

IL CONTRATTO A TERMINE RIVISITATO*

di GIUSEPPE FERRARO

SOMMARIO: 1. Inquadramento storicistico della normativa di riforma. – 2. La direttiva europea n. 1999/70/CE del 28 giugno 1999. – 3. La tipicità del contratto a termine. – 4. Il superamento dei 36 mesi di rapporti a termine. – 5. La trasformazione in un contratto a tempo indeterminato. – 6. La procedura per stipulare un ulteriore contratto a termine. – 7. Il diritto di precedenza. – 8. Il diritto di precedenza nelle attività stagionali. – 9. La sentenza della Corte Costituzionale n. 44 del 4 marzo 2008. – 10. Modalità e termini nella manifestazione della disponibilità del lavoratore. – 11. L'inosservanza del diritto di precedenza. – 12. Il regime delle esenzioni. – 13. Disposizioni transitorie. – 14. Considerazioni conclusive.

1. Inquadramento storicistico della normativa di riforma

Il contratto di lavoro a tempo determinato costituisce, com'è noto, il contratto flessibile per eccellenza ed altresì il modello di riferimento per l'ampia casistica dei contratti di lavoro atipico, che su esso si sono plasmati con varianti regolamentari derivanti dalla peculiarità di ciascun rapporto¹. La complessa evoluzione della normativa di regolazione dell'istituto riflette pedissequamente le trasformazioni del diritto del lavoro in Italia ed il suo alterno dibattersi, in modo quasi pendolare, tra esigenze di stabilità ed esigenze di flessibilità nelle modalità di impiego del lavoro dipendente. Inoltre, la specifica disciplina, speculare e parallela a quella che accompagna il contratto di lavoro a tempo indeterminato, è strettamente interrelata al tasso di vincolatività del potere di recesso dell'imprenditore, di guisa che alla maggiore stabilità dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, variamente costruita, corrisponde solitamente una accentuata inclinazione a dilatare il ricorso a lavoratori assunti a tempo determinato. E vale anche il contrario: nel senso che è probabile che maggiori rigidità nell'impiego del contratto a termine, in mancanza di strumenti equivalenti, favoriscano tensioni sul versante della flessibilità in uscita inducendo a riaprire il dibattito sulla riforma dell'art. 18 St., come molti segnali già lasciano presagire.

Il rapporto di interdipendenza tra i due fenomeni è del resto reso esplicito nelle analisi contenute nel recente Libro Verde della Commissione Europea sulla modernizzazione del diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo² e

* In corso di pubblicazione su *Argomenti di diritto del lavoro* 2008, n. 3.

¹ Non è possibile richiamare l'intensa produzione scientifica sul contratto a termine che è indubbiamente uno dei temi che ha maggiormente appassionato la dottrina nelle sue convulse evoluzioni; pertanto ci si limiterà in seguito soltanto alla produzione più recente.

² Il documento risale, com'è noto, al 22 novembre 2006 ed è stato seguito dalla comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo del 27 giugno 2007 dal titolo «Verso principi comuni di *flexicurity*», le cui conclusioni, con gli allegati, sono state approvate dal Consiglio Europeo a Bruxelles il 14-12-2007. Sul tema v. da ultimo il Convegno su *Il Libro verde e il dibattito sulla modernizzazione del diritto del lavoro*, con contributi di M. TIRABOSCHI, L. ROSTI, L. MARIUCCI, R.

traspare altresì nitidamente dalla evoluzione della legislazione di altri paesi continentali che, a seconda della maggiore o minore protezione del posto di lavoro dei lavoratori stabili, consentono una utilizzazione più o meno ampia dei lavoratori assunti con durata limitata³.

Concepito nel codice civile come contratto derogativo del modello *standard* a tempo indeterminato, in quanto giustificato dalla «specialità del rapporto» (art. 2097 c.c.), l'istituto trova una sua compiuta regolamentazione nella l. 18 aprile 1962, n. 230, che tipizza tassativamente le ipotesi in cui è consentito stipulare contratti a termine, pur ammettendo alcune fattispecie elastiche suscettibili di diversa interpretazione. Una tale impostazione perfettamente si comprende in un sistema giuridico ancora contraddistinto dalla libera recedibilità delle parti dal rapporto di lavoro, che di per sé rendeva scarsamente interessante il ricorso ad un contratto a termine.

La metamorfosi o l'eterogenesi dell'istituto si è registrata, com'è noto, nel momento in cui è stato introdotto un regime di stabilità reale nel posto di lavoro, che ha improvvisamente reso il contratto a termine molto appetibile, in quanto suscettibile di sottrarre il datore di lavoro alle rigidità del contratto a tempo indeterminato, e ha accentuato la sua valenza di fattore determinante di elasticità nell'organizzazione aziendale. Più o meno da quella data inizia una insistente pressione sociale per dilatare le ipotesi di ricorso al contratto a tempo determinato, accompagnata dalle vivaci polemiche per alcune vicende giudiziarie che avevano smisuratamente dilatato gli organici di alcune aziende parapubbliche fino a comprometterne l'equilibrio economico e finanziario.

La tendenza descritta trova un suo primo momento di realizzazione nel d.lg. 3 dicembre 1977, n. 876, che, relativamente ai settori del commercio e del turismo, regola il fenomeno delle c.d. «punte stagionali», con riferimento alle quali viene consentito di stipulare dei contratti a termine a seguito di una articolata procedura amministrativo-sindacale. Istituto successivamente esteso a tutti i settori economici, in virtù del d.lg. 29 gennaio 1983, n. 17, conv. in l. 25 marzo 1983, n. 79, ed integrato altresì dalla prefigurazione di un «diritto di precedenza nell'assunzione, con la medesima qualifica, presso la stessa azienda», di cui

HYMAN, E. GHERA, G. FERRARO, M. GRANDI, I. SENATORI, *DRI*, 2007, I, 951 ss.; più direttamente sul tema specifico, S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, n. 52/2007.

³ Per un'utile comparazione v. la ricerca su *Il lavoro a termine in Europa*, *DRI*, 2007, 1045 ss., con interventi di R. BLANPAIN, *I contratti di lavoro a termine sono ancora un'eccezione?* (1045), G. ZILIO GRANDI, *Normativa comunitaria sul lavoro a termine* (1052), C. GALIZIA, *Contrattazione collettiva e lavoro a termine in Italia e Spagna* (1065), S. ENGBLOM, *La nuova regolamentazione del lavoro in Svezia: un'ipotesi di liberalizzazione* (1088); v. pure L. ZOPPOLI, *Flexicurity e licenziamenti: la strict employment protection legislation*, in *Flexicurity e tutele* (a cura di L. ZOPPOLI – M. DELFINO), Roma, 2008, 95 ss.

risultavano beneficiari *sia* i lavoratori impiegati in attività lavorativa a carattere stagionale, *sia* quelli utilizzati nelle cd. punte stagionali.

Il complesso processo di evoluzione dell'istituto realizza poi un decisivo punto di approdo nell'art. 23 della l. 28 febbraio 1987, n. 56, che aggiunge alle fattispecie tipizzate la facoltà di stipulare contratti a termine «nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale»⁴. La norma, nel quadro di un processo di flessibilizzazione controllata dei rapporti di lavoro, delega alla contrattazione collettiva stipulata dalle principali OO.SS. la facoltà *sia* di introdurre ipotesi aggiuntive in cui è consentito il contratto a termine, *sia* di stabilire le percentuali ammissibili nei diversi contesti produttivi⁵.

L'intero processo evolutivo sembra raggiungere una più compiuta sistemazione nel d.lg. 6 settembre 2001, n. 368, che, sotto lo stimolo dell'obbligo di dare attuazione alla direttiva 99/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES, appare orientato a liberalizzare la possibilità di ricorso al contratto a termine introducendo una causale giustificativa di carattere generale sintetizzata nella formula «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo». Sennonché il passaggio dal controllo sindacale, esercitato prevalentemente *ex ante* dalle

⁴ Allo stesso tempo, nel 2° comma dell'art. 23, l. cit., viene meglio strutturato «il diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda, con la medesima qualifica, quando per questa è obbligatoria la richiesta numerica, ed a condizione che manifestino la volontà di esercitare tale diritto entro tre mesi dalla data di cessazione del rapporto di lavoro».

⁵ Facoltà esercitata con molta cautela da parte della contrattazione collettiva, concentrata prevalentemente su settori produttivi in cui il ricorso al contratto a termine si giustifica per l'andamento variabile della produzione, e ciò finché la stessa facoltà non verrà esercitata in maniera disinvolta in alcuni settori produttivi (le Poste Italiane, in particolare) che, benché privatizzati, hanno mantenuto una forte matrice pubblicistica e preservato relazioni sindacali di stampo consociativo, che hanno favorito un uso anomalo di tale potestà regolamentare, giustamente censurata da una parte della magistratura più sensibile ad esigenze di coerenza del sistema normativo.

Sull'ampio dibattito suscitato dall'art. 23, l. cit., v. in particolare Cass., S.U., 2-3-2006, n. 4588, secondo cui l'art. 23 della l. n. 53/1987, «configura una vera e propria delega in bianco a favore dei sindacati, i quali, pertanto, senza essere vincolati all'individuazione di figure di contratti a termine comunque omologhe a quelle previste per legge, possono legittimare il ricorso del contratto di lavoro a termine per causali di carattere oggettivo ed anche – alla stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale – per ragioni di tipo meramente soggettivo, consentendo (vuoi in funzione di promozione dell'occupazione o anche di tutela delle fasce deboli di lavoratori) l'assunzione di speciali categorie di lavoratori, costituendo anche in questo caso l'esame congiunto delle parti sociali sulle necessità del mercato del lavoro idonea garanzia per i suddetti lavoratori e per una efficace salvaguardia dei loro diritti». Sull'ampia giurisprudenza di Cassazione che si è occupata di contratti a termine stipulati dalle Poste Italiane a seguito di accordi collettivi, v. per tutti L. MENGHINI, *Contratto a termine e Poste Italiane tra vecchia e nuova disciplina*, RGL, 2006, II, 509; dello stesso autore v. pure, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di giustizia*, RGL, 2006, 695; Id., *Contratto a termine, sue finalità, costituzione, contrattazione collettiva e poteri del giudice*, RGL, 2007, 459.

principali organizzazioni sindacali attraverso la contrattazione collettiva, al controllo *ex post* affidato all'autorità giudiziaria, si è rivelato un autentico boomerang per i suoi promotori, perché la magistratura, in assoluta prevalenza, non solo ha interpretato in maniera rigorista i passaggi più ambigui della legge (in particolare per quanto concerne gli effetti della sua violazione), ma ha aperto la strada ad una sindacabilità giudiziaria a tutto campo: sulla adeguatezza della motivazione adottata, talvolta persino sulla sua opportunità, sino ad un rigoroso controllo della sua correttezza applicativa⁶. Tutto ciò con il rischio ben consapevole di rendere estremamente problematico il ricorso al contratto a termine esposto permanentemente ad una trasfigurazione in sede giudiziaria.

Tale rigidità interpretativa non ha avuto contraccolpi significativi sul sistema organizzativo delle imprese, che hanno potuto contemporaneamente usufruire di schemi contrattuali più duttili, quali ad esempio i contratti di formazione e lavoro e le collaborazioni coordinate e continuative, successivamente arricchiti dall'ampio prontuario di contratti flessibili introdotti dalla riforma Biagi. Sennonché la questione si è nuovamente presentata problematica con il progressivo ridimensionamento di tali istituti e con la tendenza politica, nitidamente emersa negli ultimi tempi, a contrastare le varie forme di precariato ed a favorire processi di stabilizzazione dei rapporti di lavoro.

In questo clima sociale e politico si inserisce la riforma in discussione, delineata dal Protocollo sindacale del luglio del 2007 e portata a compimento dagli artt. 39-43 della l. n. 247/2007. La normativa in questione, che costituisce la «punta di diamante» della lotta alla precarietà, adegua tardivamente l'ordinamento nazionale ad alcune importanti disposizioni contenute nella direttiva comunitaria del 1999, la quale tra gli obiettivi qualificanti include quello di «prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato» attraverso una o più misure volte a prefigurare: «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». Ed invero il decreto del 2001 non aveva tenuto adeguatamente conto di tale problematica limitandosi a prescrivere in termini generali l'obbligatorietà di una motivazione tecnico-produttiva, di per sé inidonea a giustificare la reiterazione dei contratti a termine,

⁶ Sul dibattito in materia è d'obbligo richiamare il confronto tra la posizione di A. VALLEBONA, in A. VALLEBONA - C. PISANI, *Il nuovo contratto a termine*, Padova, 2001, sp. 35, e la posizione espressa principalmente da B. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, *DLRI*, 2001, 408; ma v. pure S. MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, 2002, 3 ss.; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, *TrattCM*, 2003/422. L. MONTUSCHI, *L'evoluzione del contratto a termine, dalla subalterità all'alternativa: un modello per il lavoro*, *QDLRI*, 2000, 23, 9 ss.; A. GARILLI, M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003; N. MIRANDA, *Il nuovo contratto a termine nel lavoro privato e pubblico*, 2007.

tanto più in mancanza di un limite temporale («durata massima totale») oppure numerico («il numero dei rinnovi»)⁷.

Un percorso parallelo è registrabile nella disciplina del contratto a termine nelle pubbliche amministrazioni, con riferimento alle quali è di antica data la forte pressione ad applicare la normativa privatistica per consentire operazioni di consolidamento di rapporti sorti in maniera precaria sotto la spinta di interessi spesso clientelari⁸. Eppure, nel settore specifico si confrontano due esigenze contrapposte, difficili da contemperare: *per un verso* contenere un suo clientelare del contratto a termine da parte dei vari gruppi politici di volta in volta dominanti, quale condizione per preservare l'imparzialità e l'efficienza della pubblica amministrazione, *per altro verso*, contrastare forme di utilizzazione intensiva e reiterata di lavoratori precari per coprire carenze strutturali della pubblica amministrazione. Di qui, *da una parte*, il divieto categorico di convertire i rapporti a termine in rapporti organici di impiego pubblico, ancorché illegittimi (v. art. 36, l. n. 165/2001, specie nell'ultima versione introdotta dalla Finanziaria 2008, art. 3, 79° comma), divieto parzialmente compensato dalla previsione di un trattamento di carattere risarcitorio⁹, e *da un'altra parte* il ricorso frequente ad operazioni di sanatoria ovvero di stabilizzazione dei lavoratori precari, realizzate in maniera massiccia anche nelle recenti Finanziarie 2007 e 2008. La coesistenza di queste due esigenze è all'origine di posizioni alterne della Giustizia del lavoro e della stessa Corte di Giustizia Europea che, in tempi relativamente recenti, ha

⁷ In senso contrario v. G. PROIA, in *La nuova disciplina del welfare*, (a cura di) M. PERSIANI e G. PROIA, Padova, 2008, 94, che, richiamando la sentenza della Corte Costituzionale n. 41/2000 sull'ammissibilità del *referendum* abrogativo della legge sul contratto a termine, ritiene che il nostro ordinamento giuridico si fosse conformato alla direttiva comunitaria, sovrapponendo però la disciplina sul contratto a termine a quella sui rinnovi. Nell'ottica comunitaria non assume rilevanza decisiva la motivazione del primo contratto a termine potendo anche venire a mancare nel caso di una rigida limitazione temporale, ma assume importanza qualificante «la giustificazione del rinnovo» per l'atteggiamento di sospetto che vi è connesso in quanto suscettibile di una utilizzazione abusiva.

⁸ Per la giustificazione delle differenze regolamentari tra il settore privato e quello pubblico è d'obbligo il richiamo a C. cost. sent. n. 89/2003, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 36, 2° comma, del d.lg. 30-3-2001, n. 165, atteso che «il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle p.a. è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso, enunciato dall'art. 97, 3° comma, Cost.» che rappresenta «lo strumento di selezione del personale in linea di principio più idoneo a garantire l'imparzialità ed efficienza della p.a.».

⁹ Su cui v. la recente modifica dell'art. 36, d.lg. cit., sulle tipologie flessibili nel pubblico impiego, attuata in virtù dell'art. 3, l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), alla stregua della quale «le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato e non possono avvalersi delle forme contrattuali di lavoro flessibile (...) se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi», in ordine alla quale v. L. FIORILLO, *Flessibilità, precarietà e stabilizzazione nel pubblico impiego (infra)*.

manifestato una certa insofferenza per regolamentazioni eccessivamente difformi tra il settore privato e quello pubblico¹⁰.

2. La direttiva europea n. 1999/70/CE del 28 giugno 1999

Nel corso di questo ciclo evolutivo si è inserita, come già accennato, l'importante direttiva del Consiglio della Comunità Europea del 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE, che, sostanzialmente recettiva di un accordo sindacale, è stata utilizzata da una parte della dottrina italiana e della magistratura come un vero e proprio baluardo contro veri o presunti processi di flessibilizzazione dei rapporti di lavoro, in virtù di una lettura, almeno in parte, ideologica della «clausola di non regresso», non del tutto in linea con alcune importanti pronunzie della Corte di Giustizia Europea più volte richiamate nel dibattito in corso¹¹. In realtà, come emerge da una lettura sincronica di tale ampia elaborazione giurisprudenziale, spesso strumentalizzata ed esaltata oltre misura per preconcetti di parte (anche per la sua intrinseca contraddittorietà e verbosità), la direttiva in questione ha un contenuto alquanto elastico e compromissorio, tale da lasciare ampi margini di manovra alle legislazioni nazionali, segnalando per lo più soluzioni alternative o concorrenti, e concentrando prevalentemente l'attenzione sugli abusi derivanti dal succedersi di contratti a tempo determinato, specie nel caso di reiterazione frequente ed indiscriminata¹².

¹⁰ V. in particolare sent. Adelener 4-7-2006, n. C-465/2004, n. RG. 2006, 601; ma v. pure sent. Marrosu e Vassallo 7-9-2006, n. C-53/2004, e 7-9-2006, n. C-180/2004, *ivi*, 602.

¹¹ Come più volte emerso nei vari procedimenti dinanzi alla Corte di Giustizia europea, la disposizione contenuta nell'accordo quadro, secondo cui «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», configura una clausola di trasparenza «volta ad evitare che il legislatore nazionale utilizzi la direttiva 99/70 come giustificazione per ridurre le tutele garantite ai lavoratori, addebitando alla direttiva medesima la responsabilità di provvedimenti che sono frutto di una sua autonoma scelta legislativa». Sul punto v. O. BONARDI, *Le clausole di non regresso e divieto di discriminazioni per motivi di età secondo la Corte di Giustizia*, RIDL, 2006, 2, 266, che riporta le conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nel procedimento Mangold, alla stregua del quale non tutte le modifiche peggiorative delle discipline dei Stati membri sono vietate essendo invece le stesse possibili se non sono in alcun modo collegate all'applicazione delle direttive, onde i principi di cui esse sono espressione e, in particolare, quello della parificazione nel progresso, non possono essere assolutizzanti, ma devono essere temperati con altri principi di pari rilevanza nel diritto comunitario, per cui obiettivi come l'incremento dell'occupazione giustificerebbero la derogabilità delle clausole di non regresso. Sul tema v. pure M. DELFINO, *Il principio di non regresso nelle direttive comunitarie in materia di politiche sociali*, DRL, 2002, 487; A. VALLEBONA, *Lavoro a termine: primo contratto e clausola di non regresso*, DL, 2006, II, 14 ss.

¹² In questi termini con un'efficace sintesi v. A. VALLEBONA, *Il lavoro a termine nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, MGL, 2006, 11, 826 ss.

Per contro, nonostante importanti opinioni di segno contrario, la direttiva sembra assumere un atteggiamento sostanzialmente agnostico in ordine al primo contratto a termine, che può essere variamente regolato dalle normative nazionali: con l'imposizione di una ragione oggettiva per la sua utilizzazione, ovvero con la mera previsione di un limite temporale rigido, o anche con entrambe le misure. Là dove gli obiettivi preminenti esplicitamente enunciati sono orientati nel migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato e nel realizzare, appunto, un quadro normativo idoneo a prevenire gli abusi derivanti da una successione indiscriminata di contratti o rapporti a tempo determinato.

Il diverso approccio interpretativo viene solitamente fondato su alcune espressioni, alquanto enfatiche, contenute, in particolare, nei «considerando» della direttiva, ovvero nel «preambolo» dell'accordo quadro; senonché, a trascurare il dibattito sull'efficacia precettiva di simili premesse, esse si rivelano ad un'attenta analisi molto più elastiche ed approssimative di quanto si vorrebbe sostenere dovendosi comunque inquadrare nella finalità di stabilire dei «requisiti minimi» nella prospettiva «di contemperare le esigenze dei datori di lavoro con quelle dei lavoratori».

Nell'impostazione contestata viene, ad esempio, di frequente invocato il punto 7 delle «considerazioni generali», nella parte in cui si precisa che «l'utilizzazione dei contratti di lavoro a tempo determinato basata su ragioni obiettive è un modo per prevenire gli abusi», per trarne la conclusione che le ragioni obiettive costituirebbero secondo la direttiva un requisito imprescindibile di qualsiasi contratto a termine. In realtà, com'è chiaro dal senso letterale, la specificazione di ragioni obiettive si estrinseca in vari modi, evidentemente alternativi, di prevenire gli abusi, come ben si chiarisce nella parte più direttamente precettiva, contenuta nella clausola 3.1, ove si definisce l'espressione «lavoratore a tempo determinato» come colui che è assoggettato ad un contratto di lavoro «il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di *una certa data*, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico», in tal modo riconoscendosi che la specificazione di una certa data può rappresentare di per sé una condizione sufficiente a legittimare il contratto a termine quale misura minimale di protezione del lavoratore. Impostazione peraltro confermata nella clausola 5 ove, entrando nel merito degli obiettivi perseguiti, vengono indicate «una o più misure» per evitare gli abusi, che si possono alternativamente tradurre *vuoi* nella prefigurazione di ragioni obiettive *vuoi* nella definizione di una durata massima *vuoi* specificando il numero dei rinnovi. Dalla stessa norma risulta altresì che le ragioni obiettive sono richieste essenzialmente per la «giustificazione del rinnovo», anziché per motivare la legittimità del primo contratto a termine.

Sulla problematica evocata, interviene ora decisamente, quanto drasticamente, la normativa del 2007, che allinea il nostro ordinamento giuridico alle più avanzate esperienze in ambito europeo.

3. La tipicità del contratto a termine

Occorre anzitutto evidenziare che le novità contenute nell'accordo originario non corrispondono del tutto a quelle che si riscontrano nell'art. 1, 39°-43° comma, l. n. 247/2007, ed anzi lasciano emergere un travagliato confronto politico volto ad accentuare la tutela della stabilità, che ha trovato ampio riscontro nel dibattito parlamentare, ed ha prodotto dei risultati in gran parte recepiti nella fase di regolamentazione legislativa¹³.

In particolare il Protocollo, dopo avere enfaticamente richiamato la direttiva n. 1999/70/Ce sul lavoro a tempo determinato, segnatamente nella parte in cui indica il contratto di lavoro a tempo indeterminato come «la forma comune dei rapporti di lavoro», e dopo avere enunciato il convergente impegno a prevenire gli abusi derivanti dalla reiterazione dei contratti a termine, si limita a stabilire che, qualora a seguito di successione di contratti per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro superi i 36 mesi, un ulteriore contratto a termine potrebbe stipularsi soltanto dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro con l'assistenza sindacale. Per contro il 40° comma, art. 1, l. n. 247/2007, nell'integrare consistentemente l'art. 5, d.lg. n. 368/2001, stabilisce, in termini ben più perentori, che il rapporto di lavoro «si considera a tempo indeterminato» qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto abbia complessivamente superato i 36 mesi. La diversità di impostazione è fin troppo palese per dovere essere evidenziata, e lascia comprendere l'incerta regolamentazione procedurale di alcune delle innovazioni introdotte (specie con riferimento agli accordi di scavalco del limite temporale, costruiti sul modello originario e non in riferimento ad una prescrizione così perentoria).

In piena coerenza con l'accordo, il 39° comma, art. 1, l. n. 247/2007, premette all'art. 1, d.lg. n. 368/2001, il principio secondo cui il contratto di lavoro subordinato è stipulato «di regola» a tempo indeterminato, in tal modo raccordandosi idealmente alla direttiva n. 1999/70/Ce (espressione analoga era, com'è noto, contenuta nella l. n. 230/1962, che contemplava una presunzione ancora più impegnativa secondo cui il contratto di lavoro «si reputa» a tempo indeterminato).

Come si è subito rilevato, la dichiarazione di principio vuole segnare una svolta rispetto alla impostazione contenuta nel d.lg. n. 368/2001, che aveva omissis qualsiasi formula del genere alimentando la convinzione che il legislatore volesse

¹³ Com'è noto le disposizioni contenute nell'accordo del 2007 sono state più volte modificate sia nel corso di trattative informali proseguite dopo la firma del protocollo, sia nel corso dei lavori parlamentari durante i quali il testo che era stato approvato dalla Commissione Lavoro della Camera dei Deputati il 22-11-2007 è stato modificato con il testo approvato dalla Camera il 28-11-2007 divenuto successivamente legge.

stabilire una sorta di equipollenza tra il contratto di lavoro a termine e quello a tempo indeterminato, quali strumenti alternativi di organizzazione del lavoro aziendale. Precisare che la regola è rappresentata dalla costituzione del contratto a tempo indeterminato, ristabilisce un diverso equilibrio tra le due fattispecie negoziali e qualifica nettamente il nostro ordinamento giuridico, anche rispetto a quello comunitario, che in recenti documenti (vedi appunto il Libro Verde sulla modernizzazione del Diritto del lavoro) sembra voler prendere atto di una tendenza ormai dilagante alla diffusione dei contratti a tempo determinato.

Tuttavia l'enunciazione di principio non può essere neppure oltremodo sopravvalutata, *sia* perché la sua declamazione nella direttiva comunitaria non è affatto incompatibile con il riconoscimento di un'ampia discrezionalità delle legislazioni nazionali nella regolamentazione dei contratti a termine (salva la *clausola di non regresso*), *sia* perché nell'interpretazione della legge del 2001 era prevalsa una tesi ricostruttiva sostanzialmente coerente con l'impostazione precedente, che considera il contratto a tempo determinato come una deroga pur sempre straordinaria rispetto al modello *standard* di utilizzazione del fattore lavoro¹⁴. D'altra parte la prefigurazione della forma scritta obbligatoria e l'indicazione di una causale specifica precludono di per sé la possibilità di porre sullo stesso piano due fattispecie contrattuali che hanno sempre avuto una valenza e funzione nettamente differenziate all'interno dell'ordinamento giuridico¹⁵.

Semmai il ribadire che il contratto di lavoro subordinato è di regola a tempo indeterminato può fornire un contributo non trascurabile a favore delle tesi interpretative più rigoriste che sono emerse a seguito della legge del 2001. A cominciare da quella che ha ritenuto un requisito intrinseco delle ragioni giustificatrici la temporaneità delle stesse sull'assunto che non potesse farsi ricorso ad un contratto di lavoro a termine in presenza di un'esigenza più o meno stabile di manodopera da parte della struttura aziendale¹⁶. Analogamente la conferma della priorità del contratto a tempo indeterminato rende scarsamente credibili quelle tesi che, approfittando di alcune imprecisioni del testo normativo, hanno sostenuto che non fosse sufficientemente definito l'effetto sanzionatorio derivante dalla insussistenza di adeguate ragioni giustificatrici, specie con riferimento al primo contratto, la cui trasgressione avrebbe comportato la pura e semplice nullità dello stesso (*ex art. 1419, 1° comma, c.c.*) e non già la sua automatica conversione in un rapporto continuativo (*ex art. 1419, 2° comma, c.c.*).

¹⁴ Per una puntuale ricostruzione degli indirizzi giurisprudenziali v. per tutti L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, *RIDL*, 2006, 327; v. pure A. CIRIELLO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, *DLM*, 2007, 363.

¹⁵ V. per tutti R. FOGLIA, *Lavoro a termine e a tempo indeterminato: due realtà non fungibili neanche per l'ordinamento comunitario*, *DL*, 2006, I, 67 ss.

¹⁶ Su tale profilo v. l'interessante dibattito promosso da A. VALLEBONA, ora in *Colloqui giuridici del lavoro*, 2006, suppl. *MGL*, ed in particolare le posizioni di C. CESTER, 11; S. MAGRINI, 19; A. MARESCA, 20; M. PERSIANI, 25.

Si tratta, com'è noto, di tesi analiticamente argomentate, eppure efficacemente contrastate *sia* da una parte preminente della dottrina giuridica, *sia* in sede giurisprudenziale¹⁷, ove in alcune recenti pronunce affiora un atteggiamento addirittura più garantista di quello emerso con riferimento all'applicazione della vecchia l. n. 230/1962.

Se tutto ciò è vero, non bisogna neppure enfatizzare oltre misura la formula con cui ormai esordisce il d.lg. n. 368/2001, giacché il riconoscimento del ruolo preminente del contratto a tempo indeterminato, oltre ad essere in gran parte pleonastico, non necessariamente comporta che i contratti a termine debbano essere strutturalmente impregnati dello stigma della transitorietà, anche perché il criterio della temporaneità è di per sé intrinsecamente duttile ed elastico, venendo a rappresentare un dato meramente prognostico rispetto ad esigenze aziendali suscettibili di continua evoluzione.

A questo riguardo vale la pena evidenziare che la formula utilizzata (secondo cui il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato) non corrisponde all'omologa formula comunitaria, che definisce i contratti a tempo indeterminato come la «forma comune» dei rapporti di lavoro, per poi riconoscere che i contratti a termine rispondono, in alcune circostanze, alle esigenze *sia* dei datori di lavoro *sia* dei lavoratori. La diversa espressione adoperata nella normativa nazionale è destinata ad alimentare la convinzione che il rapporto tra il contratto a tempo indeterminato e quello a tempo determinato debba essere impostato nei termini di una relazione alternativa tra una *regola* ed una *eccezione*: impostazione, questa, che non corrisponde alla logica della delibera comunitaria, orientata piuttosto a istituire una relazione tra *ordinarietà* del contratto a tempo indeterminato e *specialità* di quello a termine, come del resto l'articolazione normativa della direttiva in questione ampiamente conferma.

Ma anche a volere seguire la prima impostazione, l'affermazione di principio non dà fondamento alla tesi della necessaria temporaneità delle ragioni che devono giustificare il ricorso al contratto a tempo determinato, niente affatto implicita nella formulazione della causale richiesta, e che anzi si traduce nell'imporre un doppio livello di motivazione, uno esplicito, l'altro implicito. In realtà il legislatore si limita a richiedere che il contratto a termine risponda ad una specifica esigenza aziendale, e cioè a dire a «circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività» secondo il lessico della Corte di Giustizia¹⁸, di guisa che la temporaneità è un elemento che deriva dalla determinazione di un termine di

¹⁷ Vedi tuttavia T. Palermo, 6-5-2006, *RIDL*, 2007, II, 395; *contra* A. Milano, 9-12-2003, A. Milano, 29-4-2004, *DRI*, 2004, I, 144; T. Milano, 14-10-2004, *DL*, 2004, 904; A. Firenze, 11-7-2006, n. 959, *RGL*, 2007, 459; T. Genova, 14-11-2006, n. 9693. Per una ordinata ricostruzione sui vari filoni giurisprudenziali v. per tutti L. NANNIPIERI, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, *RIDL*, 2006, I, 327.

¹⁸ Così Sent. Adeneler, cit., 69.

durata dello specifico contratto e non piuttosto un elemento che entra nella struttura causale della relativa giustificazione.

A questo proposito la precisazione contenuta nell'art. 20, 4° comma, d.lg. n. 276/2003, che adotta la medesima formula contenuta nell'art. 1, d.lg. n. 386, con riferimento alla *somministrazione a tempo determinato*, con l'aggiunta «anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore», può essere indubbiamente letta in maniera alternativa e cioè a favore della tesi più selettiva (*ubi lex voluit dixit*) ovvero di quella più flessibilizzante (ove si consideri che si tratta pur sempre di un contratto a termine). Ciò nondimeno, a seguire la prima tesi, rimarrebbero da comprendere le ragioni sostanziali che consentono di ricorrere alla somministrazione a tempo determinato anche per esigenze ordinarie dell'azienda mentre il contratto a tempo determinato sarebbe fruibile esclusivamente per ragioni intrinsecamente temporanee e straordinarie. Tanto più una volta abolito il contratto di somministrazione a tempo indeterminato, a conferma di una atavica idiosincrasia dell'ordinamento nei confronti di tale schema contrattuale, la quale verrebbe radicalmente a cadere nell'ipotesi delle somministrazioni a termine, addirittura implicitamente incentivate dal confronto con l'attuale disciplina del contratto a termine.

Sotto altro profilo non può essere ignorata la dimensione ormai strutturale e trasversale della formula «ragioni tecniche, organizzative e produttive» (v. ad es.: art. 2103 c.c.; artt. 1 e 3, l. n. 604/1966; art. 69, l. n. 276/2003, ecc.), che evoca una scelta calibrata, in via almeno preminente, su esigenze di organizzazione e funzionalità aziendale.

4. Il superamento dei 36 mesi di rapporti a termine

Il punto centrale della riforma si concentra nella previsione secondo cui, qualora per effetto della successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto superi i 36 mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato (comma 4-*bis*, art. 5, d.lg. n. 368/2001, inserito dall'art. 1, 40° comma, lett. b, l. n. 247/2007).

La disposizione nella sua perentorietà si raccorda con qualche difficoltà a quanto previsto nella parte immediatamente successiva, là dove è contemplata la possibilità di superare i 36 mesi stipulando un ulteriore, successivo, contratto a termine, per una sola volta, dinanzi alla Direzione provinciale del lavoro competente con l'assistenza di un rappresentante sindacale. Per raccordare le due parti occorre ritenere che l'accordo di deroga volto ad impedire l'effetto della conversione debba realisticamente intervenire *prima* della scadenza dei 36 mesi, giacché una volta che i 36 mesi si siano consumati sembra oggettivamente difficile

indurre il lavoratore a stipulare un ulteriore contratto a termine quando può ritenere di avere acquisito il diritto alla stabilità del rapporto¹⁹.

Ciò vuol dire che, in regime ordinario, all'approssimarsi dei 36 mesi, per evitare l'effetto della «conversione», o le parti si accordano per anticipare la conclusione del contratto a termine evitando il superamento del limite di legge, oppure sottoscrivono un nuovo accordo nelle forme rituali previste dal legislatore, per la durata consentita dagli accordi o contratti collettivi di lavoro. Ove poi i 36 mesi fossero già trascorsi per effetto della successione di una pluralità di contratti a termine, l'accordo eventualmente stipulato in deroga verrebbe ad assolvere ad una funzione del tutto peculiare, e cioè prevalentemente dispositiva anziché regolamentare, poiché rappresenterebbe un atto di disposizione abdicativa da parte del lavoratore del diritto alla stabilità del posto di lavoro già maturato. Equivarrebbe cioè a tutti gli effetti a un atto di volontà assistita con il quale il lavoratore verrebbe a rinunciare ad un diritto ormai acquisito. Di qui la necessità di una assistenza sindacale qualificata che renda il lavoratore pienamente consapevole delle conseguenze della propria rinuncia.

Affinché si determini l'effetto legale del riconoscimento della natura a tempo indeterminato del rapporto, occorre anzitutto che siano stati stipulati più contratti a termine della durata complessiva di 36 mesi aventi ad oggetto *mansioni equivalenti*. Così strutturata la norma potrebbe indurre a ritenere che debbano essere considerati, ai fini del raggiungimento dei 36 mesi complessivi, tutti i contratti a termine intercorsi tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore seppure distribuiti su un lungo arco temporale²⁰. Tuttavia una tale conclusione non sembra affatto necessaria giacché il legislatore prevede l'effetto cumulativo solo con riferimento alla «successione» di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti, con ciò volendo alludere a contratti che vengono reiterati nel quadro di un processo sostanzialmente unitario e temporalmente (comunque) delimitato, a nulla rilevando contratti dislocati in periodi completamente diversi i quali non possono essere considerati né temporalmente né funzionalmente «in successione»²¹.

In conformità alla direttiva comunitaria, non è sufficiente che tra le parti sia intercorso un unico contratto a termine di durata superiore a quella indicata, giacché la nuova disciplina conferma un atteggiamento sostanzialmente neutrale del legislatore rispetto alla durata del primo contratto a termine, che rimane oggetto di

¹⁹ Così pure M. TATARELLI, *Le novità in materia di contratti di lavoro a tempo determinato*, GL, 11-1-2008, n. 2, 110 ss.

²⁰ In questi termini v. G. PROIA, *op. cit.*

²¹ La Corte di giustizia (C-212/04, cit.), con riferimento alla successione di contratti, precisa che «una disposizione nazionale che consideri successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore a 20 giorni lavorativi deve essere considerata tale da compromettere l'obiettivo, la finalità nonché l'effettività dell'accordo quadro».

una disciplina più elastica e viene considerato con minore diffidenza rispetto alle proroghe o ai rinnovi successivamente intervenuti.

Occorre tuttavia porsi l'interrogativo se il primo contratto a termine possa rimanere privo di un limite temporale dopo le modifiche da ultimo introdotte essendo non del tutto coerente che un unico contratto a termine superi i 36 mesi quando al contempo è previsto un limite complessivo alla reiterazione di contratti temporanei. Non a caso, del resto, il d.lg. n. 386 consente la proroga nell'ambito dello stesso limite complessivo di 36 mesi e persino il contratto dei dirigenti è assoggettato al limite temporale di 5 anni nonostante sia contraddistinto da un regime di libera recedibilità.

Il dubbio è ragionevole, ma la soluzione rimane negativa non essendo consentito inferire in via deduttiva una conclusione così impegnativa al di fuori di una previsione legale (o contrattuale), e ciò anche per la funzione «duttile» del primo contratto, già sufficientemente vincolato dalla necessità di una specifica motivazione. In ogni caso, salvo il regime transitorio (su cui v. *infra*), se il primo contratto ha avuto una durata superiore a 3 anni, sembra ragionevole ritenere che le parti non possano stipulare un nuovo contratto a termine, che verrebbe a sfiorare il limite temporale, fatta salva ovviamente la possibilità di stipulare un accordo derogatorio nelle forme consentite. Anche se qualche dubbio può residuare, ove si consideri che nel caso di specie il superamento dei 36 mesi non è dovuto alla successione di contratti a termine come prescritto dalla norma.

I 36 mesi devono essere di lavoro effettivo e quindi non vanno computate le pause intermedie intervenute tra un rapporto e l'altro, come si desume chiaramente dalla precisazione «indipendentemente dai periodi di interruzione che intercorrono tra un contratto e l'altro» (v. il nuovo comma 4-*bis*, art. 5, d.lg. n. 368/2001).

Viceversa, a nulla rilevano eventuali periodi sospensivi che si siano verificati all'interno dei singoli rapporti di lavoro per ipotesi legali o contrattuali specificamente considerate (infortuni, malattie, aspettative, ecc.)²².

Il legislatore richiede che la successione di contratti a termine per un periodo superiore a 36 mesi sia intercorsa «fra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore», con ciò evidentemente adoperando un'espressione onnicomprensiva che comprende anche il datore di lavoro non imprenditore, fermo restando che quando si tratta di imprenditori in senso proprio il richiamo alla figura del datore di lavoro rinvia a quello di azienda nella sua entità oggettiva in conformità al principio consolidato sulla spersonalizzazione della figura dell'imprenditore, come del resto può agevolmente desumersi dalla *ratio* della disciplina esaminata che

²² Secondo il Ministero del Lavoro il tetto dei 36 mesi andrebbe valutato con i criteri previdenziali là dove un mese equivale a 30 giorni, a differenza del criterio civilistico imperniato sul calendario ordinario (v. artt. 1187 c.c., 2963 c.c., 155 c.p.c.) secondo il quale «la prescrizione a mesi si verifica nel mese di scadenza e nel giorno di questo corrispondente al giorno del mese iniziale» (art. 2963, co. 4, c.c.).

vuole evitare un'utilizzazione «speculativa» dei contratti a termine a favore della stessa entità produttiva²³.

I contratti successivamente stipulati devono avere ad oggetto *mansioni equivalenti*²⁴. La formula è pedissequamente desunta dall'art. 2103 c.c. a proposito dello *ius variandi* dell'imprenditore. Il che vuol dire che tra le diverse mansioni alle quali il lavoratore sia successivamente adibito occorre che sussista un legame di equivalenza professionale: deve cioè trattarsi di lavori che rientrino in un'area professionale omogenea e di mansioni che presentino una loro coerenza funzionale nel definire il profilo professionale del lavoratore. Tuttavia la corrispondenza tra i due concetti non può essere considerata totale, ove si tenga presente la diversa *ratio* di ispirazione dei contesti normativi entro i quali il concetto di equivalenza viene adoperato. In caso di mutamento di posto di lavoro, il criterio dell'equivalenza professionale è finalizzato a preservare il bagaglio di conoscenze e di competenze del lavoratore e a consentire la ricostruzione di un percorso professionale sostanzialmente organico. Ciò vuol dire che quanto più ristretto è il concetto di equivalenza, maggiore è la tutela della professionalità e più incidenti sono i limiti al potere organizzativo dell'imprenditore. Nella norma in esame, il ricorso allo stesso concetto assolve ad una funzione antifraudolenta volta a precludere l'utilizzazione periodica del lavoratore nelle stesse mansioni o in mansioni equivalenti senza riconoscergli anche una garanzia di stabilità del rapporto. Ne consegue che nel caso di specie il concetto di equivalenza professionale va ricostruito con maggiore elasticità in conformità alla *ratio* protettiva della norma, giacché, quanto più elastico è lo stesso, parallelamente si rafforza la possibilità che il lavoratore venga definitivamente stabilizzato nello stesso posto di lavoro.

Del resto un'interpretazione elastica del concetto di equivalenza serve anche ad impedire operazioni fraudolente e cioè che il lavoratore venga adibito a mansioni apparentemente non equivalenti nell'ambito di uno dei contratti a termine periodicamente stipulati con l'obiettivo specifico di evitare la stabilizzazione del rapporto una volta che siano trascorsi 36 mesi. Ciò fa propendere per una ricostruzione «dinamica» del concetto di equivalenza delle mansioni, essendo evidente che il legislatore vuole che il lavoratore sia stabilizzato tutte le volte in cui sia adibito ad un posto di lavoro rientrante in una stessa area professionale.

5. La trasformazione in un contratto a tempo indeterminato

²³ In senso contrario v. G. PROIA, in *La nuova disciplina*, cit., 97 ss.

²⁴ Su questa problematica v. da ultimo G. AMOROSO, *Flessibilità della prestazione lavorativa e jus variandi del datore di lavoro: spunti di riflessione* (testo provvisorio). Per alcune importanti novità nel panorama giurisprudenziale v. M. BORZAGA, *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*, *ADL*, 2007, 660.

Secondo la formula normativa adoperata, una volta superati i 36 mesi, «il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato». La decorrenza del contratto stabile si determina al superamento del periodo indicato, come prescritto dal 2° comma, art. 5, d.lg. n. 368/2001, e quindi con efficacia *ex nunc*, restando del tutto impregiudicati i contratti precedentemente stipulati e gli effetti che ne sono derivati.

A questo proposito non può essere condivisa l'opinione secondo cui il rapporto si considererebbe a tempo indeterminato, non già al momento del superamento del 36° mese, bensì soltanto se esso continua oltre il 20° giorno, se supera cioè 36 mesi e 20 giorni²⁵. Ed infatti il rinvio al 2° comma dell'art. 5, d.lg. n. 368/2001, è riferibile al meccanismo sanzionatorio ivi adottato («si considera a tempo indeterminato») non già al procedimento di prosecuzione del rapporto di lavoro dopo la scadenza del termine, che non ha alcun motivo di essere richiamato nella fattispecie in esame (come del resto si desume dall'ultimo comma dell'art. 4-*bis*, introdotto dall'art. 40, legge cit.).

Più problematico è invece definire sul piano concettuale l'effetto sanzionatorio connesso alla formula «si considera». Com'è noto, la formula risale all'art. 12, 1° comma, l. n. 196/1997 (ma v. già art. 2097 c.c.), che, dopo avere introdotto un periodo di moratoria per la prosecuzione del rapporto di lavoro dopo la scadenza prefissata (20 giorni in caso di durata inferiore a sei mesi ovvero 30 giorni negli altri casi), ha stabilito che al superamento della stessa «il contratto si considera a tempo indeterminato dalla scadenza dei predetti termini». Senza volersi invischiare in una questione dogmatica di notevole spessore, può qui appena rilevarsi che il legislatore ha prescritto un effetto legale tipico connesso al superamento del termine indicato sul presupposto che riprende pienamente vigore il principio o la «regola» sul carattere normalmente indeterminato del rapporto: se non ricorrono i requisiti di specialità del contratto prevale quello di carattere generale. Il che rende imprecisa l'espressione frequentemente utilizzata secondo cui i contratti a termine verrebbero «convertiti» o trasformati in un unico contratto a tempo indeterminato.

Del tutto discutibile è, invece, leggere l'espressione che sanziona la violazione della disciplina legale (con la disposizione secondo cui il contratto si considera a tempo indeterminato) alla stregua di una *clausola legale inderogabile* che sostituisce automaticamente la prefigurazione di un termine illegittimo in tutti i casi in cui non ricorrono le condizioni di legittimità dello stesso, in conformità al meccanismo di integrazione legale delle clausole negoziali previsto dall'art. 1419, 2° comma, c.c., per l'ipotesi della nullità parziale²⁶. Nella fattispecie in esame non è in discussione la nullità di una singola clausola che può essere automaticamente

²⁵ In questi termini v. G. PROIA, *op. cit.*

²⁶ In tal senso viene solitamente richiamata sent. C. cost. n. 210/1992 a proposito del contratto di lavoro a tempo parziale, su cui v. pure C. cost. n. 283/2005.

sostituita o eliminata da una clausola legale imperativa, ma è in discussione l'intero modello negoziale adottato che viene sostituito da un modello o tipo negoziale dominante. Sicché nell'interpretazione della formula richiamata conviene seguire una impostazione pragmatica, che si limita a prendere atto della prescrizione legislativa senza trarne indebite generalizzazioni, le quali rischiano di proporre, accanto alla indisponibilità del tipo legale correlato all'espletamento di lavoro subordinato, un'omologa indisponibilità delle modalità temporali di svolgimento della prestazione, irrigidendo così ulteriormente il quadro normativo rispetto alle possibili evoluzioni future.

Peraltro la prefigurazione di un limite temporale alla successione di una pluralità di contratti a termine preclude la possibilità di ricorrere all'ipotesi del *contratto in frode alla legge* (art. 1344 c.c.) nel caso di successione di una pluralità di contratti a termine più o meno regolari sul piano formale e della causale giustificatrice. Ciò perché l'effetto legale connesso alla reiterazione di contratti entro un certo arco temporale è ormai rigidamente prefissato, in termini solo parzialmente derogabili nelle forme tipiche già richiamate. Ciò non toglie che l'intento frodatorio può riproporsi nell'articolazione dei vari contratti a termine al fine di evitare la formazione di un contratto a tempo indeterminato.

6. La procedura per stipulare un ulteriore contratto a termine

Condizione di validità di un ulteriore contratto a termine è che «la stipula avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio con l'assistenza di un rappresentante di una delle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale cui il lavoratore sia iscritto o conferisca mandato» (comma 4-*bis*, art. 5, d.lg. n. 368/2001 inserito dall'art. 1, 40° comma, lett. b, l. n. 247/2007).

La procedura evoca evidentemente quella prevista dagli artt. 410 e 411 c.p.c., ed ancor più quella di recente introdotta in materia di certificazione (artt. 75 ss., d.lg. n. 276/2003 ma v. pure art. 82, d.lg. cit.), alle quali si può rinviare per la soluzione di una serie di problemi operativi. Anche se nel caso di specie l'accordo assistito ha un'efficacia maggiore di quella consentita in materia di certificazione, essendo suscettibile di comportare una rinuncia inoppugnabile a diritti che potenzialmente sono entrati nella sfera giuridica del lavoratore e, al contempo, un effetto regolativo del rapporto futuro in termini derogatori rispetto alla disciplina generale, consentendo così che venga superato il termine di 36 mesi di ammissibilità di una pluralità di contratti a termine²⁷. Ovviamente per nulla secondario è il limite temporale che i contratti collettivi andranno a prevedere per

²⁷ Sulla derogabilità assistita v. ora per tutti R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, ed ivi ampia bibliografia.

la sottoscrizione di un ulteriore contratto, che dovrebbe connotarsi come limite massimo entro il quale le parti possono convenire la durata del rapporto. A questo riguardo il legislatore fa riferimento ad «avvisi comuni» anziché ai normali accordi e contratti collettivi, volendo evidentemente evocare una procedura di integrazione dei contenuti legali secondo un modello di matrice comunitaria. Non è facile stabilire la differenza concettuale tra avvisi comuni e accordi o contratti collettivi, anche se la prima espressione sembra alludere a una convergenza di intenti tra le parti sociali che acquista automaticamente valore vincolante nell'ordinamento generale.

Il lavoratore deve essere assistito da un rappresentante di un'organizzazione sindacale comparativamente più rappresentativa sul piano nazionale, in tal modo richiedendosi una presenza qualificata, a differenza di quanto stabilisce l'accordo di luglio 2007, che si limita a richiedere la presenza di un rappresentante della organizzazione sindacale cui il lavoratore aderisca o conferisca mandato. In coerenza alla formula adoperata, dovrebbe trattarsi di un rappresentante sindacale di una struttura territoriale non sembrando sufficiente l'assistenza di un rappresentante sindacale aziendale²⁸. Si può convenire sul rilievo²⁹ che la procedura amministrativo-sindacale consente lo sfioramento del limite temporale di 36 mesi ma non garantisce la legittimità del contratto di lavoro e della relativa motivazione, a meno che la stessa non si intersechi con una procedura di certificazione, nei limiti in cui risulti praticabile con riferimento ai contratti a termine ed agli effetti che ne derivano (v. in proposito art. 82, l. n. 276/2003).

L'irregolarità della procedura ovvero il superamento del termine stabilito nell'accordo di rinnovo determinano l'effetto sanzionatorio più volte richiamato; piuttosto merita di essere evidenziato che la predetta sanzione viene correlata alla trasgressione di una clausola contrattuale di carattere obbligatorio che tutt'al più avrebbe potuto comportare un effetto di carattere risarcitorio. Ma la legislazione degli ultimi tempi ci ha abituati a queste ibride commistioni di norme legali e contrattuali.

7. Il diritto di precedenza

Altro aspetto qualificante della riforma è rappresentato dalla reintroduzione del *diritto di precedenza* (commi 4-*quater*, 4-*quinquies*, 4-*sexies*, art. 5, d.lg., n. 368/2001, introdotti dall'art. 1, 40° comma, lett. *b*, l. n. 247/2007), già disciplinato

²⁸ Contrario all'adozione di un criterio selettivo della rappresentatività sindacale si dichiara G. PROIA, *op. cit.*, che ipotizza persino una violazione del principio di libertà sindacale trascurando però una legislazione ormai consolidata.

²⁹ Così C. ALESSI, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, n. 68/2008.

dall'art. 8-*bis*, d.lg. 29 gennaio 1983, n. 17, conv. in l. 25 marzo 1983, n. 79, e dal 2° comma, art. 23, l. 28 febbraio 1987, n. 56³⁰. In termini ben più attenuati lo stesso diritto di precedenza era astrattamente prefigurato dal 9° comma, art. 10, d.lg. n. 368/2001, che, nell'abrogare la precedente disciplina, aveva delegato i contratti collettivi a regolamentare un diritto di precedenza nell'assunzione presso la stessa azienda e con la medesima qualifica «esclusivamente a favore dei lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa con contratto a tempo determinato per le ipotesi già previste dall'art. 23, 2° comma, l. 28 febbraio 1987, n. 56», e cioè con riferimento ai lavoratori che abbiano prestato attività lavorativa a carattere stagionale, ovvero per punte stagionali.

Anche a questo riguardo non sono affatto trascurabili le differenze tra il contenuto dell'accordo del luglio 2007 e la disciplina legale della l. n. 247/2007. L'accordo prevede un diritto di precedenza nelle *assunzioni a tempo indeterminato* a favore dei dipendenti che abbiano prestato attività lavorativa a tempo determinato per un periodo superiore a 6 mesi con riferimento alle mansioni già espletate nell'esecuzione dei rapporti a termine. Principio peraltro esteso fuggacemente alle *assunzioni a tempo determinato* per le attività a carattere stagionale. La legge differenzia più nettamente le due ipotesi.

Il comma 4-*quater* ribadisce sostanzialmente il contenuto del precedente accordo relativamente alle *assunzioni a tempo indeterminato* effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi con riferimento alle mansioni già espletate nell'esecuzione dei rapporti di lavoro a termine (v. già art. 15, l. 25 aprile 1949, n. 264, cui rinvia l'art. 8, 1° comma, l. n. 223/1991). Per l'operatività della tutela occorre che il lavoratore abbia prestato attività lavorativa per un periodo superiore a 6 mesi ed occorre altresì che l'azienda provveda ad effettuare assunzioni a tempo indeterminato entro i successivi 12 mesi dalla scadenza dell'ultimo contratto a termine. Sicché può porsi l'interrogativo se il diritto possa sorgere anche nel corso dell'espletamento del contratto a termine, ove il datore di lavoro provveda ad assunzioni a tempo indeterminato. Interrogativo a cui dovrebbe darsi risposta positiva una volta che siano comunque superati i 6 mesi.

Il diritto di precedenza compete con riferimento alle *mansioni già espletate* in esecuzione dei rapporti a termine. Merita di essere evidenziato che la norma fa riferimento genericamente alla pluralità di mansioni già espletate nei precedenti rapporti a termine, consentendo così un'interpretazione che favorisce l'esercizio del diritto di precedenza, giacché questo matura anche nelle ipotesi in cui le mansioni non siano state sempre uniformi nei vari contratti che si siano succeduti nel tempo³¹.

³⁰ Per una puntuale ricostruzione del diritto di precedenza v. S.P. EMILIANI, *op. cit.*, 101.

³¹ Sotto questo profilo sembra che il legislatore abbia adottato il criterio valutativo seguito da alcune pronunzie della Suprema Corte, le quali, con riferimento al diritto di precedenza alla riassunzione previsto dall'art. 15, l. 29-4-1949, n. 264 e successive modifiche, hanno ritenuto che il datore di

Sotto questo profilo non è pertanto condivisibile l'opinione di recente espressa³² secondo cui il riferimento alle mansioni già espletate avrebbe una portata restrittiva rispetto al riferimento alla qualifica professionale contenuta nella precedente legislazione. Tutt'altro, giacché il richiamo alle mansioni già espletate nei precedenti contratti tiene conto della possibilità che il lavoratore venga adibito a mansioni diverse nei vari contratti a termine che si siano succeduti, non necessariamente rientranti nell'ambito di un'unica qualifica.

8. Il diritto di precedenza nelle attività stagionali

Analogo diritto di precedenza è autonomamente prescritto nel comma 4-*quinquies* con riferimento alle *attività stagionali*, e compete nel caso di nuove assunzioni a termine da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali. Ci si è chiesto³³ se il riferimento alle attività stagionali sia implicitamente comprensivo anche dell'ipotesi delle «punte stagionali». La soluzione positiva prescelta in recenti analisi³⁴ non sembra affatto convincente, giacché il riferimento testuale alle attività stagionali è assolutamente vincolante per il valore ormai pregnante assunto da tale qualificazione nella precedente legislazione segnatamente se «definite dal d.p.r. 7 ottobre 1963, n. 1525, e successive modifiche e integrazioni», nell'ambito della quale il *lavoro stagionale* emerge con una sua tipicità nella più vasta categoria dei contratti a termine per la sua reiterazione ciclica legata a fattori temporali e climatici. D'altro canto, mentre le attività stagionali costituiscono un fattore strutturale di alcuni settori produttivi e determinano la reiterazione dei contratti a termine con gli stessi lavoratori, viceversa le punte stagionali costituiscono un dato convenzionale in gran parte variabile nei diversi contesti produttivi: fenomeno preso in considerazione dalla passata legislazione per rispondere alle esigenze di flessibilità aziendale, ma non più necessario nel momento in cui è stata introdotta una causale giustificatrice dei contratti a termine di carattere generale entro la cui nozione le punte stagionali sono naturalmente comprese. Tutto ciò se *da una parte* rende comprensibile l'abrogazione della lett. c), 7° comma, art. 10, d.lg. n. 368/2001, con riferimento all'esenzione da limiti quantitativi dei contratti a termine adottati «per l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno»,

lavoro possa sottrarsi alla responsabilità per inadempimento ed al conseguente obbligo risarcitorio «solo ove fornisca la prova dell'assoluta inevitabilità della scelta, sotto il profilo delle professionalità assolutamente peculiari da acquisire all'azienda, ovvero della impossibilità di procedere alla stipulazione di contratti dei quali potessero essere parte gli ex dipendenti» (Cass., 5-10-2002, n. 14293).

³² S.P. EMILIANI, in *La nuova disciplina del welfare*, cit., 107 ss.

³³ S.P. EMILIANI, *op. cit.*

³⁴ S.P. EMILIANI, *op. cit.*

dall'altra rende altrettanto comprensibile il mancato riferimento al diritto di precedenza nelle assunzioni effettuate per punte stagionali.

Ciò premesso, si può convenire sul rilievo che la soluzione adottata possa configurare un arretramento delle tutele nei confronti dei lavoratori impegnati nelle punte stagionali rispetto a quanto sancito dal 9° comma dell'art. 10 (su ciò v. *infra* § 9) che, anche con riferimento a tali attività, affidava ai contratti collettivi la individuazione di un diritto di precedenza e delle sue modalità esplicative (del resto già l'art. 10 cit. poteva rappresentare un arretramento rispetto alla disciplina di cui all'art. 8 *bis*, d.l. n. 17/1983, e art. 23, 2° comma, l. n. 56/1987). Tuttavia si può ritenere che tale privazione sia complessivamente compensata *sia* dalla introduzione di un diritto di precedenza nell'assunzione a tempo indeterminato *sia* dall'introduzione di un limite temporale complessivo alla reiterazione dei contratti a termine, applicabile anche alle punte stagionali³⁵.

Neppure è convincente ritenere³⁶ che la prefigurazione di un diritto di precedenza riservato ai lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionale determini una loro esclusione dal diritto di precedenza regolato dall'art. 4-*quater* nelle *assunzioni a tempo indeterminato* effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi. Le due ipotesi non si escludono affatto e sono tra loro in qualche modo complementari: il lavoratore impiegato in attività stagionali avrà un diritto di precedenza nel momento in cui il datore di lavoro dovesse effettuare assunzioni a tempo indeterminato, rendendo semmai permanenti alcune attività in passato concentrate in alcuni periodi dell'anno, ed ha altresì un diritto di precedenza nelle assunzioni a termine effettuate dallo stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali. Allo stesso risultato perviene del resto la dottrina richiamata, sia pure all'esito di un ragionamento inutilmente contorto che non trova giustificazione nel dato normativo.

Con riferimento alle attività lavorative espletate, la formula contenuta nell'art. 4-*quinqüies* è ancora più ampia giacché non si fa riferimento alle mansioni espletate dal lavoratore, bensì genericamente all'*attività stagionale*, che dovrebbe consentire al lavoratore di rivendicare il diritto di precedenza anche nel caso in cui le mansioni non siano del tutto corrispondenti a quelle precedenti. Il legislatore cioè sembra abbia voluto concentrare l'attenzione sull'attività stagionale nel suo complesso e garantire così un diritto di precedenza in tutti i casi in cui il

³⁵ Il che dovrebbero indurre ad escludere la violazione della clausola di non regresso non invocabile nella fattispecie per l'autonomia e complessità dell'intervento legislativo. Peraltro deve ribadirsi che le punte stagionali non costituiscono una entità ontologicamente esistente e neppure un dato naturalistico, come in qualche modo quello stagionale, ma riflettono una scelta convenzionale adottata in alcuni periodi ma ormai assorbita in una più vasta categoria.

³⁶ In tal senso v. S.P. EMILIANI, *op. cit.*

lavoratore, impiegato nei precedenti contratti a termine, abbia una professionalità suscettibile di essere proficuamente utilizzata nella successiva attività stagionale³⁷.

9. La sentenza della Corte Costituzionale n. 44 del 4 marzo 2008

Sulla ricostruzione prospettata è piombata da ultimo la sentenza della Corte Costituzionale n. 44 del 4 marzo 2008, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, 9° e 10° comma, nonché dell'art. 11, 1° e 2° comma, d.lg. n. 368/2001, nella parte in cui abroga l'art. 23, 2° comma, l. n. 56/1987, nonché in quella in cui detta la disciplina transitoria in riferimento all'art. 23, 2° comma cit. La sentenza della Corte, da tempo attesa, interviene con riferimento a una normativa abrogata e quando ormai la disciplina sostanziale in materia di diritto di precedenza nelle attività stagionali è stata ripristinata e tuttavia può esercitare una qualche incidenza sulle situazioni giuridiche pendenti e sul contenzioso in corso di svolgimento.

Sul piano della motivazione adottata, la Corte rileva una carenza di delega nella abrogazione della normativa esaminata con palese violazione dell'art. 77, 1° comma, Cost., mentre non viene direttamente affrontata la questione della possibile violazione della clausola di non regresso, pure ipotizzata nell'ordinanza di remissione dinanzi alla Corte, anche se di essa si fa comunque implicita applicazione. Ed invero la Corte sembra dire che il legislatore avrebbe approfittato della delega e della conseguente necessità di dare attuazione alla direttiva comunitaria in materia di contratto a termine per abrogare una disposizione normativa che attribuiva il diritto di precedenza, nonostante che quest'ultimo fosse estraneo al perimetro della direttiva. Insomma la Corte ha prescelto la strada più comoda e più lineare anziché impelagarsi in una difficile ricostruzione della clausola di non regresso e delle sue possibili letture alternative, anche se l'effetto conclusivo è alquanto convergente.

Peraltro la questione di costituzionalità riguarda le attività stagionali in senso stretto, senonché il ripristino del 2° comma dell'art. 23, legge cit., fa temporaneamente rivivere anche il diritto di precedenza nelle attività prestate nell'ambito delle c.d. *punte stagionali* che da quella norma erano disciplinate, rimettendo così in discussione l'assetto introdotto dalla normativa di riforma (come innanzi ricostruito). Di guisa che i lavoratori impegnati nelle predette

³⁷ A questo riguardo secondo S.P. EMILIANI, *op. cit.*, 119, «l'interpretazione sistematica dei commi 4-*quater* e 4-*quinquies* potrebbe indurre a ritenere che il diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a termine, disciplinato dall'art. 4-*quinquies*, presupponga quella medesima identità di mansioni richiesta dall'art. 4-*quater* per l'attribuzione del diritto di precedenza nelle nuove assunzioni a tempo indeterminato»: interpretazione che sembra attendibile in quanto alquanto coerente con le precedenti disposizioni in materia, sempreché non si voglia accedere alla lettura prospettata nel testo orientata ad interpretare estensivamente l'espressione «per le medesime attività stagionali».

attività, nei limiti della disciplina transitoria, potrebbero avvantaggiarsi di un diritto di prelazione nelle successive assunzioni a termine, ai sensi del 2° comma dell'art. 23 e, una volta superato il limite di 36 mesi, il contratto si considera a tempo indeterminato.

In termini generali va tuttavia ribadito che le due garanzie - il diritto di precedenza nelle attività stagionali e il diritto alla trasformazione dei contratti reiterati - non sono tra loro compatibili, come conferma lo stesso legislatore, il quale ha consapevolmente escluso dal processo cumulativo le attività stagionali.

10. Modalità e termini nella manifestazione della disponibilità del lavoratore

In entrambe le ipotesi esaminate, è richiesto che il lavoratore manifesti la volontà di essere assunto entro un termine prefissato dalla cessazione del rapporto di lavoro: rispettivamente di 6 mesi, nel caso di assunzioni a tempo indeterminato, e di 3 mesi nel caso di attività stagionali. Si tratta di un termine di decadenza che impone al lavoratore di manifestare la propria disponibilità entro il termine indicato trascorso il quale deve considerarsi irreversibilmente decaduto. A questo riguardo può essere problematico stabilire se sia sufficiente che il lavoratore manifesti tale volontà nel termine indicato, ovvero se sia anche indispensabile che la manifestazione di volontà venga a conoscenza del datore di lavoro. Il rinvio automatico che in questi casi viene da effettuare all'art. 6 della l. n. 604 non può essere considerato del tutto pertinente, non solo perché la formula normativa adoperata è difforme, ma anche perché la *ratio* della disposizione normativa ha una diversa valenza. Né è sufficiente rilevare che il datore di lavoro può avere interesse a conoscere nel termine indicato la disponibilità del lavoratore al fine di effettuare una opportuna programmazione, giacché tale esigenza è già di per sé tutelata nella prefigurazione di un termine di decadenza e non subisce grande pregiudizio nel caso in cui la conoscenza della disponibilità pervenga al datore di lavoro dopo qualche tempo dalla scadenza indicata. Se infatti è da condividere che la comunicazione ha natura recettizia, e come tale debba pervenire al datore di lavoro interessato per la sua efficacia (art. 1334 c.c.), ciò nondimeno è discutibile che il rischio di eventuali ritardi nella trasmissione della comunicazione debba essere fatto gravare sul lavoratore. Sicché, in mancanza di un'esplicita indicazione normativa, si ritiene debba prevalere l'interpretazione a favore di quest'ultimo perché più conforme alla *ratio* sostanziale perseguita ed alla circostanza che il legislatore si limita a richiedere la manifestazione di volontà senza ulteriori specificazioni.

Dopo un anno dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro il diritto di precedenza viene ad estinguersi (comma 4-*sexies*), nel caso ricorrendo un termine di prescrizione estintiva breve che risponde esclusivamente ad un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici.

11. L'inosservanza del diritto di precedenza

Il *diritto di precedenza* dà luogo a notevoli problemi interpretativi e applicativi. Tra questi quello preminente attiene alla sua efficacia e giustiziabilità. Per affrontare adeguatamente tale questione occorre muovere dalla premessa che il diritto di precedenza nel nuovo sistema normativo assume una configurazione giuridica alquanto più nitida da quella che aveva contraddistinto l'istituto nei testi normativi in precedenza richiamati. Questi, infatti, ed in particolare l'art. 23 della l. n. 56/1987, nel contemplare il diritto di precedenza sembravano voler gravare del corrispondente obbligo prioritariamente gli organi di collocamento, come si poteva desumere dalla precisazione, contenuta nello stesso art. 23, secondo cui la sua obbligatorietà dovesse operare soltanto nel caso di richiesta numerica. E, benché il riferimento alla richiesta numerica sia scomparso in virtù dell'art. 9-bis, 1° comma, d.lg. n. 20/1993, n. 148, conv. in l. 19 luglio 1993, n. 236, una parte della giurisprudenza ha continuato a ritenere che il diritto di precedenza sancisse una mera priorità nell'avviamento al lavoro, «trattandosi di una norma di azione diretta soltanto a disciplinare la formazione della graduatoria per l'avviamento da parte dell'ufficio di collocamento»³⁸.

Peraltro la volontà di attenuare la vincolatività del predetto diritto risultava chiaramente dal 9° comma, art. 10, d.lg. n. 368, che, nell'abrogare la disciplina innanzi richiamata, affidava ai contratti collettivi la individuazione di un diritto di precedenza con tutti i limiti che potevano conseguire da una prescrizione derivante da una norma meramente contrattuale.

Nell'equilibrio della riforma il diritto di precedenza acquista una più precisa fisionomia quale diritto indirizzato essenzialmente nei confronti del datore di

³⁸ Così Cass. n. 4063/1987, n. 2663/1991, n. 2041/1991, n. 11918/1992. In termini v. in particolare Cass., 14-5-1993, n. 5521, secondo cui il datore di lavoro «ha solo l'obbligo di inoltrare la richiesta numerica all'ufficio di collocamento, e non è tenuto a segnalare a tale ufficio il diritto di precedenza (nell'assunzione) spettante, ai sensi dell'art. 8 bis del d.l. n. 17/83, e dell'art. 23, l. n. 56/1987, ad un suo *ex* dipendente a tempo determinato, essendo compito dello stesso ufficio (che è altresì l'unico destinatario della manifestazione della volontà del lavoratore avente diritto a tale precedenza) attuare esecutivamente il diritto di precedenza su indicato e tenere conto altresì dei criteri preferenziali stabiliti dall'art. 15 della legge 29-4-1949, n. 264». In senso contrario v. sent. Cass., 20-8-2004, n. 16363, secondo cui, con riferimento all'art. 15, l. n. 264/1949, richiamata dall'art. 8, 1° comma, l. n. 223/1991, «il datore di lavoro che assuma lavoratori diversi (in luogo di quelli licenziati), entro il suddetto termine annuale (riferito alla stipulazione di relativi contratti), può sottrarsi alla responsabilità per inadempimento, *ex* art. 1218 c.c., ed al conseguente obbligo di risarcimento del danno, solo ove fornisca la prova della assoluta inevitabilità della scelta, sotto il profilo delle professionalità assolutamente peculiari da acquisire all'azienda, ovvero della impossibilità di procedere alla stipulazione di contratti dei quali potrebbero essere parti gli *ex* dipendenti». V. pure sent. Cass., 8-2-2000, n. 1410, e sent. Cass., 5-10-2002, n. 14293.

lavoro, essendo stata peraltro, nel frattempo, del tutto liberalizzata la disciplina dell'avviamento al lavoro e la facoltà del datore di lavoro di assumere nominativamente.

Nel descritto assetto normativo, in linea di massima, non vi sono ostacoli di principio a ritenere ammissibile una sentenza costitutiva *ex art.* 2932 c.c. in caso di inottemperanza da parte del datore di lavoro, atteso che tutti gli elementi necessari per la determinazione del contenuto del contratto dovrebbero essere agevolmente ricostruibili dal precedente contratto di lavoro, integrato, per quanto di ragione, dalle specifiche prescrizioni legali. Tuttavia l'applicazione concreta di questa norma fa affiorare antiche perplessità, ove si consideri che il diritto in questione rimane comunque un diritto obbligatorio ad essere preferito nell'assunzione e non si traduce in un diritto al posto di lavoro³⁹, per non dire che l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto incontra le ben note obiezioni connesse alla incoercibilità degli obblighi di *facere*, ed in particolare dell'obbligo di costituire un contratto di lavoro, che presenta tuttora elementi di fiduciarità e di infungibilità. Per questo motivo, in presenza di analoga disciplina, la giurisprudenza ha ripiegato su soluzioni meno impegnative e si è limitata pragmaticamente a riconoscere, per il caso di trasgressione, un semplice risarcimento del danno, da definire secondo i canoni di diritto comune di cui agli artt. 1223 ss. c.c. È probabile che analogo orientamento prevalga anche alla luce della nuova disciplina.

In ordine alla *quantificazione del danno*, va anzitutto escluso che lo stesso possa essere parametrato su quello previsto per l'ipotesi del licenziamento illegittimo di cui all'art. 18, l. n. 300/1970, essendo questo fondato su normativa speciale non applicabile analogicamente a situazioni notevolmente difformi; e neppure può essere rapportato alle 15 mensilità contemplate nell'ipotesi della rinuncia al diritto alla reintegrazione. La soluzione più convincente, sulla scorta di una giurisprudenza che si è già più volte pronunciata al riguardo⁴⁰, rimane quella di parametrare il risarcimento alle retribuzioni perdute deducendo i trattamenti economici nel frattempo percepiti per altre attività lavorative ovvero quelli che il dipendente avrebbe potuto percepire secondo l'ordinaria diligenza. Ma anche un tale criterio può apparire eccessivo, in particolare nel caso del mancato rispetto del diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato, tanto più che il predetto criterio viene solitamente adottato in presenza di una situazione di *mora accipiendi* dell'imprenditore (artt. 1206 e 1207 c.c.), niente affatto rilevabile, per quanto già detto, nel caso di specie. Resta pertanto preferibile la soluzione di una valutazione equitativa del danno *ex art.* 1226 c.c., che andrà determinato in relazione alla peculiarità del diritto violato e ad una serie di elementi fattuali (quali l'anzianità, la reiterazione dei contratti, le dimensioni aziendali, ecc.), e quindi in termini più affini a quelli solitamente considerati in caso di perdita di *chance*

³⁹ In questi termini v. ampiamente Cass., 26-8-2003, n. 12505.

⁴⁰ V. diffusamente sent. Cass., 26-8-2003, n. 12505.

anziché a quelli connessi alla perdita dei posti di lavoro. Per coerenza è poi ovviamente da escludere che nella valutazione del danno si possa tenere conto anche della mancata contribuzione previdenziale e degli effetti che ne conseguono⁴¹.

Il diritto di precedenza può peraltro determinare difficili problemi *di concorrenza tra più lavoratori* aspiranti alla riassunzione, i quali si possono venire a trovare in una delicata situazione di competizione, specie nel caso di assunzioni a tempo indeterminato. È evidente che in questi casi sarebbe opportuno che la contrattazione collettiva definisse dei criteri più o meno imparziali per prevenire potenziali conflitti. Tra questi quello preminente dovrebbe essere rappresentato dalla maggiore anzianità di servizio nei periodici contratti a termine⁴², che può giustificare una priorità nell'aspettativa alla costituzione di un rapporto stabile. In mancanza di criteri contrattuali, il datore di lavoro rimane sostanzialmente arbitro nella scelta, che, in tal caso, può esercitare anche in ragione di valutazioni soggettive sulla maggiore affidabilità di alcuni lavoratori⁴³. Anche se l'esercizio del potere di scelta incontra comunque i limiti cosiddetti intrinseci all'esercizio della discrezionalità imprenditoriale che va esercitata in maniera ragionevole, secondo canoni collaudati di correttezza e buona fede, e nel rispetto degli obblighi generali di non discriminazione.

12. Il regime delle esenzioni

Il testo di legge interviene sul *regime delle esenzioni* modificando alcune disposizioni del d.lg. n. 368/2001. Già l'accordo del luglio 2007 stabilisce che la limitazione temporale dei 36 mesi non si applica ai rapporti di lavoro dei *dirigenti*, che continuano a rimanere esenti dalla disciplina sul contratto a termine, se non per quanto riguarda il principio di non discriminazione e la computabilità degli stessi nell'organico aziendale ove il contratto abbia una durata superiore a 9 mesi. Per essi pertanto continua ad operare la disposizione di cui all'art. 10, 4° comma, d.lg. n. 368/2001, che consente la stipulazione del contratto a tempo determinato con il limite di durata di 5 anni e con facoltà di recesso dopo un triennio.

Inoltre, l'accordo esclude espressamente i *contratti di somministrazione*, nei limiti in cui rimangono tuttora ammissibili, e cioè con riferimento a quelli a tempo determinato, che, ai sensi dell'art. 22, 2° comma, d.lg. n. 276/2003, sono assoggettati alla disciplina del contratto a termine «per quanto compatibile», con espressa esclusione quindi della normativa che introduce il limite dei 36 mesi (v. in proposito ora art. 1, 42° comma, l. n. 247/2007). Ciò vuol dire che è consentito

⁴¹ Su ciò v. sent. Cass., 26-8-2003, n. 12505.

⁴² Sulla obiettività di tale criterio v. già Cass., 28-6-1988, n. 4378.

⁴³ Così S.P. EMILIANI, *op. cit.*, 113.

ricorrere alla *somministrazione di manodopera a tempo determinato* senza limiti quantitativi né vincoli temporali, il che accresce sensibilmente l'*appeal* di una tale tipologia contrattuale nel momento in cui sono introdotte consistenti limitazioni ai contratti a termine.

In linea di massima non dovrebbero essere computabili ai fini della costituzione di un contratto a tempo indeterminato, i periodi di attività lavorativa prestata in attuazione dei contratti di formazione e di apprendistato, *sia* per la funzione che assolvono, *sia* per la esclusione esplicitamente contemplata dall'art. 10, d.lg. n. 368/2001. Per omogeneità di materia e di funzione, dovrebbe essere esclusa altresì l'attività lavorativa effettuata in attuazione dei contratti di inserimento, benché disciplinati successivamente al d.lg. del 2001 e per tale motivo non considerati.

Come già segnalato *sia* l'accordo del 2007, *sia* il testo della l. n. 247/2007, escludono espressamente dal limite temporale indicato le *attività stagionali*, così come elencate nel d.p.r. 7 ottobre 1963, n. 1525, più volte modificato ed integrato con specifico riferimento alle attività del settore turistico ed alberghiero. Contestualmente la norma delega le OO.SS. ad individuare ulteriore attività da escludere attraverso avvisi comuni e contratti collettivi nazionali (comma 4-ter, art. 5, d.lg. n. 368/2001, introdotto dall'art. 1, 40° comma, lett. b, l. n. 247/2007), consentendo così al sindacato di recuperare una importante funzione dopo le norme che ne avevano contratto l'agibilità.

Il testo normativo, specificando sul punto il contenuto alquanto approssimativo dell'accordo, riordina infine le ipotesi in cui non sono prescritti dei *limiti quantitativi* nel ricorso ai contratti a tempo determinato (art. 1, 41° comma, l. n. 247/2007, che modifica l'art. 10, d.lg. n. 368/2001). In questa prospettiva: 1) viene eliminata la lett. c), 7° comma, che riguarda l'intensificazione dell'attività lavorativa in determinati periodi dell'anno; 2) viene ribadita l'esclusione da limiti quantitativi dei contratti stipulati per specifici spettacoli ovvero specifici programmi radiofonici o televisivi; 3) viene eliminato il 7° comma, art. 10, lett. d), 2° cpv., che faceva riferimento ai contratti a tempo determinato stipulati al termine di un periodo di tirocinio o di *stage*; 4) viene ancora abrogata la previsione di cui all'8° comma, art. 10, che esentava da limiti quantitativi i contratti a termine di durata non superiore a sette mesi, compresa l'eventuale proroga; e, infine 5) viene introdotta una lett. d) al 7° comma, art. 10, con riferimento ai lavoratori di età superiore ai 55 anni. Norma quest'ultima che – vale la pena sottolinearlo – è strettamente compatibile con la direttiva comunitaria 2000/78/CE che vieta discriminazioni per ragioni di età, giacché non introduce una maggiore elasticità nell'assunzione a termine dei lavoratori che abbiano superato una determinata età (decisamente censurata nella famosa sentenza *Mangold*), ma si limita semplicemente ad escluderli dalle percentuali quantitative prescritte dai contratti collettivi.

13. Disposizioni transitorie

Nella consapevolezza del carattere fortemente innovativo delle modifiche introdotte in materia di contratto a termine, il legislatore interviene analiticamente sulla regolamentazione del regime transitorio (art. 1, 43° comma, l. n. 247/2007). A tal fine si stabilisce innanzitutto la salvaguardia dei contratti a termine in corso alla data di entrata in vigore della legge, i quali continuano fino alla scadenza naturale anche nel caso in cui abbiano già superato o stiano per superare il limite temporale dei 36 mesi (art. 1, 43° comma, lett. *a*). Si intende tuttavia che anche ai predetti contratti devono applicarsi le nuove disposizioni in materia di diritto di precedenza come innanzi descritte.

Inoltre il legislatore prevede una ulteriore moratoria stabilendo che i periodi di lavoro già effettuati alla data di entrata in vigore della legge, così come i periodi successivamente maturati di attività lavorativa, iniziano a computarsi soltanto una volta che siano trascorsi 15 mesi dalla data di entrata in vigore della legge (art. 1, 43° comma, lett. *b*). Il che vuol dire che l'operatività del meccanismo cumulativo-sanzionatorio introdotto inizia concretamente ad operare soltanto dalla data del 1° aprile 2009, dopo la quale tutti i periodi lavorativi precedentemente espletati vengono improvvisamente presi in considerazione ai fini del raggiungimento del limite temporale dei 36 mesi. Com'è facile intendere, la netta differenza regolamentare tra i rapporti espletati prima della data indicata e quelli in corso di svolgimento dopo la stessa data determina una diversità di regime giuridico troppo drastica (fa pensare allo «scalone» dei contratti a termine), tale da potere essere considerata irrazionale, e quindi suscettibile di essere assoggettata ad una verifica di legittimità costituzionale.

Peraltro, sulla lett. *b*), art. 43, legge cit., si sono sbizzarrite le interpretazioni più sofisticate, come ad esempio quella di ritenere che i periodi di lavoro compresi tra il 1° gennaio 2008 ed il 31 marzo 2009 non si debbano affatto conteggiare ai fini del raggiungimento dei 36 mesi, mentre devono conteggiarsi i periodi precedenti e quelli successivi alla data da ultimo indicata, ovvero quella di sostenere che il periodo di moratoria si applicherebbe solo ai contratti in corso e non a quelli comunque stipulati nel medesimo arco temporale⁴⁴. Sennonché ci sembrano tesi smentite dal dato testuale.

Più complessa è invece la questione di stabilire se il legislatore, quando si è riferito ai fini della computabilità al «periodo di lavoro già effettuato alla data di entrata in

⁴⁴ Così M. TATARELLI, *op. cit.*, 116, e negli stessi termini sembra orientata C. ALESSI, *op. cit.*, 9. Secondo una circolare della Confindustria n. 19005/2008, sommariamente argomentata, il limite dei 36 mesi si applicherebbe immediatamente nel caso di un lavoratore riassunto a termine dopo la scadenza di un contratto in corso al 1° gennaio 2008 a nulla valendo la moratoria di cui alla lett. *b*) che verrebbe quindi ad operare per i soli contratti non in corso di svolgimento alla data indicata. La tesi, non giustificata dal dato testuale, determinerebbe una evidente ingiustizia in alcun modo tollerabile.

vigore della presente legge», abbia inteso riferirsi al solo contratto a termine «in corso al momento di entrata in vigore della legge», e cioè al 1° gennaio 2008, come si è sostenuto⁴⁵ argomentando sulla base del principio di irretroattività della legge, ovvero anche ai contratti precedenti alla data indicata che andrebbero comunque considerati una volta superato il periodo interlocutorio.

La prima tesi collega intimamente la lett. *a)* dell'art. 43 alla successiva lett. *b)*: con la prima disposizione si salverebbero i contratti in corso e con la seconda si definirebbero i limiti di computabilità di quei contratti. Ma se così fosse, in termini generali, in mancanza di una prescrizione specifica di carattere transitorio (al di fuori di quella inerente i contratti in corso), opererebbe automaticamente il principio di base sancito nell'art. 40 secondo cui «qualora per effetto di successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti il rapporto di lavoro tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore abbia complessivamente superato i 36 mesi (...) il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato».

Nella seconda tesi la lett. *b)* andrebbe ad assolvere una funzione autonoma rispetto alla lett. *a)* e cioè di regolamentazione dell'intero periodo pregresso. Questa seconda soluzione sembra preferibile, *sia* perchè ad accedere alla prima tesi la riforma rimarrebbe priva di una regolamentazione di carattere generale in ordine al periodo transitorio, al di fuori di quella prevista per i contratti in corso, *sia* perchè appare più coerente con la finalità che emerge più volte nella legge in esame di contrastare il fenomeno del precariato quando si sia protratto per un certo lasso di tempo ancorché pregresso. Né questa seconda tesi trova ostacolo nel principio di irretroattività delle leggi per varie ragioni: anzitutto, perché tale principio non è costituzionalizzato se non in materia penale ed è quindi derogabile dalla legislazione ordinaria; in secondo luogo, per il motivo che viene espressamente previsto un periodo di moratoria, che non avrebbe altrimenti valida giustificazione se non nella prospettiva di evitare il cumulo automatico dei rapporti precedenti alla riforma; infine, perché la norma imperativa viene ad incidere su situazioni attuali al momento del verificarsi delle condizioni per il cumulo e non già su situazioni pregresse, di cui si tiene conto soltanto a fini fattuali per la definizione dei rapporti da cumulare nell'arco temporale indicato.

14. Considerazioni conclusive

A volere trarre alcune considerazioni di sintesi dall'analisi esegetica, sembra opportuno anzitutto ribadire che la modifica normativa si colloca nel cono d'ombra della direttiva comunitaria e ne integra l'attuazione in un profilo essenziale sostanzialmente tralasciato, o malamente affrontato, dal d.lg. del 2001. In questa

⁴⁵ C. ALESSI, *op. cit.*, 10.

ottica la norma risponde a apprezzabili ragioni di protezione contro gli abusi assai frequenti nel ricorso al contratto a termine, ricorrendo ad una soluzione drastica, anche se non immune da riflessi negativi, giacché rischia di colpire indiscriminatamente sinanche situazioni in cui la reiterazione dei contratti a termine può rispondere ad effettive esigenze aziendali ed in parte degli stessi lavoratori. La procedura di deroga può consentire di affrontare queste situazioni nei limiti già segnalati e con le incongruenze dovute ad alcune imprecisioni tecniche innanzi diffusamente evidenziate.

Sotto il profilo delle tecniche di tutela, la normativa di riforma ripristina il modello tradizionale o «storico» di protezione per norma inderogabile in sostituzione di altre tecniche protettive più duttili, quali le procedure amministrative di autorizzazione ovvero il controllo sindacale, che erano state innovativamente sperimentate proprio con riferimento ai contratti a termine. Nell'impostazione prescelta diventa predominante l'esigenza di tutela delle condizioni di lavoro, mentre entrano in sordina altri obiettivi emersi nella disciplina del contratto a termine, quali quelli di consentire una maggiore elasticità della gestione aziendale in funzione dei processi di competizione internazionale e quella di assecondare una espansione della occupazione. Peraltro nell'assetto descritto la tutela del lavoratore si realizza integralmente nella logica del rapporto binario lavoratore-datore di lavoro mentre un peso del tutto marginale assumono gli interventi sul terreno della sicurezza sociale, e ciò in parziale dissonanza con i processi di *flexicurity* che sembravano volessero ispirare gli interventi normativi della passata legislatura sui lavori atipici⁴⁶.

Sul piano degli effetti prodotti, se si può convenire che è stato inferto un duro colpo alla flessibilità in entrata, è difficile stabilire i limiti di tollerabilità di questa disciplina rispetto alle complesse dinamiche del sistema economico, tanto più ove si consideri il peso determinante che assume il contratto a termine nell'assecondare i flussi produttivi e la variabilità dei mercati⁴⁷. Purtroppo l'esperienza insegna che oltre un certo limite il sistema economico reagisce alle rigidità del sistema normativo ricorrendo a rimedi alternativi, ove disponibili, ed in qualche caso rifugiandosi nella illegalità del lavoro nero o sommerso. Ma anche a non volere pensare a tali ipotesi patologiche, è unanime la convinzione che la nuova disciplina rappresenterà un freno alla reiterazione dei contratti a termine e determinerà una

⁴⁶ Diffusamente su tale profilo v. per tutti P. SARACINI, *Flexicurity il lavoro a termine. Problematiche attuali e prospettive*, in L. ZOPPOLI e M. DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele*, 2008, 53 ss.

⁴⁷ Per una visione economicistica dei costi dei contratti a termine rispetto a quelli stabili v. le ampie analisi di L. ZAPPALÀ, *Tra diritto ed economia: obiettivi e tecniche della regolazione sociale dei contratti a termine*, RGL, 2007, 171; nonché S. BRIGUGLIO, *Contenuto assicurativo del rapporto di lavoro: linee per una riforma (alternativa) del contratto a termine*, RIDL, 2008, III, che esamina attentamente le proposte di Boeri, Garibaldi ed Ichino di prefigurare un percorso unitario del contratto di lavoro articolato in fasi distinte.

maggior rotazione dei lavoratori con un effetto redistributivo sul mercato del lavoro al momento difficile da valutare.

Sotto un profilo strettamente contenzioso, la prefigurazione di un limite invalicabile alla reiterazione dei contratti a termine potrebbe indurre la giurisprudenza ad un atteggiamento interpretativo più indulgente nella valutazione delle cause di giustificazione dei contratti a termine, e segnatamente del primo contratto, come si è di recente auspicato⁴⁸, ma non è affatto certo che questo avvenga se occorre prestare attenzione all'entusiasmo con il quale è stata accolta l'enunciazione di principio secondo la quale il contratto è «di regola» a tempo indeterminato (ed alle implicazioni sistematiche che se ne vorrebbero trarre). Del resto la demonizzazione del contratto a termine è talmente radicata in un settore della cultura giuslavoristica e giurisprudenziale che sembra un ostacolo difficile da rimuovere.

Sta di fatto che la disciplina introdotta è suscettibile di spostare l'attenzione investigativa dalla motivazione dei contratti a termine alla valutazione del limite temporale introdotto, con tutti i problemi che vi sono collegati, tra cui in primo luogo quello sulla sussistenza del requisito della equivalenza delle mansioni di volta in volta espletate nei periodici contratti.

In linea puramente astratta, si può anche ritenere che la determinazione di un limite generale alla reiterazione di contratti a termine tra le stesse parti negoziali consenta di superare il dibattito, in gran parte ozioso, sulla necessaria temporaneità delle cause giustificatrici, giacché nel momento in cui il limite temporale viene imposto dall'esterno diventa meno importante scervellarsi sull'interrogativo se la temporaneità debba pure essere implicita nelle motivazioni adottate. Anche in questo caso, tuttavia, l'esito del dibattito rimane affidato alla eterogeneità e volubilità della giurisprudenza, ed in particolare di quella di legittimità, la quale, specie in materia di contratto a termine, non ha sempre seguito percorsi del tutto lineari manifestando sovente un atteggiamento rigidamente fiscale nei confronti dei contratti a termine stipulati da modesti operatori economici e dimostrando invece una notevole accondiscendenza nei confronti delle massicce operazioni di utilizzazione dei contratti a termine da parte di importanti gruppi imprenditoriali.

⁴⁸ Così G. PROIA, *op. cit.*