 e note 30 e 31).

(39) Rileva MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in «WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.IT» 2012/2014, 12, che solo dal dibattito politico-accademico è possibile desumere cosa sia il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, e che al riguardo ricorda come su tale contratto siano stati presentati ben cinque d.d.l. portanti i numeri: 2630 del 22 luglio 2009 (prima firmataria Madia); n. 1873 dell'11 novembre 2009 (primo firmatario Ichino); n. 2000 del 5 febbraio 2010 (primo firmatario Nerozzi); n. 4277 del 7 aprile 2011 (primo firmatario Della Vedova) ed infine n. 1006 del 7 agosto 2013 (primo firmatario ancora di Ichino, che ricalca il d.d.l. n. 1873/2009) (pag. 12 nt. 30).

(40) Sul punto cfr. *amplius*: G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli 2012, 182, che precisa anche che i suddetti interventi si rendono inevitabili tutte le volte in cui il legislatore, di fronte a contrasti ideologici accesi, vuole evitare di legiferare o legifera in base a scelte discutibili e largamente non condivise.

7. - *L'a-causalità del nuovo contratto a termine.* — L'elemento caratterizzante la legge n. 78/2014 è senza dubbio quello volto a modificare la disciplina della a-causalità della legge Fornero, limitata al primo contratto, perché ora la causale viene di fatto del tutto eliminata, essendosi con la nuova normativa statuito che è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato per la «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».

È stato puntualmente osservato che il sostituire al principio della causalità del contratto a termine quello opposto della a-causalità in un impianto normativo che sulla base della causalità è, invece, stato inizialmente disciplinato è una scelta normativa che rischia di dare la stura a problemi applicativi in parte evidenti, in parte imprevedibili, con buona pace delle esigenze di semplificazione e di certezza (41).

Tale previsione si mostra realistica perché le molte zone d'ombra della disciplina scrutinata ed il numero delle disposizioni lacunose ed ambigue che essa presenta finiranno per rendere particolarmente difficile l'opera dell'interprete con il conseguente pericolo che la risposta giudiziaria determini, come si è detto, sul versante applicativo una incertezza impeditiva degli effetti sperati.

Va al riguardo in primo luogo ricordare come prima della legge n. 78/2014 — vigente cioè la legge Fornero — la proroga del contratto a tempo determinato (fermo il limite complessivo di durata derivante dalla sommatoria di tutti i rapporti a termine tra le medesime parti pari a 36 mesi) era consentita una sola volta alla condizione che detta proroga facesse riferimento alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto a termine era stato stipulato (42). A seguito dell'entrata in vigore della legge nuova legge (e cioè dal 21 marzo 2014) il contratto a tempo determinato può essere prorogato d'intesa con il lavoratore sino a cinque volte sempre nell'arco di 36 mesi, ed indipendentemente dal numero di rinnovi.

È stato sostenuto che con la nuova normativa il fine della prevenzione degli abusi, come inteso dalla direttiva comunitaria, è assicurato prevedendosi un limite massimo di protrazione del rapporto (pari a trentasei mesi), che si accompagna anche alla limitazione del numero delle eventuali proroghe, con conseguente rispetto non solo della lett. b) ma anche della lett. c) della clausola 5 della direttiva (43).

Un tale assunto giustifica però qualche riserva dal momento che il nuovo testo dell'art. 4 del d.lgs. n. 368 del 2001 appare di dubbia legittimità. Invero il possibile succedersi di cinque proroghe e di più rinnovi a-causali del contratto a ter-

mine — seppure intervenuti entro lo spazio temporale dei trentasei mesi — induce a dubitare che la nuova normativa rispetti pienamente la lettera e la *ratio* dell'Accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/Ce. Per quanto riguarda infatti la lett. a) dell'Accordo relativa alle «ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti» è doveroso osservare come rimanga difficilmente giustificabile, alla stregua di tale Accordo, la possibilità di un ricorso ad una pluralità di rinnovi, e ciò perché l'esigenza di una maggiore flessibilità nella costituzione del rapporto lavorativo deve coniugarsi con la presenza «di ragioni obiettive», che si rinvergono unicamente quando nel contratto vengano indicate e specificate attività o funzioni da svolgere, e quando si perseguano finalità di politica sociale da parte dello Stato membro, ed il tutto avvenga nel rispetto del principio generale di un equilibrato bilanciamento degli interessi (44). Opinione questa confortata dalla lettura anche della lett. c) dell'Accordo relativa al «numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti», che porta a ritenere che l'aumento rispetto al passato del numero delle proroghe e la possibilità di molteplici rinnovi possa agevolare la elusione delle finalità sottese alla direttiva 1999/70 Ce, che — è bene ribadire — è volta a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzazione di una successione dei contratti funziona-

(41) Cfr. in tali sensi MAGNANI, *op. cit.*, 3 per la quale nella produzione di questo risultato ha pesato certamente la mancanza delle condizioni per un dialogo sociale.

(42) Cfr. sul punto Cass. 5 giugno 2012, n. 9029, che nel distinguere prima della recente normativa la proroga che (disposta all'interno del contratto di lavoro come un mero prolungamento dello stesso ai sensi dell'art. 12 della legge n. 195 del 1997) rispetti la condizione della medesima attività lavorativa e della ricorrenza di esigenze imprevedibili e contingenti, dalla proroga non rispettosa, invece, delle dette condizioni, riconosce solo in questo ultimo caso la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

(43) In questi precisi termini MAGNANI, *op. cit.*, 5. Precisa R. COSIO, *Il decreto Poletti, la dubbia conformità all'ordinamento dell'Unione europea*, in questa rivista 2014, 821, che è difficile sostenere che la nuova normativa del decreto Poletti, ancora più a seguito della legge di conversione, si ponga in palese contrasto con le regole di matrice comunitaria anche se certamente permangono profili di criticità che potrebbero indurre a un intervento chiarificatore della Corte di giustizia europea.

(44) Sulla portata da assegnare alla locuzione «ragioni obiettive» cfr. fra le tante: Corte giust. 26 gennaio 2012 c-586/10, *Kucuk*; Corte giust. 23 aprile 2009, c-378/07 e c-380/07, *Angelidaki*; Corte giust. 4 luglio 2006, c-212/04, *Adeneler*, in «Foro it.» 2006, IV, 725 cui *adde* più di recente Corte giust. 12 dicembre 2013 c-50/13, *Papalia*.

lizzata al perseguimento di interessi non meritevoli di tutela (45).

Sul versante fattuale va poi aggiunto come situazioni socio-economiche difficili come quelle attuali possano indurre a condotte disinvolte dirette ad eludere la nuova normativa a danno della «persona» del lavoratore, trasformando in concreto l'intento del legislatore di perseguire una «giusta ed utile flessibilità» in una «deprecabile e dannosa precarietà».

8. - *La legge n. 78 del 2014 e la «conversione» del contratto a termine.* — Le precedenti riflessioni forniscono le coordinate per un compiuto esame di una delle principali problematiche della recente legge n. 78 del 2014, quella cioè riguardante le conseguenze scaturite dalla una applicazione delle proroghe e dei rinnovi del nuovo contratto a termine non rispettosi del dato normativo. Non possano permanere dubbi che un contratto di lavoro a termine, che deve risultare da atto scritto, possa succedere ad un precedente ed esaurito rapporto di lavoro subordinato o ad un rapporto di lavoro autonomo (ad esempio lavoro a progetto) o anche ad altre forme di rapporti (tirocini, borse di studio). Ed è anche possibile, in ragione della sua acausalità, che l'istituto scrutinato segua ad un patto di prova o ad un contratto di apprendistato avente ad oggetto mansioni o attività differenti da quelle esercitate a seguito del contratto a termine. Nel silenzio sul punto del legislatore una lettura logico-sistematica del combinato disposto degli artt. 1 e 4 del d.lgs. n. 368 del 2001 legittima, al di là del

numero delle proroghe, anche una pluralità di rinnovi contrattuali sempre che attraverso detti rinnovi non venga superata la durata massima dei trentasei mesi.

Quanto ora detto trova decisivo conforto nella *ratio* della nuova normativa che ha la finalità di agevolare i contratti a tempo determinato per fronteggiare l'attuale grave crisi occupazionale rendendo per il datore di lavoro il ricorso a detti contratti più conveniente e meno rischioso rispetto al passato in ragione della maggiore flessibilità in entrata che il nuovo legislatore ha inteso riconoscere.

Ma le riserve sollevabili già al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 368 del 2001 con riferimento ad opzioni ermeneutiche che hanno legittimato pur nel silenzio del legislatore la conversione di un contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato, assumono ora in tale rinnovato quadro normativo una tale consistenza da portare a limitare detta conversione solo ai casi in cui essa sia stata espressamente prevista dalla recente legge n. 78 del 2014 (cfr. al riguardo co. 2, 4, 4 *bis* dell'art. 5 del nuovo testo del d.lgs. n. 368 del 2001, in materia di «Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti»), dovendosi negli altri casi di condotte datoriali illegittime fare riferimento ai generali principi civilistici e dovendosi conseguentemente escludere in ogni caso il ricorso alla indennità di cui all'art. 32, co. 5, della legge n. 183/2010.

Né per andare in contrario avviso può continuarsi a dare rilievo al co.

01 aggiunto all'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, secondo il quale «il contratto di lavoro a tempo determinato costituisce la forma comune del rapporto di lavoro» (46).

Si è evidenziato al riguardo che la suddetta formula — equivalente alla disposizione contenuta nel preambolo dell'accordo tra le parti sociali europee tradotto nella direttiva 90/70/Ce — non entra nel contenuto precettivo della medesima per cui essa non può essere adoperata per la sua interpretazione, e si è anche ricordato che è ormai scontato che la famosa clausola di non regresso non vale a privare gli Stati membri del potere di modificare la normativa vigente purché questo avvenga al fine di perseguire fini di politica economica e occupazionale (47).

L'inapplicabilità sia dell'istituto della conversione che del disposto dell'art. 32, co. 5, del collegato lavoro nei sensi innanzi precisati risulta dunque soluzione obbligata nella vigenza della nuova legislazione, risultando privo di qualsiasi fondamento assegnare, come ricordato, qualsiasi rilievo nella problematica in esame, al summenzionato co. 01 dell'art. 1 della legge n. 368/2001.

È noto che da tempo la giurisprudenza ha considerato la conversione come un principio generale non abbinabile di previsione espressa applicandola così anche al primo contratto a termine ingiustificato (48), pervenendo a tale conclusione proprio attraverso la lettura del disposto del citato co. 01. Detta lettura si presenta però allo stato priva di un valido supporto motivazionale in relazione alla ritenuta conversione,

(45) Per quanto riguarda i limiti che incontrano i rinnovi contrattuali cfr. da ultimo a livello della normativa europea Corte giust. 3 luglio 2014 nella cause riunite c-362/13, c-363/13 e c-407/13, *Flamingo ed altri* cit. e Corte giust. 11 aprile 2013 c-290/2012 - *Della Rocca*, cit.

(46) Comma questo modificato in tali sensi dalla legge n. 92 del 2012, che nel testo precedente introdotto dalla legge n. 247 del 2007, recitava: «Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato».

(47) Cfr. al riguardo MAGNANI, *op. cit.*, 4-5, la quale rimarca anche come, stando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la clausola di non regresso imponga agli Stati membri un onere di trasparenza nella adozione delle proprie scelte legislative.

(48) Cfr. *ex plurimis* Cass. 11 maggio 2011, n. 10346; Cass. 23 novembre 2010, n. 23684; Cass. 21 maggio 2010, n. 12985 in questa rivista 2008, 638.

essendo da tempo un dato comune incontestabile che da parte delle imprese si è nel corso degli ultimi anni drasticamente ridotto il ricorso al contratto a tempo indeterminato mentre contestualmente è risultato crescere in modo esponenziale il rapporto di lavoro a termine, che dunque allo stato continua a risultare maggiormente utilizzato.

Considerazione questa che induce: a chiedersi come sia sinora stato possibile assegnare ad opera della giurisprudenza al citato comma 01. una influenza decisoria ben più accentuata di quella che viene riconosciuta alle presunzioni semplici, il cui valore probatorio per essere lasciato ad un apprezzamento, prudente e documentato, del giudice non può trascurare con il dato statistico la realtà fattuale per negare ciò che è di comune conoscenza (49). E nella stessa ottica bisogna poi interrogarsi come possa ancora continuarsi a legittimare, nel silenzio del legislatore, una supplenza giurisprudenziale (50), che finisce per porsi in contrasto con i principi civilistici regolanti l'istituto della conversione, incentrato sul rispetto

della volontà, ancorché presunta, delle parti contrattuali (51).

9. - *Il superamento del tetto di utilizzo del contratto a termine ed il regime sanzionatorio.* — I primi scritti sul nuovo contratto a termine attestano che mentre alcuni autori hanno valutato detto contratto, senza accenti critici, osservando che con la nuova normativa si è sostituito ad una fattispecie qualitativa una fattispecie quantitativa, ben diverso è stato il giudizio di altri studiosi che hanno invece reputato che la recente legge ha, con lo smantellamento delle tutele del lavoratore, incentivato la precarietà ponendosi anche in contrasto con le regole del diritto comunitario (52).

Al di là di tali divergenti giudizi valutativi è innegabile che a seguito della legge Poletti il contratto in esame è divenuto un «nuovo» contratto, perché diversamente dal passato è a-causale, perché non presidiato da ragioni obbiettive e perché prorogabile (d'intesa con il lavoratore) sino a cinque volte nell'arco di trentasei mesi, indipendentemente dal numero di rinnovi contrattuali aventi ad og-

getto le stesse (o equivalenti) mansioni. Ne consegue che il contratto in esame si configura ontologicamente differenziato rispetto a tutti i contratti a termine regolati in precedenza, la cui disciplina sul versante sanzionatorio non può conseguentemente in alcun modo estendersi al nuovo contratto anche in ragione della sua *ratio* socio-economica funzionale al soddisfacimento di esigenze di una maggiore flessibilità in entrata reputata indispensabile per un aumento della occupazione.

In tale ottica va ribadito che, a seguito della legge n. 78 del 2014, non può al nuovo contratto estendersi né l'istituto della conversione se non nei casi espressamente ora previsti (cfr. al riguardo ancora i co. 2, 4 e 4 *bis* del rinnovato art. 5 del d.lgs. 368/2014) né la c.d. «indennità forfettizzata» di cui al collegato lavoro, dovendosi ricorrere ai principi generali in tema di responsabilità, non potendosi, nel silenzio del legislatore, estendere un apparato sanzionatorio predisposto con riferimento ad uno specifico negozio ad altro negozio avente causa e funzione differenti.

(49) Per l'assunto che la configurabilità della presunzione semplice viene lasciata alla valutazione prudente del giudice e che può essere vinta con ogni mezzo di prova da parte dell'interessato cfr. per tutte: Cass. 6 marzo 2003, n. 3350, in «Giust. civ.» 2003, I, 1523.

(50) In dottrina per perspicue riflessioni in argomento cfr. da ultimo M. DE MARIA, *Delle presunzioni* (artt. 2727-2729), Milano 2014, in *Il codice civile, Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, 68 e ss., che osserva come nel contratto a termine il d.lgs. n. 368 del 2001 ponga dei requisiti di forma e di contenuto inderogabili dal che consegue che la violazione della forma scritta o la mancata indicazione delle esigenze temporanee (di carattere tecnico, organizzativo produttivo o sostitutivo), giustificative dell'apposizione del suddetto termine, siano alla base della disposizione che considera il contratto a tempo indeterminato. Nel caso però in cui manchi una previsione espressa cui si ricollega una siffatta presunzione legale si è in presenza di un effetto, quello appunto della conversione — non solo del contratto a termine ma anche della somministrazione c.d. irregolare — in contratto a tempo indeterminato, che l'Autore reputa ricollegarsi non ad una presunzione legale ma ad una presunzione di matrice giurisprudenziale che acquista carattere di assolutezza in quanto non ammette una prova contraria.

(51) È opinione comune che al di là dei casi di mera conversione formale che opera automaticamente (cfr. al riguardo art. 607 c.c. sulla validità del testamento segreto come olografo; ed art. 2701 c.c., sulla conversione dell'atto pubblico) la conversione richiede negli altri casi che se le parti negoziali fossero state a conoscenza della invalidità del contratto concluso avrebbero accettato di concluderne uno diverso capace di produrre gli stessi effetti voluti (in giurisprudenza *ex plurimis* vedi: Cass. 5 marzo 2008, n. 6004 cui *adde* in precedenza Cass. 27 ottobre 2006, n. 2315). È stato rimarcato come gli effetti della conversione del contratto a tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato sia stato dalla giurisprudenza fondato sulla applicazione analogica del disposto dell'art. 1419, co. 2, c.c. secondo il quale «la nullità di singole clausole (il termine) non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle siano sostituite di diritto da norme imperative». Verso un siffatta tesi si mostra particolarmente critico DE MARIA, *op. cit.*, 69-71, che nutre il dubbio in relazione alla conversione nel contratto a tempo indeterminato «che la genesi extra-legale della presunzione si ponga in contrasto con la previsione codicistica, il cui univoco dettato individua nella legge la fonte esclusiva della assolutezza precludendo, del pari, l'applicazione del criterio dell'applicazione analogica».

(52) Per perspicue considerazioni sui diversi indirizzi dottrinari sul nuovo contratto a termine e sulla sua conformità al diritto comunitario cfr. R. COSIO, *Il decreto Poletti*, cit.

Tutto ciò porta a ricadute non certo trascurabili sul versante fattuale.

Così, ad esempio, sempre in ragione della nuova formulazione del co. 2 del d.lgs. 368 del 2001 non può, contrariamente a quanto affermato in giurisprudenza, trovare applicazione l'istituto della conversione allorquando l'apposizione del termine al contratto di lavoro non sia coeva o anteriore all'inizio del rapporto lavorativo (53) o allorquando la copia dell'atto scritto non sia consegnato, come prescrive il co. 3, del suddetto art. 1, dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione, dovendo in tali fattispecie trovare applicazione i principi civilistici del risarcimento dei danni, sempre che i danni siano esistenti e siano stati provati dal lavoratore, in tal modo privilegiandosi approcci ermeneutici volti a non accreditare un ingiustificato formalismo in linea con l'intento legislativo di agevolare l'utilizzazione del contratto a termine.

Ragioni tutte queste che portano anche a dare continuità a quell'indirizzo giurisprudenziale in base al quale il termine finale può essere individuato sia con riferimento ad una data certa che ad un evento del quale è incerta unicamente la data esatta del suo accadimento ma non certo il suo verificarsi (c.d. termine *per relationem*) (54).

Sotto altro versante va evidenziato

come i generali principi civilistici debbano trovare applicazione anche in tutti quei casi di nullità del contratto di lavoro subordinato per i quali non è ammessa ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 368 del 2001 l'apposizione del termine, dovendosi escludere anche in tali evenienze, per non essere stata prevista dalla summenzionata norma, la conversione del contratto.

E sempre in linea con le precedenti argomentazioni vanno esaminate le numerose problematiche scaturite dall'esame della normativa sul tetto di utilizzo del contratto a tempo determinato, che è stato fissato dal nuovo co. 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 nel 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo determinato in forza al primo gennaio dell'anno di assunzione (55).

Il legislatore, facendo salvo il disposto dall'art. 10, co. 7, del d.lgs. n. 368 del 2011, ha demandato alla contrattazione collettiva nazionale l'individuazione dei limiti quantitativi all'utilizzazione dell'istituto, sicché il limite legale del 20 per cento è operante solo in via subordinata potendo detta contrattazione — nell'esercizio della autonomia negoziale sindacale — non solo fissare un limite del contingentamento diverso (maggiore o minore) o uguale a quello legale, ma anche incidere sulla individuazione dell'arco temporale da prendere a riferimento per il computo dei lavoratori su cui

parametrare il numero di quelli da assumere a termine.

Al di là dalla considerazione che nella realtà fattuale i contratti di prossimità più dei nazionali sono idonei a misurare, prima, e soddisfare, poi, le specifiche esigenze delle singole imprese operanti nel territorio — specialmente di quelle costrette per la natura della loro attività a ricorrere con frequenza ai contratti a termine (ad esempio imprese che lavorano per commesse, imprese turistiche, imprese edili) — è doveroso condividere la tesi secondo cui i sopradescritti poteri di determinazione dei limiti del contingentamento vadano riconosciuti anche alla contrattazione aziendale o territoriale stante il dettato dell'art. 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148. Norma questa che legittima detti contratti — sottoscritti da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale (ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti nella impresa) — alla realizzazione di specifiche intese con una efficacia *erga omnes* (nei confronti di tutti i lavoratori interessati), condizionata alla sottoscrizione «sulla base di un criterio maggioritario relativo alle predette rappresentanze sindacali» (56).

Il mancato rispetto dei limiti quantitativi porta poi a carico del datore di lavoro ad una sanzione di natura amministrativa che per il suo carattere punitivo — attestato dall'essere

(53) Sul punto cfr. Cass. 11 dicembre 2002, n. 17674, in questa rivista 2003, 139, con nota di C. TIMELLINI, *Alcuni spunti critici sui requisiti formali del nuovo contratto a termine*, ed in «Guida lav.» 2003, 12, con nota di M. PAPALEONI, *Interventi interpretativi sul contratto a termine dopo la riforma*.

(54) Cfr. in giurisprudenza per tutte: Cass. 25 maggio 2012, n. 8286 nonché Cass. 1° febbraio 2010, n. 2279, in «Riv. it. dir. lav.» 2010, II, 754, con nota di F. MARINELLI, *La Cassazione chiarisce la portata dell'onere di specificazione delle ragioni giustificative del termine*.

(55) Per i datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato (cfr. ultima parte del co. 1 del d.lgs. n. 368/2001).

(56) Da ultimo però per considerazioni critiche sul disposto dell'art. 8 legge n. 148 del 2011 (che tra gli oggetti delle possibili intese di cui alla norma in esame include anche al co. 2 lett. c) la regolamentazione del contratto a termine) e sulla efficacia *erga omnes* dei contratti di prossimità cfr. O. MAZZOTTA, *Diritto sindacale*, Torino 2014, 117-126. *Contra* invece G. VIDIRI, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in «Riv. it. dir. lav.» 2012, I, 110 e ss., secondo il quale la suddetta norma, nell'attribuire ai contratti di prossimità un ambito di rilevanza in precedenza sconosciuto, finisce per introdurre nell'area giuslavoristica una più accentuata democrazia, ponendo così fine al principio di sopraordinazione del contratto collettivo nazionale e, conseguentemente, alla centralizzazione dei processi contrattuali.

graduata sulla gravità della violazione commessa (cfr. co. 4 *sexies* dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001) e per trovare la sua *ratio* nella tutela di un interesse collettivo ad una equa e controllata regolamentazione della flessibilità in entrata al fine di incentivare l'occupazione (cfr. co. 4 *octies* art. 5 cit.) — rende impraticabile, nel silenzio del legislatore, non solo la conversione del contratto a tempo indeterminato ma anche l'applicazione della indennità di cui all'art. 32, co. 5, del collegato del lavoro, che deve ritenersi inapplicabile al caso in esame perché volta a tutelare specificamente il diritto del singolo lavoratore al risarcimento dei danni subiti (57).

La nuova normativa innova anche in relazione al diritto di precedenza che, oltre a dovere essere richiamato nell'atto scritto (anche con il mero generico riferimento ai co. 4 *quater* e 4 *quinquies* dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001), va riconosciuto ai lavoratori con anzianità aziendale, anche a seguito di più contratti a termine, di almeno sei mesi, che acquisiscono il diritto ad essere avviati al lavoro in via prioritaria nelle assunzioni a

tempo indeterminato effettuale dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi dalla fine del rapporto lavorativo, sempre che le assunzioni avvengano per le mansioni già espletate in esecuzione dei precedenti contratti a termine. Per lavoratori stagionali il diritto di precedenza fa poi riferimento alle successive assunzioni a termine effettuate dal datore di lavoro per l'esercizio delle stesse attività stagionali (58). Un analogo diritto di precedenza spetta ora alle lavoratrici madri per le assunzioni anche a tempo determinato (oltre che per quelle a tempo indeterminato) e per dette lavoratrici nel computo del periodo di attività utile a conseguire detto diritto rientra anche il congedo di maternità (di cui all'art. 16 del d.lgs. n. 165 del 2001 e successive modificazioni) intervenuto nella esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda.

10. - *Conclusioni.* — L'esame delle numerose disposizioni sul contratto a termine — che, va rimarcato per l'ennesima volta, risultano lacunose, spesso di contenuto oscuro e mal coordinate anche per l'urgenza addotta

per la loro emanazione — giustificano qualche riflessione ad ampio raggio o, meglio, qualche disinvoltato pindarico.

È noto che all'inizio del diciannovesimo secolo il futurismo, andando contro l'impressionismo e la sua sensibilità sensista e lirica, ha visto dal suo fondatore proclamare «Noi affermiamo che la magnificenza del mondo si è arricchita di una bellezza nuova: la bellezza della velocità. Una automobile da corsa con il suo cofano adorno di grossi tubi simili a serpenti dall'alito esplosivo [...] un automobile ruggente che sembra correre sulla mitraglia è più bello della Vittoria di Samotracia» (59). Ed nella stessa direzione il futurismo ha criticato l'arte del passato, reputata anacronistica in relazione al ritmo veloce del tempo, esaltando un dinamismo volto a tradurre nell'oggetto rappresentato dall'artista una ricomposizione di tutte le sue parti in un processo di interazione valido anche per le cose inanimate (60). Orbene, il futurismo da movimento di rilevanza mondiale oltre che sul piano artistico anche su quello culturale rischia di tradursi dopo

(57) Anche se le ragioni esposte inducono a preferire la tesi secondo cui la sanzione amministrativa porta ad escludere la conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato non può tuttavia nascondersi che l'ambiguità e le numerose lacune caratterizzanti la legge n. 78/2014 rende prospettabile anche soluzioni diverse. Così a fronte delle difficoltà interpretative della normativa MENCHINI, *op. cit.*, par. 8 — dopo avere osservato che il limite percentuale esprime un chiaro sfavore verso il lavoratore 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 — preferisce rimarcare che sarà l'applicazione pratica a stabilire se il superamento del limite percentuale comporti la sanzione amministrativa e non la nullità della clausola. Ritengono invece Zilio Grandi e Sferrazza, *op. cit.*, 18-20, che manca nella legge recente qualsiasi riferimento, diretto o indiretto che sia, al sistema della conversione, per cui a fronte di una chiara volontà del legislatore di volere escludere l'applicazione dell'istituto 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 del lavoro nella parte in cui considera quella della conversione la sanzione tipica per il contratto di lavoro a tempo determinato non conforme alla legge, e negli stessi sensi M. Tiraboschi e P. Tomassetti, in M. Tiraboschi (a cura di), *Job Act: il cantiere aperto delle riforme del lavoro. Primo commento al d.l. 20 marzo 2014 n. 34, convertito con modificazioni, in legge 16 maggio 2014 n. 78*, ADAPT, University press, 2014, 12, che attribuiscono anche essi un incisivo rilievo al silenzio del legislatore. Tesi questa dei citati autori che però non tiene conto che si è qui in presenza di un «silenzio eloquente» dal momento che il legislatore, come si è evidenziato nel testo, ogni volta che ha inteso applicare l'istituto della conversione al contratto a termine illegittimo lo ha detto espressamente.

(58) Per il diritto di preferenza nella assunzioni di lavoratori a tempo determinato per lavori stagionali nel settore turistico, riconosciuto dall'art. 2 della legge 26 novembre 1979, n. 598, e per la non applicazione di tale diritto ad altre aziende che, pur svolgendo attività destinate ad incrementarsi nel periodo di afflusso turistico, tuttavia non operano però in questo settore specifico cfr. Cass. 24 maggio 2011, n. 11359.

(59) Cfr. F.T. MARINETTI, *Manifesto del futurismo [1908-1909]*, in M. Drudi Gambillo (a cura di), *Archivi del futurismo*. Per una completa e ragionata biografia del fondatore del futurismo come poeta, editore, saggista, provocatore nonché motore di cultura nel Novecento cfr. per tutti GIORDANO BRUNO GUERRI, *Filippo Tommaso Marinetti*, Milano 2010.

(60) Espressione più significativa del dinamismo futurista è forse il noto bronzo di U. BOCCIONI, *Forme uniche della continuità nello spazio*, ritenuto da molti critici l'esempio più alto della ricerca plastica dell'artista.

un secolo — in un mondo in cui il tempo sembra contrarsi sempre di più — in un «futurismo legislativo» espressione di uno Stato che, come l'attuale, opera sovente senza alcuna progettualità, come *machine à faire lois*; che non si contenta di mutare le leggi, di sostituire cioè le leggi vecchie con le nuove; che con un ritmo frenetico e disordinato aggrin-

ge anche di continuo e velocemente leggi nuove a leggi vecchie; e che infine non rifugge neanche dal ricorrere alla decretazione d'urgenza e dal limitare con ripetute fiducie il dibattito parlamentare pure su materie — come quella giuslavoristica — che possono definirsi «valoriali» per riguardare cioè i «valori fondanti» della persona.

Ragioni queste che inducono tutte — a fronte di un siffatto modo frettoloso ed alluvionale di legiferare — a riscoprire la importanza di una lentezza, che non si concretizzi in una deprecabile inerzia ma che viceversa consenta una compiuta riflessione adeguatamente modulata sulla complessità delle questioni da disciplinare (61).

(61) Evidenza in maniera mirabile in una breve fiaba la particolare rilevanza che la lentezza può talvolta assumere LUIS SEPULVEDA, *Storia di una lumaca che scoprì l'importanza della lentezza*, Parma 2013, che racconta le vicende di una lumaca, che intraprende un viaggio solitario, nel corso del quale non potendo saltare come le cavallette né volare come le farfalle né avere l'agilità delle vespe né potendo tenere il ritmo per lei frenetico delle zampe di una formica, riesce ugualmente nonostante il suo lento incedere ad incontrare ed a colloquiare con una saggia tartaruga, i cui consigli risulteranno decisivi per evitare i pericoli della cementificazione e per i raggiungere un bosco erboso e ricco di alberi, unitamente alle sue compagne ritrovate a cui confessa che con il viaggio aveva imparato tante cose, tra le quali anche la importanza della lentezza. Nel suo *Elogio della lentezza*, Bologna 2014, LAMBERTO MAFFEI (già direttore di neuroscienze del Cnr e del Laboratorio di neurobiologia alla Scuola Normale Superiore di Pisa ed ora Presidente dell'Accademia Nazionale dei Lincei) nell'indicare le ricadute positive della lentezza oltre sulla salute fisica e psichica delle persone anche sul loro agire e sulla loro vita ricorda tra l'altro che nel salone dei Cinquecento in Firenze si scorgono nel soffitto immagini strane, che rappresentano delle tartarughe che hanno una grande vela gonfiata dal vento sul loro carapace. Ce ne sono moltissime anche sulle pareti e se uno guarda attentamente scorge anche una scritta che le accompagna: *festina lente* (affrettati lentamente). Affreschi questi — aggiunge l'Autore — che li fece dipingere Cosimo I Medici dal Vasari e dai suoi aiuti come simbolo del suo modo di agire e del suo pensiero espresso dal motto latino, che per Cosimo I voleva significare «pensa e rifletti prima di agire nelle tue azioni di governo» (pagine 10-12).

IL CONTRATTO A TERMINE: L'ETERNA RICERCA DELLA FLESSIBILITÀ IN ENTRATA ED IL JOBS ACT. — Riassunto. L'autore si sofferma sui punti nodali del contratto a termine, comparando la vecchia e la nuova disciplina e ricordando nelle note anche le parole sapienti contenute in alcune pubblicazioni.

FIXED-TERM CONTRACT: ETERNAL RESEARCH OF FLEXIBILITY AND JOB'S ACT. — Summary. The author focus on characteristics of the fixed-term contract, comparing the old and new intervention and reminding the wise words in the footnote included in some publications.

BIBLIOTECA 24

www.biblioteca24.it

La biblioteca professionale del Sole 24 ORE
a portata di click!

Per informazioni contatti il suo agente di zona o compili il coupon su
www.agenti24.it/biblioteca24

GRUPPO 24 ORE