

Luigi Fiorillo - Adalberto Perulli (a cura di)

# **Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni**

Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2015 – LINEA PROFESSIONALE - TORINO  
© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-7524-317-3

*Stampa:* Stamperia Artistica Nazionale S.p.A. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## Capitolo Quarto

### **Il contratto di lavoro a tempo determinato**

di Luigi Fiorillo

SOMMARIO: 1. L'apposizione di un termine di durata al contratto di lavoro subordinato: la definitiva scomparsa delle ragioni giustificatrici nel quadro di una generale rimodulazione delle tutele del lavoratore subordinato. - 2. Criteri (e limiti) per la legittima stipulazione di un contratto a tempo determinato: forma scritta, durata e numero complessivo di contratti. - 3. *Segue*. I limiti di durata. - 4. *Segue*. I limiti quantitativi. - 4.1. *Segue*. I contratti a tempo determinato esenti da limiti quantitativi. - 5. I poteri dell'autonomia collettiva nella definizione dei limiti di durata e di quantità. - 6. La proroga e la continuazione di fatto del contratto a termine. - 7. La successione di più contratti a termine con lo stesso lavoratore e la necessità del sostanziale rispetto del limite di durata massima complessiva. Il recupero del rimedio della frode alla legge. - 8. Il divieto dell'uso del contratto a termine. - 9. Il trattamento normativo: diritto di precedenza. - 10. *Segue*. Principio di non discriminazione. - 11. *Segue*. Formazione. - 12. *Segue*. Criteri di computo. - 13. Impugnazione del contratto a termine e sistema sanzionatorio. - 14. Esclusioni e discipline specifiche. - 15. *Segue*. Il contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni. - 15.1. La "specialità" del contratto a termine pubblico con riferimento alle causali giustificative. - 15.2. Il sistema sanzionatorio: la risarcibilità in luogo della stabilizzazione del rapporto a tempo determinato. - 16. Il modello di disciplina del contratto a tempo determinato e la sua compatibilità con la normativa comunitaria.

#### **1. L'apposizione di un termine di durata al contratto di lavoro subordinato: la definitiva scomparsa delle ragioni giustificatrici nel quadro di una generale rimodulazione delle tutele del lavoratore subordinato**

Il d.lgs. n. 81/2015, artt. 19-29, riscrive la disciplina che regola il contratto di lavoro a tempo determinato riordinando in modo organico le varie modifiche apportate nel corso degli ultimi anni al d.lgs. n. 368/2001 con alcune novità di non poco conto.

La nuova normativa esordisce con una sostanziale omissione che mette in evidenza il principio sicuramente più rilevante sotto il profilo sistematico: la definiti-

va scomparsa nel nostro ordinamento della connotazione di specialità del contratto a tempo determinato presente sin dall'impianto originario del codice civile del 1942<sup>1</sup>.

L'obiettivo viene raggiunto eliminando il requisito della giustificazione causale della clausola appositiva del termine: è possibile stipulare un contratto a tempo determinato senza doverne indicare le ragioni legittimanti così come avviene per il contratto di lavoro a tempo indeterminato.

La regola costituisce il momento finale di una lunga evoluzione legislativa il cui punto di partenza era esattamente agli antipodi.

La prima organica normativa preposta alla disciplina dell'istituto (legge 18 aprile 1962, n. 230) si fondava sulla tassativa indicazione di ipotesi che consentivano il ricorso al contratto a termine e che si caratterizzavano per la specialità dell'attività lavorativa richiesta o per la straordinarietà o eccezionalità della stessa. Si prescindeva da tali requisiti solo nel caso, obiettivamente temporaneo, costituito dalla necessità per il datore di lavoro di sostituire lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, richiedendo comunque l'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito e delle ragioni della sostituzione<sup>2</sup>.

La fine del periodo di piena occupazione che aveva caratterizzato gli anni coevi all'emanazione della legge e la crisi economica ed occupazionale degli anni settanta inducono il legislatore ad avviare una progressiva rivisitazione della legge del 1962, all'insegna di una rivalutazione del contratto a tempo determinato nella sua funzione di strumento utile a consentire un'occupazione regolare, anche se temporanea.

In quest'ottica devono leggersi la legge n. 266/1977 sull'ampliamento dell'ambito di applicazione, sia oggettivo che soggettivo, della causale di cui alla lett. e) dell'art. 1, legge n. 230/1962 nel campo dello spettacolo e, in modo decisamente più significativo, la legge n. 18/1978, in materia di attività stagionali, che opera una sensibile estensione della originaria causale prevista dall'art. 1, lett. a), legge n. 230/1962, consentendo di stipulare contratti a termine per l'intensificazione dell'attività lavorativa (certificata *ex ante* dall'Ispettorato del lavoro) che si verifichi in determinati periodi dell'anno nel settore del turismo e del commercio, con ciò eliminando nei settori di riferimento il requisito dell'eccezionalità.

Anche negli anni Ottanta del secolo scorso non si ferma la tendenza alla progressiva liberalizzazione del contratto a tempo determinato con finalità occupa-

<sup>1</sup> L'art. 2097 c.c., abrogato dalla prima legge che ha disciplinato organicamente l'istituto (legge 18 aprile 1962, n. 230), pur consentendo di stipulare liberamente un contratto a tempo determinato indicando come unica condizione la forma scritta, ne ammetteva comunque la legittimità se il termine risultava «dalla specialità del rapporto».

<sup>2</sup> Per una ricognizione della normativa sul contratto a tempo determinato a partire dal codice del 1865, passando per l'art. 2097 c.c., per arrivare alla legge n. 230/1962, fino al d.lgs. n. 368/2001 nella versione antecedente alle modifiche apportate dalla legge Fornero. Vedi, per tutti, G. FRANZA, *Il contratto a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010.

zionali: in questo senso si registra la legge n. 863/1984 che introduce una tipologia contrattuale mirata all'incremento dell'occupazione giovanile, caratterizzata dalla previsione di un contratto a termine di durata massima biennale che non necessita di alcuna ragione giustificativa, con l'obbligo per il datore di lavoro di predisporre un adeguato piano formativo ricevendo in cambio benefici economici che si sostanziano nel mancato versamento dei contributi comunque riconosciuti al dipendente in senso figurato (contratto di formazione e lavoro).

Sempre nello stesso periodo si assiste ad un perfezionamento del modello originariamente previsto per le punte di attività mediante una tipizzazione legale della causale appositiva del termine: con la legge n. 84/1986 si consente, nel solo settore del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali, la possibilità di ricorrere liberamente al contratto a tempo determinato nel periodo di aprile - ottobre di ogni anno, o comunque per quattro mesi diversamente distribuiti, con l'unico limite costituito da un criterio quantitativo: il personale assunto a termine non può essere superiore al 15% dell'organico aziendale. Si tratta di una sorta di presunzione legale di tipo oggettivo sulla presenza di ragioni organizzative che caratterizzano il settore del trasporto aereo in un determinato periodo dell'anno (aprile - ottobre), che si atteggia ad una vera e propria liberalizzazione antitetica all'impianto originario della legge n. 230/1962, nel momento in cui lo stesso legislatore prescinde dalla punta stagionale, consentendo di assumere a termine anche per un periodo di quattro mesi diversamente distribuiti nel corso dell'anno.

Il primo tentativo organico di mitigare il rigido criterio della specialità/eccezionalità nell'utilizzo del contratto a termine si verifica con l'art. 23 della legge n. 56/1987 che abilita la contrattazione collettiva nazionale o locale ad individuare ipotesi nelle quali è possibile stipulare contratti a tempo determinato oltre quelle indicate dalla legge del 1962, con l'effetto, non di poco conto, di «una diversificazione delle fonti di legittimazione del lavoro temporaneo»<sup>3</sup>.

Le parti sociali hanno la possibilità di indicare causali legittimanti l'apposizione del termine diverse da quelle previste dalla legge e cioè non necessariamente connotate dal requisito della transitorietà, trattandosi, nel caso di specie, di un sistema caratterizzato da una delega in bianco a favore della fonte pattizia nel quale la tutela da possibili abusi si realizza grazie alla funzione normativa di cui gode l'organizzazione sindacale nel processo di negoziazione. Alla previsione che legittima i contratti collettivi ad identificare nuove causali si accompagna quella che consente alle parti sociali di stabilire «il numero in percentuale dei lavoratori che possono essere assunti con contratto di lavoro a termine rispetto al numero dei lavoratori impegnati a tempo indeterminato» (c.d. clausola di contingentamento)<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 213 alla quale si rinvia anche per la ricostruzione del quadro normativo sul lavoro temporaneo in Italia prima della legge n. 183/2010 (c.d. Collegato lavoro).

<sup>4</sup> Il ruolo e il significato da attribuire all'art. 23 cit., sintetizzato nel testo, costituisce il punto di arrivo di un dibattito, assestatosi solo grazie all'intervento risolutore della Suprema Corte di Cassa-

L'ultimo decennio del secolo scorso non si sottrae all'inarrestabile processo di implementazione delle fattispecie che consentono un ricorso al contratto a termine più elastico rispetto alle originarie previsioni legislative.

In questo ambito si iscrive l'art. 8, co. 2, legge n. 223/1991 che, per i lavoratori collocati in mobilità, consente di stipulare un contratto a termine della durata massima di 12 mesi la cui quota contributiva a carico del datore di lavoro è parificata a quella degli apprendisti.

In questo caso il legislatore tipizza *ex ante* una causale di tipo soggettivo al fine di favorire, anche se in via temporanea, l'occupazione di quanti vengano espulsi dal mercato del lavoro a seguito di un licenziamento collettivo, prevedendo altresì che il beneficio contributivo, già stabilito per l'assunzione a termine, duri per un ulteriore anno nel caso in cui il contratto venga poi trasformato a tempo indeterminato.

Con il d.lgs. n. 368/2001 si avvia un processo di radicale cambiamento con l'obiettivo di affrancare definitivamente il contratto a tempo determinato da rigide tipizzazioni di matrice legale e/o contrattuale.

Il decreto del 2001, adottato in applicazione della direttiva comunitaria 99/70/CE, abroga la legge n. 230/1962 e l'art. 23 legge n. 56/1987 e passa, ai fini della individuazione delle causali legittimanti il contratto a termine, «da un sistema di tipizzazione casistica e tassativa (...) ad un sistema incentrato su una norma generale a contenuto indeterminato»<sup>5</sup>.

L'intervento normativo è frutto di istanze maturate in sede comunitaria volte a favorire l'utilizzo di questa tipologia contrattuale all'insegna «di un compromesso virtuoso tra limiti e flessibilità»<sup>6</sup> al fine di soddisfare le esigenze di entrambe le parti del rapporto, in un contesto nel quale si privilegia il contratto a tempo indeterminato come «forma comune» del rapporto di lavoro subordinato con la conseguenza che il contratto a tempo determinato è oggetto di limitazioni non in quanto tale ma quando, attraverso un uso reiterato nei confronti di uno stesso lavoratore o foriero di trattamenti normativi ed economici peggiorativi, può diventare alternativo al contratto stabile (vedi *infra*, par. 16).

Il risultato è la definizione di un testo che, in modo più stringente rispetto alla normativa comunitaria, prevede limitazioni anche per il singolo contratto a termine, e non soltanto per una successione di contratti, ma che, nel contempo, lo valorizza come strumento gestionale così da consentire alle aziende di far fronte alle

zione a Sezioni Unite del 2 marzo 2006, n. 4588 (in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 650 con nota di C. TIMELLINI), che ha visto parte della dottrina e soprattutto della giurisprudenza arroccarsi su una interpretazione della norma appiattita sulla legge del 1962 tendente ad escludere che la contrattazione collettiva potesse indicare causali non caratterizzate dal requisito della transitorietà e tanto meno ipotesi legate a situazioni non soltanto oggettive ma soggettive, cioè riguardanti determinate condizioni del singolo lavoratore quali, ad esempio, lo stato di disoccupazione.

<sup>5</sup> S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo*, cit., p. 216.

<sup>6</sup> P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 957.

più svariate esigenze di personale aventi carattere temporaneo incrementando comunque le occasioni di lavoro.

Sottoposto al vaglio giurisprudenziale sul controllo delle causali giustificatrici, il d.lgs. n. 368/2001 si è ben presto rivelato inidoneo al perseguimento delle finalità sopra richiamate. La norma generale deputata alla individuazione delle ragioni appositive della clausola del termine, interpretata con un approccio culturale legato alla logica dell'eccezione, ha consentito alla giurisprudenza di coniare parametri applicativi talmente rigidi «da far rimpiangere il precedente impianto normativo che grazie alla tassativa tipizzazione delle ragioni giustificatrici (...) consentiva un utilizzo del contratto a tempo determinato più governabile sotto il profilo gestionale»<sup>7</sup>.

In sostanza il d.lgs. n. 368/2001, come è stato efficacemente osservato, «è rimasto vittima di una sorta di eterogenesi dei fini»<sup>8</sup>.

Comunque è l'intera legislazione sul lavoro temporaneo che, nonostante le esplicite formulazioni letterali per consentire anche un uso ordinario<sup>9</sup>, seppur controllato, degli strumenti di flessibilità in entrata, ha conosciuto un'applicazione chiusa ad ogni tentativo di affrancare le assunzioni a termine dal requisito della eccezionalità, accompagnata, peraltro, da un giudizio sociale di disvalore in quanto ritenuta causa di precarizzazione delle condizioni di vita del lavoratore<sup>10</sup>.

Sono queste le ragioni che hanno indotto il legislatore ad adottare ulteriori interventi sul contratto a termine, in un caso per affrancare alcuni settori produttivi dal rischio di conversioni in massa di contratti a tempo determinato strettamente legati al soddisfacimento di servizi caratterizzati dalla oggettiva necessità di ac-

<sup>7</sup> 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 *Il nuovo diritto del lavoro* diretto da L. FIORILLO, A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2014, p. 32 al quale si rinvia per la ricognizione giurisprudenziale ed ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>8</sup> P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 957.

<sup>9</sup> È rimasta lettera morta la legge n. 133/2008 recante, per quel che interessa la materia lavoristica, disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività nella parte in cui integra la causale generale prevista dall'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, specificando che le ragioni tecniche, organizzative, produttive e sostitutive sono anche riferibili «all'ordinaria attività del datore di lavoro». Così come non hanno trovato ingresso, nell'interpretazione giurisprudenziale, riflessioni teoriche che, leggendo in chiave evolutiva la rivisitazione normativa dell'istituto, cercano di dimostrare quanto sia fallace l'interpretazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 per la quale la legittimità del contratto impone «l'esistenza in forma specifica dell'occasione di lavoro» e mettono in evidenza che in tal modo non solo si contraddice «la lettera della legge che nulla dispone in tal senso, ma la sua stessa ratio che traspare inequivocabilmente dalla linea evolutiva seguita dal legislatore» così F. LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 51.

<sup>10</sup> Sul punto si rinvia alle riflessioni di M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in *La nuova riforma del lavoro*, a cura di M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, Giuffrè, Milano 2012, p. 7.

compagnare al personale assunto in pianta stabile dipendenti assunti a termine<sup>11</sup>, in un altro caso per porre fine ad un sistema, imperniato sulla regola di carattere generale che riconosceva il diritto ad un risarcimento del danno pari a tutte le retribuzioni dovute a partire dalla cessazione del contratto a termine fino alla definitiva sentenza di conversione, implicante costi economici particolarmente gravosi per il datore di lavoro, non dipendenti dalla sua volontà in quanto dovuti, oltre che ai tempi lunghi della giustizia del lavoro, alla incondizionata possibilità per il lavoratore di attivare, anche dopo molti anni dalla cessazione del contratto, l'azione giudiziaria finalizzata alla dichiarazione di nullità della causale appositiva del termine<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Il riferimento è alla legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006) con cui è stato aggiunto all'art. 2 della legge n. 368/2001 il co. 1-bis, ossia la possibilità per le imprese concessionarie di servizi postali di stipulare contratti a termine c.d. acausali.

Con il richiamato intervento normativo il legislatore ha di fatto esonerato le aziende operanti nel settore dalla necessità di specificare le ragioni giustificatrici dell'assunzione a tempo determinato, valutando egli stesso, a monte, l'esistenza di obiettive esigenze di disporre di organico flessibile entro una determinata quota percentuale (15%) rispetto all'organico presente in pianta stabile e con le modalità previste per il settore aeroportuale già disciplinato dall'art. 2, co. 1, d.lgs. n. 368/2001.

La scelta legislativa ha successivamente superato il vaglio della Corte Costituzionale che, con pronuncia n. 214 del 14 luglio 2009, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma per presunto contrasto con gli artt. 3, co. 1, 101, 102 e 104 Cost., osservando, in particolare, come l'introduzione di una fattispecie di contratto a termine acausale per le imprese concessionarie di servizi postali sia direttamente funzionale all'onere gravante su tali aziende di assicurare lo svolgimento dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto e alla distribuzione degli invii postali, nonché di garantire la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica (c.d. servizio universale).

<sup>12</sup> È questo il caso dell'art. 32 del c.d. Collegato Lavoro con cui sono state introdotte regole speciali per la determinazione delle conseguenze risarcitorie della dichiarazione di nullità del termine che si differenziano da quelle generali previste dagli artt. 1218 ss. c.c. L'art. 32, co. 5, legge n. 183/2010 ha infatti previsto quale conseguenza della dichiarazione di nullità della clausola appositiva del termine, oltre alla conversione del contratto in un rapporto a tempo indeterminato, il pagamento di un'indennità forfettaria onnicomprensiva variabile da un minimo di 2,5 ad un massimo di 12 mensilità a seconda delle dimensioni dell'azienda, della durata del contratto, del comportamento e della condizione delle parti.

La norma ha generato una serie di perplessità (vedi, per tutti, i due saggi di C. PISANI e L. MENGHINI in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 325 e 336) definitivamente sopitesesi dopo l'avallo del meccanismo indennitario da parte della Corte Costituzionale che, con sentenza n. 303/2011, ha affermato la legittimità della disciplina sul presupposto «delle obiettive incertezze verificatesi nell'esperienza applicativa dei criteri di commisurazione del danno secondo la legislazione previgente, con l'esito di risarcimenti ingiustificatamente differenziati in misura eccessiva (...)», aggiungendo che «è in tale contesto, quindi, che deve inserirsi la novella in esame, diretta ad introdurre un criterio di liquidazione del danno di più agevole, certa ed omogenea applicazione».

A chiarimento della *ratio* della norma in parola è intervenuta anche la Corte di Cassazione che, con sentenza 31 gennaio 2012, n. 1411, ha ritenuto che l'indennità in questione non si aggiunge alle forme di risarcimento del danno patrimoniale liquidate secondo le regole del diritto comune, ma le sostituisce con la finalità di realizzare un equilibrato componimento degli opposti interessi. Ciononostante una parte minoritaria della giurisprudenza di merito (cfr. *ex multis* Corte App. Roma n. 267/2012, in *Mass. Rep. Lex24*) ha applicato il nuovo sistema indennitario riconoscendo, di fatto, un

Nonostante i numerosi interventi normativi la disciplina del contratto a termine resta, nella interpretazione giurisprudenziale, ben lontana dal consentirne l'utilizzo anche per «l'ordinaria attività», così come previsto dal legislatore del 2008.

Le ragioni di tale anomalia sono da rinvenirsi in un contesto culturale che, nonostante sia passato quasi mezzo secolo, resta ancorato ad una visione del diritto del lavoro che ritiene intangibile l'insieme dei valori di cui si è fatto portatore lo Statuto dei diritti dei lavoratori (legge n. 300/1970) senza concedere alcuno spazio alla possibilità che un ordinamento giuridico, elevatosi qualitativamente proprio grazie ad una legge del genere, possa perseguire, in un'epoca nella quale sono cambiati non solo il modo di produrre ma anche i bisogni e le aspettative del lavoratore, la tutela della sua dignità e dei suoi bisogni fondamentali, senza dover necessariamente porre a fondamento, a tutti i costi, la stabilità del posto di lavoro avversando, conseguentemente, modalità di svolgimento dell'attività lavorativa che non siano caratterizzate da un contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Per comprendere quanto sia difficile che nel nostro ordinamento giuslavoristico trovi cittadinanza l'istituto della flessibilità come strumento gestionale, scevro da implicazioni di carattere ideologico, basta soffermarsi su alcune considerazioni frutto della riflessione di un autorevole esponente della dottrina giuslavoristica

---

«doppio risarcimento» al lavoratore: l'indennizzo ai sensi dell'art. 32 cit. per il periodo che va dalla cessazione del contratto a termine al deposito del ricorso ex art. 414 c.p.c. e le retribuzioni maturate a decorrere da quella data fino alla sentenza che converte il contratto. Per tale ragione il legislatore è dovuto ricorrere all'interpretazione autentica della disposizione in esame precisando, con l'art. 1, co. 13, legge 28 giugno 2012, n. 92 (c.d. legge Fornero), che la disciplina di cui al co. 5 dell'art. 32 deve essere interpretata nel senso che l'indennità ivi prevista ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con cui il giudice trasforma il contratto a termine in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

L'art. 32 si caratterizza anche per aver modificato la disciplina dell'art. 6, legge n. 604/1966 in materia di impugnazione del licenziamento, aggiungendo all'originario termine di decadenza di 60 giorni un successivo termine di decadenza di 270 entro cui promuovere l'azione giudiziaria, e di aver esteso il campo di applicazione della predetta duplice decadenza ai casi di impugnazione di contratti a tempo determinato (art. 32, co. 4, lett. a), così rispondendo alla duplice esigenza di razionalizzare i tempi di avvio del contenzioso giudiziale e di garantire la definitività, in tempi brevi, dei rapporti tra datore di lavoro e lavoratore.

La Legge Fornero (legge n. 92/2012) ha successivamente disposto che, a partire dal 1° gennaio 2013, il termine per l'impugnazione stragiudiziale dei contratti a tempo determinato venisse esteso a 120 giorni mentre quello successivo per il deposito del ricorso giudiziale ridotto a 180.

Con l'introduzione del duplice termine di decadenza per l'impugnazione del contratto a termine è stato altresì superato il contrasto giurisprudenziale in merito alla possibilità di individuare nel comportamento del lavoratore che alla scadenza di un contratto di lavoro a tempo determinato non manifesti la volontà univoca alla prosecuzione del rapporto di lavoro cessato, ma anzi abbia comportamenti che anche solo per *facta concludentia* risultino incompatibili con la volontà di voler proseguire stabilmente nel rapporto, un implicito consenso allo scioglimento del contratto. Con riferimento al dibattito giurisprudenziale in materia di risoluzione del rapporto per mutuo consenso, si rinvia a F. BONFRATE, *L'inerzia del lavoratore e la sua rilevanza ai fini della risoluzione del rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 5 e più di recente a E. GULINO, *Il contegno omissivo socialmente rilevante ai fini della risoluzione tacita del contratto*, in *Giur. it.*, 2014, p. 2797.

italiana che, dopo aver affermato che «flessibilità equivale a duttilità/indeterminatezza/precarietà» ed averla messa in diretta contrapposizione con «inderogabilità/rigidità/fissità», precisa che quando il legislatore manifesta un accentuato *favor* per la prima triade, «è naturale che il giurista del lavoro viva la vicenda non tanto come l'esortazione ad inoltrarsi in un territorio inesplorato, quanto piuttosto come la spoliazione del suo patrimonio di sapere», mettendo in evidenza come gli elementi che qualificano la flessibilità «si sostituiscono alla coerenza sistemica» dell'impianto normativo su cui si fonda il diritto del lavoro<sup>13</sup>.

In questo contesto, quando a livello politico si è deciso di provare a superare la stagnazione occupazionale che affligge da anni il nostro Paese, operando anche sul mercato del lavoro attraverso l'agevolazione del ricorso a forme contrattuali flessibili onde facilitare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro a supporto di una politica attiva per l'occupazione<sup>14</sup>, il legislatore del 2012, con grande determinazione, ha deciso di intervenire sul punto nodale della flessibilità in entrata infrangendo formalmente un tabù presente da sempre nel nostro ordinamento quale è sicuramente quello, a livello di sistema, della necessaria ed oggettiva temporaneità delle ragioni poste a fondamento di un'assunzione a durata limitata, quasi a voler sottolineare che «una certa quota di contratti non standard sia ormai inmanente o strutturale nel mondo attuale di organizzazione delle imprese»<sup>15</sup>.

Nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 viene inserito il co. 1-*bis* che introduce una fattispecie di contratto a termine acausale, per il quale non è necessario indicare ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, per legittimare l'apposizione del termine.

Il ribaltamento di prospettiva è ancora parziale: resta in vita la regola di carattere generale sulla necessità di indicare ragioni oggettivamente temporanee a supporto del contratto e a questa si accompagna la possibilità, solo in caso di primo rapporto a tempo determinato concluso tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, per la durata non superiore ad un anno, di stipulare un contratto a ter-

<sup>13</sup> U. ROMAGNOLI, *La transizione infinita verso la flessibilità «buona»*, in *Lav. dir.*, 2013, p. 155.

<sup>14</sup> L. MENGHINI, *Contratto a termine: nuove regole*, in *Commentario alla riforma Fornero*, a cura di F. CARINCI, M. MISCIONE, (supplemento *Dir. prat. lav.*, n. 33/2012) Ipsoa, Milano, 2012, p. 94 evidenzia la finalità sostanziale della norma che è quella di «provare a smuovere le acque stagnanti del mercato del lavoro consentendo una prima esperienza lavorativa nella speranza che la stessa contribuisca ad aumentare le possibilità di un successivo rapporto stabile»; nello stesso senso A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 18 il quale sottolinea come il legislatore intende valorizzare «il primo isolato contratto a termine quale strumento di flessibilità e di occupazione anche in funzione sperimentale». La finalità della acausalità come incentivo all'occupazione con fini anche sperimentali è sempre più condivisa in dottrina, vedi S. CIUCCIOVINO, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 125 ss. e G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il termine nel contratto di lavoro: riflessioni a margine della riforma Fornero*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, n. 3, p. 562 ss.

<sup>15</sup> M. MAGNANI, *Genesi e durata*, cit., p. 7.

mine senza il requisito previsto dal co. 1 dello stesso articolo (specificazione della causale).

La disciplina acquista una significativa rilevanza metodologica. Per la prima volta nel nostro ordinamento viene legittimata una tipologia di flessibilità in entrata, i cui limiti non si rinvergono nella necessità di un sostrato organizzativo oggettivamente temporaneo o legato a peculiari situazioni soggettive, funzionalmente equiparata al contratto a tempo indeterminato potendo il dipendente essere utilizzato per soddisfare qualsivoglia esigenza aziendale.

In tal modo il contratto a termine diventa protagonista di un processo che lo porterà, con il decreto del 2015, a divenire una delle modalità ordinarie con la quale l'impresa procede a soddisfare le proprie esigenze di personale: accanto a quelle rivolte comunque al soddisfacimento di esigenze occasionali e temporanee se ne aggiungono altre quali «la sperimentazione soggettiva del singolo lavoratore»<sup>16</sup> ovviando in tal modo alle carenze del patto di prova che, causa la sua brevità, soprattutto per le qualifiche medio – alte, non consente una ponderata verifica delle capacità professionali del lavoratore.

La acausalità del primo contratto è destinata a favorire anche sperimentazioni di tipo organizzativo da parte dell'azienda che può essere invogliata in tal senso anche grazie alla possibilità di ricorrere ad incrementi di mano d'opera con la certezza di non incorrere nella stabilizzazione di posizioni lavorative dal futuro obiettivamente incerto al momento della loro instaurazione in quanto legato a nuovi processi produttivi.

Nello stesso anno viene emanato il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 (convertito con modifiche nella legge n. 221/2012) che consente alle «imprese start-up innovative», così come definite dall'art. 25, co. 2 stessa legge, per un periodo di quattro anni dalla loro costituzione, di utilizzare contratti a termine (anche in somministrazione) per una durata variabile da un minimo di sei ad un massimo di 36 mesi, senza l'indicazione di alcuna ragione giustificatrice per lo svolgimento di attività inerenti o strumentali all'oggetto sociale, rinnovabili e prorogabili senza le limitazioni previste dal d.lgs. n. 368/2001 e con la possibilità di allungare fino a quattro anni la durata dei contratti temporanei a condizione che la stipula del contratto avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio.

Il processo di radicale ribaltamento in ordine alla necessità di prevedere ragioni che giustificano il ricorso al contratto a termine, introdotto dalla prima organica disciplina sull'istituto risalente al 1962, si verifica con il d.l. 20 marzo 2014, n. 34 convertito nella legge n. 78/2014.

Ancora una volta si interviene sull'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 abrogando il co. 1-*bis*, sul contratto acausale, introdotto dalla legge n. 92/2012 ed eliminando la necessità di apporre «ragioni di carattere tecnico, produttivo o sostitutivo» a qualsiasi tipo di contratto a termine.

---

<sup>16</sup> Così G. FRANZA, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 54.

La rivisitazione dell'istituto è decisamente rivoluzionaria<sup>17</sup>: i contratti di lavoro subordinato con clausola del termine finale costituiscono uno strumento gestionale ordinario che, nel rispetto di limiti quantitativi e di durata massima, si accompagna alle assunzioni a tempo indeterminato nell'approvvigionamento del personale.

La regola dettata dal nuovo art. 1 è fatta propria dal d.lgs. n. 81/2015 che, in ossequio al principio di delega contenuta nella legge n. 183/2014, volto ad «analizzare ed individuare 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 in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali», abroga il d.lgs. n. 368/2001 e riscrive la disciplina dell'istituto mantenendo l'impianto del decreto medesimo come rivisitato nel 2014, fornendo, nel contempo, una sistemazione organica della disciplina con alcune modifiche non irrilevanti.

La scelta del legislatore di assoggettare il contratto a tempo determinato a limitazioni di altra natura (come si avrà modo di esaminare nei prossimi paragrafi), diverse da quelle rinvenibili nelle esigenze organizzative, è destinata a generare non poche perplessità peraltro già ampiamente manifestatesi con l'entrata in vigore della legge n. 78/2014 e, ancor prima, con la legge n. 92/2012.

In occasione della legge del 2012 (c.d. legge Fornero) che aveva approntato una modifica in materia di un certo rilievo, ma ben lontana da quella che si sarebbe realizzata con la legislazione del 2014, poi perfezionatasi con il decreto legislativo del 2015, non sono mancate critiche da parte della più autorevole dottrina che hanno qualificato la norma che ha introdotto nell'ordinamento la possibilità di stipulare un primo ed unico contratto acausale della durata massima di un anno «un arretramento della legislazione, in quanto viene a mancare la razionalità giuridica sulla quale si fonda il d.lgs. n. 368/2001», sostenendo che un contratto del genere «offre una situazione di vantaggio per il datore che, scaduto il termine di un anno, può risolvere il rapporto di lavoro senza sopportare alcun onere, ed invece di ingiusto pregiudizio per il lavoratore che alla scadenza dell'anno può essere privato del posto di lavoro faticosamente conquistato senza ricevere alcuna contropartita»<sup>18</sup>.

Entrata in vigore la legislazione del 2014 non sono mancati autori che hanno auspicato il ritorno alla legge n. 230/1962 e non hanno esitato ad affermare che «la soluzione del decreto legge n. 34/2014 (convertito poi dalla legge n. 78/2014 –

<sup>17</sup> Sul punto vedi L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 1221 il quale, nel sottolineare che «le novità introdotte (...) sono enormi», ricostruisce l'iter di conversione del decreto legge mettendo in evidenza il forte scontro politico in sede parlamentare e la posizione di molti studiosi che evidenziano i pericoli di una normativa che rischia di aggravare la posizione di soggezione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro.

<sup>18</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Commento alla legge 28 giugno 2012, n. 92 sulla riforma del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, pp. 790 e 793.

n.d.r.) crea una condizione di strutturale e poco rimediabile sottoprotezione professionale con il plausibile degradare verso ambiti di emarginazione sociale»<sup>19</sup>.

Il panorama dottrinario degli ultimi anni si caratterizza anche per riflessioni non prive di interesse per la loro articolata struttura argomentativa, tese a dimostrare che nel nostro ordinamento la causale organizzativa «costituisce un limite necessario al legislatore nella disciplina del contratto a tempo determinato»<sup>20</sup> dalle quali discenderebbe un insanabile contrasto dell'intero impianto della nuova disciplina sulla flessibilità in entrata con il dettato costituzionale e con l'ordinamento europeo.

Senza voler disconoscere aprioristicamente le ragioni poste a fondamento dei rilievi<sup>21</sup>, da più parti evidenziati, sull'abolizione di limiti qualitativi all'uso del contratto a tempo determinato e prima di affrontare l'esame delle singole norme che ne caratterizzano la nuova disciplina, ritengo utile una breve considerazione di carattere generale riguardante il contesto in cui la stessa si inserisce.

L'interprete non si trova di fronte ad una delle tante modifiche che hanno interessato il d.lgs. n. 368/2001 nel corso degli ultimi anni, in un quadro sostanzialmente immutato del diritto del lavoro, ma, al contrario, è chiamato a leggere le regole sulla flessibilità in entrata nell'ambito di una radicale rivisitazione degli elementi portanti dell'intera materia.

La legge delega n. 183/2014 ha avviato un nuovo corso del diritto del lavoro, allo stato perfezionatosi a seguito del completamento della prevista legislazione delegata<sup>22</sup>, dal quale emerge un assetto della materia la cui principale caratteristica è quella di «aver messo in discussione idee, prassi e teorie comunemente accet-

<sup>19</sup> E. GRAGNOLI, *La nuova regolazione del contratto a tempo determinato e la stabilità del rapporto di lavoro: introduzione*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 681.

<sup>20</sup> P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, p. 72 ss.

<sup>21</sup> Oltre agli autori già citati e a quelli che saranno menzionati in seguito vedi, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, G. LEONE, *L'utilizzo vincolato del contratto a tempo determinato: cronaca di una morte annunciata*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, p. 729 ss. che individua il più grande limite della legislazione del 2014 nell'aver «ignorato un approccio qualitativo, interno al regolamento contrattuale e al suo sviluppo, che dia invece rilievo anche alle esigenze di stabilità dei lavoratori».

<sup>22</sup> Nel corso del 2015 sono stati emanati ben otto decreti legislativi: il d.lgs. n. 22/2015 che riforma gli ammortizzatori sociali previsti in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati introducendo la NASpI (Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego); il d.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti; il d.lgs. n. 80/2015 con cui sono state introdotte nuove misure per la conciliazione delle esigenze di cura, vita e di lavoro; il d.lgs. n. 81/2015, oggetto del presente commento, sulle tipologie contrattuali e la disciplina delle mansioni; il d.lgs. n. 148/2015 che riordina la normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di lavoro; il d.lgs. n. 149/2015 con cui sono introdotte norme per la semplificazione dell'attività ispettiva in materia di lavoro e legislazione sociale; il d.lgs. n. 150/2015 che riordina la normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive; il d.lgs. n. 151/2015 che introduce disposizioni tese alla semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese nonché altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità.

tate come valide in vista della soluzione dei problemi per i quali il diritto del lavoro è sorto e si è sviluppato nel corso del XX secolo»<sup>23</sup>.

La novità, destinata ad avere un'immediata ricaduta anche sull'uso della flessibilità in entrata, è costituita dalla rimodulazione delle tutele di cui può usufruire il lavoratore subordinato a tempo indeterminato in caso di licenziamento<sup>24</sup>.

La residualità della reintegrazione nel posto di lavoro come rimedio in caso di licenziamento illegittimo comporta il venir meno del principio della stabilità contrattuale all'insegna dell'idea che bisogna proteggere non il posto di lavoro, ma il prestatore d'opera nel mercato del lavoro<sup>25</sup>.

Questo modello di protezione stempera la contrapposizione tra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato «affidata a mere qualificazioni formali più che a differenti nuclei di tutela protettiva del prestatore di lavoro»<sup>26</sup>.

Con le nuove regole, in presenza di tutele di tipo esclusivamente indennitario, gode di una protezione maggiore, in costanza di rapporto, il lavoratore assunto con un contratto a tempo determinato che può essere licenziato solo per giusta causa rispetto ad un lavoratore assunto con il contratto a tutele crescenti che può vedere risolto il suo rapporto anche per giustificato motivo sia soggettivo che oggettivo<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> A PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 48. Per una riflessione sul processo di mutazione che sta attraversando il diritto del lavoro si rinvia, da ultimo, a *Diritto del lavoro in trasformazione*, L. CORAZZA, R. ROMEO (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2014.

<sup>24</sup> La nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23/2015 relega la tutela reale alle sole ipotesi di licenziamento discriminatorio, nullo e in caso di materiale inesistenza dal fatto contestato, la elimina per quello adottato per ragioni economiche/organizzative ed erige a strumento ordinario di protezione una tutela di tipo meramente economico. Per un commento organico della normativa v. L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutela crescente e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015 e M.T. CARINCI, A. TURSI (a cura di), *Jobs Act - il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015.

<sup>25</sup> L'obiettivo della protezione del lavoratore in un mercato del lavoro più inclusivo che tende a ridurre la contrapposizione tra occupati e disoccupati e che, nel contempo, garantisca un reddito nei periodi di non lavoro e favorisca nuova occupazione è oggi a portata di mano grazie ad un corposo apparato normativo (vedi *retro*, n. 22) di cui ben presto devono vedersi le effettive potenzialità per la tenuta dell'intero processo riformatore.

<sup>26</sup> M. TIRABOSCHI, *Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro*, in *Adapt - Labour studies*, e-book series, n. 45, 2015, p. 1. Nello stesso senso T. TREU, *In tema di Jobs act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 158 per il quale il contratto a tempo indeterminato è competitivo rispetto al contratto a termine grazie alla «consistente riduzione di costi e minore rigidità della disciplina del licenziamento, cioè il minor rischio per il datore di lavoro di vedere reintegrato il lavoratore licenziato ingiustamente».

<sup>27</sup> Sotto il profilo esclusivamente economico, in determinate condizioni, il ricorso al contratto a tempo indeterminato può essere preferibile rispetto a quello a termine. Ad esempio, il criterio indennitario a tutele crescenti (due mensilità per ogni anno di servizio con un minimo di quattro) previsto in caso di licenziamento economico illegittimo di un lavoratore assunto a tempo indeterminato con anzianità fino a 2/3 anni è meno oneroso per il datore di lavoro rispetto ad un contratto a termine di durata media (12/18 mesi) che, se risolto *ante tempus* dopo pochi mesi, per impreviste ragioni organizzative che non ne consentono la prosecuzione, offre una maggiore protezione al lavoratore

Il venir meno della tutela reintegratoria, accompagnato all'interesse che il sistema ha nei confronti del contratto a tempo indeterminato<sup>28</sup>, come dimostra l'ultima legge di stabilità (legge n. 190/2014)<sup>29</sup>, è destinato a porre fine all'uso patologico del contratto a tempo determinato, che ha caratterizzato il mercato del lavoro italiano degli ultimi 7/8 anni, e a mettere a regime il ricorso ad una flessibilità in entrata di tipo fisiologico.

Alla luce di queste brevi considerazioni la scelta del legislatore di eliminare un controllo qualitativo sul ricorso al lavoro temporaneo, nel contesto generale di cui si è fornito un rapido cenno, non merita le forti critiche mosse dalla letteratura giuslavorista alla legge n. 78/2014, salvo a voler prospettare la necessità di un cambiamento di rotta del nuovo corso imboccato dal diritto del lavoro che, è bene ricordarlo, è il frutto di pressioni interne, dovute alla imponente massa di cittadini privi di occupazione perché non riescono ad entrare nel circuito produttivo o perché, espulsi, non riescono a ricollocarsi, e di vincoli istituzionali di derivazione europea che il sistema Paese non può ignorare<sup>30</sup>.

---

essendo possibile la risoluzione del rapporto solo per giusta causa con diritto di quest'ultimo alla corresponsione di tutte le retribuzioni dovute dalla data del recesso fino all'originario termine di scadenza del contratto. Sul tema, da ultimo, vedi L. FIORILLO, *Il recesso ante tempus del datore di lavoro dal contratto a tempo determinato*, in *Giur. it.*, 2014, p. 462.

<sup>28</sup> A questo proposito osserva L. ZOPPOLI, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, p. 22, in una riflessione comunque critica sul nuovo corso del diritto del lavoro tacciato di aver superato le disuguaglianze tra le due tipologie contrattuali attraverso un livellamento verso il basso delle condizioni di lavoro, evidenzia che «il lavoratore a termine (...) costa di più all'impresa e non è in grado di assicurare un comportamento da consumatore pari a quello di un lavoratore a tempo indeterminato (non accede al credito bancario e non ha un orizzonte lungo per assumere impegni finanziari)» impedendo al Paese di «realizzare gli obiettivi della Strategia europea dell'occupazione che consistono nell'elevare il lavoro di qualità, la coesione sociale e lo sviluppo economico».

<sup>29</sup> In caso di assunzione con contratto a tempo indeterminato di lavoratori che nei precedenti sei mesi non siano stati occupati a tempo indeterminato, il datore di lavoro usufruisce di un risparmio contributivo nella misura massima di 8.060 euro annui per la durata di tre anni. Si tratta di una misura che sta dando i suoi frutti: recenti dati forniti dall'Inps evidenziano che nel primo semestre del 2015 i contratti a tempo indeterminato sono cresciuti del 36% rispetto all'anno 2014 mentre quelli a tempo determinato sono rimasti stabili.

<sup>30</sup> Per una ricognizione della posizione della Commissione europea che ritiene essenziale che gli Stati membri adeguino i propri ordinamenti nel senso di favorire modifiche strutturali del mercato del lavoro secondo le linee guida tracciate dalla legge delega n. 183/2014 vedi EUROPEAN COMMISSION, *Employment in europe 2010*. Per un efficace quadro di sintesi delle ragioni politiche e di derivazione europea che hanno indotto l'attuale Governo a portare avanti (e completare) la riforma del diritto del lavoro vedi V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il jobs act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *www.bollettinoadapt.it*, 2015 ADAPT University Press, specie par. 2 che, comunque, l'a. mostra di non condividere se comportano la riduzione di tutela in caso di licenziamento e la liberalizzazione sull'uso del contratto a termine.

## 2. Criteri (e limiti) per la legittima stipulazione di un contratto a tempo determinato: forma scritta, durata e numero complessivo di contratti

L'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015 detta le regole per la valida apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato<sup>31</sup>.

La clausola del termine necessita della forma scritta che deve indicare, in modo diretto o indiretto, la scadenza del contratto; in mancanza di tale requisito «l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto». È previsto inoltre l'obbligo per il datore di lavoro di consegnare una copia del contratto al lavoratore entro cinque giorni dall'inizio della prestazione.

Le prescrizioni sopra indicate non devono essere rispettate nel caso in cui la durata del rapporto di lavoro non superi i dodici giorni.

Il requisito della forma scritta per i soli contratti non standard riflette la regola generale, fissata dall'art. 2094 c.c., per il quale il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato non necessita, ai fini costitutivi, di particolari modalità di forma essendo possibile stipulare tale tipo di contratto in forma orale o per fatti concludenti, e ciò allo scopo di offrire al lavoratore una tutela di tipo sostanziale, garantita dall'art. 2126 c.c. sulla rilevanza della prestazione di fatto, che potrebbe trovare ostacolo ove fossero previsti rigidi requisiti formali per la valida instaurazione del rapporto.

Per la stessa ragione, sin dalla originaria impostazione civilistica (art. 2097 c.c.), il contratto a termine, discostandosi dalla regola di carattere generale che vuole che il rapporto di lavoro subordinato sia di durata indeterminata, è assoggettato ad una prescrizione di forma per una migliore protezione della posizione del lavoratore.

A tal fine è lo stesso legislatore che qualifica le conseguenze sanzionatorie della mancanza di forma scritta prescrivendo l'inefficacia della clausola del termine con la conseguenza che il contratto deve ritenersi a tempo indeterminato sin dall'origine, e ciò senza bisogno di ricorrere alla strumentazione di carattere gene-

<sup>31</sup> Il capo terzo del d.lgs. n. 81/2015 riscrive negli artt. 19-29 l'intera disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato e nel contempo l'art. 55 dello stesso decreto abroga il d.lgs. n. 368/2001 con una peculiarità per l'art. 2 che viene abrogato ma con effetto differito al 1° gennaio 2017. La norma ad abrogazione differita disciplina l'utilizzo di tale tipologia contrattuale nei settori del trasporto aereo, dei servizi aeroportuali e dei servizi postali effettuati in concessione. Si tratta di settori che il legislatore, già da tempo, ha ritenuto strutturalmente bisognosi di un uso ordinario di mano d'opera assunta a tempo determinato e di conseguenza ha eliminato la necessità di addurre ragioni giustificatrici indicando limiti di durata dei contratti (sei mesi consecutivi nel periodo aprile-ottobre di ogni anno e quattro mesi per periodi diversamente distribuiti) con un limite numerico massimo di contratti utilizzabili pari al 15% dell'organico aziendale. Tali peculiarità hanno indotto il legislatore a prevedere un congruo lasso di tempo (18 mesi) per consentire alle aziende che operano in tali settori di adattare la loro organizzazione sull'uso di personale assunto a tempo determinato in linea con le nuove regole che presidiano la materia, obiettivo che potrà essere raggiunto anche ricorrendo ad accordi collettivi abilitati dalla nuova legge, ad adottare disposizioni diverse rispetto a quelle legali (vedi *infra*, par. 5).

rale prevista dall'art. 1419 c.c., eliminando così ogni disquisizione sulla nullità dell'intero contratto (co. 1) o della sola clausola appositiva del termine (co. 2)<sup>32</sup>.

Proprio per attenuare il rigore sanzionatorio costituito dalla inefficacia del termine si prevedono alcune "elasticità" in relazione al requisito formale in esame: i contratti a termine di brevissima durata (fino ad un massimo di dodici giorni) non sono assoggettati alla prescrizione della forma; il termine può risultare anche indirettamente dal contesto del contratto scritto; una copia dello stesso deve essere consegnata al lavoratore, ma il datore di lavoro può farlo entro cinque giorni lavorativi decorrenti dall'inizio della prestazione.

La formulazione sopra riportata è rimasta inalterata anche dopo la scomparsa del requisito causale; tale mancanza riduce sensibilmente la rilevanza pratica della individuazione indiretta del termine finale del contratto. Non essendo più necessario indicare le ragioni per le quali un lavoratore viene assunto a termine lo stesso deve essere direttamente indicato, salvo che il datore di lavoro, non essendo in grado di sapere con certezza quando finirà il contratto (si pensi al caso di un'assunzione per ragioni sostitutive di un dipendente stabile assente per malattia) non decida di indicare il motivo dell'assunzione e così ancorare la durata del contratto all'estinguersi della circostanza che ne ha comportato l'utilizzo e non vedersi costretto a dover ricorrere all'istituto della proroga, assoggettato a delle limitazioni di tipo numerico.

A proposito del permanere di un interesse del datore di lavoro ad indicare la causale del contratto a termine, che in questo caso non costituirebbe più un obbligo, ma solo un onere<sup>33</sup>, si pensi alla possibilità di usufruire dell'esenzione dal versamento dell'aliquota aggiuntiva a favore dell'Inps pari all'1,4% che, in base a quanto disposto dall'art. 2, co. 28, legge n. 92/2012, si applica a tutti i contratti a termine, fatta eccezione per quelli utilizzati per ragioni sostitutive, ovvero all'esonero dal rispetto del limite quantitativo (numero massimo di contratti a termine utilizzabili nell'anno) per alcune delle ipotesi previste dall'art. 23, d.lgs. n. 81/2015 (vedi *infra*, par. 4) o, ancora, ai benefici di cui gode un contratto a termine, anche rispetto al limite di durata, se l'assunzione avviene per svolgere un'attività stagionale.

Un chiarimento merita la previsione riguardante la consegna del contratto al lavoratore: la chiara formulazione letterale dell'adempimento posto a carico del datore di lavoro rende evidente che il contratto deve essere redatto e datato antecedentemente o contestualmente all'inizio della prestazione e solo la sua copia

<sup>32</sup> Per un approfondimento sui vincoli di forma vedi, da ultimo, per una efficace ricostruzione della problematica sulle conseguenze sanzionatorie M.P. MONACO, *I vincoli di forma nella conclusione dei rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 89.

<sup>33</sup> Così M. BROLLO, *La nuova flessibilità semplificata del lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 587, che, nel novero delle ipotesi per le quali esiste una convenienza del datore di lavoro ad indicare la causale, indica anche «il regime agevolato in favore delle assunzioni in sostituzione di genitori in congedo (art. 4 del d.lgs. n. 151/2001)».

può essere consegnata nel termine di cinque giorni lavorativi decorrenti dall'inizio dell'attività lavorativa. Deve escludersi che il contratto possa essere validamente redatto in forma scritta entro i richiamati cinque giorni e cioè dopo l'inizio della prestazione lavorativa.

### 3. Segue. I limiti di durata

Per la valida stipulazione del contratto a termine non è più previsto l'obbligo di indicare ragioni giustificatrici, salvo che il datore di lavoro non abbia uno specifico interesse a farlo. Ciò non significa che questa tipologia contrattuale sia equiparata integralmente al contratto di lavoro a tempo indeterminato<sup>34</sup>.

Si tratta di una modalità di assunzione sottoposta a limitazioni non costituendo «la forma comune del rapporto di lavoro» che, per esplicita previsione legislativa (art. 1 d.lgs. n. 81/2015), riveste soltanto il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il controllo sull'uso del contratto a termine non investe più le scelte organizzative del datore di lavoro, ma si sposta su elementi certi ed oggettivi costituiti dalla durata complessiva di uno o più rapporti a termine tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore e dal numero complessivo di lavoratori con contratto a tempo determinato che possono essere assunti rispetto al numero di lavoratori subordinati a tempo indeterminato che operano in azienda.

La nuova disciplina dell'istituto esordisce fissando la prima limitazione: «al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine di durata non superiore a trentasei mesi» (art. 19, co. 2, d.lgs. n. 81/2015)<sup>35</sup>.

Il limite temporale massimo previsto per il singolo contratto si raggiunge anche sommando la durata di più contratti a termine se questi intervengono tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore e per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, a prescindere dall'intervallo temporale intercorso tra un contratto e l'altro (vedi *infra*, par. 7).

<sup>34</sup> Nello stesso senso L. MENGHINI, *La nuova disciplina*, cit., p. 1234 il quale ritiene che «non si può parlare di piena e completa liberalizzazione dell'istituto divenuto equivalente o alternativo al contratto a tempo indeterminato».

<sup>35</sup> Per il calcolo dei 36 mesi i criteri non sono univoci. In una ricognizione ad opera di A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto a di lavoro a termine*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 88 si segnala la circolare n. 13/2008 del Ministero del lavoro, emanata dopo la legge n. 247/2007 che ha introdotto il limite in questione, nella quale si afferma che bisogna tener conto della durata media del mese pari a 30 giorni, per un totale di 1080 giorni (36 m. × 30 g.), altri criteri di calcolo prevedono di convertire i mesi in giorni ottenendo così 1.095 giorni di durata massima (365 g./12 m. = 30,4 × 36 m.), numero complessivo che si ottiene anche moltiplicando 365 giorni per 3, operazione questa sostenuta da altri interpreti. Gli ultimi due criteri di calcolo (che, peraltro, raggiungono lo stesso risultato) sembrano essere quelli più convincenti, in ogni caso non è da sottovalutare quanto si afferma nel testo ora citato che consiglia di attenersi, prudentemente, al limite più restrittivo.

Sempre ai fini del calcolo della durata complessiva di 36 mesi si tiene conto anche di eventuali contratti di somministrazione a tempo determinato intervenuti tra i medesimi soggetti e per mansioni di pari livello e categoria legale<sup>36</sup>.

Una volta esaurita la durata massima, la legge consente agli stessi soggetti di porre in essere un ulteriore contratto a tempo determinato della durata non superiore a 12 mesi, a condizione che la stipulazione avvenga presso la Direzione territoriale del lavoro competente.

Il mancato rispetto del limite di durata ha come conseguenza la trasformazione del contratto in uno a tempo indeterminato a decorrere dalla data nella quale si verifica il superamento dei 36 mesi. La stessa sanzione è prevista nel caso in cui non venga rispettata la procedura dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro o venga superato il termine indicato nel contratto autorizzato in sede amministrativa.

Il limite legale sopra richiamato conosce delle deroghe: una di carattere specifico e l'altra di ordine più generale.

La regola della durata massima non si applica alle assunzioni a termine di lavoratori impiegati in attività stagionali che per la loro intrinseca natura necessitano, quasi esclusivamente, di mano d'opera da assumere con continuità solo in determinati periodi dell'anno. L'individuazione di tali attività è demandata, per espressa disposizione contenuta nel co. 2 dell'art. 21 del d.lgs. n. 81/2015, ad un decreto del Ministero del lavoro. In attesa dell'intervento ministeriale continua a trovare applicazione il d.p.r. n. 1525/1963 adottato all'indomani dell'entrata in vigore della prima legge organica sul contratto a termine del 1962 che, tra le tassative ipotesi di legittima apposizione del termine, indicava le lavorazioni stagionali.

La seconda possibilità di deroga, sulla quale si rinvia al paragrafo 5, è riservata alla contrattazione collettiva che gode di un'ampia delega ad intervenire sulla materia.

L'impianto normativo appena illustrato si articola secondo regole che già caratterizzavano l'abrogato d.lgs. n. 368/2001, nella versione modificata dalla legge n. 78/2014, riordinando la materia con alcune modifiche.

La disciplina fissa, in modo chiaro ed inequivocabile, un limite legale (36 me-

<sup>36</sup> Per l'esame della disciplina della somministrazione di lavoro anch'essa rivisitata dal d.lgs. n. 81/2015 si rinvia al saggio di M. LAMBERTI, in questo stesso volume cap. V. In questa sede si ritiene comunque utile precisare che il riferimento al lavoro somministrato a tempo determinato rileva solo al fine del computo del limite di durata massima di più contratti a tempo determinato e solo se questi sono intervallati con contratti di somministrazione a termine che, dal canto loro, non sono assoggettati a detto limite e non possono essere la causa di superamento del limite stesso, nel senso che per far scattare la sanzione della trasformazione del contratto in uno a tempo indeterminato è necessario che il predetto limite sia superato da un contratto a termine e non durante una missione nell'ambito di una somministrazione di lavoro a termine. Il dato si ricava, oltre che dall'art. 19, co. 2, cit., anche dall'art. 34 del d.lgs. n. 81/2015 che, dopo aver stabilito che la somministrazione di lavoro a termine è assoggettata, per quanto compatibile, alla disciplina del contratto a tempo determinato esclude espressamente l'applicazione di una serie di norme tra le quali le disposizioni di cui agli artt. 19, c. 1, 2, 3 e 21 sulla successione di contratti.

si) alla durata massima complessiva di rapporti di lavoro temporanei che possono intercorrere tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro, prendendo come base di riferimento la vita lavorativa di entrambi, a prescindere dal numero dei contratti effettivamente stipulati e, come si vedrà in seguito (vedi par. 6), dalle eventuali proroghe esplicitate o di fatto che possono interessare il singolo contratto.

L'unica possibilità legale per allungare la durata complessiva di rapporti a termine tra le stesse parti, spostando la soglia massima da 36 a 48 mesi, è consentita con il controllo del Ministero del lavoro le cui Direzioni territoriali, su richiesta delle parti, sono chiamate a convalidare la stipulazione di un ulteriore contratto la cui durata può al massimo essere di 12 mesi.

La procedura prevista dall'art. 19, co. 3, cit. è stata semplificata rispetto a quella contenuta nell'art. 5, co. 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, che attribuiva un ruolo di controllo alle organizzazioni sindacali prevedendo in sede di riunione dinanzi alla Direzione territoriale l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore fosse iscritto o avesse conferito mandato e riconoscendo alle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale il potere di stabilire, con avvisi comuni, la durata dell'ulteriore contratto.

La nuova procedura elimina il ruolo e la funzione di controllo delle parti sociali, pertanto è ipotizzabile che l'*iter* amministrativo si attivi su istanza motivata presentata congiuntamente dalle parti e che la Direzione territoriale competente, previo esame delle motivazioni addotte e della durata richiesta, decida di autorizzare o meno l'ulteriore contratto.

In materia valgono le stesse considerazioni già formulate in dottrina<sup>37</sup> sulle modalità di concreta attuazione dell'ulteriore contratto, prima tra tutte la necessità di rispettare gli intervalli minimi di tempo previsti per il rinnovo (vedi *infra*, par. 7). Deve poi ritenersi che sia possibile avviare la procedura autorizzatoria in costanza di un rapporto a termine in atto che si sta avvicinando alla scadenza dei 36 mesi e per il quale le parti ritengono che ci siano le condizioni per chiedere la de-  
roga.

Il vincolo di durata così come costruito dal legislatore presenta comunque margini di manovra non indifferenti. Il limite di 36 mesi opera tra le stesse parti a condizione che le mansioni siano di «pari livello e categoria legale», ciò significa che la modifica di una sola delle due condizioni, livello di inquadramento del lavoratore (secondo i criteri di classificazione definiti dal contratto collettivo) o categoria legale (secondo la ripartizione indicata nell'art. 2095 c.c.), azzerava il periodo già lavorato con contratto a termine ai fini del calcolo complessivo della durata massima.

Anche in questo caso il legislatore è intervenuto rendendo molto più certa la

<sup>37</sup> A questo proposito si rinvia a A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto a termine*, cit., p. 93 ss. anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

regola sui criteri di computo dei 36 mesi: le mansioni, che consentono di sommare la durata di più contratti a termine intervenuti tra le stesse parti, non devono più essere «equivalenti» ma «di pari livello o categoria legale».

La modifica, resa necessaria dalla riscrittura, ad opera dello stesso d.lgs. n. 81/2015, dell'art. 2013 c.c.<sup>38</sup>, sottrae la materia al rischio di interpretazioni sul concetto di equivalenza (che non ha una definizione di fonte legale o contrattuale) e aggancia il criterio qualificatorio a precisi ed inconfutabili parametri di fonte collettiva (livello di inquadramento) o legale (le categorie codicistiche di operaio, impiegato, quadro e dirigente) (vedi *infra*, par. 7).

Come si avrà modo di precisare nel paragrafo dedicato al rapporto tra legge e contratto collettivo, il modello legale di limitazione della durata massima sopra descritto svolge un ruolo sussidiario rispetto alla fonte collettiva in quanto, come si ricava dal chiaro *incipit* del secondo co. dell'art. 19 cit., lo stesso vale fatte salve «le diverse disposizioni dei contratti collettivi», con ciò legittimando la fonte collettiva a derogare ai limiti di durata (ampliandoli o riducendoli) modificando anche le altre condizioni previste sempre dalla fonte legale, nel rispetto, comunque, di un confine invalicabile costituito dalla impossibilità che la durata massima venga *tout court* eliminata.

#### 4. Segue. I limiti quantitativi

Il secondo limite per la valida apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato è stabilito dall'art. 23 d.lgs. n. 81/2015, che fissa nella misura del 20% dei lavoratori a tempo indeterminato presenti in azienda il numero complessivo di lavoratori con contratto a tempo determinato che possono essere assunti annualmente.

La rilevazione del personale occupato in azienda con contratto a tempo indeterminato va fatta alla data del 1° gennaio di ogni anno, con un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia eguale o superiore allo 0,5%.

Nel caso in cui un'azienda inizi la sua attività in corso d'anno «il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento dell'assunzione».

Per le aziende che occupano fino a 5 dipendenti è sempre possibile stipulare un solo contratto a termine.

Al pari del limite di durata, anche in questo caso il modello legale sul limite quantitativo nel suo complesso è derogabile dalla fonte collettiva in quanto lo stesso trova applicazione «salvo diversa disposizione dei contratti collettivi» (sul punto si rinvia al par. 5).

La norma prosegue con altri due commi nei quali vengono indicate situazioni,

<sup>38</sup> Per una esame delle sostanziali modifiche apportate alla norma del codice civile si rinvia la saggio di C. ZOLI, in questo stesso volume cap. IX.

connesse a determinati tipi di attività o a tipologie di lavoratori, esentate dal limite percentuale sopra indicato (vedi *infra*, il paragrafo successivo).

Il co. 4 dell'art. 23 cit. indica le conseguenze nel caso di sfioramento del limite quantitativo sopra indicato: il modello sanzionatorio esclude espressamente «la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato» e prevede, per ogni unità lavorativa che supera il limite quantitativo, una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione mensile se il numero eccedente la soglia è pari ad un lavoratore e del 50% se tale numero è superiore ad uno. L'importo è calcolato per ogni singola unità lavorativa che supera il limite quantitativo e per ciascun mese di durata dell'eccedenza numerica, con la precisazione che la frazione di mese superiore a 15 giorni equivale ad una mensilità<sup>39</sup>.

Il criterio di quantificazione varia in ragione della retribuzione effettivamente percepita dal lavoratore la cui assunzione ha determinato lo sfioramento del limite prevedendo un margine di tolleranza se l'eccedenza riguarda un solo lavoratore.

La previsione "dinamica" del calcolo di quantificazione, legato cioè alla durata dell'eccedenza numerica, comprensiva sia del tempo eventualmente già trascorso al momento dell'accertamento della violazione che di quello futuro, ha una valenza dissuasiva molto incisiva nei confronti del datore di lavoro, il quale si vede obbligato a correre ai ripari rientrando quanto prima possibile all'interno della soglia, pena il continuo incremento in termini economici della sanzione.

Quanto rilevato non determina, comunque, la necessaria risoluzione del/dei rapporto/i di lavoro causa dell'eccedenza, circostanza, quest'ultima, destinata ad aggravare il danno economico in quanto la risoluzione *ante tempus* del contratto a termine senza una giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. comporta, in capo alla parte che ha risolto il contratto unilateralmente, il pagamento, a titolo risarcitorio, di tutte le retribuzioni dovute fino alla scadenza del termine contrattualmente previsto<sup>40</sup>.

Il criterio utilizzato dal legislatore per accertare la violazione, legato non al singolo contratto a termine ma al superamento del limite percentuale, consente il rientro nella soglia anche a seguito della sopravvenuta cessazione, per scadenza del termine fissato, di un altro contratto a termine già in corso al momento del superamento della soglia o in occasione di nuove assunzioni a tempo indeterminato che comportano, sempre a livello di percentuale, l'aumento della soglia.

L'esplicita affermazione che la violazione dei limiti numerici non determina la trasformazione a tempo indeterminato dei contratti interessati, ma causa una pesante sanzione amministrativa, rende evidente che «la tutela accordata al prestato-

<sup>39</sup> Nella nuova disciplina manca il riferimento alla destinazione delle somme incassate dall'amministrazione pubblica in applicazione delle sanzioni menzionate nel testo che l'abrogato art. 5, co. 4-*octies* assegnava al Fondo sociale per l'occupazione di cui all'art. 18, co. 1, lett. a), legge n. 2/2009. Trattandosi comunque di eventuali maggiori introiti da versare in ogni caso in apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato è probabile che rimanga la stessa destinazione.

<sup>40</sup> Sul tema, da ultimo, vedi L. FIORILLO, *Il recesso ante tempus*, cit., p. 462.

re risulta di tipo indiretto, perché spostata sul terreno del mercato del lavoro»<sup>41</sup>, costituendo così la prova che tale tipo di vincolo ha la funzione di un controllo complessivo sul numero di contratti a termine utilizzabili in una determinata azienda, lasciando chiaramente intendere la finalità del legislatore che è quella non di «tutelare l'interesse del singolo lavoratore ultimo entrato in azienda, bensì l'interesse generale a che almeno quattro quinti degli organici aziendali siano con contratto a tempo indeterminato»<sup>42</sup>.

L'esclusione della «trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato», oltre ad essere oltremodo apprezzabile in quanto elimina una fonte di incertezza che avrebbe comportato una pesante e destabilizzante fase di contenzioso giudiziario<sup>43</sup>, appare anche la soluzione più corretta e razionale se si pensa alla difficoltà di individuare nelle grandi aziende che operano sull'intero territorio nazionale quali siano esattamente «i contratti interessati» che hanno fatto scattare il superamento della soglia numerica.

La disciplina legale sui limiti quantitativi si conclude assegnando il compito ai contratti collettivi di definire «modalità e contenuti delle informazioni da rendere alla rappresentanze sindacali aziendali o alla rappresentanza sindacale unitaria dei lavoratori in merito all'utilizzo del lavoro a tempo determinato».

Il legislatore del 2015 ripercorre la normativa già presente nel d.lgs. n. 368/2001, all'esito delle ultime modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014, apportando alcune integrazioni e varianti terminologiche che contribuiscono a sciogliere alcuni nodi interpretativi e a renderne più chiara l'applicazione.

Si è già avuto modo di sottolineare l'importanza dell'inciso in ordine alle conseguenze sanzionatorie in caso di superamento del tetto massimo; passando ad altri aspetti rileva, in primo luogo, il cambio di terminologia sull'oggetto della limita-

---

<sup>41</sup> Così P. CAMPANELLA, *Vincoli e sanzioni nel ricorso al contratto a termine: forma e tetti agli organici*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro nel Governo Renzi, ADAPT – Labour Studies, e-Book series*, n. 40, pp. 177-178 a commento delle modifiche apportate in materia all'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 dalla legge n. 78/2014, alla quale si rinvia anche per una valutazione assolutamente critica del nuovo corso sulla disciplina del contratto a termine avviato dalla legislazione del 2014 e perfezionatosi con il decreto legislativo in commento.

<sup>42</sup> G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Il lavoro a termine verso la liberalizzazione?*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, p. 929, che comunque (vigente la vecchia normativa) escludono categoricamente che la sanzione civile (conversione rapporto di lavoro) possa essere sostituita da quella amministrativa, mancando «qualsiasi riferimento diretto o indiretto che sia, al superamento della conversione».

<sup>43</sup> Nonostante nella previgente normativa fosse chiaramente esplicitato (art. 5, co. 4-*septies*, d.lgs. n. 368/2001) che la violazione del limite percentuale esponeva il datore di lavoro ad una sanzione amministrativa, il fatto che non fosse espressamente esclusa la conversione aveva già dato adito a tesi che ne ammettevano comunque l'applicazione. Vedi sul punto, oltre la citazione nella nota precedente, P. CAMPANELLA, *Vincoli e sanzioni*, cit., specie par. 5 e A. PRETEROTI, *La violazione dei limiti quantitativi tra sanzione amministrativa e conversione del contratto*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato, Atto I*, Giappichelli, Torino, 2014, specie par. 52. In senso opposto, ma dando atto della colpevole imprecisione del legislatore, A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto a termine*, cit., p. 45 ss.

zione che non è più costituito dal «numero complessivo di contratti a tempo determinato» (art. 1, co. 1, d.lgs. n. 368/2001), ma da «lavoratori a tempo determinato».

In base alla precedente formulazione si poteva ritenere che il datore di lavoro, all'inizio di ogni anno, potesse usufruire di una determinata quantità di «contratti a termine» pari al 20% dei lavoratori a tempo indeterminato presenti in azienda (ad esempio 20 contratti a fronte di un organico al 1° gennaio costituito da 100 lavoratori stabili) e che una volta utilizzati e scaduti nell'anno, in quanto tutti di durata di pochi mesi, non potessero essere più rimpiazzati nel corso dello stesso.

La nuova previsione normativa, facendo riferimento a «lavoratori a tempo determinato», consente al datore di lavoro di mantenere costantemente in azienda, nell'anno di riferimento, un determinato numero di lavoratori a tempo determinato, prescindendo dal numero di contratti che, riportandosi all'esempio già ipotizzato, potranno essere 40 se l'azienda decide di assumere ad inizio anno 20 lavoratori per sei mesi e, alla scadenza, altri 20 lavoratori per ulteriori sei mesi.

La norma, per come è scritta, costituisce ulteriore conferma dell'obiettivo del legislatore: consentire alle aziende di strutturare stabilmente il proprio organico con un rapporto di 1 a 5 tra personale assunto a tempo determinato e dipendenti in pianta stabile.

Anche per il calcolo dei lavoratori a tempo indeterminato «in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione» destinati a costituire il numero complessivo sul quale applicare il calcolo del 20%, la norma non presenta particolari problemi interpretativi, contribuendo a fornire ulteriore chiarezza, rispetto alla formulazione utilizzata nel d.lgs. n. 368/2001, nella parte in cui precisa che, ai fini della esatta individuazione del numero di lavoratori a tempo determinato teoricamente utilizzabili, «è previsto un arrotondamento del decimale all'unità superiore qualora esso sia uguale o superiore a 0,5». Sempre il co. 1 dell'art. 23 cit. stabilisce che per le aziende che iniziano l'attività in corso d'anno il computo dei lavoratori a tempo indeterminato viene effettuato al momento dell'assunzione di lavoratori con contratto a termine.

Al fine di individuare quali lavoratori a tempo indeterminato contribuiscano a determinare l'organico aziendale è necessario tener conto anche della disciplina prevista per le altre tipologie contrattuali dallo stesso d.lgs. n. 81/2015.

Il riferimento è a tipi di contratto che, anche quando sono stipulati a tempo indeterminato o qualificati come tali, sono caratterizzati da una disciplina peculiare in ordine al complessivo computo dei dipendenti. È questo il caso del lavoro a tempo parziale, del lavoro intermittente e dell'apprendistato<sup>44</sup>.

Per quanto riguarda le prime due tipologie, l'art. 9 e l'art. 18 del d.lgs. n. 81/2015 – il primo rubricato «criteri di computo dei lavoratori a tempo parziale» e il secondo «computo del lavoratore intermittente» – precisano che «ai fini dell'ap-

<sup>44</sup> Per un approfondimento sul tema vedi in questo stesso volume i saggi di V. Leccese (cap. II), F. Lunardon (cap. III) e A. Lassandari (cap. VI).

plicazione di qualsiasi disciplina legale o contrattuale per la quale sia rilevante il computo dei dipendenti del datore di lavoro» il lavoratore a tempo parziale e quello intermittente sono computati, il primo, in proporzione al lavoro svolto rapportato al tempo pieno, il secondo, in proporzione all'orario di lavoro effettivamente espletato nell'arco di ciascun semestre.

Per l'apprendistato, l'art. 47 del d.lgs. n. 81/2015, al co. 3, precisa che «fatte salve le diverse previsioni di legge o di contratto collettivo, i lavoratori assunti con contratto di apprendistato sono esclusi dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative ed istituti».

In base a quanto disposto dalla normativa sopra riportata (artt. 9 e 18 cit.), il singolo lavoratore a tempo parziale o intermittente, assunto con contratto a tempo indeterminato, per la quantificazione dell'organico complessivo sul quale calcolare il 20% ai fini di possibili assunzioni a termine, non può essere computato per intero, ma in modo proporzionale al tempo di lavoro effettivamente svolto.

Regola diversa vale per l'apprendista, il cui rapporto di lavoro, pur qualificato a tempo indeterminato, è escluso dal computo dei limiti numerici, salvo «le diverse previsioni di legge o di contratto collettivo ...». In questo caso la «diversa previsione» è costituita dalla regola generale fissata dall'art. 23, co. 1, cit. che, per quantificare il numero massimo di lavoratori a termine, stabilisce di tener conto di tutti i lavoratori a tempo indeterminato presenti in azienda, quindi anche degli apprendisti.

Il controllo sul rispetto del limite quantitativo, investendo gli assetti organizzativi della singola azienda, non si presenta agevole soprattutto da parte del singolo lavoratore, essendo possibile che lo stesso non conosca con esattezza i dati complessivi riguardanti l'organico aziendale, né tanto meno il numero massimo di lavoratori a termine ammessi in azienda, stante anche il calcolo dinamico del limite percentuale.

Ciò premesso appare quanto mai opportuna la previsione, contenuta nell'ultimo comma dell'art. 23 cit., che legittima i contratti collettivi a costruire un modello informativo che renda possibile alla rappresentanza sindacale presente in azienda (rsa o rsu) di essere costantemente in possesso di tutti i dati aggiornati relativi all'utilizzo del lavoro a tempo determinato.

#### 4.1. Segue. I contratti a tempo determinato esenti da limiti quantitativi

La legge individua espressamente le ipotesi in cui le assunzioni a tempo determinato non incorrono in alcuna limitazione quantitativa, sia di fonte legale che contrattuale (art. 23, co. 2, d.lgs. n. 81/2015).

Sono esenti da vincoli di contingentamento i contratti a termine stipulati nella fase di avvio di nuove attività (lett. a), relativamente alle quali è demandato alla contrattazione collettiva il compito di definirne i periodi di durata, anche in misu-

ra non uniforme con riferimento ai differenti settori merceologici e alle diverse aree geografiche<sup>45</sup>.

Alcun limite quantitativo incontrano i contratti a termine stipulati dalle imprese aventi quale oggetto sociale, esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico, c.d. *start-up* innovative secondo la definizione fornita dall'art. 25, co. 2, legge n. 221/2012, per il periodo di quattro anni successivi alla loro costituzione ovvero, in caso di società già costituite, per un periodo tanto più contenuto quanto più risalente risulti la data di relativa costituzione (lett. b)<sup>46</sup>.

Sono incluse nel regime delle esenzioni anche le assunzioni a termine effettuate per lo svolgimento di attività stagionali (lett. c) per la cui esatta individuazione la norma opera un espresso rinvio ad un *emanando* decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (sul punto vedi *infra*, par. 7)<sup>47</sup>.

I limiti quantitativi non trovano poi applicazione per le ipotesi di assunzione a termine finalizzate alla sostituzione di lavoratori assenti (lett. e).

Con riferimento ai lavoratori stagionali e a quelli assunti per ragioni sostitutive, si segnala come l'ordinamento, oltre a non ostacolare l'utilizzo frapponendo argini quantitativi, ne agevoli ulteriormente il ricorso attraverso l'esonero dall'obbligo, imposto per tutti i rapporti di «lavoro subordinato a tempo non indeterminato», di versare il contributo addizionale dell'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali previsto dall'art. 2, co. 28, legge n. 92/2012<sup>48</sup>.

Sono esenti dall'osservanza di limiti percentuali anche i contratti a termine volti alla realizzazione di specifici spettacoli radiofonici o televisivi<sup>49</sup>, nonché quelli conclusi con lavoratori di età superiore ai cinquant'anni (lett. d) e f).

Con riferimento a quest'ultima ipotesi di esenzione si osserva come il legislatore, nel livellare verso il basso il limite d'età al di sopra del quale è possibile

<sup>45</sup> Sui contratti collettivi che hanno provveduto ad individuare la durata dei contratti a termine stipulati in fase di avvio di nuove attività vedi M. LOZITO, *Tendenze della contrattazione nazionale in materia di contratto a termine, part-time e apprendistato professionalizzante*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 182, 2013, p. 11 ss.; v. anche A. PRETEROTI, *La violazione dei limiti quantitativi tra sanzione amministrativa e conversione del contratto*, cit., p. 66 ss.

<sup>46</sup> L'art. 25, co. 3, cit., precisa che, in caso di imprese già costituite, la normativa trova applicazione per un periodo «... di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, se la *start-up* innovativa è stata costituita entro i due anni precedenti, di tre anni, se è stata costituita entro i tre anni precedenti e di due anni, se è stata costituita nei quattro anni precedenti».

<sup>47</sup> L'art. 23 rinvia espressamente, ai fini della individuazione delle attività stagionali, alle definizioni contenute al precedente art. 21, co. 2, che disciplina proroghe e rinnovi del contratto a termine.

<sup>48</sup> In tal senso dispone il successivo co. 29 dell'art. 2, legge n. 92/2012.

<sup>49</sup> Per un approfondimento degli elementi caratterizzanti la fattispecie v. A.L. D'AGATA, *Contratti a termine e programmi radiotelevisivi*, in D&L, 2006, p. 441 ss. nonché, per i richiami giurisprudenziali, A. VELTRI, *Esclusioni, discipline specifiche, limiti quantitativi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato*, Atto I, cit., p. 100 ss. e L. DI PAOLA, *Esclusione e discipline specifiche*, in L. DI PAOLA, I. FEDELB, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 366 ss.

procedere ad assunzioni di personale senza necessità di osservare limiti di contingentamento<sup>50</sup>, abbia inteso agevolare il reimpiego di una più ampia platea di lavoratori di non facile ricollocamento in linea con il principio, di derivazione comunitaria (direttiva 2000/78/CE), volto ad eliminare discriminazioni per ragioni d'età.

Al fine di rimuovere, quanto più possibile, ogni ostacolo quantitativo all'impiego di risorse a termine in ambito tecnico, scientifico e culturale<sup>51</sup>, il co. 3 dell'art. 23 esenta dal vincolo i contratti di lavoro a tempo determinato stipulati tra università private, incluse le filiazioni di università straniere, istituti pubblici di ricerca ovvero enti privati di ricerca e lavoratori chiamati a svolgere attività di insegnamento, di ricerca scientifica o tecnologica, di assistenza tecnica o di coordinamento e direzione della stessa, tra istituti della cultura di appartenenza statale ovvero enti, pubblici e privati derivanti da trasformazione di precedenti enti pubblici, vigilati dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, ad esclusione delle fondazioni di produzione musicale<sup>52</sup>, e lavoratori impiegati per soddisfare esigenze temporanee legate alla realizzazione di mostre, eventi e manifestazioni di interesse culturale.

Il quadro peculiare che, in materia di contratti a tempo determinato, caratterizza le attività attinenti la ricerca scientifica viene completato, nell'ultima parte del co. 3 dell'art. 23 cit., con un riferimento anche alla loro durata che, per i contratti aventi ad oggetto in via esclusiva lo svolgimento di attività di ricerca scientifica, può essere pari a quella del progetto di ricerca al quale si riferiscono, con ciò dovendosi ritenere che detti contratti possono anche superare i 36 mesi nel caso in cui il progetto a cui si collegano sia, ad esempio, di durata quadriennale.

Un'ultima categoria esclusa dai limiti quantitativi si ricava indirettamente dall'art. 29 d.lgs. n. 81/2015 che, escludendo determinate tipologie di contratti a termine dall'ambito di applicazione dell'intera disciplina in esame, non ne consente il computo a tali fini (v. *infra*, par. 14).

---

<sup>50</sup> La previgente normativa escludeva limitazioni quantitative in caso di assunzioni a termine di lavoratori di età superiore ai cinquantacinque anni.

<sup>51</sup> La previgente disciplina ricomprendeva nel novero dei contratti esclusi da limiti quantitativi i soli contratti 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.

<sup>52</sup> Per gli enti che operano nel settore musicale come fondazioni di diritto privato regolamentate dal d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367 non trovano applicazione altre disposizioni sull'apposizione del termine, quali quelle inerenti alla durata massima dei rapporti di lavoro a tempo determinato (art. 19, co. da 1 a 3, del d.lgs. n. 81/2015) e alle relative proroghe e rinnovi (art. 21 *ibidem*), come espressamente previsto dall'art. 29 del d.lgs. n. 81/2015 (vedi *infra*, par. 14).

## 5. I poteri dell'autonomia collettiva nella definizione dei limiti di durata e di quantità

Nella riscrittura della disciplina sul contratto a termine il legislatore ridefinisce in modo sicuramente più incisivo i poteri dell'autonomia collettiva con una innovativa modifica che riguarda anche le strutture sindacali coinvolte.

La fonte collettiva acquista una rilevante funzione derogatoria rispetto al modello legale con la possibilità di restringere o dilatare i limiti imposti dal legislatore e di intervenire anche sui criteri di determinazione.

La formula utilizzata nel co. 1 sia dell'art. 19, cit., che disciplina la durata massima, sia dell'art. 23, cit., che individua il numero complessivo di contratti utilizzabili nell'anno, rende evidente la finalità perseguita dal legislatore, che è quella di lasciare piena libertà alle parti sociali di intervenire sul controllo in ordine all'utilizzo di questa modalità di assunzione.

Le regole legali valgono, per la durata massima, «fatte salve le diverse disposizioni dei contratti collettivi» e, per il limite di contingentamento, «salvo diversa disposizione dei contratti collettivi». In entrambi i casi ci troviamo di fronte ad una delega in bianco a tutto tondo: la contrattazione collettiva potrà allungare o ridurre la durata massima del contratto così come ampliare o diminuire il limite quantitativo complessivo variandone la percentuale rispetto al numero dei lavoratori assunti a tempo indeterminato.

A questo proposito merita osservare che la legittimazione legale della fonte pattizia, secondo molti interpreti, attribuisce a questo tipo di clausole una efficacia *erga omnes* in grado di vincolare il datore di lavoro «a prescindere dall'esistenza del vincolo associativo con l'associazione datoriale stipulante il contratto collettivo che contiene limiti»<sup>53</sup>.

L'ampiezza della delega consente alla fonte collettiva di intervenire anche sugli altri parametri legali, indispensabili per la concreta operatività del sistema di controllo sull'uso del contratto a termine.

Ai fini della sommatoria di più contratti a termine la contrattazione collettiva potrà fornire ulteriori elementi sulla nozione di attività di «pari livello» da utilizzare ai fini specifici o ampliare la nozione di «stesso datore di lavoro» con riferimento, ad esempio, ai gruppi di imprese.

Ai fini della individuazione del limite quantitativo massimo, il contratto collettivo potrà intervenire sui criteri di computo della base occupazionale stabile rendendo possibile, ad esempio, il momento del rilevamento non soltanto all'inizio dell'anno, ma anche a seguito di significativi processi organizzativi che si verificano durante l'anno o, per le aziende che operano con più sedi sull'intero territo-

<sup>53</sup> A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto a termine*, cit., p. 41 ai quali si rinvia anche per ulteriori osservazioni sul punto. Più in generale sulla questione vedi C. ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. PERSIANI, F. CARINCI, Cedam, Padova, 2010, p. 494 ss.

rio nazionale, stabilire criteri di computo del personale stabile parametrato all'unità produttiva o al territorio regionale.

L'intervento della disciplina pattizia è destinato a diventare capillare attesa la pluralità delle tipologie di «contratti collettivi» coinvolti. Sempre il d.lgs. n. 81/2015 nell'art. 51 specifica infatti che, ogni qual volta il decreto opera un rinvio ai contratti collettivi, per gli stessi si intendono, su un piano di piena equiparazione, i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali e quelli stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali o dalla rappresentanza sindacale unitaria a condizione che i soggetti sindacali, ai vari livelli di contrattazione, siano espressione di associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale<sup>54</sup>.

Nel complessivo disegno legislativo, all'ampiezza della delega a favore della disciplina di fonte collettiva e alla sua incondizionata funzione derogatoria rispetto al modello legale di controllo sull'uso del contratto a termine, si aggiunge una apertura altrettanto ampia a favore di ogni tipologia di contratto collettivo legittimata ad intervenire in materia, spaziando dal più "autorevole" (per numero di datori di lavoro e lavoratori rappresentati) dei contratti collettivi nazionali di categoria al più piccolo (per numero di lavoratori coinvolti) accordo collettivo aziendale, con l'unica garanzia di conservazione di un modello organico di gestione sulla flessibilità in entrata costituito dalla capacità di controllo sulla diversificata dinamica contrattuale da parte delle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

La nuova normativa si inserisce in un contesto nel quale l'autonomia collettiva ha già avuto modo di operare grazie agli spazi che alla stessa riservava la previgente disciplina sia sui limiti di durata che di quantità del contratto a termine.

Ricognizioni già effettuate dimostrano che le parti sociali sono intervenute in materia con deroghe che si caratterizzano per l'ampliamento dei richiamati limiti, operando talvolta notevoli incrementi sia della durata (da 36 a 60 mesi), sia della soglia di contingentamento (che in alcuni casi è passata dal 20% al 40% ed in altri casi è stata eliminata a fronte di specifiche e temporanee esigenze organizzative), consentendo di affermare che «la norma legale costituisca non un punto di riferimento anti-abusivo ma uno zoccolo minimale di tutele liberamente intaccabile ed erodibile dalla contrattazione collettiva»<sup>55</sup>.

Il dato già rilevato potrebbe far ritenere che l'incondizionata equiparazione delle fonti collettive deputate alla deroga possa generare, soprattutto a livello

<sup>54</sup> Per un approfondimento sul significato da attribuire alla qualificazione del soggetto sindacale nei termini indicati dalla norma vedi, da ultimo, P. PASSALACQUA, *Il modello del sindacato comparativamente più rappresentativo nell'evoluzione delle relazioni sindacali*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 378 ss.

<sup>55</sup> A. PIZZOFERRATO, *Il contratto a termine dopo il jobs Act - atto I: l'insostenibile ruolo derogatorio libero della contrattazione collettiva*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi (ADAPT Labour studies, e-Book series, n. 40/2014, p. 219* (pubblicato anche in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 102) al quale si rinvia per la puntuale ricognizione della contrattazione collettiva in deroga.

aziendale, modelli regolativi sull'uso del contratto a termine privi di sostanziali limiti applicativi.

A questo proposito è quanto mai opportuno precisare che la fonte collettiva non è legittimata ad eliminare qualsivoglia limite all'uso del contratto a tempo determinato parificandolo in tutto e per tutto a quello a tempo indeterminato. La funzione derogatoria della disciplina pattizia rispetto al modello legale deve comunque muoversi all'interno del più generale contesto di regole che governa la disciplina dei contratti di lavoro, il cui caposaldo è costituito dall'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015 per il quale «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro» e i cui corollari sono rinvenibili, con specifico riferimento al contratto a termine, nella regola, posta a fondamento di questa tipologia contrattuale, che ammette la possibilità di apporre un termine di durata al contratto di lavoro subordinato a condizione che la stessa non superi i 36 mesi<sup>56</sup> e nelle altre limitazioni che riguardano la proroga, il rinnovo e il numero complessivo di contratti utilizzabili.

La valorizzazione dell'autonomia collettiva nelle forme sopra illustrate ha l'obiettivo di consentire deroghe a regole finalizzate, in generale, ad evitare abusi nel reiterato uso del contratto a termine, ma che, nello specifico, potrebbero rilevarsi controproducenti per gli stessi lavoratori in specifici settori di attività.

I contratti collettivi, a qualsiasi livello, potranno così innalzare il limite temporale e/o modificarne le concrete modalità operative o, ancora, introdurre clausole di contingentamento che consentano un numero complessivo di contratti a termine superiori a quello previsto dalla legge, ma non certamente eliminare il sistema di controllo costruito dal legislatore<sup>57</sup>.

Non può ritenersi, come da alcuni affermato, che «il limite massimo di durata può essere esteso e financo soppresso» e che «il limite percentuale massimo di contingentamento può essere innalzato *ad libitum*»<sup>58</sup> e ciò per due ordini di motivi.

Il primo si fonda sul raffronto tra la formulazione utilizzata dal legislatore nel co. 2 dell'art. 19 e nel co. 1 dell'art. 23 rispetto a quella contenuta nel co. 1 dell'art. 21 sempre con riferimento al potere dell'autonomia collettiva nei confronti

<sup>56</sup> Non a caso la regola di durata è fissata con separato ed autonomo comma, nel primo degli articoli che dettano l'intera disciplina del contratto a tempo determinato (art. 19, co. 1), qualificandosi così per la sua indiscussa valenza di norma imperativa.

<sup>57</sup> Nello stesso senso I. ALVINO, *Autonomia collettiva e legge nella regolamentazione dei rapporti a termine*, in *I rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013, p. 58 le cui osservazioni sembrano più che mai pertinenti anche se riferite ad una normativa non più in vigore che, comunque, quella attuale ripercorre.

<sup>58</sup> A. PIZZOFERRATO, *Il contratto a termine*, cit., p. 215. È necessario precisare che le riflessioni dell'a. riguardano l'art. 1 d.lgs. n. 368/2001, con le modifiche apportate dalla legge n. 78/2014 e non il testo normativo che in questa sede si commenta. Nello stesso senso V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la direttiva n. 99/70*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2014, p. 722 che da quasi per scontato che la contrattazione collettiva elimini il limite di durata.

di norme di legge: quando il legislatore intende abilitare la contrattazione collettiva ad escludere le limitazioni all'uso del contratto a termine dallo stesso imposte lo afferma espressamente, è questa l'ipotesi contemplata nell'art. 21 cit. in occasione dei limiti previsti in caso di riassunzione dello stesso lavoratore (vedi *infra*, par. 7) e non certamente quella di cui agli artt. 19 e 21 cit. che si traduce in una modulazione dei limiti e non in una soppressione degli stessi.

Il secondo si basa su ragioni di ordine sistematico ed è riferito, in particolare, al limite di durata. Nel caso in cui un accordo collettivo aziendale stipulato con una rsu (ipotesi questa teoricamente più probabile perché meno controllabile da soggetti sindacali esterni all'azienda), non prevedesse alcun limite di durata, in caso di successione di più contratti a termine con lo stesso lavoratore e per lo svolgimento delle stesse mansioni, si verrebbe a configurare una nullità dell'accordo per violazione dell'art. 1418 c.c. in quanto in contrasto con una norma imperativa.

In questo caso entra in gioco l'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015 per il quale il contratto a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro.

In un contesto nel quale l'uso del contratto a termine (privo di ogni ragione che ne giustifichi l'utilizzo) è libero da ogni forma di controllo, se non quella della durata, la sua scomparsa in caso di più contratti a termine, identici per soggetti e oggetto della prestazione, determina la sostanziale equiparazione tra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato divenendo anche il primo una forma comune di lavoro subordinato con conseguente violazione dell'art. 1, legge n. 81/2015, non potendosi ritenere che il breve intervallo di tempo di 10 o 20 giorni tra un contratto e l'altro, imposto in caso di una successione di contratti (vedi *infra*, par. 7), possa essere di ostacolo a tale qualificazione.

Un accordo del genere è in contrasto anche con l'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 che impone la regola, anch'essa di carattere imperativo, non a caso non soggetta a deroghe da parte della contrattazione collettiva, per la quale il singolo contratto non può superare i 36 mesi. Ed infatti, anche in questo caso, più contratti a termine, identici tra di loro per soggetti e contenuto, sono da considerarsi un unico contratto anche se la prestazione lavorativa viene svolta con separati contratti intervallati da una pausa di 10 o 20 giorni<sup>59</sup>. Se poi non si volesse ritenere applicabile l'art. 1418 c.c. in quanto, formalmente, ci si trova di fronte a singoli contratti ognuno di durata inferiore a 36 mesi, la nullità può essere invocata ai sensi dell'art. 1344 c.c., rispetto al quale l'accordo in questione potrebbe costituire una fattispecie di presunzione legale di volontà fraudolenta, comune ad entrambe le parti, per aggirare, con atti formalmente validi, la corretta applicazione di norme imperative.

---

<sup>59</sup> In ipotesi del genere basterebbe, per non destabilizzare l'organizzazione aziendale, stipulare contratti di 11 mesi facendo osservare la pausa – che in questo caso è di 20 giorni (vedi *infra*, par. 7) – in occasione delle ferie estive.

Deve infine rilevarsi che accordi collettivi che privano di ogni limite l'uso del contratto a termine pongono in rotta di collisione l'intero sistema di regolamentazione dell'istituto con l'accordo quadro allegato alla direttiva europea 99/70/CE, così come interpretata da una consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (vedi *infra*, par. 16).

#### 6. La proroga e la continuazione di fatto del contratto a termine

Il termine apposto al contratto di lavoro subordinato può essere prorogato con l'accordo delle parti, a condizione che la durata iniziale dello stesso non sia superiore a 36 mesi.

La proroga può essere disposta per un massimo di 5 volte sempre nell'arco di 36 mesi, a prescindere dal numero di contratti.

Nel caso in cui vengano stipulate più di 5 proroghe il contratto si trasforma in un contratto a tempo indeterminato a decorrere dalla data della sesta proroga.

L'essenzialità delle regole fissate dalla nuova disciplina contenuta nell'art. 21, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 costituisce la diretta conseguenza della libertà di apporre la clausola del termine senza la necessità di dover indicare ragioni giustificatrici.

La mancanza di causali per la stipulazione del contratto rende conseguentemente libera la sua proroga con riferimento alle ragioni che inducono le parti a proseguire nello stesso contratto allungandone la data di scadenza rispetto a quella inizialmente prevista.

La scelta del legislatore di limitare a 5 il numero di proroghe con riferimento a tutti i possibili contratti a termine che possono intercorrere tra le stesse parti, nel rispetto del limite massimo di durata di 36 mesi, ha reso superflua la regola che caratterizzava la preesistente normativa circa la necessità che la proroga comunque dovesse riguardare la stessa attività lavorativa.

L'arco temporale massimo di 36 mesi vale per uno o più contratti stipulati tra le stesse parti e per mansioni di pari livello e categoria legale, pertanto anche le proroghe dovranno riguardare le mansioni già oggetto del contratto successivamente prorogato.

È opportuno sottolineare che, se in occasione della proroga dovessero essere cambiate le mansioni, si verrebbe a configurare la violazione della normativa che disciplina la successione di più contratti a termine (art. 21, co. 2, cit.) che impone la stipulazione di un nuovo contratto nel rispetto di un preciso arco temporale intercorrente tra l'uno e l'altro (vedi *infra*, par. 7), oltre che del requisito della forma scritta.

Per la valida stipulazione della proroga non è espressamente prevista la forma scritta, tuttavia la legge impone che la stessa avvenga con il consenso del lavoratore. Ciò premesso, pur in presenza di un atto a forma libera, è onere del datore di

lavoro provare l'accordo con il suo dipendente, pertanto l'atto scritto resta lo strumento più idoneo ai fini della proroga<sup>60</sup>.

In ogni caso, l'opportunità dell'atto scritto si rinviene anche nella normativa civilistica sui limiti della prova e segnatamente nell'art. 2723 c.c. che, a fronte di patti modificativi del contenuto di un documento (in questo caso il contratto a termine recante per iscritto la durata finale) ne ammette la prova per testimoni solo in presenza di determinate condizioni.

Infine si segnala che le imprese *start-up* innovative, così come definite dalla legge n. 221/2012<sup>61</sup>, per un periodo di quattro anni dalla costituzione della società o per il periodo più breve di due o tre anni per le società già costituite non sono assoggettate ai limiti imposti in materia di proroga per espressa previsione del co. 3, art. 21, cit. Tali imprese, nell'arco temporale indicato, potranno prorogare il contratto a termine sempre con il consenso del lavoratore interessato, ma senza alcuna limitazione quantitativa.

Nell'organica sistemazione delle regole che governano la tipologia contrattuale in esame un'apposita norma (art. 22 d.lgs. n. 81/2015) è dedicata alla continuazione del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine inizialmente fissato o successivamente prorogato senza che le parti lo abbiano espressamente concordato.

L'obiettivo del legislatore è quello di evitare che la continuazione della prestazione oltre il termine pattuito per un breve lasso di tempo possa determinare la trasformazione del contratto in uno a tempo indeterminato.

Al fine di evitare i problemi interpretativi che avevano caratterizzato la disciplina previgente viene precisato che la prestazione di fatto deve avvenire comunque nei limiti di durata massima di 36 mesi.

La prosecuzione di fatto comporta a carico del datore di lavoro, per ogni giorno di continuazione del rapporto, il pagamento di una maggiorazione retributiva a favore del lavoratore pari, fino al decimo giorno successivo alla formale scadenza del contratto, al 20% della retribuzione e al 40% per ogni ulteriore giorno.

Il periodo di tolleranza<sup>62</sup> è comunque assoggettato ad un limite di durata che, se violato, comporta la trasformazione del contratto in uno a tempo indeterminato a decorrere dal superamento di tale limite che, per il contratto a termine di durata inferiore a 6 mesi, è pari a 30 giorni e per tutti gli altri è di 50 giorni.

<sup>60</sup> Con riferimento alla previgente normativa, identica a quella attuale, si è anche sostenuto che, la proroga, modificando un atto per il quale è prevista la forma scritta, deve osservare la stessa forma. Per un approfondimento sul tema e indicazioni di dottrina e giurisprudenza si rinvia a A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto a termine*, cit., p. 69.

<sup>61</sup> Per l'esatta individuazione di questo tipo di imprese si rinvia a quanto già specificato *sub* par. 4.1 nel quale si illustrano le fattispecie in cui non trova applicazione il limite numerico complessivo di lavoratori a termine utilizzabili in un'azienda.

<sup>62</sup> Così V. NUZZO, *La durata dei contratti a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 210.

7. La successione di più contratti a termine con lo stesso lavoratore e la necessità del sostanziale rispetto del limite di durata massima complessiva. Il recupero del rimedio della frode alla legge

Una specifica disciplina (art. 21 d.lgs. n. 81/2015) è prevista nel caso in cui un datore di lavoro, una volta stipulato un primo contratto a tempo determinato, voglia continuare ad avvalersi dello stesso lavoratore e non intende (o non può) prorogare l'iniziale contratto ma stipularne uno nuovo.

In questo caso, oltre a rispettare tutte le previsioni contenute nell'art. 19 d.lgs. n. 81/2015 (vedi *retro*, par. 2), la riassunzione è legittima a condizione che trascorra un lasso di tempo tra la data di scadenza del contratto e quella di stipulazione del nuovo che deve essere pari a 10 giorni se l'iniziale contratto ha una durata fino a 6 mesi, e di 20 giorni se la durata dello stesso è superiore a 6 mesi.

Il mancato rispetto degli intervalli temporali sopra indicati comporta la trasformazione del contratto successivo al primo in un contratto a tempo indeterminato.

L'obiettivo del legislatore è quello di ostacolare, in linea con la normativa europea, l'uso del contratto a termine per sopperire ad esigenze continuative che possono essere soddisfatte con un contratto a tempo indeterminato.

Ciò spiega il contenuto della seconda parte del co. 2 dell'art. 21 cit., che consente di stipulare più contratti a termine senza il rispetto di alcun intervallo temporale in presenza di attività che necessitano fisiologicamente di lavoratori a tempo determinato quali quelle stagionali, allo stato espressamente indicate dal d.p.r. n. 1525/1963, emanato in attuazione della prima legge organica in materia, risalente al 1962, che indicava le attività stagionali tra le ipotesi tassative per le quali era possibile stipulare un contratto a termine.

Il lungo lasso di tempo intercorso dal richiamato regolamento governativo ha indotto il legislatore a prevedere un apposito decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali deputato ad individuare le attività stagionali che tenga conto delle attuali esigenze produttive, disponendo la vigenza del regolamento del 1963 fino all'adozione del nuovo decreto ministeriale.

Un trattamento particolare è riservato alle imprese c.d. *start-up* innovative<sup>63</sup> che, già escluse dal rispetto dei limiti quantitativi complessivi e da quelli riguardanti il numero massimo delle proroghe, sono esonerate anche dal rispetto degli intervalli minimi temporali in caso di riassunzione di uno stesso lavoratore (art. 21, co. 3, cit.).

Sempre in tema di riassunzione una rilevante funzione è riservata ai contratti collettivi nell'accezione esplicitata nell'art. 51 dello stesso decreto (vedi *retro*, par. 5).

<sup>63</sup> Per la individuazione di tale tipologie di imprese e per l'indicazione della durata dell'esenzione si rinvia al par. 4.1.

La disciplina di fonte collettiva, a qualsiasi livello, è legittimata ad individuare ipotesi con riferimento alle quali non è necessario rispettare alcun intervallo temporale.

In questo caso la formula utilizzata dal legislatore, a differenza di quella adottata con riferimento ai limiti di durata e di quantità per la quale il contratto collettivo è legittimato ad indicare «diverse disposizioni» rispetto a quelle previste dalla legge (vedi *retro*, par. 5), consente alla disciplina pattizia di far venir meno la regola dell'intervallo temporale.

La disposizione ha l'evidente finalità di mitigare la rigidità della disciplina generale in materia di riassunzione, offrendo alle parti sociali la possibilità di individuare ipotesi per le quali le esigenze produttive di specifici settori rendono necessaria l'eliminazione della pausa tra un contratto e l'altro<sup>64</sup>.

Le limitazioni in materia di successione di più contratti non si rinvergono soltanto nell'art. 21, co. 2, cit. sugli intervalli temporali, ma trovano un ulteriore limite, di carattere più generale, sempre in funzione antiabusiva, costituito dalla loro durata massima complessiva.

L'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 81/2015 stabilisce che comunque la successione di più contratti tra le stesse parti, indipendentemente dai periodi di interruzione (che di conseguenza non rientrano nel calcolo di cui si discute), deve rispettare il termine di 36 mesi, imponendo così «un tetto massimo soggettivo» (...) che si traduce in «un limite massimo complessivo di durata dell'occupazione a tempo determinato del medesimo lavoratore»<sup>65</sup> con uno stesso datore di lavoro<sup>66</sup>.

La regola, risalente alla legge n. 247/2007, costituisce la trasposizione nel diritto interno del principio che più di tutti caratterizza la normativa europea la cui finalizzata è quella di evitare la reiterazione incontrollata di contratti a termine.

Nel contesto attuale, oramai privo di ogni controllo sulle ragioni che inducono un datore di lavoro ad utilizzare un contratto a termine, la regola acquista un valo-

<sup>64</sup> La delega a favore della contrattazione collettiva presente già nella previgente disciplina è stata più volte utilizzata dalle parti. Per una ricognizione in materia si rinvia a G. TOLVE, *Dall'accordo del settore turismo ai recenti rinnovi: la successione di più contratti a termine*, in *Dir. rel ind.*, 2013, p. 809.

<sup>65</sup> V. NUZZO, *La durata dei contratti a termine*, cit., p. 214.

<sup>66</sup> La terminologia utilizzata dal legislatore che impone il rispetto del limite massimo dei 36 mesi allo «stesso» datore di lavoro non si ritiene sia suscettibile di interpretazioni estensive sostenendo che il legislatore abbia voluto indicare non tanto un identico datore di lavoro come persona fisica o giuridica, ma la stessa organizzazione produttiva al cui interno si svolge il contratto a termine. La specialità della disposizione e la rigidità della regola per dimensione temporale (intera vita lavorativa) e conseguenze sanzionatorie (trasformazione in un contratto a tempo indeterminato) non consentono di distaccarsi dal dato letterale invocando le sostanziali finalità di repressione degli abusi perseguite dalla disposizione. Pertanto, in presenza di gruppi di imprese o in caso di trasferimento d'azienda il limite in questione non è riferibile al «gruppo» in quanto tale o al datore di lavoro cessionario. Per la ricostruzione del dibattito che si caratterizza per la diversità di opinioni in merito si rinvia a V. NUZZO, *La durata dei contratti a termine*, cit., pp. 217-218 e P. PANDOLFO, P. PASSA-LACQUA, *Il nuovo contratto a termine*, cit., pp. 90-91.

re determinante, il cui sostanziale rispetto costituisce condizione essenziale per la tenuta dell'intero modello normativo, sia con riferimento a quello comunitario che a quello interno, il cui valore portante è costituito dal contratto a tempo indeterminato come «forma comune» di rapporto di lavoro.

La valenza, e il relativo rispetto sostanziale, del limite di durata di cui necessita il ricorso all'assunzione a termine meritano di essere sottolineati in un contesto normativo che, in linea teorica, nel formale rispetto della legge, consente di reiterare negli anni, con una certa facilità, la prestazione lavorativa di uno stesso lavoratore assunto sempre a termine.

Rileva sotto questo profilo la specificazione contenuta sempre nell'art. 19, co. 2, cit. per la quale il tempo di durata di ogni singolo contratto (comprensivo di proroga formale o di fatto, secondo quanto stabilito dall'art. 21 d.lgs. n. 81/2015) concorre a determinare la durata complessiva di 36 mesi sommandosi con gli altri a condizione che il medesimo lavoratore svolga mansioni «di pari livello e categoria legale».

Come già si è avuto modo di sottolineare, il vincolo di durata così come costruito dal legislatore presenta margini di manovra non indifferenti. La modifica di una sola delle due condizioni, livello di inquadramento del lavoratore (secondo i criteri di classificazione definiti dal contratto collettivo) o categoria legale (secondo la ripartizione indicata nell'art. 2095 c.c.), azzerava il periodo già lavorato con contratto a termine, ai fini del calcolo complessivo della durata massima, consentendo di ripartire con uno nuovo.

Letta in una prospettiva di corretta applicazione, la norma mitiga gli effetti, ritenuti eccessivi e troppo rigidi (se non addirittura irrazionali ed irragionevoli)<sup>67</sup>, in ordine alla previsione di una cumulabilità di contratti a termine tra le stesse parti che vale, senza possibilità di eccezione alcuna, per l'intera vita lavorativa. Si pensi ad un lavoratore che, dopo anni, ha comunque la possibilità di essere nuovamente assunto a termine da un datore di lavoro per il quale aveva già lavorato perché, grazie alla professionalità nel frattempo conseguita, è inquadrabile in un livello o categoria legale diverso da quello che aveva caratterizzato il precedente rapporto lavorativo, azzerando così il tempo già lavorato con un contratto a termine e con la possibilità di usufruire anche di proroghe nel numero massimo consentito.

Se viceversa la regola del cambio di mansioni viene utilizzata come *escamotage* per mantenere un lavoratore in uno stato di inammissibile «precarizzazione» vietato, lo si ribadisce, sia dall'art. 1 che dall'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, precetti questi ultimi dotati di una indiscutibile valenza imperativa, è necessario ricorrere alla strumentazione ordinaria offerta dal nostro ordinamento, costituita dall'art. 1344 c.c., per proteggere il lavoratore da atti formalmente rispettosi della legge, ma che, nella sostanza, aggirano la corretta applicazione di norme imperative.

<sup>67</sup> Vedi per le indicazioni bibliografiche a commento della originaria previsione legislativa V. NUZZO, *La durata dei contratti a termine*, cit., p. 215.

Il ricorso allo strumento della frode alla legge non è ritenuto pacificamente utilizzabile in materia e deve convenirsi con la considerazione che proprio la regola del limite del tetto massimo di 36 mesi, accompagnata a quella del cumulo tra contratti a termine e somministrazione di lavoro ai fini del raggiungimento del limite stesso e, ancora, l'ulteriore regola per la quale il cumulo tra più contratti avviene a condizione dello svolgimento di determinate mansioni (un tempo "equivalenti" oggi "di pari livello e categoria legale"), costituiscono tutti elementi che restringono l'ambito di operatività della frode alla legge rafforzando quello della violazione di legge<sup>68</sup>.

Tuttavia non può sottacersi quanto già in precedenza osservato circa la maggiore facilità per il datore di lavoro di procedere al formale cambiamento delle mansioni. Con la nuova disposizione, infatti, tale comportamento si affranca da ogni tipo di controllo sostanziale, in quanto non più rispettoso della regola dell'equivalenza professionale da intendersi, proprio per la sua funzione antifraudolenta, nel senso più ampio e sostanziale di «stessa area professionale»<sup>69</sup>, per essere sottoposto ad un dato squisitamente formale, qual è quello costituito, nella prevalenza dei casi, dal livello di inquadramento così come delineato dalla disciplina di fonte collettiva<sup>70</sup>.

In questo contesto può essere considerata come presunzione della volontà fraudolenta una fattispecie caratterizzata dal susseguirsi di più di un contratto a termine con uno stesso lavoratore, ciascuno di lunga durata, la cui somma supera abbondantemente i tre anni, tutti formalmente validi in quanto non cumulabili perché comportanti l'espletamento di mansioni che cambiano di livello, ma che comunque si caratterizzano per l'espletamento dell'attività nella stessa area produttiva<sup>71</sup>. A questo proposito è stato opportunamente evidenziato che «l'arco temporale di utilizzazione dei contratti a termine è così ampio da determinare oggettivamente la volontà di elusione perché si traduce nello svuotamento della norma imperativa»<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto a termine*, cit., p. 97, ma già G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato*, cit., p. 26.

<sup>69</sup> Così G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel protocollo*, cit., p. 24.

<sup>70</sup> Si pensi ai quei contratti collettivi che, a fronte di una medesima figura lavorativa, prevedono livelli di inquadramento distinti in ragione della maggiore esperienza maturata nell'ambito della medesima attività (a titolo di esempio vedi conl Metalmeccanici 5 dicembre 2012, sez. quarta, titolo secondo, art. 1 che, nel definire i criteri di inquadramento, inserisce una stessa figura professionale sia nel secondo che nel terzo livello a seconda del grado di esperienza acquisita nell'espletamento della stessa attività).

<sup>71</sup> Sulla questione restano più che mai attuali le riflessioni di V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247/2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, p. 203 ss.

<sup>72</sup> V. SPEZIALE, *Il contratto a termine: nuove disposizioni e regime risarcitorio*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. FIORILLO, A. PERULLI, *Rapporto individuale e processo del lavoro-Vol. II*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 152.

## 8. Il divieto dell'uso del contratto a termine

Il primo comma dell'art. 20 del d.lgs. n. 81/2015 prevede quattro ipotesi per le quali è esclusa la possibilità di assumere lavoratori a tempo determinato.

È fatto divieto di ricorrere al contratto a termine, in primo luogo, nei casi in cui l'assunzione miri a sostituire dipendenti che esercitano il diritto sciopero (lett. a) e ciò al fine di tutelare l'attività sindacale da quello che viene definito e stigmatizzato dall'ordinamento come "crumiraggio indiretto esterno"<sup>73</sup>.

Si ritiene, comunque, che in caso di astensioni collettive illegittime in quanto potenzialmente idonee ad impedire la fruizione di servizi pubblici essenziali o a provocare all'impresa un danno alla produttività, l'assunzione di lavoratori a tempo determinato per sostituire dipendenti in sciopero non incontri alcun divieto<sup>74</sup>.

Altresì vietata è l'assunzione finalizzata all'adibizione del lavoratore a termine alle stesse mansioni disimpegnate da dipendenti che risultino sospesi o ad orario ridotto in regime di cassa integrazione (lett. c) ovvero da prestatori di lavoro licenziati in forza di procedure di licenziamento collettivo attivate, nei sei mesi precedenti, presso la medesima unità produttiva, salvo sia effettuata per sostituire dipendenti assenti, per assumere lavoratori iscritti nelle liste di mobilità o abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi (lett. b). Nella nuova formulazione della norma è scomparsa la possibilità, consentita dall'abrogato art. 3 d.lgs. n. 368/2001, che accordi collettivi possano eliminare o circoscrivere il divieto in questione.

È poi vietato ricorrere al contratto di lavoro a termine in caso di mancata effettuazione della procedura di valutazione dei rischi in osservanza della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (lett. d).

Esaminando nel complesso la norma in questione è evidente l'intento del legislatore di proibire l'utilizzo del contratto a termine sia nell'ottica di garantire interessi superiori ritenuti meritevoli di tutela, quali la libertà sindacale e la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro, sia in quella di prevenire pratiche elusive del contratto a termine a danno dell'occupazione stabile<sup>75</sup>.

La normativa sul divieto dell'uso del contratto a termine appena illustrata riveste un indiscusso carattere cogente grazie al co. 2 dell'art. 20 cit. che ne qualifica le conseguenze sanzionatorie prevedendo la trasformazione del contratto a termine in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

<sup>73</sup> A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto a termine*, cit., p. 60 che evidenziano come sia invece possibile per il datore di lavoro sostituire gli scioperanti con personale già alle proprie dipendenze.

<sup>74</sup> A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 32; A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e Pubblico*, Utet, Torino, 2014, p. 390.

<sup>75</sup> Per riflessioni sul punto vedi I. FEDELE, *I divieti*, in L. DI PAOLA, I. FEDELE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 225 ss.; G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010, 323; A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, cit., p. 57.

Il legislatore ha tradotto in norma di diritto positivo quanto da tempo sostenuto, con riferimento alla previgente normativa – identica sui divieti, ma priva di conseguenze sanzionatorie esplicite –, dalla giurisprudenza di legittimità<sup>76</sup> e dalla prevalente dottrina<sup>77</sup> secondo cui la violazione dei divieti in parola, pur in assenza di un'espressa previsione normativa, comportava, ai sensi del secondo comma dell'art. 1419, non la nullità dell'intero contratto, bensì della sola clausola giustificativa del termine, con conseguente automatica conversione del contratto a tempo determinato in uno a tempo indeterminato.

Le esplicite conseguenze sanzionatorie derivanti dall'inosservanza di regole estranee al singolo contratto valorizzano la funzione delle c.d. sanzioni civili indrette<sup>78</sup> che, oltre a perseguire le finalità sopra evidenziate, concorrono a supportare la tesi che esclude la possibilità di una equiparazione *tout court* tra contratto a tempo determinato e quello a tempo indeterminato.

### 9. Il trattamento normativo: diritto di precedenza

Al lavoratore a tempo determinato la legge garantisce il c.d. diritto di precedenza, ossia il diritto di essere preferito nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dallo stesso datore di lavoro presso cui l'interessato ha prestato attività lavorativa temporanea.

Il diritto di precedenza ha il chiaro obiettivo di soddisfare l'aspettativa del lavoratore a tempo determinato di ottenere la stabilizzazione del proprio rapporto di lavoro<sup>79</sup>.

L'art. 24, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, fatta salva la possibilità per i contratti collettivi di qualsiasi livello di prevedere una diversa regolamentazione dell'istituto, at-

<sup>76</sup> Cfr. Cass. 2 aprile 2012, n. 5241, in *Mass. giur. lav.*, 2012, 850, con nota di A.L. FRAIOLI, M. GALLO.

<sup>77</sup> L. M. DENTICI, *L'articolazione dei divieti nella nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 101 ss.; I. FEDELE, *I divieti*, cit., p. 228; A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 394; S. CIUCCIOVINO, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine*, cit., p. 107.

<sup>78</sup> Così C. LAZZARI, *Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali e sicurezza sul lavoro*, in *I Working papers di Olympus*, 2015, n. 41 p. 3 che comunque sottolinea «la permanenza di gravi lacune in ordine alla predisposizione di meccanismi volti a garantire l'effettiva operatività di tali norme inibitorie e della connessa conversione in chiave sanzionatoria».

<sup>79</sup> Per un approfondimento dell'istituto e un'attenta ricostruzione della relativa evoluzione normativa, vedi C. FALERI, *Le tecniche di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a termine e i diritti di precedenza*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 310 ss.; L. DI PAOLA, *Il diritto di precedenza*, in L. DI PAOLA, I. FEDELE (a cura di), *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 295; G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel protocollo Welfare e nella legge 24 dicembre 2007*, n. 247, in G. FERRARO (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 28.

tribuisce al lavoratore assunto a termine presso la stessa azienda, con uno o più contratti, per un periodo superiore a sei mesi, il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal medesimo datore di lavoro con riferimento alle mansioni già espletate in virtù dei pregressi rapporti a termine.

Ai sensi del co. 2 dello stesso articolo concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il diritto di precedenza il congedo di maternità usufruito dalle lavoratrici nell'esecuzione di un contratto a termine presso la stessa azienda. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto, alle stesse condizioni di cui al primo comma, il diritto ad essere preferite anche nelle assunzioni a tempo determinato.

Il legislatore ha ritenuto di accordare alle lavoratrici madri una norma di maggior tutela che consente, da una parte, il raggiungimento del periodo utile alla maturazione del diritto di precedenza anche attraverso il computo dei periodi di congedo parentale, dall'altra, l'esercizio del diritto di precedenza anche con riferimento alle nuove assunzioni temporanee del loro ex datore di lavoro.

Sia per i lavoratori di cui al primo comma che per le lavoratrici madri, il diritto di precedenza ha una durata limitata nel tempo, in quanto destinato ad operare con riferimento alle nuove assunzioni effettuate «entro i successivi dodici mesi».

Uno specifico diritto di precedenza, in questo caso per ulteriori assunzioni a tempo determinato, è previsto per i lavoratori che operano nel settore delle attività stagionali nel quale il ricorso al contratto a termine costituisce la regola e lo strumento pressoché esclusivo di assunzione.

Il co. 3 dell'art. 24 cit. prevede che il lavoratore assunto a tempo determinato per lo svolgimento di tali attività, a prescindere dalla durata del pregresso rapporto a termine, ha diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a tempo determinato effettuate dallo stesso datore di lavoro per le «medesime attività stagionali».

Riconoscendo ai lavoratori stagionali il diritto di precedenza nelle nuove assunzioni temporanee che avranno ad oggetto le «medesime attività», e non già le più circoscritte «mansioni già espletate» di cui al comma 1, la legge offre loro un più ampio margine entro il quale avvalersi del diritto in parola<sup>80</sup>.

Seppur non espressamente previsto, anche per la predetta categoria di lavoratori il diritto di precedenza ha la durata di dodici mesi, a mente della disposizione di chiusura adottata dal co. 4 dell'art. 24 cit. che dispone, in linea generale, l'estinzione del diritto «una volta trascorso un anno dalla data di cessazione del rapporto».

Al fine di rendere quanto più possibile operativo tale diritto e affrancare il suo esercizio da incertezze gestionali, il legislatore impone alle parti l'obbligo di richiamare espressamente nella lettera di assunzione a tempo determinato il diritto di precedenza e, nel contempo, obbliga il lavoratore a manifestare per iscritto la

<sup>80</sup> Vedi G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel protocollo*, cit., p. 31 con riferimento alla previgente normativa che sul punto è rimasta invariata.

volontà a volerne usufruire entro sei mesi dalla cessazione del contratto a termine, ovvero entro tre mesi per i lavoratori stagionali.

Le finalità sopra menzionate caratterizzano anche la previsione contenuta nell'art. 19, co. 5, d.lgs. n. 81/2015 per la quale il datore di lavoro informa, secondo le modalità definite dai contratti collettivi di qualsiasi livello, sia il prestatore a termine che le rappresentanze sindacali, aziendali ovvero unitarie, circa l'esistenza di posti vacanti disponibili in azienda.

La normativa appena illustrata ripercorre quella contenuta nel d.lgs. n. 368/2001 con la sola integrazione, quanto mai opportuna, di imporre la forma scritta anche in occasione della manifestazione di volontà del lavoratore che esercita il diritto di precedenza e non soltanto nel testo contrattuale che deve contenere un espresso richiamo al diritto in questione.

Anche la nuova disciplina nulla stabilisce né con riferimento all'ipotesi di un numero di lavoratori che esercitino il diritto di precedenza superiore alla disponibilità di posti per i quali è possibile assumere a tempo indeterminato, né sulle conseguenze sanzionatorie in capo al datore di lavoro nel caso di violazione del diritto di precedenza, né su quelle derivanti dal mancato inserimento nel testo contrattuale di una clausola di rinvio a tale diritto.

Nel primo caso, salvo che non intervenga in materia il contratto collettivo ai sensi del co. 1, dell'art. 24 cit. definendo criteri di scelta, si conviene con chi ritiene che l'individuazione del lavoratore da assumere debba essere rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro, che sarà tenuto comunque ad operare nel rispetto dei principi di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c. e del principio di non discriminazione<sup>81</sup>, oppure ricorrendo ad un criterio assolutamente oggettivo che potrebbe essere costituito, in ragione dell'obbligo di forma scritta imposto al lavoratore dal co. 4 dell'art. 24 cit., dalla data in cui è stata inviata la dichiarazione di volersi avvalere del diritto di precedenza, scegliendo il lavoratore che ha inoltrato per primo la richiesta.

Nel secondo caso il rimedio offerto dall'ordinamento al lavoratore illegittimamente pretermesso non può che essere quello risarcitorio secondo i principi dettati in materia dal codice civile (art. 1218 ss. c.c.) e ciò sul presupposto che l'istituto in esame non costituisce un diritto al posto di lavoro, bensì un diritto ad essere preferito nell'eventuale nuova assunzione<sup>82</sup>.

La mancanza di un contratto in essere tra le parti e, più in generale, degli elementi che dovrebbero caratterizzare quello futuro, non consente né di ricorrere allo strumento punitivo tipico dell'istituto in esame per l'inesistenza di un contrat-

<sup>81</sup> C. FALERI, *Le tecniche di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a termine e i diritti di precedenza*, cit., p. 316.

<sup>82</sup> Nello stesso senso G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel protocollo*, cit., p. 36 ss., al quale si rinvia anche per le condivisibili argomentazioni in merito alla difficoltà di prefigurare un obbligo di costituire un contratto di lavoro; S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, cit., p. 187 e C. FALERI, *Le tecniche di stabilizzazione dei rapporti di lavoro a termine e i diritti di precedenza*, cit., p. 317.

to da trasformare in uno a tempo indeterminato, né tanto meno di invocare la tutela in forma specifica secondo quanto disposto dall'art. 2932 c.c.<sup>83</sup>

In ordine poi alla quantificazione del danno deve propendersi per una valutazione dello stesso di tipo equitativo, ai sensi dell'art. 1226 c.c., che «andrà determinato in relazione alla peculiarità del diritto violato e a una serie di elementi fattuali (quali l'anzianità, la reiterazione dei contratti, le dimensioni aziendali ecc.)»<sup>84</sup> e non per una sua determinazione parametrata a quanto il lavoratore avrebbe percepito ove fosse stato assunto dal datore di lavoro.

Tale ultima considerazione vale in particolar modo in ipotesi di violazione del diritto di precedenza in caso di assunzioni a tempo indeterminato, e ciò per la obiettiva difficoltà di trovare un valido e sostenibile parametro temporale utile alla esatta quantificazione del danno.

L'esame del dato giurisprudenziale, per le ragioni sopra esposte, registra un orientamento consolidato sul diritto al risarcimento del lavoratore pretermesso, stabilendo, nel contempo, una quantificazione che prende come parametro le retribuzioni perdute per la mancata assunzione. È opportuno comunque sottolineare che le sentenze reperite affrontano fattispecie riguardanti la violazione del diritto di precedenza a fronte di assunzioni stagionali a termine caratterizzate da contratti di durata di pochi mesi<sup>85</sup>.

Quanto alle conseguenze derivanti dal mancato inserimento della clausola sul diritto di precedenza nel testo contrattuale non può ritenersi che tale omissione, «nel silenzio della legge, dovrebbe comportare la conversione a tempo indeterminato»<sup>86</sup>. Nella nuova disciplina sul contratto a termine, ove il legislatore tipizza le conseguenze sanzionatorie per ogni singola violazione, il rimedio della trasformazione è applicabile solo nelle ipotesi espressamente previste e non più come regola generale invocabile ogni qualvolta non vengano rispettati dal datore di lavoro specifici adempimenti.

Ma anche volendo prescindere da questa considerazione di carattere generale, deve rilevarsi che la mancanza di tale clausola nel testo contrattuale non può pregiudicare l'esercizio di un diritto previsto per legge, la cui operatività non è

<sup>83</sup> Ed invero l'unica circostanza nota alle parti, in quanto legislativamente prevista, è quella relativa alle future mansioni mancando ogni altra indicazione con riferimento al tempo di lavoro, al luogo e alle altre concrete modalità di effettiva esecuzione della futura prestazione lavorativa. Di diverso avviso M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Giur. lav.*, 2008, 2, p. 116 che sostiene la possibilità di ricorrere al rimedio dell'esecuzione in forma specifica ritenendo che, oltre all'inquadramento, gli estremi del futuro contratto «sono per gli altri aspetti già noti alle parti».

<sup>84</sup> G. FERRARO, *Il contratto a tempo determinato nel protocollo*, cit., p. 37.

<sup>85</sup> Cass. 26 agosto 2003, n. 12505, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 6, 38 e Cass. 14 maggio 2010, n. 11737.

<sup>86</sup> Così M. BROLLO, *La nuova flessibilità semplificata*, cit., p. 584 con riferimento all'obbligo già contenuto nell'art. 5, co. 4-sexies, d.lgs. n. 368/2001.

in alcun modo condizionata dal richiamo o meno nel contratto.  
L'omessa indicazione della clausola in esame potrebbe invece legittimare il lavoratore ad un'azione di risarcimento.

Si potrebbe verificare il caso che, nei tempi previsti dalla normativa in esame, il lavoratore assunto a termine non eserciti il diritto di precedenza e il datore di lavoro effettui una assunzione a tempo indeterminato con riferimento alle mansioni espletate dal lavoratore in questione. In questo caso il lavoratore, nel cui contratto a termine non era inserita la clausola sul diritto di precedenza, potrebbe imputare a tale omissione la ragione del mancato esercizio del diritto in questione, non essendo lo stesso tenuto a conoscere il testo legislativo che lo prevede. Conseguentemente, il lavoratore potrebbe agire nei confronti del datore di lavoro per chiedere il risarcimento del danno per l'occasione di lavoro persa, nei termini già prospettati.

Alla mancata indicazione di espliciti strumenti a tutela del lavoratore si giustappone una specifica sanzione a carico del datore di lavoro che violi la normativa in esame, costituita dalla perdita degli incentivi all'occupazione secondo quanto previsto dall'art. 31, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 150/2015.

#### 10. Segue. Principio di non discriminazione

La parità di trattamento dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato costituisce uno dei principi portanti della direttiva europea n. 99/70/CE e dell'allegato quadro, che vieta l'applicazione di «condizioni di impiego» detteriori per i lavoratori a termine rispetto ai colleghi assunti con contratto di durata indeterminata «per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive»<sup>87</sup>.

L'art. 25, co. 1, d.lgs. n. 81/2015 recepisce la disposizione comunitaria riconoscendo ai lavoratori assunti con contratto a termine «il trattamento economico e normativo in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili», utilizzando una formulazione semplice e nel contempo omnicomprensiva rispetto a quella contenuta nell'abrogato art. 6 del d.lgs. n. 368/2001.

La norma trasfonde in regole di diritto positivo criteri applicativi, già presenti nella giurisprudenza di legittimità ed avallati dalla dottrina, secondo cui la portata del principio in esame doveva ritenersi estesa ad ogni trattamento, sia economico

<sup>87</sup> La materia è stata oggetto nel corso degli anni di numerose riflessioni, trattandosi di una normativa rimasta sostanzialmente inalterata fin dalla entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001. Per un approfondimento sul tema vedi, da ultimo, AA.VV., *Diritti e obblighi delle parti del contratto a tempo determinato*, in *Jobs Act e contratto a tempo determinato*, cit., p. 35 ss. e L. LAZZERONI, *La disciplina dei contratti a termine e i regimi delle garanzie*, in *I rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), Giuffrè, Milano, 2013, p. 151 ss. ed ivi ampi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

che normativo, in atto nell'azienda per i lavoratori stabili comparabili e ciò nonostante che la previgente formulazione della norma indicasse solo determinate spettanze di natura retributiva<sup>88</sup>.

La regola comunitaria ha assunto nel nostro diritto interno la connotazione di un vero e proprio obbligo di parità di trattamento gravante sul datore di lavoro, con la conseguenza che «il lavoratore a termine non deve provare una discriminazione, ma ha diritto di pretendere direttamente lo stesso trattamento del lavoratore a tempo indeterminato»<sup>89</sup>.

Lo snodo fondamentale per l'effettivo esercizio del diritto in questione è costituito dalla individuazione del lavoratore a tempo indeterminato che sia comparabile con quello a termine. La seconda parte del co. 1 dell'art. 25 cit. assolve il compito definendo «comparabili» i lavoratori «inquadri nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva» con ciò fornendo parametri certi per la concreta attuazione del precetto anti discriminatorio.

La definizione legale di lavoratore comparabile sopra richiamata appare più stringente per il datore di lavoro rispetto a quella espressa dalla normativa comunitaria che fa riferimento al prestatore con «un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze» (clausola 3, accordo quadro)<sup>90</sup>.

Il lavoratore a termine, al fine di evitare trattamenti discriminatori, non dovrà dimostrare l'identità o la somiglianza delle mansioni svolte dal lavoratore a tempo indeterminato comparabile rispetto alle proprie, ma sarà sufficiente «provare il trattamento in atto nell'impresa e il pari inquadramento contrattuale con il lavoratore a tempo indeterminato»<sup>91</sup>.

In ogni caso la giurisprudenza si è fatta portatrice di una tutela sostanziale del lavoratore a termine nel caso in cui quest'ultimo svolga di fatto prestazioni identiche a quelle di un lavoratore con contratto a tempo indeterminato, ma senza un pari inquadramento contrattuale, riconoscendogli il diritto alla retribuzione corrispondente alle mansioni esercitate, indipendentemente dalla qualifica allo stesso attribuita<sup>92</sup>.

La definizione di lavoratore a tempo indeterminato comparabile non è l'unica

<sup>88</sup> Cfr. Cass. 17 febbraio 2011, n. 3871, in *Foro it.*, 2011, 6, c. 1734. In dottrina vedi A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, cit., p. 28; L. LAZZERONI, *La disciplina dei contratti a termine e i regimi delle garanzie*, cit., p. 156; AA.VV., *Diritti e obblighi delle parti del contratto a tempo determinato*, cit., p. 35 ss.

<sup>89</sup> A. VALLEBONA, C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, cit., p. 53.

<sup>90</sup> In assenza di un lavoratore a tempo indeterminato comparabile nei termini appena espressi, la norma comunitaria prosegue rinviando, per il raffronto, alle disposizioni del contratto collettivo applicabile allo stabilimento.

<sup>91</sup> L. LAZZERONI, *La disciplina dei contratti a termine e i regimi delle garanzie*, cit., p. 152.

<sup>92</sup> Da ultimo v. Cass. 10 novembre 2014, n. 2390 e Cass. 17 aprile 2012, n. 6001.

a rendere il diritto interno più incisivo nella protezione del lavoratore a termine rispetto alla norma comunitaria.

Se per stabilire il trattamento che deve essere riconosciuto al lavoratore a termine affinché venga garantita la parità, la normativa europea adotta la generica definizione «condizioni per l'impiego»<sup>93</sup>, la disposizione contenuta nell'art. 25 cit. non lascia margini ad interpretazioni, riconoscendo al lavoratore a termine lo stesso «trattamento economico e normativo» applicato al prestatore di lavoro stabile.

Alla stessa stregua, il riferimento comunitario alle «ragioni oggettive», quali motivi di esclusione dall'applicazione della disciplina antidiscriminatoria, comporta indubbiamente maggiori problemi interpretativi rispetto alla normativa interna, secondo cui la disciplina tesa a garantire la parità di trattamento non si applica ove «obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a tempo determinato».

Quest'ultima disposizione, oltre a sottrarsi ai dubbi ermeneutici generati dalla lettura della norma comunitaria, offre, rispetto ad essa, un criterio di preclusione più selettivo: se per la Direttiva il principio di non discriminazione può essere escluso da ragioni di qualunque natura, purché oggettive, la disposizione interna giustifica l'esenzione solo nella misura in cui l'uniformità di trattamento sia oggettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine.

La giurisprudenza ha ben evidenziato che l'incompatibilità non può riguardare la mera esistenza del termine di durata, bensì la natura dello specifico rapporto, con la conseguenza che l'ostacolo al riconoscimento di un determinato diritto non solo deve rilevarsi non eliminabile ricorrendo al frazionamento temporale, ma deve essere valutato con riferimento «alle specifiche modalità di svolgimento del rapporto ed alle obiettive esigenze e finalità su cui si fonda la legittima apposizione del termine di durata»<sup>94</sup>.

Il criterio per applicare il trattamento dovuto deve essere proporzionato al periodo di lavoro prestato, in conformità al principio *pro rata temporis* sancito dalla clausola 4, punto 2, dell'accordo quadro e ribadito nel co. 1 dell'art. 25 cit.

Per quanto concerne i singoli trattamenti per i quali il datore di lavoro ha l'obbligo di garantire la parità tra dipendenti assunti a termine e quelli a tempo indeterminato, possono indicarsi, senza pretesa di esaustività, le ferie, la gratifica natalizia, il trattamento di fine rapporto<sup>95</sup>, nonché le mensilità aggiuntive, il recupero delle festività soppresse, i premi di produzione, il congedo matrimoniale e

<sup>93</sup> Sulla genericità della nozione di cui alla norma comunitaria e sui relativi interventi della Corte di Giustizia in materia vedi, da ultimo, A. RONDO, *Divieti di discriminazione nel contratto a termine*, in *Lav. giur.*, 6, 2014, p. 560.

<sup>94</sup> Così Cass. 17 febbraio 2011, n. 3871, in *Foro it.* 2011, c. 1734 menzionata in AA.VV., *Diritti e obblighi delle parti del contratto a tempo determinato*, cit., p. 43, al quale si rinvia anche per la indicazione di ulteriore giurisprudenza di merito.

<sup>95</sup> Trattasi delle tre spettanze espressamente elencate nell'abrogato art. 6 del d.lgs. n. 368/2001.

quello parentale, i permessi sindacali e il trattamento economico in caso di assenza per malattia<sup>96</sup>. Parimenti, possono essere ricompresi nel novero il servizio di mensa, gli scatti di anzianità, le norme che disciplinano il trasferimento di azienda ex art. 2112 c.c. e il patto di prova di cui all'art. 2096 c.c.<sup>97</sup>.

Il mancato rispetto del principio di non discriminazione, oltre ad esporre il datore di lavoro ad eventuali rivendicazioni da parte del lavoratore tese ad ottenere la parità di trattamento, pone a carico del primo il pagamento di una sanzione amministrativa che va da un minimo di 25,82 euro ad un massimo di 154,94 euro, salvo che l'inosservanza non riguardi più di cinque lavoratori, nel qual caso la sanzione varierà da un minimo di 154,94 euro a un massimo di 1.032,91 euro.

## 11. Segue. *Formazione*

La formazione del lavoratore a tempo determinato continua ad essere auspicata dal legislatore nazionale che, nell'art. 26 d.lgs. n. 81/2015, riporta pressoché integralmente il contenuto dell'abrogato art. 7, co. 2, d.lgs. n. 368/2001 e demanda ai «contratti collettivi» il compito di prevedere le occasioni e gli strumenti idonei a consentire ai lavoratori a tempo determinato l'arricchimento del proprio bagaglio professionale, sì da progredire sia all'interno dell'azienda, cogliendo opportunità di eventuali promozioni, sia al di fuori, sfruttando le capacità acquisite per un più agevole e proficuo inserimento nel mercato del lavoro.

Il legislatore avrebbe potuto cogliere l'occasione per rafforzare il momento formativo del rapporto di lavoro a tempo determinato, riconoscendo comunque al lavoratore quanto meno un diritto ad una formazione di base<sup>98</sup>.

L'operazione poteva essere supportata da un adeguamento più puntuale alla disposizione comunitaria, in base alla quale sono i datori di lavoro direttamente chiamati «nella misura del possibile, (...) ad agevolare l'accesso dei lavoratori a tempo determinato a opportunità di formazione adeguate, per aumentarne le qualifiche, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale» (clausola 6 accordo quadro).

L'affidamento alla contrattazione collettiva, peraltro in termini di mera facoltà, continua a mantenere l'elevazione professionale al di fuori del contenuto obbliga-

<sup>96</sup> Gli istituti in questione sono suggeriti da V.M. MARINELLI, in *Il principio della parità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato*, a cura di G. PERONE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 96.

<sup>97</sup> Queste ulteriori esemplificazioni sono indicate da A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 423.

<sup>98</sup> Restano ancora valide le perplessità formulate in materia sin dall'originaria previsione della norma, vedi sul punto R. ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 264 che, in ragione della importanza della formazione nella sua funzione di rafforzamento della posizione del lavoratore nel mercato del lavoro, auspicava «una diretta, compiuta ed esaustiva articolazione nella previsione legislativa».

torio del contratto di lavoro a termine e non lascia ben sperare se si considera che non risulta che la fonte pattizia «ha mai espressamente evaso la delega di cui all'art. 7, co. 2, d.lgs. n. 368/2001»<sup>99</sup>.

Tuttavia, nella nuova disciplina dell'istituto, cambiano gli agenti contrattuali deputati alla formazione del lavoratore a termine che, in base alla specificazione contenuta nell'art. 51 d.lgs. n. 81/2015, devono annoverarsi all'interno di associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e possono essere costituiti, indifferentemente, da quelli deputati a stipulare contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali e dalle rsa o rsu.

L'ampliamento della platea dei soggetti sindacali potrebbe colmare la lacuna presente in materia. Un ruolo non indifferente potrebbero avere i contratti collettivi aziendali per dare concretezza ad un piano di politica attiva allo stato previsto solo in termini programmatici a favore di lavoratori a termine, che avrebbero bisogno di una formazione adeguata anche negli intervalli di non lavoro per facilitarne la ripresa, ove possibile, con un contratto a tempo indeterminato<sup>100</sup>.

Un'ultima considerazione merita la scomparsa, nel testo dell'art. 26 cit., di ogni riferimento all'obbligo per il datore di lavoro di fornire al dipendente una formazione adeguata alle caratteristiche delle mansioni che è chiamato a svolgere al fine di prevenire rischi specifici connessi all'esecuzione del lavoro<sup>101</sup>.

La mancata riproposizione di tale obbligo, lungi dal volere costituire un tentativo di ridimensionamento della tutela del lavoratore a termine, trova la sua spiegazione nella inutilità di una previsione del genere che avrebbe potuto creare problemi applicativi e comunque di raccordo con la specifica normativa prevista in materia ed organicamente disciplinata dal d.lgs. n. 81/2008 (Testo Unico sulla sicurezza).

A questo proposito è stato evidenziato che il richiamato t.u., nell'art. 37, obbliga il datore di lavoro ad assicurare che ciascun lavoratore riceva una formazione sufficiente ed adeguata in materia di salute e sicurezza anche con riguardo agli specifici rischi connessi alle mansioni espletate e, nell'art. 28, in sede di regole chiamate a governare la valutazione dei rischi ai fini di prevenzione e protezione, specifica che la stessa deve riguardare i rischi connessi alla specifica

<sup>99</sup> AA.VV., *Diritti e obblighi delle parti del contratto a tempo determinato*, cit., p. 46.

<sup>100</sup> Sono da condividere sul punto le considerazioni volte al potenziamento della formazione professionale attraverso le sollecitazioni già a suo tempo previste dall'art. 7 del d.lgs. n. 368/2001 «alle quali sarebbe il caso di prestare maggiore attenzione per il fatto che il ricorso ai contratti a termine è stato facilitato» (A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, cit., p. 30). La riflessione, formulata in occasione della soppressione della causale giustificativa del termine a seguito della legge n. 78/2014, diventa ancor più condivisibile alla luce della nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n. 81/2015.

<sup>101</sup> Così disponeva il co. 1, dell'art. 7 del d.lgs. n. 368/2001, oggi abrogato.

tipologia contrattuale attraverso la quale viene resa la prestazione di lavoro<sup>102</sup>.

Più in generale, ai fini di una tutela comunque incisiva del lavoratore a termine in materia di prevenzione antinfortunistica non deve essere sottovalutata la presenza nel nostro ordinamento di una norma di chiusura dell'intero modello costituita dall'art. 2087 c.c., il cui richiamo alla «particolarità del lavoro» impone al datore di lavoro l'adozione di misure di sicurezza che tengano conto anche della scarsa conoscenza che il personale a termine, soprattutto in caso di contratti di breve durata, ha delle mansioni assegnategli e degli strumenti di lavoro utilizzati.

## 12. Segue. Criteri di computo

L'art. 27 d.lgs. n. 81/2015 stabilisce, ai fini dell'applicazione di qualsiasi disciplina legale o contrattuale, per la quale sia rilevante il numero dei lavoratori presenti in azienda, un criterio generale di calcolo dei lavoratori a tempo determinato. Tale criterio vale sempre che specifiche disposizioni, nel determinare il proprio ambito di applicazione, non dispongano diversamente.

Ai fini del computo dei dipendenti utili alla quantificazione dell'organico si deve tener conto del numero medio mensile di lavoratori a tempo determinato impiegati negli ultimi due anni, sulla base dell'effettiva durata dei loro rapporti di lavoro<sup>103</sup>.

Il computo va effettuato sommando la durata dei singoli rapporti di lavoro a termine svolti presso il datore negli ultimi due anni, per poi dividere la somma ottenuta per ventiquattro<sup>104</sup>.

Il legislatore ha così generalizzato un criterio, il cui campo di applicazione era prima circoscritto solo ai fini dell'operatività delle garanzie sindacali ai sensi dell'art. 35 della legge n. 300/1970, mentre per tutte le altre ipotesi (ad esempio disciplina sul licenziamento) veniva determinato utilizzando parametri di derivazione giurisprudenziale<sup>105</sup>.

<sup>102</sup> C. LAZZARI, *Prime osservazioni a proposito di revisione delle forme contrattuali*, cit., p. 5. che, comunque, non valuta in modo positivo la mancata riproposizione nel nuovo art. 26 cit. del contenuto del co. 1 dell'art. 7 dell'abrogato decreto del 2001.

<sup>103</sup> La norma riproduce il criterio fissato dalla legge europea 6 agosto 2013, n. 97, con specifico riferimento al contratto a tempo determinato, il cui art. 12 aveva riscritto il testo dell'ormai abrogato art. 8 d.lgs. n. 368/2001.

<sup>104</sup> Per una esemplificazione applicativa del meccanismo di computo si rinvia a E. MASSI, *I criteri di computo dei contratti a termine*, in [www.dottrinalavoro.it](http://www.dottrinalavoro.it).

<sup>105</sup> La giurisprudenza di legittimità, per il computo nell'organico aziendale dei lavoratori con contratto di lavoro a termine, ha elaborato, ai fini dell'applicabilità della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, il criterio della "normale occupazione", secondo cui vanno considerati nell'organico aziendale i lavoratori a termine inseriti nell'ordinario ciclo produttivo, con esclusione di quelli assunti per sopperire ad esigenze meramente momentanee ed eccezionali ovvero

Nel novero degli assunti a termine da prendere a riferimento la legge contempla espressamente i dirigenti, la precisazione si è resa necessaria a causa della generalizzata esclusione di tale categoria di personale dal campo di applicazione della disciplina sul contratto a termine (vedi *infra*, par. 14).

Sono computabili, ai fini della determinazione dell'organico aziendale, anche i lavoratori assunti a termine ai sensi dell'art. 8, co. 2, legge n. 223/1991, così dispone l'art. 29, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 81/2015 (vedi *infra*, par. 14) che esclude tali lavoratori dal campo di applicazione della disciplina generale ad eccezione della normativa sul criterio di computo e sul principio di non discriminazione.

Stante la clausola di riserva prevista nell'*incipit* della norma, le regole di carattere generale è destinata a trovare applicazione solo nei casi in cui non sia «*diversamente disposto*». A titolo di esempio, si segnala la disciplina dettata ai fini della determinazione della quota di riserva per l'assunzione obbligatoria dei disabili, per la quale non sono computabili, tra gli altri, i lavoratori occupati con contratto a tempo determinato di durata fino a sei mesi e il personale con qualifica dirigenziale<sup>106</sup>. Ed ancora, in materia di sicurezza, non sono computabili, ai fini della determinazione del numero di lavoratori, dal quale il testo unico per la prevenzione dei rischi sul lavoro fa discendere "particolari obblighi", gli assunti a termine per la sostituzione di lavoratori aventi diritto alla conservazione del posto<sup>107</sup>.

Ferme le fattispecie per le quali la legge disciplina partitamente le modalità di computo dei lavoratori a tempo determinato, il criterio in esame troverà attuazione in tutte le altre ipotesi in cui si richiede la quantificazione dell'organico.

Si intende fare riferimento, oltre alle più note ipotesi costituite dalla determinazione del personale ai fini della costituzione in azienda degli organismi di rappresentanza sindacale<sup>108</sup> o dell'applicazione della disciplina sul licenziamento, alle fattispecie in cui occorre procedere alla verifica del rispetto dei limiti dimensionali previsti per le imprese artigiane *ex art. 4*, legge n. 443/1985 o all'attribuzione degli sgravi contributivi previsti dal Testo Unico in materia di tutela e sostegno della maternità *ex art. 4*, co. 3, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, ovvero all'applicazione delle norme in materia di intervento straordinario di integrazione salariale (*ex artt. 1*, co. 1, e 12, co. 3 *bis*, legge 23 luglio 1991, n. 223) e di fondi di solidarietà (*ex art. 3*, co. 10, legge 28 giugno 2012, n. 92)<sup>109</sup>.

---

non rientranti nella normale attività dell'impresa. Cfr., tra le tante e da ultimo, Cass. 4 febbraio 2014, n. 2460.

<sup>106</sup> Cfr. art. 4, legge n. 68/1999, come modificato dalla legge n. 134/2012.

<sup>107</sup> Cfr. art. 4, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 81/2008.

<sup>108</sup> Cfr. articolo 35 della legge 20 maggio 1970, n. 300. Unico caso in cui l'attuale criterio di computo trovava applicazione nella previgente disciplina.

<sup>109</sup> Gli esempi sono suggeriti da E. MASSI, *I criteri di computo dei contratti a termine*, cit., p. 2.

### 13. Impugnazione del contratto a termine e sistema sanzionatorio

L'art. 28, co. 1, d.lgs. n. 81/2015, indica modalità e tempi di impugnazione del contratto a termine operando un rinvio all'art. 6, co. 1 e 2, legge n. 604/1966 che disciplina la stessa materia per il licenziamento individuale, nel testo riscritto dall'art. 32, co. 1, legge n. 183/2010.

La norma si muove nel solco tracciato dall'art. 32 cit. che, estendendo anche al contratto a tempo determinato il sistema di decadenze previste per il licenziamento, ha inteso garantire in tempi ragionevoli la definitività o meno del rapporto tra datore di lavoro e lavoratore una volta cessato alla scadenza del termine<sup>110</sup>.

In particolare il legislatore del 2015 ha confermato, con riferimento alle conseguenze risarcitorie in caso di un uso illegittimo del contratto a termine, il ribaltamento, ad opera della richiamata legislazione del 2010, delle regole proprie dell'ordinario regime civilistico per le quali le azioni volte all'accertamento della nullità di atti contrari a norme inderogabili di legge non sono assoggettate ad alcun termine di impugnazione con la conseguenza che la scelta del lavoratore di procrastinare nel tempo l'impugnazione del contratto o la presentazione del ricorso giudiziale poteva avere conseguenze economicamente incontrollabili per le imprese e comportare non pochi problemi sotto il profilo squisitamente gestionale<sup>111</sup>.

Combinando insieme la lettura delle due norme (artt. 28, co. 1, e 6 co. 1 e 2) si ricavano le seguenti regole in tema di impugnazione: a) i tempi per contestare la validità della clausola appositiva del termine sono di 120 giorni decorrenti dalla cessazione del singolo contratto a pena di decadenza; b) l'impugnazione deve avvenire per iscritto con qualsiasi tipo di atto, anche di natura stragiudiziale, con il quale il lavoratore deve rendere nota la sua volontà; c) l'impugnazione può avvenire anche attraverso un atto scritto predisposto dall'organizzazione sindacale espressamente legittimata ad agire in nome e per conto del lavoratore; d) l'impugnazione è inefficace se, nel termine successivo di 180 giorni, non è seguita dal deposito del ricorso presso la cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro; e) in alternativa al ricorso è esperibile il tentativo di conciliazione o arbitrato che deve essere comunicato al datore di lavoro sempre nel termine di 180 giorni, nel caso in cui la conciliazione o l'arbitrato non siano accettati dal datore di lavoro o non si raggiunga l'accordo per il relativo espletamento, è sempre necessario depositare il ricorso giudiziale nel termine più breve di 60 giorni che decorre dalla data di comunicazione del rifiuto o da quella del mancato accordo.

<sup>110</sup> L'art. 55, co. 1, lett. f), d.lgs. n. 81/2015 ha abrogato le disposizioni dell'art. 32 cit. che disciplinavano l'istituto in esame, oggi riscritte dall'art. 28 cit.

<sup>111</sup> Si pensi a fattispecie nelle quali un'impresa, a distanza di anni, si vede obbligata a ripristinare in pianta stabile un rapporto di lavoro di breve durata, nato per sopperire ad esigenze temporanee, poi rilevatesi ingiustificate per aspetti più formali che sostanziali o per mutati orientamenti giurisprudenziali.

In tal modo l'impugnazione del contratto a termine è equiparata a quella prevista per il licenziamento individuale con l'unica differenza del termine entro il quale la stessa deve essere effettuata che è di 120 giorni e non di 60 come per il licenziamento.

È quanto mai utile la precisazione contenuta nel co. 1 dell'art. 28 in ordine alla data dalla quale inizia a decorrere il termine, individuata al momento della cessazione del «singolo» contratto. Ciò significa che, in caso di una successione di contratti, l'impugnazione dell'ultimo non consente di estendere l'indagine del giudice sulla legittimità o meno dei contratti precedenti se non impugnati singolarmente nel rispettivo termine di decadenza.

L'utilizzo del termine «cessazione» rende altresì chiaro che il *dies a quo* per l'impugnazione inizia dal momento nel quale cessa effettivamente la prestazione lavorativa considerando anche il periodo nel quale la stessa è continuata di fatto secondo quanto disposto dall'art. 22, d.lgs. n. 81/2015 (vedi *retro*, par. 6).

Con riferimento alla pratica attuazione delle altre modalità valgono gli orientamenti già emersi in sede di interpretazione dell'art. 6 cit. nel testo modificato dall'art. 32 della legge n. 183/2010.

Per quanto riguarda la prima impugnazione, pur in presenza di un atto avente natura recettizia e quindi idoneo ad interrompere i termini solo al momento del ricevimento da parte del datore di lavoro, si segnala il costante orientamento giurisprudenziale (avviato dalla sentenza della Cassazione a sezioni unite 14 aprile 2010, n. 8830) per il quale il termine si considera rispettato a seguito dell'inoltro della comunicazione con lettera raccomandata spedita a mezzo del servizio postale e non al momento della sua effettiva ricezione da parte del destinatario, e ciò in ragione del fatto che tale servizio, estraneo ad ogni tipo di intervento da parte del mittente – se non quello di affidargli la comunicazione da spedire – è oggettivamente affidabile.

Sempre con riferimento all'impugnazione stragiudiziale, se è pacifico (per espressa previsione di legge) che quest'ultima possa essere effettuata direttamente dall'organizzazione sindacale, lo stesso non può ritenersi se l'impugnazione è effettuata dall'avvocato, in questo caso, è necessaria una specifica procura scritta<sup>112</sup>.

Il secondo adempimento di cui è onerato il lavoratore, salvo che non decida di azionare la domanda giudiziale nei primi 120 giorni<sup>113</sup>, è costituito dal deposito

<sup>112</sup> Vedi, da ultimo, Cass. 3 luglio 2015, n. 13694 ove si afferma che: «l'impugnativa del licenziamento può essere fatta anche da un rappresentante del lavoratore, investito del relativo potere mediante procura rilasciata in forma scritta ovvero di una ratifica successivamente intervenuta, purché tali atti siano portati a conoscenza del destinatario entro il termine di decadenza sancito dalla Legge n. 604 del 1966, articolo 6».

<sup>113</sup> Questa possibilità è ammessa direttamente dal legislatore quando specifica che la prima impugnazione può avvenire con qualsiasi atto, anche stragiudiziale, consentendo pertanto di presentare direttamente un ricorso al Tribunale in funzione di giudice del lavoro. È il caso di precisare che in questo caso, mancando una specifica disposizione di legge, ai fini della interruzione dei termini di decadenza non vale il deposito del ricorso in cancelleria ma l'avvenuta notifica dell'atto nella sede dell'impresa nel termine di 120 giorni decorrenti dalla cessazione del rapporto.

del ricorso nella cancelleria del tribunale entro il termine di 180 giorni.

In questo caso è la stessa legge a precisare che vale, ai fini interruttivi dei termini di decadenza, il deposito dell'atto giudiziario e non l'avvenuta conoscenza da parte del datore di lavoro.

Il testo normativo (nella specie l'art. 6, co. 2) non è altrettanto chiaro sul *dies a quo* per il calcolo dei 180 giorni e ciò nel caso in cui la prima impugnazione venga effettuata nell'ambito dei 120 giorni previsti e non al loro scadere; in ipotesi del genere si potrebbe sostenere che il conteggio del secondo termine decadenziale inizi dal giorno nel quale viene effettivamente inviata a mezzo del servizio postale la comunicazione dell'impugnazione.

Tuttavia il dato letterale è idoneo a supportare l'interpretazione che fa decorrere il *dies a quo* per il calcolo dei 180 giorni allo scadere dei primi 120 giorni. Il secondo comma dell'art. 6 specifica che l'originaria impugnazione diventa inefficace se alla stessa non segue il deposito del ricorso «entro il successivo termine di centottanta giorni», volendo con ciò intendere che all'esaurirsi del primo termine (120 giorni) segue quello "successivo" di 180 giorni, per un totale complessivo di 300 giorni<sup>114</sup>.

L'attuale normativa che disciplina il contratto a tempo determinato, accompagnata all'abrogazione del d.lgs. n. 368/2001 che rende non più operativo l'art. 32, co. 4, lett. a), legge n. 183/2010 che aveva introdotto il regime delle decadenze solo per alcune fattispecie di illegittima apposizione del termine, fa venir meno ogni problematica sul campo di applicazione del regime delle impugnazioni che si applica a tutte le ipotesi, previste dallo stesso legislatore, per le quali il lavoratore intende far valere l'illegittima apposizione del termine e chiedere la trasformazione del contratto in uno a tempo indeterminato.

Un unico profilo di illegittimità del contratto a tempo determinato si potrebbe ritenere esente dai termini di decadenza e, a ben vedere, anche dallo speciale regime risarcitorio previsto dall'art. 28 cit. (di cui si dirà nelle pagine successive di questo paragrafo) ed è quello costituito dalla mancanza di forma scritta della clausola appositiva del termine che deve risultare direttamente o, indirettamente, dal contesto generale dell'atto.

L'art. 19, co. 4, d.lgs. n. 81/2015 specifica che in ipotesi del genere «l'apposizione del termine è priva di effetto»; in base al dato letterale il contratto che non contiene per iscritto, direttamente o indirettamente, l'indicazione del termine finale, è, sin dal momento della sua costituzione, un contratto a tempo indeterminato.

---

<sup>114</sup> Sulla questione e, più in generale, sull'intero sistema delle decadenze e dell'apparato sanzionatorio, rimasto pressoché immutato nell'attuale normativa rispetto alla formulazione contenuta nell'ultima versione del d.lgs. n. 368/2001 e nell'art. 32 legge n. 183/2010 vedi, da ultimo, M. PICCARI, *Impugnazione del contratto a tempo determinato: decadenze ed apparato sanzionatorio*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 110 al quale si rinvia anche per i riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

La tipizzazione legale delle conseguenze della mancanza di forma scritta impedisce di ascrivere la fattispecie nel campo di applicazione dell'art. 28 che, nel primo comma, prevede la decadenza in caso di impugnazione di un contratto a tempo determinato e, nel secondo comma, prescrive la speciale tutela risarcitoria nel caso di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

Nel caso di violazione dell'art. 19, co. 4, cit. nasce *ab initio* un contratto a tempo indeterminato e, di conseguenza, non si è in presenza di un contratto a termine da impugnare o da trasformare. In questo caso si applicano le regole del codice civile in tema di clausole inefficaci sia per l'impugnazione, che non è soggetta a decadenza, che per le conseguenze risarcitorie, che sono parametrizzate a tutte le retribuzioni non percepite dal giorno della illegittima interruzione di un contratto a tempo indeterminato fino al suo ripristino o fino alla data di una sua legittima cessazione.

Il co. 2 dell'art. 28 cit. indica le conseguenze sanzionatorie in capo al datore di lavoro «nei casi di trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato».

Il legislatore ricomponne in un unico comma il contenuto dell'art. 32, co. 5, cit., con le integrazioni successivamente apportate dall'art. 1, co. 13, legge n. 92/2012<sup>115</sup>, definendo un quadro chiaro sotto il profilo operativo (vedi *retro* par. 1, n. 13).

Con la sentenza con la quale il giudice trasforma il contratto a termine oggetto dell'impugnazione in uno a tempo indeterminato il datore di lavoro viene condannato al risarcimento del danno a favore del lavoratore mediante la corresponsione di una indennità onnicomprensiva in una misura che varia da un minimo di 2,5 ad un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto<sup>116</sup>.

Il numero delle mensilità viene determinato tenendo conto dei criteri menzionati dall'art. 8 della legge n. 604/1966 in caso di licenziamento illegittimo per il calcolo dell'indennità dovuta al lavoratore in sostituzione della riassunzione. Tali parametri sono costituiti dal numero di dipendenti occupati, dalle dimensioni dell'impresa, dall'anzianità di servizio del lavoratore ed infine dal comportamento e dalle condizioni delle parti<sup>117</sup>.

<sup>115</sup> Norme entrambe abrogate dall'art. 55, co. 1, lett. f) e h), d.lgs. n. 81/2015.

<sup>116</sup> Anche in questo caso il legislatore, sulla scorta di quanto già stabilito dal d.lgs. n. 23/2015 per il contratto a tutele crescenti, per determinare la mensilità da prendere a base di calcolo per quantificare l'indennizzo, non utilizza più la formula "ultima retribuzione globale di fatto" priva di parametri normativi. Il criterio prescelto basandosi sull'art. 2120 c.c. (o sulla disciplina di fonte collettiva se intervenuta in materia ad integrazione/modifica dei parametri legali) rende più certo il calcolo in questione. Secondo quanto previsto dall'art. 2120 c.c. rientrano nella retribuzione da prendere a riferimento per determinare la singola mensilità tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale e con esclusione di quanto erogato a titolo di rimborso spese, fatto salvo in ogni caso le diverse previsioni da parte della contrattazione collettiva.

<sup>117</sup> Sul criterio di quantificazione ex art. 8 della legge n. 604/1966 operativo per il contratto a

L'indennità in questione ristora integralmente il pregiudizio subito dal lavoratore ed è comprensiva sia delle mancate retribuzioni che di eventuali danni che dovessero verificarsi per la perdita del trattamento contributivo con riferimento al periodo che va dalla scadenza del termine alla sentenza con la quale il giudice ordina la ricostituzione del rapporto di lavoro.

In presenza di contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale che prevedano l'assunzione a tempo indeterminato di lavoratori già assunti a termine mediante l'utilizzo di specifiche graduatorie l'indennità in questione viene dimezzata nella misura massima.

Il legislatore del 2015, sulla scorta del giudizio della Corte costituzionale, pronunciata a suo tempo a favore dell'art. 32, co. 5, cit.<sup>118</sup>, traduce in termini di diritto positivo il contenuto della sentenza che, ritenendo la regola dell'integrale riparazione del danno priva di copertura costituzionale, ha valutato più che congrua, sotto il profilo risarcitorio per un lavoratore precario, la stabilizzazione del rapporto di lavoro accompagnata a una indennità forfettaria. È utile precisare, peraltro, che l'indennizzo copre esclusivamente il lasso di tempo che va dalla cessazione del rapporto alla sentenza che ordina la ricostituzione dello stesso, con esclusione del periodo di tempo successivo in relazione al quale il datore di lavoro è comunque tenuto al pagamento della retribuzione anche in mancanza dell'effettivo ripristino della prestazione lavorativa.

Al fine di evitare ogni possibile equivoco e comunque questioni interpretative sull'ambito di applicazione della tutela offerta al lavoratore in caso di uso illegittimo del contratto a termine, il legislatore ogni qual volta impone limitazioni o criteri applicativi ne specifica le conseguenze sanzionatorie.

Il binomio, costituito da trasformazione del contratto a tempo indeterminato e indennizzo, è una costante che caratterizza l'intera disciplina, fatta eccezione del mancato rispetto del limite quantitativo punito con una pesante sanzione amministrativa e della violazione del principio di non discriminazione che comporta ugualmente una sanzione amministrativa.

---

termine dall'entrata in vigore dell'art. 32, co. 5, legge n. 183/2010 si è formato un orientamento giurisprudenziale di cui si menzionano di seguito alcune recenti pronunce allo stato inedite. Corte App. Roma 2 febbraio 2015, n. 675 (pres. rel. Tatarelli), in occasione di un contratto a termine stipulato da una azienda di notevoli dimensioni, ha preso in considerazione, oltre alla dimensione della Società la durata del rapporto (inferiore a tre mesi) e il comportamento del lavoratore che ha proposto l'azione giudiziaria molti anni dopo la cessazione del rapporto (all'epoca dei fatti non erano previsti termini di decadenza), ed ha fissato in quattro mensilità l'indennità risarcitoria. In altra fattispecie Trib. Roma 14 aprile 2015, n. 1922 (giud. Pacia), rilevate le ridotte dimensioni aziendali (meno di 16 dipendenti) e la durata del contratto a termine inferiore all'anno, ha quantificato in misura pari a tre mensilità l'indennità in questione. Si segnala infine Trib. Milano 9 gennaio 2015, n. 10 (giud. Perillo) che, facendo applicazione del principio per il quale l'indennità in questione prescinde dal danno effettivamente subito, ha quantificato la stessa nella misura minima pari a 2,5 mensilità in assenza di danno in quanto il contratto a termine impugnato risultava ancora in essere.

<sup>118</sup> Corte cost. n. 303/2011 vedi *retro*, par. 1, n. 13.

È esente da una specifica sanzione il mancato rispetto del diritto di precedenza, in questo caso valgono gli ordinari rimedi civilistici in ordine al risarcimento del danno che possono essere attivati dal lavoratore pretermesso con onere probatorio a suo carico (vedi *retro*, par. 9).

La stessa regola vale anche ove si dovesse verificare una discriminazione di tipo economico e/o normativo nei confronti del lavoratore con contratto a termine, anche in questo caso, a prescindere dalla sanzione amministrativa, si verifica una specifica lesione di un diritto del singolo lavoratore che potrà azionare gli ordinari strumenti di tutela.

A conclusione di questo breve quadro di sintesi si ritiene comunque utile precisare che l'illustrato regime di decadenze disciplinato dall'art. 28. co. 1, cit. riguarda esclusivamente le ipotesi per le quali è prevista l'impugnazione del contratto a termine al fine della sua trasformazione in uno a tempo indeterminato e del conseguente indennizzo, negli altri casi sopra indicati il lavoratore fa valere autonomi diritti, che trovano ragione nel contratto a termine dallo stesso effettuato ma che non presuppongono la sua impugnazione, per i quali valgono le regole ordinarie in materia di impugnazione e di prescrizione.

#### 14. Esclusioni e discipline specifiche

L'esaminata disciplina dei contratti a tempo determinato non trova applicazione per le assunzioni a termine già regolate da specifiche normative che il legislatore elenca in un apposito articolo (art. 29, co. 1, d.lgs. n. 81/2015).

La legge esclude i rapporti a termine instaurati con i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità aventi durata non superiore all'anno, quelli tra operai e datori di lavoro agricoli, nonché i rapporti sorti a seguito di richiami in servizio del personale volontario nel Corpo dei Vigili del Fuoco.

Con riferimento alla prima tipologia contrattuale, prevista dall'art. 8, co. 2, legge n. 223/1991, l'esenzione è parziale, stante l'applicabilità delle disposizioni relative al divieto di discriminazione (vedi *retro*, par. 10) e ai criteri di computo (vedi *retro*, par. 12).

La *ratio* di tale esclusione è quella di favorire il reinserimento nel ciclo produttivo di quei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità perché coinvolti in una procedura di licenziamento collettivo<sup>119</sup>, attraverso contratti a termine aventi durata massima di dodici mesi liberamente stipulati tra le parti. Tale finalità è rafforzata anche dalla previsione, contenuta sempre nell'art. 8, co. 2 cit., che prevede sgravi

---

<sup>119</sup> Per una ricostruzione della fattispecie, anche con riferimento alla diverse ragioni sottese alla esclusione, v. S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 168 ss.; I. FEDELE, *Esclusione e discipline specifiche*, in L. DI PAOLA e I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 346 ss.

contributivi per i datori di lavoro che si avvalgono temporaneamente della categoria dei lavoratori in questione.

L'ipotesi di assunzione sopra menzionata non troverà più applicazione a far data dal 1° gennaio 2017, stante la disposta abrogazione dell'art. 8 della legge n. 223/1991 ad opera della legge Fornero<sup>120</sup> che ha provveduto, altresì, ad eliminare l'indennità di mobilità<sup>121</sup>, sostituendola con la c.d. ASPI, oggi superata dalla Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego (c.d. NASpl)<sup>122</sup>.

La seconda tipologia contrattuale è disciplinata dall'art. 12, d.lgs. n. 375/1993 che, per consolidata interpretazione, «ricomprende tutti i rapporti di lavoro degli operai agricoli a tempo determinato (escluso il personale impiegatizio), comunque denominati dalla contrattazione collettiva, a prescindere dalla durata del rapporto e proprio per il carattere stagionale del lavoro agricolo»<sup>123</sup>.

La norma esaminata esclude anche i «richiami in servizio del personale volontario del Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco». Trattasi di rapporti di lavoro che pur intercorrenti con una pubblica amministrazione non si configurano di natura pubblica per espressa previsione contenuta nell'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 139/2006. La norma sopra richiamata distingue il personale in questione in permanente e volontario; il primo è disciplinato in regime di diritto pubblico, il secondo non è legato da un rapporto d'impiego all'amministrazione ed è iscritto in appositi elenchi istituiti presso i Comandi provinciali dei Vigili del fuoco ed è chiamato a prestare servizio con modalità specificamente indicate nella stessa legge n. 139/2006.

La *ratio* sostanziale di tale esclusione è quella di evitare possibili accavallamenti tra una disciplina del tutto peculiare e la ordinaria regolamentazione della materia secondo quanto previsto dal d.lgs. n. 81/2015 e ciò soprattutto al fine di scongiurare, nel settore pubblico, la possibile trasformazione di rapporti di lavoro atipici in contratti a tempo indeterminato senza che vengano esperite le necessarie procedure selettive.

Un secondo gruppo di esenzioni è disciplinato dal co. 2, dell'art. 29 cit., che si caratterizza sia per escludere categorie di lavoratori non altrimenti regolamentate, sia per escluderne altre in quanto, al pari di quelle contenute nel co. 1, sono disciplinate da speciali normative.

<sup>120</sup> Cfr. art. 2, co. 71, lett. b), legge n. 92/2012 che ha disposto l'abrogazione dei co. 6-9 della legge n. 223/1991.

<sup>121</sup> Cfr. art. 2, co. 27, legge n. 92/2012.

<sup>122</sup> Per un esame della nuova assicurazione sociale per l'impiego introdotta dal d.lgs. n. 22/2015 vedi, da ultimo, P. BOZZAO, *La nuova assicurazione sociale per l'impiego* e F. NATALINI, *La riforma dell'ASPI nell'ambito del Jobs Act: nasce la Naspi, come cambia il sussidio di disoccupazione. Le ulteriori novità: la Dis-Col e l'Asdi entrambi* in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tempo crescente e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 201 e 219.

<sup>123</sup> A. VELTRI, *Esclusioni discipline specifiche, limiti quantitativi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 94, a cui si rinvia per ulteriori indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

Nel primo caso rientrano i contratti conclusi con i dirigenti e quelli di durata non superiore a tre giorni per l'esecuzione di speciali servizi nei settori del turismo e dei pubblici esercizi.

Con riferimento ai contratti a termine conclusi con i dirigenti, la legge, nel confermarne l'esclusione dall'ambito di operatività della disciplina generale in esame, mantiene il limite di durata massima della predetta tipologia contrattuale, inderogabilmente fissato in cinque anni, oltre la facoltà, per il solo dirigente, di recedere liberamente decorso un triennio, con obbligo di preavviso a norma dell'art. 2118 c.c.

Fermo l'invalidabile argine temporale del quinquennio, i rapporti dirigenziali a tempo determinato non sono vincolati da alcuna delle regole stabilite in tema di apposizione del termine, sfuggendo, conseguentemente, al connesso apparato sanzionatorio<sup>124</sup>.

Nel delineato contesto, caratterizzato da una piena libertà di stipulazione di tali contratti, l'unico aspetto d'interesse è dato dal limite inderogabile imposto *ex lege* e dalle conseguenze di un suo eventuale sfornamento.

Alla previsione di un contratto di durata superiore a quella predeterminata per legge giammai potrà conseguire la conversione del rapporto in un contratto a tempo indeterminato, né la nullità della clausola appositiva del termine potrà ripercuotersi sull'intero contratto invalidandolo, ma si determinerà, piuttosto, la sostituzione automatica della clausola del termine eccedente la durata massima fissata *ex lege* in base al combinato disposto degli artt. 1339 e 1419 c.c., con la conseguente conservazione del contratto attraverso l'inserimento di diritto dei requisiti essenziali previsti dalla norma imperativa<sup>125</sup>.

La conversione del rapporto è da escludere anche in caso di prosecuzione di fatto oltre il termine di legge: in quest'ultimo caso al dirigente spetteranno unicamente le retribuzioni originariamente pattuite anche per il periodo eccedente ai sensi dell'art. 2126 c.c.<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> Nella nuova disciplina scompare anche la previsione, contenuta nell'abrogato art. 10, co. 4, d.lgs. n. 368/2001, che consentiva di applicare a tale personale il principio di non discriminazione. Il contratto a termine del dirigente rileva unicamente ai fini del computo del personale con contratto a tempo determinato presente in azienda (vedi *retro*, par. 12).

<sup>125</sup> La dottrina è pressoché univoca nel ritenere operante il meccanismo di sostituzione automatica della clausola nulla, ritenendo il rapporto dirigenziale produttivo di effetti limitatamente al periodo predeterminato per legge. Sul tema si rinvia alle osservazioni di F. BASENGHI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in *La nuova disciplina sul contratto a tempo determinato: i commenti al d.lg. 6 settembre 2001, n. 368*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 1089 ss.; G. DELLA ROCCA, *Discipline specifiche di lavoro a termine: dirigenti aziendali e dipendenti del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali*, in *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, G. PERONE (a cura di), Torino, Giappichelli, 2002, 180; F. PASQUINI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, in M. BIAGI (a cura di), *Il nuovo lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 290-291. In giurisprudenza vedi Cass. 16 gennaio 2006, n. 749 e, più di recente, Cass. 9 ottobre 2013, n. 22965.

<sup>126</sup> Dello stesso avviso F. BASENGHI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, cit., p. 1092; P.

La legge, come anticipato, prevede la possibilità, per il solo lavoratore, di recedere liberamente dal contratto dopo il decorso di un triennio, nel rispetto del preavviso. Ciò si traduce nella possibilità per il dirigente di recedere, durante i primi tre anni di rapporto, solo per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c., pena il risarcimento del danno, mentre il datore di lavoro, che non gode della facoltà di recedere anticipatamente rispetto alla scadenza del contratto, è tenuto in ogni caso ad invocare e provare una giusta causa di recesso laddove intenda procedere al licenziamento del dirigente prima della scadenza del quinquennio<sup>127</sup>.

L'altra tipologia di contratti esclusi dalla disciplina generale in esame è quella concernente i rapporti per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, nel settore del turismo e dei pubblici esercizi, che la legge esonera dall'osservanza delle regole sui contratti a tempo determinato con il chiaro intento di non ostacolare, negli individuati settori, l'esecuzione di attività oggettivamente temporanee, ma suscettibili di sistematico espletamento nel corso del tempo.

Il legislatore demanda alla contrattazione collettiva, di qualsiasi livello, il compito di individuare i casi di ammissibilità di detti «speciali servizi»<sup>128</sup>, fissando l'obbligo, per il datore di lavoro, di comunicare l'instaurazione del rapporto entro il giorno antecedente.

Ci troviamo di fronte a contratti a termine la cui tipizzazione è prevista per legge in presenza di oggettive ragioni organizzative, connesse a determinati settori produttivi, sottoposte anche ad un preventivo vaglio da parte della contrattazione collettiva.

La norma ha comunque il pregio di facilitare prestazioni di lavoro obiettivamente saltuarie e di brevissima durata che, ove non affrancate dalle limitazioni proprie dell'istituto in esame, avrebbero corso il rischio di generare prestazioni di lavoro di fatto non regolate e, per ciò stesso, prive di ogni tutela.

Specifiche disposizioni sono altresì contenute, sempre nel co. 2, *sub* lett. c) e d), dell'art. 29 cit., riguardante il personale pubblico.

In particolare, rientrano nelle esclusioni i contratti a termine stipulati con il personale docente e quello amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) per il con-

---

PASSALACQUA, *Le esclusioni e le discipline specifiche*, in *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, cit., p. 114. Gli a. evidenziano l'inapplicabilità delle norme sulla prosecuzione di fatto del rapporto ai contratti a termine stipulati con i dirigenti, rilevando l'impossibilità, per questi ultimi, di maturare diritti anche in relazione alle maggiorazioni economiche previste in caso di prosecuzione del contratto oltre il termine originariamente fissato o prorogato.

<sup>127</sup> Valgono in questo caso le regole previste per il recesso anticipato di un contratto a tempo determinato che si caratterizzano per una maggiore rigidità non consentendo la risoluzione per giustificato motivo oggettivo, sulla questione vedi, da ultimo, L. FIORILLO, *Il recesso ante tempus del datore di lavoro dal contratto a tempo determinato*, in *Giur. it.*, 2014, p. 462.

<sup>128</sup> Ad esempio, il ccnl Turismo e Pubblici Servizi del 28 maggio 2014 qualifica come tali le attività di banquetting, meeting, convegni, fiere, congressi, manifestazioni, presenze di gruppi, nonché eventi similari; attività di assistenza e ricevimento agli arrivi e alle partenze in porti, aeroporti, stazioni ed altri luoghi similari (art. 85).

ferimento delle supplenze e con il personale sanitario del Servizio sanitario nazionale.

Nel primo caso si è in presenza di una normativa speciale che disciplina il reclutamento del personale scolastico che si articola in un sistema di supplenze regolato dal d.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 (Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione) con le modifiche apportate dalla legge n. 124/1999.

Nella normativa ora menzionata si prevede una specifica disciplina riguardante il conferimento delle supplenze annuali e di quelle temporanee sino al termine dell'attività lavorativa. In base al sistema creato dal legislatore, le esigenze didattiche vengono soddisfatte utilizzando il personale di ruolo, e quello non ancora immesso nel ruolo, attraverso il conferimento di incarichi a tempo determinato e ciò al fine di garantire «la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo» (art. 4, co. 14-*bis*, legge n. 124/1999).

I docenti non di ruolo, inseriti nella richiamata graduatoria, sono tutti destinati ad essere assunti in pianta stabile secondo quanto disposto dall'art. 399 t.u. che, nel disciplinare l'accesso ai ruoli, prevede l'assegnazione del 50% dei posti disponibili mediante l'indizione di concorso per titoli ed esami e il restante 50% utilizzando il predetto personale non di ruolo, che confluisce in una apposita graduatoria permanente.

La situazione ora descritta ha comportato delle patologie derivanti dal fatto che, per molti anni, non sono stati effettuati i concorsi previsti dall'art. 399 t.u. cit., generando un fenomeno anomalo costituito dal continuo succedersi di incarichi a termine per il suddetto personale per un notevole lasso di tempo. La situazione così degenerata ha prodotto un contenzioso nel quale i giudici del lavoro, invocando l'applicazione della disciplina ordinaria sul contratto a tempo determinato, hanno condannato, nella maggior parte dei casi, l'amministrazione al pagamento di ingenti somme a titolo di risarcimento del danno (ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 – vedi *infra*, par. 15) o, addirittura, ad inserire in pianta stabile i suddetti lavoratori nell'organico della scuola pubblica<sup>129</sup>.

Il legislatore, attese le finalità pubbliche che soddisfa l'ordinamento scolastico, con legge n. 106/2011, ha inserito tra i contratti espressamente esclusi dal campo di applicazione del d.lgs. n. 368/2001 quelli stipulati con il personale della scuola, operando un'integrazione nell'art. 10 del richiamato decreto.

Nel frattempo il contenzioso, finalizzato a sanzionare il fenomeno (patologico) del precariato nella scuola pubblica, ha avuto uno sviluppo sia in sede di legittimità che in sede comunitaria.

<sup>129</sup> Per un approfondimento sul punto vedi L. FIORILLO, *La stabilizzazione dei precari della scuola pubblica ad opera del giudice del lavoro. Una soluzione che non convince*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 555 e, per un aggiornamento del dato giurisprudenziale, dello stesso a., *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazioni giurisprudenziali*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, diretto da L. FIORILLO, A. PERULLI, vol. I, Giappichelli, Torino, 2013, p. 663, specie par. 5.1.

Il giudice nazionale ha ritenuto estraneo alla disciplina speciale prevista per la scuola pubblica sia la normativa sul contratto a tempo determinato nel settore privato che la specifica disciplina prevista per il settore pubblico nell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 (vedi *infra*, par. 15)<sup>130</sup>.

Il giudice comunitario, interessato della questione da un'ordinanza della Corte Costituzionale (ord. n. 207/2013)<sup>131</sup>, si è pronunciato in materia ritenendo la speciale disciplina sul c.d. precariato della scuola pubblica lesiva della clausola 5<sup>132</sup>, ritenendo non conforme alla richiamata clausola una normativa nazionale che, senza indicare tempi certi per l'espletamento delle procedure concorsuali, alle quali ha comunque diritto a partecipare il personale docente assunto con contratti a termine, esclude «qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo»<sup>133</sup>.

In questo contesto interviene la nuova normativa, che conferma l'intento del legislatore di escludere tali tipologie contrattuali dal campo di applicazione della generale disciplina sul contratto a tempo determinato.

Attraverso l'inapplicabilità delle disposizioni sulla durata massima dei contratti e sulle relative proroghe e/o rinnovi e delle relative sanzioni previste in caso di inosservanza si è inteso garantire, da un lato, la regolare e costante erogazione del servizio scolastico, dall'altro, l'impossibilità di attivare azioni giudiziarie finalizzate a richieste risarcitorie<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Cass. 6 giugno 2012, n. 10127, con nota di L. FIORILLO, *Il conferimento degli incarichi di supplenza nella scuola pubblica al vaglio della Cassazione: una normativa speciale in linea con la direttiva europea sul contratto a termine*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 870.

<sup>131</sup> L'ordinanza della Corte Costituzionale proviene da giudizi nei quali si chiede la condanna al risarcimento del danno dell'amministrazione scolastica per la reiterata stipulazione di contratti a termine. La Consulta in presenza della speciale normativa di settore ha investito la Corte europea perché la stessa valuti se la normativa nazionale che non indica tempi certi per l'espletamento dei concorsi, in una condizione che non prevede un diritto al risarcimento del danno, osti al contenuto della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro allegato alla direttiva europea sul divieto di successione dei contratti a termine.

<sup>132</sup> Si tratta della clausola contenuta nell'accordo-quadro allegato alla direttiva comunitaria 1999/70, che impone agli Stati membri di adottare misure che contrastino il ricorso reiterato a una pluralità di contratti a termine, indicando la necessità, in via alternativa, di prevedere misure relative a: «a) ragioni per la giustificazione del rinnovo dei predetti contratti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti» (vedi *infra*, par. 16).

<sup>133</sup> CGUE, 26 novembre 2014-C-22/13, *Mascolo*. Per un commento vedi A. VALLEBONA, *I precari della scuola: per fortuna non hanno ancora vinto*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 3, p. 145; C. ROMEO, G. URSO, *Il monito della Corte di giustizia dell'Unione europea sui precari della scuola*, *ibidem*, p. 146 ss.

<sup>134</sup> Anche questo intervento normativo, al pari di quello già previsto dall'art. 10 d.lgs. n. 368/2001 oggi abrogato, non è destinato a sopire il contenzioso. Vedi, a tal proposito, tra le ultime, Trib. Napoli 21 gennaio 2015, n. 528, in *www.quotidianogiuridico.it*.

Il legislatore, in tal modo, ha inteso confermare la validità della specifica normativa (sopra brevemente illustrata) che, a regime, tutela il personale supplente della scuola pubblica garantendogli la immissione in ruolo.

L'intervento in materia della Corte europea impedirà, comunque, che si possa verificare il fenomeno del protrarsi di supplenze con lo stesso personale che superino i tre anni, ove ciò dovesse accadere l'amministrazione pubblica si esporrebbe al rischio di cause volte a chiedere un risarcimento del danno basandosi sulle argomentazioni della giurisprudenza comunitaria.

Le stesse finalità pubbliche, valorizzate nel settore della scuola, sono avvertite dal legislatore anche nel settore della sanità, allo scopo di garantire la costante erogazione dei relativi servizi e dei connessi livelli di assistenza. Ciò spiega la previsione contenuta, sempre nel co. 2, lett. c), art. 29 cit., di escludere, anche per tale personale assunto con contratto a tempo determinato l'applicazione della generale normativa prevista in materia dal d.lgs. n. 81/2015. È comunque opportuno precisare, sin da ora, che per tale categoria di personale non è presente una speciale normativa che regola la materia, ma l'ordinaria disciplina per il lavoro pubblico contenuta nell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 che, grazie all'esclusione in questione, conosce per tale personale una particolare applicazione (vedi *infra*, par. 15).

La lett. d) del co. 2, art. 29 cit., esclude dalla generale normativa in esame anche i contratti a tempo determinato stipulati ai sensi della legge n. 240/2010 per il reclutamento di personale accademico.

È da apprezzare, in un'ottica sistematica, la scelta del legislatore di escludere espressamente dalla generale disciplina dell'istituto in esame tipologie contrattuali che sono palesemente estranee alla materia, e ciò anche per evitare possibili contrasti interpretativi.

Il riferimento riguarda docenze universitarie di alta qualificazione che possono essere assegnate a esperti in possesso di un significativo *curriculum* scientifico-professionale attraverso contratti della durata di un anno accademico e rinnovabili annualmente per un periodo massimo di cinque anni, sia a titolo gratuito che oneroso, con la peculiarità che, per quelli a titolo gratuito, non è possibile superare, nell'anno accademico, il 5% dell'organico dei professori e ricercatori di ruolo in servizio presso l'ateneo<sup>135</sup>.

Accanto a questi contratti finalizzati ad avvalersi, per insegnamenti di alta qualificazione, di particolari figure di esperti, è possibile anche affidare, con contratto a tempo determinato, incarichi di insegnamento, ad esclusivo titolo oneroso, a soggetti in possesso di adeguati requisiti scientifico-professionali, previo espletamento di procedure, disciplinate con regolamento di ateneo, che assicurino comunque la valutazione comparativa dei candidati e la pubblicità degli atti.

Altra categoria coinvolta dall'esclusione è quella dei ricercatori a tempo determinato che, a seguito di una procedura selettiva appositamente disciplinata dalla stessa legge n. 240/2010, possono essere assunti con contratto di durata trienna-

<sup>135</sup> V. art. 23, legge n. 240/2010.

le, prorogabile per soli due anni, per una sola volta, ovvero di durata triennale non rinnovabile, se stipulati da candidati che hanno già usufruito della stessa tipologia di contratto<sup>136</sup>.

Nell'ambito delle categorie i cui contratti a termine sono esclusi dalla generale disciplina dell'istituto, rientrano anche i c.d. tecnologi e cioè quel personale che svolge attività tecnico e amministrativa di supporto alle attività di ricerca, dotati almeno del titolo di laurea e di una particolare qualificazione professionale in relazione alla tipologia di attività prevista. Anche in questo caso, gli aspiranti sono scelti attraverso procedure pubbliche espressamente regolamentate dalla stessa normativa che contempla tale tipologia contrattuale, i cui contratti hanno durata minima di 18 mesi e sono prorogabili per una sola volta e per un massimo di ulteriori tre anni; la durata complessiva degli stessi non può in ogni caso essere superiore a cinque anni con la medesima università<sup>137</sup>.

A proposito di quest'ultima categoria di personale si rileva che l'art. 24-bis cit. prevede, nella parte finale del co. 3, che per i contratti a termine restano ferme le disposizioni del d.lgs. n. 368/2001 e successive modificazioni. L'abrogazione del decreto del 2001 ad opera di quello attualmente in esame e la contestuale esplicita esclusione di detto personale dal suo campo di applicazione deve fare ritenere sostanzialmente abrogato il predetto rinvio.

Il co. 3 dell'art. 29, d.lgs. n. 81/2015, dispone per il personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale un'esclusione parziale dalla disciplina dei contratti a termine, prevedendo l'applicazione delle sole disposizioni di cui agli artt. 19, co. da 1 a 3, e 21 dello stesso decreto che disciplinano i limiti di durata, quantità e proroga.

L'ultimo comma della norma in esame, con riferimento all'intero settore pubblico, specifica che resta fermo quanto disposto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001. La norma in questione indica la disciplina di riferimento del contratto a termine alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni che verrà esaminata separatamente nel successivo paragrafo 15.

Devono infine ritenersi esclusi dall'applicazione della normativa generale dei contratti a tempo determinato, seppur non espressamente richiamati dalla disposizione dell'art. 29, anche i contratti di lavoro a termine stipulati con i marittimi e con gli sportivi professionisti, in quanto disciplinati da specifiche disposizioni<sup>138</sup>.

<sup>136</sup> Art. 24, legge n. 240/2010.

<sup>137</sup> Art. 24-bis, legge n. 240/2010.

<sup>138</sup> Sul tema si rimanda alle considerazioni di A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, in *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, cit., p. 119 ss., nonché a I. FEDELE, *Esclusioni e discipline specifiche*, in *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 324; A. PRETEROTI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Diritto del processo del lavoro e della previdenza sociale*, cit., p. 432.

## 15. Segue. Il contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni

Il processo di sistemazione organica della disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato non trascura i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni espressamente menzionate nell'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001<sup>139</sup> assoggettati, in base a quanto disposto dallo stesso decreto legislativo (art. 2, co., 2), alle disposizioni del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute sempre nel menzionato decreto.

Si tratta della quasi totalità delle pubbliche amministrazioni<sup>140</sup> che, a partire dal 1992, sono state coinvolte da un generale processo di riforma dell'impiego pubblico con l'obiettivo di avvicinare quanto più possibile la regolamentazione del rapporto dei dipendenti pubblici al modello di disciplina del lavoro privato.

Tale processo di omologazione ha da sempre dovuto tener conto di marcate specificità non solo nella più generale fase di costruzione dell'assetto delle fonti di disciplina del rapporto, ma anche nella regolamentazione di alcuni istituti del rapporto stesso.

Il d.lgs. n. 165/2001 costituisce la sintesi di questo processo che, oltre a definire analiticamente il sistema delle fonti, contiene una serie di specifiche disposizioni su alcuni istituti che, per ragioni di rango costituzionale tutte desumibili dall'art. 97 Cost., non possono essere assoggettate interamente alle regole proprie del diritto del lavoro così come costruite per il settore privato.

Il contratto a tempo determinato rientra tra gli istituti sopra richiamati ed è stato assoggettato alla particolare disciplina contenuta nel d.lgs. n. 165/2001, fatta espressamente salva dall'art. 29, co. 4, d.lgs. n. 81/2015, utilizzando la formula «resta fermo quanto disposto dall'art. 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001»<sup>141</sup>.

In tal modo il legislatore ha inteso conservare la peculiare disciplina costituita

<sup>139</sup> Si tratta di tutte le amministrazioni pubbliche eccetto quelle espressamente escluse dallo stesso decreto legislativo, vedi la successiva n. 125.

<sup>140</sup> In base a quanto disposto dall'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001 sono espressamente esclusi dal campo di applicazione del predetto decreto, in quanto disciplinati dai rispettivi ordinamenti, gli avvocati dello Stato, il personale militare e della polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica, prefettizia e dirigenziale penitenziaria, i rapporti di impiego del personale del Corpo dei vigili del fuoco, il personale volontario di leva, e quello degli enti che svolgono attività nel settore del credito e del risparmio.

<sup>141</sup> Sul tema dei contratti a termine stipulati nell'ambito della pubblica amministrazione esiste una vasta letteratura, vedi, da ultimo, E. ALES, *L'utilizzo temporaneo del lavoro subordinato nelle pubbliche amministrazioni: un'analisi genealogica*, in R. DEL PUNTA, R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 417 ss.; P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, specie cap. V, p. 157 ss.; L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico tra interventi legislativi e interpretazione giurisprudenziale*, in *Il nuovo diritto del lavoro* diretto da L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2014, p. 663 ss.; V. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Cacucci, Bari, 2013, specie cap. II, p. 105.

da alcune regole specifiche che si accompagnano ad un rinvio generalizzato al d.lgs. n. 368/2001, rinvio che, abrogato il decreto del 2001, deve riferirsi oggi, grazie alla disposizione contenuta nell'art. 29, co. 4, cit., agli artt. 19-29 del d.lgs. n. 81/2015<sup>142</sup>.

Ciò premesso, nell'economia di una riflessione dedicata ad illustrare in generale il contratto a termine, si procede ad una rapida ricognizione degli aspetti qualificanti la fattispecie contrattuale in esame quando il datore di lavoro è costituito da una pubblica amministrazione.

L'art. 36 cit. esordisce all'insegna della riaffermazione della centralità del lavoro a tempo indeterminato, sottolineando che, per soddisfare il proprio fabbisogno ordinario, «le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato» osservando le procedure di reclutamento previste dall'art. 35 dello stesso decreto.

Il co. 2 dell'articolo in esame, in via di principio, offre la possibilità alle amministrazioni di avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dalla normativa che disciplina il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa, ma solo se sia necessario sopperire ad «esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale» (sulla questione v. *infra*, par. 15.1).

La norma opera un generalizzato rinvio alle «forme contrattuali flessibili (...) previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa» ma indica, poi, quelle effettivamente utilizzabili, costituite dal contratto di lavoro a tempo determinato, dal contratto di formazione e lavoro e degli altri rapporti formativi, dal contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato e, infine, dal lavoro accessorio.

Il co. 2 indica poi la normativa di riferimento costituita, per quanto riguarda il contratto a tempo determinato, dal d.lgs. n. 368/2001, oggi sostituito dal d.lgs. n. 81/2015, artt. 19-29.

Accanto alla fonte legale viene indicata anche la contrattazione collettiva nazionale, il cui ruolo è quello di provvedere «alla individuazione dei contingenti di personale utilizzabile», fatta comunque salva l'autonoma competenza dell'amministrazione in ordine alla individuazione delle proprie necessità organizzative.

Seguono poi altre disposizioni finalizzate ad un uso controllato dei contratti flessibili e dei lavoratori socialmente utili, anche allo scopo di evitare abusi.

---

<sup>142</sup> Il legislatore, nel mantenere ferma la disciplina del contratto a tempo determinato vigente per il settore pubblico (e più in generale quella sulla flessibilità in entrata) ne conserva anche la parte riguardante il costo massimo complessivo in ordine all'utilizzo di tale personale, definito dall'art. 9, co. 28, legge n. 78/2010, fatto espressamente salvo dall'art. 55 del d.lgs. n. 81/2015. La citata norma dispone che le diverse articolazioni della pubblica amministrazione elencate negli artt. 1, co. 2, e 70 co. 4, d.lgs. n. n. 165/2001 possono avvalersi di personale a tempo determinato attraverso convenzioni ovvero co.co.co ed altre forme contrattuali flessibili entro determinati limiti di spesa, destinati a non operare solo ove il costo del personale venga altrimenti coperto (con fondi dell'Unione europea o altri specifici finanziamenti aggiuntivi) ovvero, per gli enti locali, se questi ultimi abbiano rispettato il patto di stabilità interno.

Entro il 31 dicembre di ogni anno le amministrazioni devono redigere, sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la pubblica amministrazione, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate da trasmettere, entro il 31 gennaio di ciascun anno, ai nuclei di valutazione o ai servizi di controllo interno nonché alla Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la funzione pubblica che, a sua volta, redige una relazione annuale al Parlamento<sup>143</sup>.

Una specifica disposizione regolamenta il sistema sanzionatorio nel caso in cui le amministrazioni, nel ricorrere ad assunzioni o all'impiego di lavoratori violino «disposizioni imperative».

Viene tassativamente ribadita la regola, da sempre presente in materia come diretta conseguenza dell'art. 97 Cost., per la quale tali violazioni non possono comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, con la precisazione che il comportamento *contra legem* da parte dell'amministrazione legittima comunque il lavoratore ad attivarsi per il risarcimento del danno che, ove ottenuto e pagato, deve obbligatoriamente essere recuperato, da parte dell'amministrazione coinvolta, nei confronti del dirigente responsabile che abbia agito con dolo o colpa grave (vedi *infra*, par. 16.2).

Il dirigente pubblico è oggetto anche di sanzioni dirette per la violazione delle norme imperative in materia. Il co. 5 dell'art. 36 cit. richiama espressamente l'art. 21 dello stesso decreto che prevede, in ragione della gravità del comportamento del dirigente, il mancato rinnovo dell'incarico, la revoca dello stesso e la sua messa a disposizione o la risoluzione del rapporto di lavoro. Sempre nello stesso comma si precisa che si terrà conto di tali violazioni anche in sede di valutazione dell'operato del dirigente.

Specifiche disposizioni, oltre quelle già indicate, riguardano il solo contratto a tempo determinato, alcune di natura operativa, altre di portata più generale, che denotano la chiara volontà del legislatore di tenere sotto rigido controllo il ricorso a tale tipologia contrattuale e di evitare, nel modo più assoluto, una possibile trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato.

Nell'ultimo periodo del co. 2 dell'art. 36 cit. si prevede la possibilità per le amministrazioni di sottoscrivere contratti a tempo determinato, nel rispetto delle disposizioni indicate nell'articolo stesso, con i vincitori e gli idonei delle proprie graduatorie vigenti per i concorsi pubblici a tempo indeterminato (o di graduatorie di altre amministrazioni con il consenso di queste ultime), senza comunque che venga intaccata la posizione ricoperta in graduatoria dai dipendenti coinvolti. L'obiettivo è quello di soddisfare esigenze temporanee o eccezionali che si dovessero presentare in amministrazioni per le quali sono in fase di completamento procedu-

---

<sup>143</sup> Si segnala che in materia è intervenuta una nota esplicativa dell'Esecutivo, si tratta della «Direttiva del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione per il monitoraggio del lavoro flessibile ai sensi dell'art. 36, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165», n. 2 del 16 febbraio 2010.

re di ampliamento dell'organico, offrendo loro la possibilità di ricorrere, temporaneamente, a personale destinato ad essere occupato con contratto a tempo indeterminato, evitando così di incrementare il bacino di lavoratori precari per i quali non si prevedono forme di sistemazione in pianta stabile.

Una seconda disposizione riguarda le modalità con cui rendere operativo il diritto di precedenza, previsto per il contratto a termine dall'abrogato art. 5, co. 4 *quater*, *quinquies* e *sexies* e oggi dall'art. 24 d.lgs. n. 81/2015, precisando che lo stesso può riguardare unicamente il personale pubblico che può essere assunto in pianta stabile mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento e cioè senza concorso pubblico<sup>144</sup>, disposizione questa quanto mai necessaria in quanto tale diritto non avrebbe alcuna possibilità di operare in presenza di procedure concorsuali.

Gli ultimi due commi della norma in esame (5 *ter* e 5 *quater*) ribadiscono concetti già espressi in precedenza, ma che il legislatore ha inteso ribadire rivolgendoli «alle pubbliche amministrazioni» ed a «tutti i settori», con ciò lasciando intendere che eventuali norme peculiari, proprie di specifici settori delle amministrazioni pubbliche rientranti nel campo di applicazione del d.lgs. n. 165/2001, non possono essere interpretate in senso difforme rispetto a determinati principi che a tal fine elenca nuovamente.

In sintesi il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego contrattualizzato trova il suo riferimento normativo nel d.lgs. n. 368/2001 – allo stato sostituito dal d.lgs. n. 81/2015 – ma alle seguenti imprescindibili condizioni: a) le amministrazioni devono assumere esclusivamente con contratto a tempo indeterminato; b) se assumono a termine possono farlo solo per esigenze eccezionali o temporanee; c) in nessun caso un contratto a termine potrà essere trasformato in uno a tempo indeterminato; d) i contratti a termine che violano l'art. 36 cit. sono nulli e comportano una responsabilità erariale di tutti i pubblici dipendenti che hanno concorso allo loro stipulazione; e) i dirigenti sono assogettati a tutte le forme di responsabilità a loro ascrivibili e cioè disciplinare, gestionale ed erariale e, se commettono «irregolarità» nell'utilizzo del lavoro flessibile, perdono la retribuzione di risultato<sup>145</sup>.

In conclusione, la ricognizione sull'art. 36 cit. evidenzia che la regolamen-

<sup>144</sup> Si tratta di personale chiamato a ricoprire profili professionali per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo, per un approfondimento sul tema vedi, per tutti, G. GENTILE, *Reclutamento del personale. Commento sub art. 35, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, L. FIORILLO, A. MARESCA (a cura di), *Il diritto del lavoro. Volume III. Il Lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 457.

<sup>145</sup> Si tratta di una penalizzazione non indifferente in quanto tale voce retributiva può incidere sulla complessiva retribuzione annua percepita in misura che varia da un minimo del 10% ad un massimo del 40% secondo parametri, fissati dalla contrattazione collettiva sia nazionale che decentrata, e strettamente legati alla capienza del Fondo a ciò deputato (si veda, a titolo di esempio, la tabella della retribuzione annua lorda dei dirigenti del Ministero dell'Istruzione per l'anno 2010 pubblicata nel sito istituzionale).

tazione del contratto a termine pubblico avviene nel rispetto del d.lgs. n. 81/2015 con due rilevanti eccezioni, la prima riguarda le causali che ne legittimano l'utilizzo, la seconda concerne il sistema sanzionatorio in caso di un uso improprio.

#### 15.1. La "specialità" del contratto a termine pubblico con riferimento alle causali giustificative

La scelta del legislatore di mantenere fermo quanto previsto dall'art. 36 cit. sulla necessaria temporaneità o eccezionalità della causale appositiva del termine, nello stesso testo che riscrive l'intera disciplina dell'istituto eliminando definitivamente il requisito delle esigenze organizzative, denota la volontà di tenere distinta la regolamentazione della flessibilità in entrata tra il settore privato e pubblico con il definitivo abbandono, almeno in questa materia, dell'obiettivo di una omologazione tra le due discipline del rapporto di lavoro e ciò nonostante le fonti di regolamentazione siano, per entrambe, rinvenibili nel codice civile e nelle leggi sul rapporto di lavoro privato.

Tale diversità si colloca nella parte più qualificante della regolamentazione dell'istituto, quella dedicata alle causali che legittimano il ricorso al contratto a tempo determinato, che si configura in termini apertamente confliggenti tra i due grandi settori del mondo del lavoro subordinato.

All'esito delle modifiche intervenute, nel settore privato, il contratto a termine potrà essere utilizzato senza bisogno di indicare alcuna causale, ma nel rispetto di limiti che, se pur rigorosi, lasciano ampio spazio alle scelte organizzative del datore di lavoro; nel settore pubblico, al contrario, si potranno stipulare contratti a termine solo ed esclusivamente per esigenze «temporanee o eccezionali»: è di tutta evidenza lo stridente contrasto normativo.

È chiaro l'obiettivo del legislatore di voler comunque disincentivare il ricorso alla flessibilità in entrata nel settore pubblico e, soprattutto, l'utilizzo di contratti a tempo determinato<sup>146</sup>.

Nelle pubbliche amministrazioni il ricorso alle forme contrattuali flessibili in entrata resta ancorato alla regola della eccezionalità o temporaneità dell'occasione di lavoro ignorando i cambiamenti intervenuti in materia e la valorizzazione che tali forme di lavoro hanno avuto anche nella disciplina comunitaria come stru-

<sup>146</sup> Sotto questo profilo rileva anche la disposizione contenuta nell'art. 35, co. 4-bis, dello stesso d.lgs. n. 165/2001 in forza della quale per tutte le amministrazioni dello Stato, le agenzie, gli enti pubblici economici e gli enti di ricerca l'assunzione di personale con contratto a termine e di formazione e lavoro in contingentati superiori alle cinque unità è subordinata ad un meccanismo autorizzatorio che, nella specie, si concretizza nella preventiva emanazione di un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri da adottare su proposta del Ministro della funzione pubblica di concerto con il Ministro dell'economia. Per un commento sull'intera normativa in materia di reclutamento si veda, da ultimo, G. GENTILE, *Commento art. 35*, cit., p. 524 ss.

mento per favorire, nel rispetto della tutela del lavoratore, l'efficienza e la produttività delle imprese.

La scelta del legislatore del 2015 di contrastare nel settore pubblico il ricorso alla flessibilità in entrata ha delle ragioni comprensibili.

Soprattutto a causa del perpetuarsi, nelle leggi finanziarie, del blocco delle assunzioni, il ricorso al contratto a tempo determinato è diventato uno strumento per sopperire a stabili esigenze organizzative e per immettere all'interno delle pubbliche amministrazioni personale, senza le garanzie (qualitative e di controllo della spesa) previste dalla vigente normativa in materia di accesso<sup>147</sup>.

L'uso distorto ed improprio della flessibilità non poteva restare privo di risposte da parte dello stesso legislatore, ma la strada prescelta non è condivisibile e ciò essenzialmente per due ragioni.

In primo luogo è sbagliato, sotto il profilo del metodo, creare un diritto del lavoro "speciale" che si applica solo al lavoro pubblico, una volta che si è scelto di assoggettare anche questa tipologia di rapporto alle categorie giuridiche del diritto privato ed alle stesse regole vigenti per l'impresa.

Un'operazione di tal fatta rischia di compromettere la stessa unicità del diritto del lavoro come sistema normativo che, per restare tale, deve proporre un modello regolativo della prestazione di lavoro subordinato dotato di una sua intrinseca coerenza, e ciò prescindendo dalla sua applicazione al settore privato o pubblico<sup>148</sup>.

Sul piano sistematico, è ammissibile una diversificazione della disciplina tra lavoro pubblico e privato, ma solo a condizione che la stessa sia la necessaria proiezione di regole di sistema quali quelle contenute nella nostra Carta costituzionale.

Come si avrà modo di specificare nel prossimo paragrafo è coerente una diversità di trattamento a fronte di principi, quali quelli contenuti nell'art. 97 Cost., che non consentono una diretta applicazione al lavoro pubblico di regole proprie del mondo del lavoro privato, per il quale non vige il precetto costituzionale sopra richiamato.

Nello specifico, in ragione dell'obiettivo primario perseguito dall'art. 97 Cost. rivolto alla tutela dell'organizzazione amministrativa, non sarà possibile nel lavo-

---

<sup>147</sup> Sintomatiche sotto questo aspetto le leggi finanziarie di qualche anno fa che, da una parte, hanno bloccato le assunzioni e, dall'altra, hanno introdotto sanatorie generalizzate del personale precario. Per un esame della normativa vedi F. PANTANO, *La stabilizzazione dei lavoratori a termine nella Finanziaria 2007 e il buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, p. 635; E. LOFFREDO, *La stabilizzazione dei precari nelle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 301; A. PIZZOFERRATO, *La stabilizzazione dei posti di lavoro nella finanziaria 2007*, in *Lav. giur.*, 2007, p. 221.

<sup>148</sup> Sul punto restano sempre valide le osservazioni di M. PERSIANI in occasione del perfezionamento del processo di riforma dell'impiego pubblico perfezionatosi a seguito della legge delega n. 59/1997, *Brevi osservazioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 622.

ro pubblico riconoscere alla prestazione lavorativa di fatto (art. 2106 c.c.) o alle mansioni svolte di fatto (art. 2103 c.c.) la stessa rilevanza giuridica prevista nel settore privato, così come non sarà possibile applicare le stesse conseguenze sanzionatorie per punire il ricorso *contra legem* alle tipologie contrattuali flessibili, e ciò in ragione di una seconda regola di sistema: nel mondo del lavoro pubblico, sempre in base all'art. 97 Cost. l'espletamento del concorso costituisce un passaggio costituzionalmente obbligato, prodromico ad ogni tipo di accesso nell'amministrazione.

Il problema della coerenza del sistema si pone, nell'ambito di un avviato processo teso ad uniformare la disciplina del rapporto di lavoro privato e pubblico, se si verifica la coesistenza di una disciplina legale, deputata a regolamentare lo stesso istituto, che si muove su direttrici diametralmente opposte.

Se si vuole continuare a perseguire l'obiettivo di unificare quanto più possibile il lavoro privato e pubblico nella convinzione che, in tal modo, si possa realizzare, nell'interesse dei cittadini, una maggiore funzionalità dei servizi, deve necessariamente cambiare la tecnica dell'intervento legislativo.

Il punto focale è costituito dalla valorizzazione del ruolo della dirigenza come datore di lavoro; in quest'ottica, per contrastare un uso distorto della flessibilità in entrata, è sufficiente definire gli obiettivi gestionali e di spesa ai quali devono attenersi i dirigenti nell'utilizzare contratti non *standard* e, nel contempo, avviare un effettivo monitoraggio sui risultati ottenuti anche ai fini dell'imputazione di una precisa responsabilità in caso di uso illegittimo dei contratti flessibili.

Sotto quest'ultimo profilo l'art. 36 cit. introduce dei principi che sono in grado di contribuire a risanare la gestione pubblica della flessibilità.

L'imposizione a carico delle amministrazioni di analitici rapporti informativi sull'utilizzo del lavoro flessibile, le accentuate forme di responsabilità in capo ai dirigenti e la diretta applicazione delle regole fissate dal d.lgs. n. 81/2015 costituiscono elementi idonei a contrastare un uso improprio e sostanzialmente illegittimo del ricorso al contratto a termine.

Il legislatore del 2015, anziché disinteressarsi della questione, avrebbe potuto lasciare in vita l'art. 36 cit. eliminando, anche nel settore pubblico, la necessità di addurre esigenze di tipo organizzativo per il ricorso alle forme contrattuali flessibili.

#### 15.2. Il sistema sanzionatorio: la risarcibilità in luogo della stabilizzazione del rapporto a tempo determinato

Il modello di flessibilità in entrata predisposto per il mercato del lavoro pubblico è caratterizzato da una tecnica di tutela per il lavoratore illegittimamente assunto che tende a salvaguardare, comunque, l'organizzazione aziendale da interventi esterni che ne modifichino l'equilibrio in relazione al fabbisogno effettivo di organico.

La regola della trasformazione del rapporto di lavoro a termine in uno a tempo indeterminato, nel caso di illegittimità della clausola di durata, viene sostituita dal diritto al risarcimento del danno.

Le ragioni sono da ascrivere al valore che, nel settore pubblico, riveste la tutela dell'organizzazione dell'amministrazione, essendo l'attività di quest'ultima determinante per la realizzazione dell'interesse pubblico che non consente l'applicazione, in materia di assunzioni flessibili, delle tecniche di tutela dei diritti del lavoratore comunemente utilizzate nel settore privato<sup>149</sup>.

L'obiettivo che si prefigge di raggiungere la disposizione non è nuovo nel settore pubblico, da sempre caratterizzato da interventi legislativi di principio, finalizzati ad evitare forme di stabilizzazione di rapporti di lavoro nati come precari, e da una pressoché univoca giurisprudenza (prodottasi con specifico riferimento alla legge n. 230/1962) che ritiene inapplicabile la disciplina relativa alla conversione, in un rapporto a tempo indeterminato, di rapporti di durata limitata nel tempo<sup>150</sup>.

Tuttavia, pur non potendo vantare diritto alcuno in ordine alla stabilizzazione del rapporto<sup>151</sup>, il lavoratore illegittimamente assunto non è lasciato sprovvisto di tutela. Questi, infatti, matura un autonomo e distinto diritto nei confronti del datore di lavoro pubblico che si sostanzia nella possibilità di richiedere un risarcimento del danno.

Deve escludersi che il diritto al risarcimento si possa limitare al pagamento, da parte dell'amministrazione, della retribuzione e delle connesse competenze acces-

<sup>149</sup> La previsione di una tutela risarcitoria, in alternativa a quella della trasformazione del rapporto precario in uno stabile, è giustificata dalla presenza nel nostro ordinamento dell'art. 97 Cost. che, proprio al fine di garantire le finalità dell'azione amministrativa che la stessa norma individua nel "buon andamento" e nell'"imparzialità", impone il principio del concorso per l'accesso nell'amministrazione, regola quest'ultima che giustifica, ai sensi dell'art. 3 Cost., anche la disparità di trattamento tra lavoratore pubblico e privato, in relazione all'istituto in esame. Per questa ragione la norma è passata al vaglio della Corte costituzionale che ne ha definitivamente sancito la sua legittimità. Si veda Corte cost. 27 marzo 2003, n. 89, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 355.

<sup>150</sup> Per una ricognizione giurisprudenziale formatasi in vigenza della legge n. 230/1962 si veda A. FALCONE, *Le tipologie flessibili di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, p. 858.

<sup>151</sup> È questo un principio incardinatosi ormai nell'ordinamento anche grazie ad un'univoca giurisprudenza di legittimità. Si veda, per tutte, Cass. 13 gennaio 2012, n. 392, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 138 con nota di S. CIUCCIOVINO, *L'idoneità dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 a prevenire l'abuso del contratto a termine da parte della pubblica amministrazione*. Anche al fine di non generare equivoci, è opportuno in questa sede segnalare l'esistenza (peraltro isolata) di casi in cui la giurisprudenza ha disposto la conversione di un contratto a termine anche nei confronti di una pubblica amministrazione, ma si tratta di fattispecie del tutto peculiari nelle quali il datore di lavoro, anche se pubblico, applica contratti collettivi di diritto privato per particolari categorie di suoi dipendenti; vedi, in tal senso, Cass. 22 aprile 2010, n. 9555, avente ad oggetto una fattispecie relativa ai portieri addetti alla vigilanza e custodia di edifici dipendenti dall'Inail. Per un commento sulla sentenza si rinvia alle puntuali osservazioni di A. GABRIELE, *I contratti a tempo determinato nel pubblico impiego e l'applicabilità della sanzione della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 9555 del 2010 della Corte di Cassazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 119.

sorie, compresi i contributi previdenziali, essendo tutto questo comunque già garantito dall'art. 2126 c.c.<sup>152</sup>.

La tesi trova conforto nella stessa *ratio* della norma che ha l'evidente scopo di offrire al lavoratore pubblico una tutela sostitutiva a quella della trasformazione del contratto e, nel contempo, di «dissuadere la pubblica amministrazione, o meglio i dirigenti competenti, dal concludere accordi invalidi delle cui conseguenze devono essere chiamati a rispondere personalmente»<sup>153</sup>.

A fronte di una normativa di portata così generale, quale è quella contenuta nel co. 5 dell'art. 36 sugli aspetti risarcitori, non poteva mancare il coinvolgimento della giurisprudenza al fine di definirne i criteri di quantificazione.

Un ruolo rilevante è stato svolto dalla Corte di giustizia europea investita della questione dai giudici nazionali che hanno posto un problema di compatibilità con la direttiva comunitaria in materia di contratto a termine.

In particolare, da parte dei giudici italiani si è ritenuto che la previsione di un diritto al risarcimento, in luogo della trasformazione del rapporto a termine in uno a tempo indeterminato, fosse incompatibile con le regole comunitarie e quindi passibile di disapplicazione, con la conseguente applicazione della regola della conversione prevista per i contratti a termine stipulati illegittimamente nel settore privato.

La Corte, in più di un'occasione, ha ritenuto la piena compatibilità della normativa italiana sottolineando, nel contempo, che l'ordinamento interno deve apprestare, in caso di abuso nella successione di più contratti a termine nel settore pubblico, un modello sanzionatorio effettivo e comunque equivalente a quello presente nel settore privato<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> Nello stesso senso C. ZOLI, *Prestazione di fatto e rapporto di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 486. Anche E. GRAGNOLI, *Forma e nullità del contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2002, p. 709, ritiene che «tale protezione di tipo risarcitorio si aggiunge alla tutela attribuita dall'art. 2126 c.c. e, in particolare, non esclude il diritto alla retribuzione per il periodo nel quale la prestazione abbia avuto esecuzione». La rilevanza, sotto il profilo retributivo e previdenziale, della prestazione di fatto comunque svolta, anche in presenza di un rapporto nullo, costituisce da tempo un principio fatto proprio anche dalla giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato, a partire dall'adunanza plenaria n. 2/1992, ha ripetutamente affermato che «il rapporto di pubblico impiego nullo in quanto costituito in violazione di divieti di legge non va considerato illecito nell'oggetto o nella causa ai sensi dell'art. 2126 c.c. per cui il lavoratore può far valere i crediti retributivi nonché i diritti relativi al versamento di contributi assicurativi limitatamente al periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione» (Cons. Stato, Sez. IV, 3 novembre 1998, n. 1419, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1716).

Del resto una conferma in merito all'interpretazione prospettata si ricava anche dalla disciplina collettiva che stabilisce che il contratto a termine nullo produce gli effetti di cui all'art. 2126 c.c. (si veda, per tutti, art. 19, co. 12, CCNL Ministeri del 16 maggio 2001).

<sup>153</sup> Così C. ZOLI, *Prestazione di fatto*, cit.

<sup>154</sup> Corte giust. 7 settembre 2006, C-53/04 *Marrosu*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 72 e C-180/04 *Vassallo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, p. 93; si veda anche 4 luglio 2006, C-212/04 *Adeneler*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 72, ord. 1 ottobre 2010, causa C-3/10 (*Affatato*), in *Foro it.*, 2011, IV, c. 69

L'attenzione del giudice comunitario alla effettività della tutela risarcitoria<sup>155</sup>, accompagnata dall'invito, nei confronti del giudice interno, ad interpretare la normativa nazionale nel senso di garantire la sua sostanziale idoneità a reprimere l'utilizzo illegittimo del contratto a termine, ha fortemente sensibilizzato la nostra giurisprudenza di merito ad approfondire il tema del risarcimento.

La questione è sicuramente di notevole interesse in quanto, se da una parte è indubbio che tale rimedio, in linea teorica, sia idoneo a ristorare il pregiudizio subito dal lavoratore in conseguenza dell'illegittima apposizione del termine, dall'altra deve rilevarsi come non si possa prescindere da una sua concreta quantificazione, al fine di verificare l'effettiva idoneità a sanzionare l'utilizzo abusivo del ricorso al lavoro flessibile, con conseguente funzione dissuasiva.

Il panorama giurisprudenziale non presenta interpretazioni univoche: si tratta di sentenze che, se pur con diverse argomentazioni, comunque si sforzano di concretizzare la regola risarcitoria astrattamente prevista dal legislatore<sup>156</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale oscilla tra posizioni fortemente diversificate.

Si registrano sentenze più legate ai canoni civilistici che governano i criteri per determinare il risarcimento nelle quali si nega l'applicazione di meccanismi di "presunzione assoluta" in ordine al pregiudizio subito dal lavoratore in conseguenza dell'accertata nullità della clausola del termine, con la conseguenza che il danno richiesto può ritenersi risarcibile soltanto a condizione che ne venga fornita la dimostrazione, anche mediante allegazioni e presunzioni, non esistendo al contrario, danni *in re ipsa*<sup>157</sup>.

All'opposto si è formato un secondo orientamento, più in linea con giurisprudenza comunitaria, che apre la strada ad un risarcimento automatico, tale da garantire che la tutela sia effettiva per il lavoratore, dissuasiva per il datore e, co-

---

e, più di recente ord. 12 dicembre 2013, C-50/13 *Papalia*, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 73. Per una valutazione sul ruolo della giurisprudenza comunitaria sul contratto a termine nel settore pubblico, vedi, le riflessioni di D. GOTTARDI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sui contratti di lavoro a termine e il suo rilievo per l'ordinamento italiano* e V. DE MICHELE, *Il dialogo tra Corte di giustizia e giudice nazionale in tema di precariato pubblico*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, pp. 723 e 755.

<sup>155</sup> Si sottolinea a questo proposito l'ultimo orientamento della giurisprudenza comunitaria (C-50/13, *Papalia* cit.) per il quale l'art. 36 cit. contrasta con la direttiva comunitaria se interpretato nel senso di consentire il risarcimento del danno solo a condizione che il lavoratore ne fornisca la prova e se ciò ha «l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte del lavoratore, dei diritti conferiti dall'ordinamento dell'Unione».

<sup>156</sup> Per una ricognizione del dato giurisprudenziale vedi L. FIORILLO, *Il contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, cit., p. 679 ss.

<sup>157</sup> App. Napoli 24 febbraio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 1591 che, nella fattispecie esaminata, esclude il diritto del lavoratore al risarcimento del danno esistenziale, in quanto la domanda proposta è risultata priva «delle ragioni specifiche e delle circostanze rilevanti da cui desumere, anche in via presuntiva, l'esistenza di tale quota di danno». Nello stesso senso Cass. 23 dicembre 2014, n. 27363, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 430 con nota di E. RAIMONDI, *Contratti a termine nelle p.a. e risarcimento del danno tra diritto civile ed ordinamento europeo*, *ivi*, p. 431.

munque, in qualche modo raffrontabile con l'altra che comporta la conversione del rapporto precario in uno stabile<sup>158</sup>.

Si viene in tal modo a configurare un risarcimento del danno per equivalente la cui parametrizzazione è costituita dalla perdita del posto di lavoro come diretta conseguenza del divieto di trasformazione del rapporto a termine imposto dall'art. 36 cit.. Su questo presupposto si prende a parametro l'art. 18 della legge n. 300/1970 con particolare riferimento all'indennizzo dallo stesso previsto nel caso in cui il lavoratore reintegrato a seguito di un licenziamento illegittimo opti per le dimissioni con il diritto ad un risarcimento pari a 15 mensilità e ciò in considerazione del fatto che si è in presenza dell'unico istituto attraverso il quale il legislatore ha monetizzato il valore del posto di lavoro assistito dalla c.d. stabilità reale quale è quello alle dipendenze della pubblica amministrazione<sup>159</sup>.

Una ricognizione sulle sentenze degli ultimi anni evidenzia un assestamento della giurisprudenza nel riconoscere un risarcimento che prescinde dalla dimostrazione del danno, in linea con la consolidata giurisprudenza comunitaria sopra richiamata, tanto da coniare il termine di "danno comunitario" intendendo per tale un ristoro economico che deve essere «conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività (...) configurabile come una sorta di sanzione *ex lege* a carico del datore (...) mentre l'interessato deve limitarsi a provare l'illegittima stipulazione di più contratti a termine»<sup>160</sup>. Ciò che varia in questa giurisprudenza è il criterio per la esatta quantificazione del danno: la sentenza appena richiamata ritiene congruo come criterio utilizzare quello indicato dall'art. 8 legge n. 604/1966 (indennità che varia da 2,5 a 6 mensilità salvo ad arrivare a 10 o a 14 mensilità in ragione dei parametri indicati dalla stessa norma), altra giurisprudenza già menzionata, applica l'indennità pari a 15 mensilità ai sensi dell'art. 18 legge n. 300/1970; altra ancora applica l'art. 32, co. 5, legge n. 183/2010 valorizzando la sua funzione di norma posta a ristoro economico onnicomprensivo del contratto a termine illegittimo nel settore privato indicando un indennizzo che va-

<sup>158</sup> Trib. Genova 14 maggio 2007 e Trib. Rossano 13 giugno 2007 entrambe pubblicate in *Mass. Giur. lav.*, 2008, p. 166 con nota di A. MISCIONE, *Conseguenze del contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 907 con nota di L. TEBANO, *Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva*; nonché in *Lav. pubbl. ann.*, 2007, p. 1155, con nota di M. MILITELLO, *Le sanzioni in caso di utilizzo abusivo di contratti a termine*.

<sup>159</sup> Per una ulteriore ricognizione del dato giurisprudenziale ed altre indicazioni di dottrina vedi A. DE SALVIA, *La giurisprudenza sul regime sanzionatorio del contratto a termine nel lavoro pubblico tra divieto di conversione e risarcimento del danno*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1117 e A. PERRINO, *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, p. 510 che affronta anche la questione sollevata dalle sentenze sui docenti della Scuola pubblica.

<sup>160</sup> Cass. 11 febbraio 2015, n. 2685; negli stessi termini Cass. 23 gennaio 2015, n. 1260, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, p. 430 con nota di E. RAIMONDI, *Contratti a termine*, cit.

ria da 2,5 a 12 mensilità<sup>161</sup>, infine si registra una sentenza che ritiene congruo il criterio parametrato sull'art. 18 cit. nella parte in cui compensa la mancata trasformazione del contratto a termine in un tempo indeterminato e a questo somma l'indennità ex art. 32 cit. in quanto nel settore privato tale ultima indennità si aggiunge alla conversione del contratto e quindi, in quello pubblico, deve implementare l'indennità di 15 mensilità ex art. 18 cit.<sup>162</sup>.

Alla luce di questa breve ricognizione giurisprudenziale, in considerazione della pluralità di orientamenti sulla quantificazione del danno, si potrebbe erigere a criterio di riferimento, in via analogica, quanto disposto dall'art. 28, co. 2, d.lgs. n. 81/2015 (che ha riscritto l'abrogato art. 32, co. 5, cit.), quantificando l'indennità sempre nella misura massima (12 mensilità) in considerazione del fatto che, nel settore pubblico, non è possibile la trasformazione del contratto a termine illegittimo in uno a tempo indeterminato, e ciò al fine di conferire certezza e uniformità di soluzione al modello sanzionatorio previsto per reprimere l'uso illegittimo del contratto a termine<sup>163</sup>.

#### 16. *Il modello di disciplina del contratto a tempo determinato e la sua compatibilità con la normativa comunitaria*

All'esito dell'esame complessivo della disciplina deputata a regolare l'istituto del contratto a tempo determinato, è necessario un confronto della stessa con la normativa europea e, in particolare, con la direttiva n. 99/70/CE nel significato che le è stato assegnato da una ormai corposa giurisprudenza della Corte di giustizia europea, più volte intervenuta in materia, chiamata in causa da vari giudici nazionali per verificare se i rispettivi ordinamenti abbiano correttamente recepito al proprio interno la normativa di matrice europea.

I temi di confronto nascono dalla decisione del legislatore italiano di liberare il contratto a tempo determinato dall'obbligo di indicare le esigenze organizzative idonee a giustificare il suo utilizzo.

La c.d. acausalità del contratto deve confrontarsi con l'accordo quadro allegato alla direttiva sia nella parte in cui lo stesso evidenzia che il contratto a termine

---

<sup>161</sup> Cass. 31 agosto, 2013, n. 19371, C. App. Campobasso 28 maggio 2014, n. 116, in *www.lex24.ilsole24ore.com*.

<sup>162</sup> Corte app. Genova 30 settembre 2013, n. 458.

<sup>163</sup> In dottrina si registrano anche tesi molto penalizzanti per l'amministrazione che ritengono possibile integrare l'indennizzo delle 15 mensilità ex art. 18 l. n. 300/1970 con un'ulteriore somma di denaro determinata dal giudice in via equitativa per ristorare il maggior danno subito dal lavoratore oltre la perdita del posto di lavoro costituito ad esempio dalla difficoltà di reperire altra occupazione e ciò sul presupposto che l'art. 36 cit. non consente al lavoratore di scegliere se rinunciare o meno al posto, vedi P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità*, cit., p. 184 ss. E. RAIMONDI, *Contratti a termine*, cit. propone di aggiungere all'indennizzo ex art. 18 cit. l'ulteriore risarcimento previsto dall'art. 32, co. 5, cit., p. 441.

rappresenta la «forma comune» del rapporto di lavoro (considerando n. 6), sia in quella che impone agli Stati membri di adottare misure idonee a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a termine (clausola 5, punto 1).

Un secondo tema di confronto coinvolge la clausola 8, n. 3 dell'accordo quadro nella parte in cui specifica che «l'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso» (c.d. clausola di non regresso) e trae origine dal raffronto tra la vecchia e la nuova disciplina sul contratto a tempo determinato – intendendo per “vecchia” la formulazione dell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 antecedentemente alle modifiche apportate dalla legge n. 78/2014 che, per prima, ha introdotto la c.d. acausalità del contratto a termine, poi ripresa e rimodulata, in modo più organico, dall'art. 19 del d.lgs. n. 81/2015 – dal quale risulta evidente che la nuova disciplina faciliterà il ricorso a tale tipologia contrattuale.

Con riferimento al primo tema di confronto deve rilevarsi che, dall'esame della normativa comunitaria, non è rinvenibile alcuna norma precettiva che impone che il singolo contratto a termine debba essere supportato da oggettive esigenze organizzative, né, tanto meno, che la presenza di tale elemento sia la condizione indispensabile per ritenere che solo in tal modo il contratto a termine si differenzia dal contratto a tempo indeterminato realizzando così l'indicazione comunitaria per la quale solo quest'ultimo costituisce «la forma comune» di rapporto di lavoro.

Senza aver bisogno di ricorrere all'ulteriore considerazione tesa a sminuire il valore del considerando n. 6, perché inserito nelle “Considerazioni generali” dell'accordo e non nella parte propriamente precettiva delle “clausole”, non può disconoscersi che il contratto a termine è comunque assoggettato a limiti sostanziali, costituiti da regole che ne indicano la durata massima, le modalità di proroga e di rinnovo, un tetto complessivo di utilizzo all'interno dell'azienda, la forma, alle quali si aggiunge l'onere per il datore di lavoro di un costo contributivo maggiore rispetto al contratto a tempo indeterminato. Regole, peraltro, dotate di un alto tasso di effettività in ragione dell'apparato sanzionatorio particolarmente incisivo che le accompagna (trasformazione del contratto in uno a tempo indeterminato e, ove non è possibile, pesanti sanzioni amministrative).

Alla luce di queste considerazioni deve convenirsi con chi ritiene che «forma comune del rapporto a tempo indeterminato vuol dire esattamente questo: che il contratto a termine e solo il contratto a termine, è soggetto a limiti sconosciuti al rapporto a tempo indeterminato»<sup>164</sup>.

Il sistema di controllo sul contratto a termine predisposto dal legislatore del 2015 scongiura il rischio di collisione con la clausola 5, n. 1 dell'accordo quadro che, al fine di prevenire l'abuso derivante dall'utilizzo di più contratti a termine, impone che l'ordinamento degli Stati membri dell'unione europea preveda «una o

<sup>164</sup> R. ROMEI, *La nuova disciplina del lavoro subordinato a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 678.

più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti».

È pacifico che i tre rimedi indicati dalla normativa europea, per combattere eventuali abusi in caso di successione di contratti a termine, siano tra loro alternativi; l'assunto si ricava dal testo della stessa clausola nella quale si puntualizza che le misure devono essere «una o più» e dall'interpretazione che della stessa è stata fornita da una consolidata giurisprudenza comunitaria, la quale ha precisato in più di una occasione che «rientra nel potere discrezionale di cui godono gli Stati membri ai sensi della clausola 5, n. 1 dell'accordo quadro ricorrere, al fine di garantire l'effettiva prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, ad una o più tra le misure enunciate in tale clausola»<sup>165</sup>.

Con la riscrittura della disciplina sul contratto a tempo determinato ad opera del d.lgs. n. 81/2015, il legislatore italiano ne ha rivoluzionato il modello di controllo. Si prescinde da parametri afferenti le oggettive esigenze organizzative dell'azienda per assestarsi sul limite di durata massima, sia del singolo contratto che in caso di successioni di più contratti, perfezionando anche un controllo estraneo al contratto in sé considerato, ma che comunque introduce un vincolo ad un suo uso indiscriminato, costituito dalla c.d. clausola di contingentamento, per la quale ogni singola azienda deve rispettare un tetto massimo di contratti utilizzabili che non può eccedere numericamente un quinto dei suoi dipendenti assunti in pianta stabile.

Tali misure sono dotate di un alto tasso di effettività e dissuasività grazie all'apparato sanzionatorio che prevede, in caso di superamento del limite massimo di durata, la trasformazione del contratto a termine in uno a tempo indeterminato e, in caso di superamento dei tetti massimi, una sanzione amministrativa di tipo economico oltremodo onerosa, che non si traduce in una multa in misura fissa, ma che è strettamente legata alla durata della violazione della soglia numerica sia per il tempo già trascorso che per quello successivo dopo l'accertamento della violazione.

Ciò premesso il confronto della normativa interna con quella comunitaria rende evidente che la prima è rispettosa della seconda: la regola, sancita dall'art. 19, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, per la quale la durata di più contratti a termine conclusi con lo stesso lavoratore e comportanti l'espletamento di mansioni di pari livello o categoria legale (con riferimento alla intera vita lavorativa), è cumulabile e non può superare 36 mesi, risponde ad una delle misure indicate dalla clausola 5, n. 1 e segnatamente quella *sub lett. b)*.

È indubbio che le nuove regole sull'uso del contratto a termine rendono più facile il suo utilizzo e che la scomparsa della causale rende più agevole anche una

---

<sup>165</sup> Così CGUE, 23 aprile 2009, C-387707 *Angelidaki*, in *Foro it.*, 2009, IV, 496 e CGUE 26 gennaio 2012, C-586/10 *Kucuk*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 747.

successione di contratti con lo stesso lavoratore consentendo, tra l'altro, di superare il termine di 36 mesi se cambia il suo formale inquadramento, ma è altrettanto incontestabile che i limiti ci sono e rivestono carattere sostanziale, quindi il precetto comunitario è rispettato<sup>166</sup>.

Sempre a proposito del confronto con la direttiva, e con la richiamata clausola 5, è interessante osservare che la stessa consente allo Stato membro di non adottare una o più delle misure espressamente indicate se nel suo ordinamento siano già presenti «norme equivalenti» dove per equivalenza deve intendersi l'idoneità di altri strumenti per perseguire l'obiettivo principale della clausola, e più in generale della stessa direttiva, che è quello di evitare che il contratto a termine, liberamente reiterabile, possa funzionalmente sostituirsi a quello a tempo indeterminato. Ciò premesso concorrono ad arricchire la funzione di prevenzione (primaria ed imprescindibile) contenuta nell'art. 19, co. 2 cit. anche la regola che impone l'osservanza di un lasso di tempo tra un contratto e l'altro e, indirettamente, anche quella sui tetti massimi in quanto ostacolano la fungibilità tra i due tipi di contratto.

Il secondo tema di confronto con la direttiva riguarda la c.d. clausola di non regresso e prende le mosse da una oggettiva constatazione: le nuove regole che disciplinano il contratto a tempo determinato se raffrontate con la precedente normativa contenuta nell'abrogato d.lgs. n. 368/2001 ne facilitano l'utilizzo a beneficio dell'impresa.

Anche in questo caso la giurisprudenza comunitaria aiuta la riflessione offrendo indicazioni su come debba essere intesa la regola in questione. Decisiva appare la sentenza *Mangold*<sup>167</sup> nella parte in cui (n. 52) rileva che «una *reformatio in pejus* della protezione offerta dalla legislazione nazionale ai lavoratori del settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro quando non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di questo».

Ebbene, il quadro normativo con il quale si confronta la regola comunitaria è costituito dal d.lgs. n. 368/2001 che, oltre 14 anni fa, ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva comunitaria in materia di contratto a termine, peraltro in modo sicuramente superiore agli *standards* minimi di tutela dalla stessa prevista, e dal successivo d.lgs. n. 81/2014 che ne ha modificato sicuramente un aspetto oltremodo qualificante quale è quello riguardante la soppressione della causale,

<sup>166</sup> È necessario precisare che per la tenuta del modello italiano riveste un ruolo anche la contrattazione collettiva, la cui funzione derogatoria rispetto alla legge non può mai comportare la scomparsa dei limiti legati (vedi *retro*, par. 5). Un monito in tal senso si rinviene nella giurisprudenza comunitaria: la Corte di giustizia nel caso *Adeneler* (CGUE, 4 luglio 2006, C-201/04 in *Foro it.*, 2007, IV, c.72) ha ritenuto contraria alla clausola 5, n. 1 una disposizione nazionale che rendeva possibile la successione di più contratti senza alcuna limitazione a condizione che tra gli stessi intercorresse un lasso di tempo non inferiore a 20 giorni. La Corte mette in evidenza che in tal modo si introduce un limite meramente formale che consente comunque di assumere lavoratori in modo precario per anni.

<sup>167</sup> CGUE 22 novembre 2005 C-144/04, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, p. 250, con nota di O. BONARDI.

senza tuttavia intaccare le prescrizioni minime di tutela volute dalla direttiva comunitaria che riguardano, com'è noto, il divieto di discriminazione e di uso abusivo di più contratti a termine con lo stesso lavoratore.

È altresì certo che la finalità del decreto legislativo del 2015, di cui solo 10 articoli su 57 riguardano il contratto a tempo determinato, rientra nel quadro di un progetto di portata ben più ampia, riguardante il mercato del lavoro e una serie di istituti qualificanti il diritto del lavoro, espressamente individuato nella legge delega n. 183/2014 che, nell'adozione di una serie di decreti legislativi, ne ha previsto uno assegnandogli il compito di analizzare ed individuare tutte le forme contrattuali esistenti, verificarne la compatibilità con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale, con l'obiettivo ultimo di semplificare, modificare o superare le medesime tipologie.

La normativa contenuta nel decreto delegato n. 81/2015 ha assolto il suo compito rimodulando le tutele previste per il lavoratore a termine senza peraltro intaccare la soglia minima imposta dalla direttiva comunitaria.

È di tutta evidenza che invocare la c.d. clausola di non regresso è del tutto improprio.

È il caso di sottolineare, comunque, che la clausola in questione, per la sua formulazione letterale e nel rispetto dei principi propri dell'ordinamento comunitario, non può essere intesa come portatrice di un generale divieto di *reformatio in peius* «tale da comportare un inammissibile effetto di cristallizzazione (*stand still*) delle tutele nazionali vigenti» ma di una diversa funzione, ben più limitata e realistica che può presentarsi allorquando l'ordinamento di uno Stato membro contiene una normativa più favorevole rispetto a quella prevista da una direttiva. In questa situazione lo Stato può decidere di abbassare il livello di tutela adeguandosi a quella inferiore contenuta nella direttiva, ma deve farlo non adducendo come motivo la necessità di doversi adeguare alla direttiva stessa ma indicandone le ragioni e prendersi in tal modo «la piena responsabilità politica delle proprie scelte regressive»<sup>168</sup>.

---

<sup>168</sup> Le frasi virgolettate nel testo sono di G. FRANZA, *Regresso delle tutele e vincoli comunitari*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1110 al quale si rinvia per l'approfondimento del tema.