



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PARMA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Corso di laurea in Scienze Giuridiche

Anno Accademico 2004-2005

**IL CONTRATTO DI LAVORO A
TEMPO DETERMINATO**

Relatore:

Chiar.mo prof. Enrico Gragnoli

Tesi di Laurea di
DIEGO PELLICCIONE

numero di matricola

144633

INDICE GENERALE

INTRODUZIONE

Capitolo I

IL CONTRATTO DI LAVORO A TERMINE IN ITALIA: DALLE PRIME FORME ALLA NUOVA DISCIPLINA

- 1.1 La prima forma di contratto a termine: l'art. 2097 del Codice Civile
- 1.2 L'introduzione del principio di eccezionalità: la legge n. 230 del 1962
- 1.3 L'attenuazione della rigidità del sistema: il lavoro a termine in occasione delle punte stagionali di attività
- 1.4 Un sistema sempre meno rigido: le ipotesi di lavoro a termine introdotte dalla contrattazione collettiva
- 1.5 Il contratto a termine per favorire la rioccupazione dei lavoratori in mobilità
- 1.6 La legge 24 giugno 1997, n. 196: altre innovazioni
- 1.7 Il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368: il superamento del criterio di eccezionalità

Capitolo II

LA DIRETTIVA 1999/70/CE

- 2.1 L'accordo quadro del 18 marzo 1999 concluso da CES, UNICE e CEEP
- 2.2 I contenuti dell'accordo (e della direttiva): analisi della clausole
- 2.3 La conformazione della normativa italiana ai dettati comunitari: dubbi sulla necessità o meno del decreto n. 368/2001
- 2.4 La clausola di "non regresso": possibili profili di incostituzionalità del decreto di riforma

Capitolo III
GLI ASPETTI PRINCIPALI DEL DECRETO LEGISLATIVO 6
SETTEMBRE 2001, N. 368

- 3.1 La lecita apposizione del termine
- 3.2 L'onere della prova e la sanzione per la mancata giustificazione
- 3.3 La forma
- 3.4 La disciplina della proroga
- 3.5 La prosecuzione del rapporto oltre la scadenza del termine
- 3.6 Il principio di non discriminazione
- 3.7 I divieti di assunzione a termine
- 3.8 L'ambito di applicazione della nuova normativa e le discipline abrogate

RINGRAZIAMENTI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Nel corso degli anni l'evoluzione del mercato del lavoro, dovuta anche alle sempre più diversificate esigenze sia dei datori di lavoro che degli stessi lavoratori, e la volontà da parte degli Stati europei di formare una normativa (non solo) giuslavoristica sempre più omogenea, hanno portato all'introduzione, nell'ordinamento giuridico italiano, di nuove tipologie contrattuali di lavoro spesso foriere di problemi attuativi ed interpretativi.

Tra questi "nuovi contratti" non si può certo includere il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, detto anche a termine, data la sua presenza nel nostro ordinamento già nel Codice Civile del 1942, anche se al tempo presentava caratteristiche molto differenti da quelle attuali. Ma è anche vero che il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, recependo la Direttiva comunitaria 1999/70/CE, non solo ha abrogato la previgente normativa in materia di contratto di lavoro a termine, ma ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina del tutto innovativa, imponendo così agli interpreti una nuova linea di pensiero rispetto a tale istituto.

Tre sono dunque gli obiettivi che mi auguro di raggiungere nel corso di questa dissertazione: riassumere, nel corso del primo capitolo, i caratteri fondamentali della precedente normativa, ripercorrendo le tappe più significative che hanno portato all'attuale disciplina; affrontare, nel secondo capitolo, le vicende che hanno determinato l'emanazione e il recepimento della direttiva europea nel nostro ordinamento, attuata con il decreto legislativo n. 368 del 2001; infine, nel terzo ed ultimo capitolo, affrontare gli aspetti principali della nuova normativa, anche in riferimento alle sostanziali differenze dalla disciplina precedentemente in vigore.

CAPITOLO 1

IL CONTRATTO DI LAVORO A TERMINE IN ITALIA: DALLE PRIME FORME ALLA DISCIPLINA RIFORMATA

1.1 LA PRIMA FORMA DI CONTRATTO A TERMINE: L'ART. 2097 DEL CODICE CIVILE

Una forma di contratto a tempo determinato fu prevista per la prima volta in Italia dal Codice Civile del 1942: infatti l'**art. 2097**, ora abrogato, stabiliva che il rapporto di lavoro subordinato poteva essere tanto a tempo indeterminato quanto a tempo determinato; non vi era nessun limite all'apposizione del termine: quest'ultimo poteva dunque essere concordato fra datore di lavoro e lavoratore.

I blandi limiti imposti dalla disposizione codicistica permisero un massiccio abuso del contratto a termine, dovuto innanzitutto alla volontà dei datori di lavoro non solo di non pagare l'indennità di anzianità (non prevista per i lavoratori a termine prima del 1962)¹, ma soprattutto per non dover sottostare ai vincoli introdotti dagli accordi interconfederali in tema di licenziamento ed alla normativa in tema di sospensione del rapporto di lavoro in caso di malattia, infortunio e gravidanza per la conservazione del posto. Con il contratto a termine il datore di lavoro aveva la possibilità di testare più a lungo le capacità dei dipendenti ed ottenere una maggiore disciplina e un più alto rendimento dei lavoratori a termine, interessati più al rinnovo del contratto che non ad un miglioramento delle loro condizioni professionali.

Inoltre i lavoratori a termine difficilmente familiarizzavano con i colleghi a tempo indeterminato, non partecipavano ad alcuna iniziativa sindacale, consapevoli del fatto che tale comportamento non sarebbe stato visto di buon occhio dal datore di lavoro, il

¹ Così PERA, *La strana storia dell'attuazione della direttiva sui contratti a termine*, in *Lav. Giur.*, 2001, 305.

quale avrebbe senza dubbio preferito rinnovare il contratto a soggetti che non avanzassero troppe pretese. I lavoratori a termine versavano quindi in un particolare situazione di soggezione, molto differente da quella attuale².

L'abuso del contratto a tempo determinato va anche collegato al cosiddetto "boom economico" degli inizi degli anni '60: il forte aumento della richiesta di manodopera determinò l'uso di qualsiasi tipo di contratto lavorativo, in particolare del contratto a termine, che per la sua scarsa legislazione si adattava perfettamente ad un utilizzo improprio e fraudolento.

1.2 L'INTRODUZIONE DEL PRINCIPIO DI ECCEZIONALITÀ: LA LEGGE N. 230 DEL 1962

Per stroncare tali abusi il legislatore introdusse una normativa molto rigida e limitativa, contenuta nella **legge 18 aprile 1962, n. 230**, ora abrogata dal recente D.Lgs. n. 368/2001, che divenne la base legislativa per l'applicazione del contratto a termine per quasi quarant'anni.

I punti salienti della legge n. 230 possono così essere riassunti:

2. la tassatività delle ipotesi giustificative dell'apposizione del termine ad un contratto di lavoro subordinato;
3. l'obbligatorietà della forma scritta;
4. la limitazione della possibilità di proroga;
5. la sanzione della conversione automatica del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato prevista da una serie di casi esplicitati dalla legge;
6. la parità di trattamento economico e normativo rispetto ai lavoratori a tempo determinato;
7. l'espressa abrogazione dell'art. 2097 del Codice Civile.

² Per maggiori informazioni sulla situazione di "soggezione" dei lavoratori a termine si veda MENGHINI, *Il lavoro a termine*, Milano, 1980, 40 ss.

Secondo l'impostazione di questa nuova legge il contratto di lavoro a termine assumeva carattere eccezionale ("il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salve le eccezioni appresso indicate", art. 1): per l'apposizione del termine erano quindi richiesti sia requisiti formali che sostanziali, e la possibilità dell'apposizione del termine si ricollegava ad un elenco rigido di tassative ipotesi contenuto nell'art. 2, che possono essere così riassunte:

3. carattere stagionale dell'attività lavorativa;
4. sostituzione dei lavoratori assenti aventi diritto alla conservazione del posto di lavoro;
5. esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e determinati nel tempo, avente carattere straordinario ed occasionale³;
6. lavorazioni a fasi successive richiedenti maestranze diverse da quelle impiegate nell'azienda.

Altro ed importante elemento di innovazione della legge del 1962 fu il tentativo di restrizione della prassi di utilizzare il medesimo lavoratore con successioni di contratti a termine: tale freno fu attuato mediante la previsione della trasformazione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato sia nel caso di prosecuzione del rapporto oltre la scadenza del termine, sia nel caso di riassunzione a termine entro 15 o 30 giorni dalla data di scadenza di un contratto rispettivamente inferiore o superiore a 6 mesi, ma anche e soprattutto in ogni caso in cui fossero ravvisabili "assunzioni successive a termine intese ad eludere le disposizioni della presente legge".

Altra innovazione della L. n. 230/1962 fu l'attribuzione dell'onere della prova, relativo alla sussistenza delle condizioni legittimanti l'apposizione del termine al contratto di lavoro e della proroga, a carico del datore di lavoro.

³ GHERA, *Le punte stagionali di attività*, in INPDAI, *Strumenti e limiti della flessibilità delle organizzazione aziendale*, Milano, 1986; PAPALEONI, *La discussa problematica delle punte stagionali*, in *Giust. civ.*, 1985, I, 3244.

In verità l'impatto della nuova legge fu modesto, data la scarsa disponibilità dei lavoratori ad instaurare controversie per far accertare eventuali illegittime apposizioni del termine quando poi il datore di lavoro poteva licenziare ad nutum o con le sopportabili conseguenze economiche previste dagli accordi interconfederali o dalla L. n. 604/66.

Le cose cambiarono radicalmente invece nel corso degli anni '70, in seguito all'introduzione dello Statuto dei Lavoratori (**legge 20 maggio 1970, n. 300**) e all'affermarsi del nuovo processo del lavoro: da un lato i datori di lavoro avevano interesse ad assumere lavoratori a termine, anche a costo di forzare le condizioni di legge pur di non sottostare ai nuovi limiti fissati per il licenziamento, dall'altro i lavoratori avevano un nuovo e consistente interesse nel far valere un'eventuale illegittima apposizione del termine, vista la più intensa tutela contro i licenziamenti illegittimi.

1.3 L'ATTENUAZIONE DELLA RIGIDITÀ DEL SISTEMA: IL LAVORO A TERMINE IN OCCASIONE DELLE PUNTE STAGIONALI DI ATTIVITÀ

A seguito di pressioni datoriali, criticanti l'eccessiva rigidità del regime della legge n. 230/1962, e con il fine quindi di allentare tali vincoli⁴, verso la fine degli anni '70 il legislatore prese ancora in mano la materia, soprattutto riguardo al lavoro a termine in occasione di punte stagionali di attività. Con il D.L. 3 dicembre 1977, n. 876, convertito nella **legge 3 febbraio 1978, n. 18** si ammise l'apposizione del termine "quando si verificasse, in determinati e limitati periodi dell'anno, una necessità di intensificazione dell'attività lavorativa, cui non fosse possibile sopperire con il normale organico".

Tale disposizione non fu però inserita nelle tassative ipotesi previste dalla L. n.

⁴ Le attività aventi carattere stagionale ex art. 1, lett. a) della legge n. 230 del 1962 furono determinate con l'emanazione del D.P.R. n. 1525 del 1963.

230/1962: essa aveva un sua autonomia, dovuta al fatto che il ricorso a questa particolare forma dell'istituto era limitata ai settori del commercio e del turismo, e che era necessario ogni volta il nulla osta dell'allora Ispettorato del Lavoro, sentiti i sindacati provinciali di categoria maggiormente rappresentativi⁵.

Successivamente l'estensione della L. n. 18/78 a tutti i settori economici si ebbe con l'art. 8 bis della **legge 25 marzo 1983, n. 79**, che convertì il D.L. 29 gennaio 1983, n. 17.

Interessante è il punto di vista espresso dalla Suprema Corte⁶ relativamente al potere della giurisprudenza di merito riguardo all'autorizzazione amministrativa dell'Ispettorato del Lavoro: il potere del giudice di merito consiste solamente nella facoltà di disapplicare tale nulla osta, se esso risulti affetto da un vizio di legittimità; unica analisi che il giudice può eseguire riguarda dunque solo quella relativa all'esistenza dei requisiti formali dell'atto.

Questo sistema era in grado di fornire un certo grado di sicurezza per il datore di lavoro, il quale, a fronte dell'autorizzazione amministrativa formalmente valida, era sicuro della legittimità delle proprie assunzioni.

1.4 UN SISTEMA SEMPRE MENO RIGIDO: LE IPOTESI DI LAVORO A TERMINE INTRODOTTE DALLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

Con la **legge 28 febbraio 1987, n. 56** cominciò un'altra fase di allargamento della possibilità di instaurare rapporti a tempo determinato⁷. L'art. 23 della citata legge consentiva l'apposizione del termine, oltre che nei casi già previsti della legislazione

⁵ Vedi RIGANÒ, *La natura giuridica e gli effetti del provvedimento del capo dell'Isp. Provv. Lav. nell'autorizzazione del contratto di lavoro a termine ex L. n. 18/78*, nota a Cass. Sez. Lav. n. 4294 del 1994 e Cass. S.U. n. 3354 del 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1073.

⁶ Cass. 24 gennaio 1985, n. 336, in *Giust. Civ.*, 1985, I, 987; Cass. 23 febbraio 1989, n. 1010, in *Dir. prat. Lav.*, 1989, 1796; Cass. 8 luglio 1995, n. 7507, in *D&L*, 1996, 119.

⁷ Per maggiori informazioni si veda ALVARO, *I contratti a termine nella nuova legge 28/2/87, n. 56*, in *Lav. prev. oggi*, 1987, n. 1186.

vigente, anche "nelle ipotesi individuate dai contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale", prevedendo inoltre che i contratti collettivi stabilissero il numero percentuale dei lavoratori assumibili rispetto al numero totale dei lavoratori stabili all'interno dell'azienda.

Si cambiava dunque impostazione di fondo: dinanzi a nuove esigenze, invece che ricorrere ad interpretazioni estensive delle varie leggi in materia o a continui interventi del legislatore, il contratto collettivo avrebbe previsto i casi di lecita apposizione del termine.

Nel corso degli anni sono state così introdotte innumerevoli nuove ipotesi di lavoro a termine, di carattere strettamente oggettivo, e quindi determinanti solo un'occasione di lavoro solo provvisoria, spesso in concorrenza con quelle legali, dunque allentando i limiti propri di quest'ultime: si è così cominciato ad ammettere il contratto a termine per sostituire lavoratori in ferie, in aspettativa per motivi personali, in congedo matrimoniale, temporaneamente inidonei, per il lancio di nuovi prodotti, per la preparazione e lo svolgimento di campagne promozionali, per fronteggiare situazioni imprevedibili e contingenti e così via⁸.

Si sono anche previste nuove ipotesi di lavoro a termine giustificate da esigenze di tipo soggettivo, cioè tali da permettere l'impiego dei lavoratori in presenza di semplici caratteristiche soggettive, prescindendo da ogni esigenza oggettiva del datore di lavoro: si intendeva favorire l'accesso all'occupazione di alcune particolari categorie di lavoratori, considerate in particolare difficoltà.

1.5 IL CONTRATTO A TERMINE PER FAVORIRE LA RIOCCUPAZIONE DEI LAVORATORI IN MOBILITÀ

⁸ MENGHINI, *Il termine*, 1998, 433 ss., in F. CARINCI (a cura di), *Diritto del lavoro, Commentario, II, Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Torino, 413.; CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. Giur.*, 2001, 919, nota 12.

Il particolare successo riscosso dal lavoro a termine in presenza di causali soggettive ha spinto il legislatore a perseguire questa via con finalità di promozione dell'occupazione di determinati soggetti che si presumono versare in una particolare situazione di difficoltà lavorativa: questa linea di pensiero ha portato all'emanazione della **legge 23 luglio 1991, n. 223**, il cui **art. 8** prevede la possibilità per i datori di lavoro di assumere lavoratori in mobilità con un contratto di lavoro a termine di durata non superiore a dodici mesi, godendo di una particolare sgravio contributivo per detti lavoratori, considerati a tal fine come apprendisti. Tale particolare beneficio contributivo può continuare anche nei successivi dodici mesi, nel caso di trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato, prima della conclusione dell'iniziale rapporto a tempo determinato.

L'importanza di tale disposizione è sottolineata dal fatto che il legislatore l'ha mantenuta in vigore anche nel nuovo regime (art. 10, comma 6, D.Lgs. n. 368/2001).

L'art. 8, L. n. 223/91 aveva però diviso la dottrina sull'applicazione del suo secondo comma, ovvero sul fatto se le assunzioni previste da questa norma potessero venir effettuate anche al di fuori dei casi previsti delle tassative ipotesi contenute nella L. n. 230/1962 oppure no. Se la soluzione positiva era difesa da praticamente tutta la dottrina⁹, la giurisprudenza era divisa sul punto: alle sentenze che consideravano illegittimi i contratti a termine conclusi fuori delle fattispecie previste dalla legge n. 230 del 1962¹⁰, se ne contrapponevano altre, che reputavano totalmente validi tali contratti, in virtù della presenza delle condizioni previste dall'art. 8 della L. n. 223/91¹¹.

⁹ LISO, *La nuova legge sul mercato del lavoro: un primo commento*, in *Lav. inf.*, n. 19, 1991, 13; ROCCELLA, *Lavoratori in mobilità ed assunzioni a termine*, in *Dir. prat. lav.*, 1992, 1725; COSIO, *Lavoro a termine e mobilità*, in *Dir. lav.*, I, 1992, 369; BALLETTI, *Collocamento dei lavoratori in mobilità*, in AA.VV., *Integrazioni salariali, eccedenze di personale e mercato del lavoro*, Napoli, 1992.

¹⁰ Pret. Milano 21 luglio 1995, in *D&L*, 1995, 905; Pret. Milano 26 aprile 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 170; Pret. Monza 9 agosto 1996, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 553.

¹¹ Pret. Milano 6 luglio 1995, in *D&L*, 1995, 902; Pret. Milano 17 aprile 1996, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 533; Trib. Alessandria 2 ottobre 1997, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 224.

Con il senno di poi, cioè secondo l'orientamento del decreto di riforma, sarebbero state da considerare come più sostenibili le ragioni della dottrina: l'esigenza perciò di favorire l'occupazione dei lavoratori in mobilità permette di andare oltre le "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo", richieste dall'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 per un lecita apposizione del termine. Infatti basterà indicare nel contratto che l'assunzione avviene in virtù dell'art. 8 della L. n. 223/91.

1.6 LA LEGGE 24 GIUGNO 1997, N. 196: ALTRE INNOVAZIONI

Dopo le riforme avvenute con le leggi n. 56/87 e n. 223/91, si è assistito ad un periodo di particolare "tranquillità", testimoniato anche da un particolare decremento dei contenziosi in materia di lavoro a termine, dovuto soprattutto al fatto che la contrattazione collettiva, in attuazione dell'art. 23 della prima legge citata, era ormai in grado di introdurre sempre più numerose ipotesi legittimanti l'apposizione del termine a contratti di lavoro subordinato, in grado quindi di affrontare le sempre più diverse opportunità di lavoro che si andavano formando.

Nonostante l'assestamento sul piano giuridico della disciplina della materia, i datori di lavoro, forse per motivazioni collegate al sempre più veloce mutamento del mercato del lavoro e alla globalizzazione dei mercati, con la conseguente concorrenza internazionale, nel corso degli anni '90 cominciarono a sentire l'esigenza di assumere a tempo determinato anche al di fuori dei limiti previsti alla contrattazione collettiva.

Questo ha portato all'emanazione della **legge 14 giugno 1997, n. 196** (c.d. "pacchetto Treu"), intervento legislativo per molti aspetti innovativo, e sostanzialmente mantenuto in vigore dal D.Lgs. n. 368/2001.

Tale nuova legge ha innovato la materia in più punti, a partire dalla prosecuzione del rapporto oltre la scadenza del termine. La legge n. 196 del 1997 ha sostituito alla originaria conseguenza dell'immediata trasformazione del rapporto a termine prevista

dall'art. 2, comma 2, L. n. 230/1962, degli esiti più articolati, attraverso l'introduzione di un periodo "cuscinetto": infatti, per il primo periodo di prosecuzione del rapporto il datore di lavoro era tenuto solamente ad una maggiorazione retributiva, e solo dopo il superamento di un certo termine (20° o 30° giorno, relativamente a contratti di durata inferiore o superiore a 6 mesi) vi era la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato.

Inoltre, in tema di successiva assunzione del lavoratore entro le date prestabilite, la legge n. 196 del 1997 ha imposto due sostanziali innovazioni. Se la L. n. 230/1962 prima stabiliva che il datore di lavoro poteva riassumere lo stesso lavoratore, senza subire la sanzione della trasformazione del rapporto, dopo 15 o 30 giorni dalla scadenza del termine (a seconda che il contratto precedente fosse di durata relativamente inferiore o superiore a 6 mesi), la L. n. 196/1997 ha abbreviato tali termini, rispettivamente a 10 o 20 giorni, in conformità ad un generale principio di flessibilizzazione del lavoro.

La seconda sostanziale modifica ha riguardato il fatto che ora la trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato non si considera dalla prima assunzione, bensì dalla seconda. All'aspetto flessibile di tale innovativa normativa è stato poi dato maggior risalto da un pronuncia della Cassazione¹², secondo la quale la disciplina relativa all'illegittimità della riassunzione entro i termine previsti dalla norma presuppone non solo l'identità delle parti, ma anche di oggetto e di causa: di conseguenza, in caso di ripetute assunzioni per la sostituzione di lavoratori diversi, non vi sarebbe identità di contratto, e quindi i singoli contratti assumono autonoma e separata entità, non permettendo così l'applicazione dei limiti e delle nullità previste dalla legge n. 196 del 1997¹³.

Ultima sostanziale modifica apportata dal c.d. "pacchetto Treu" alla disciplina del

¹² Cass. 4 febbraio 1999, n. 990.

¹³ Per una critica approfondita su questa sentenza si veda MATTAROLO, *Disciplina della proroga del contratto a tempo determinato*, in MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, IPSOA, 2002, 112.

lavoro a tempo determinato riguarda la stabilizzazione del rapporto a fronte di "due assunzioni a termine": mentre l'originaria forma dell'art. 2, comma 2 della L. n. 230/1962 prevedeva che il contratto si considerasse in ogni caso a tempo indeterminato qualora si fosse in presenza di assunzioni successive a termine *intese ad eludere* la normativa della stessa legge, il testo introdotto dall'art. 12, comma 1, L. n. 196/1997 ha previsto che "quando si tratti di due assunzioni a termine, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto". L'eliminazione dal testo originario della previsione della trasformazione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato in caso di successioni di contratti con intento elusivo della legge è stato considerato grave, dato che proprio in virtù di tale previsione si era riusciti in passato a ridurre i casi di abuso dei contratti a termine, utilizzati in gran numero con lo stesso lavoratore, tenendolo quindi sempre in quella particolare situazione di svantaggio vista in precedenza (vedi *supra* par. 1.1).

Di fronte alla perdita di uno strumento così utile contro gli abusi del lavoro a termine, vi era il timore che riprendessero le interminabili successioni di contratti a termine, pur rispettosi dei 10 o 20 giorni di attesa, comunque ben sopportabili da parte del datore di lavoro.

La dottrina ha interpretato tale situazione sotto diversi punti di vista: una prima opinione interpretava la norma come se fosse scritto "due assunzioni a termine di carattere fraudolento"¹⁴; altra parte della dottrina riteneva che "le due assunzioni a termine" fossero quelle effettuate prima dello scadere del termine dei famosi 10 o 20 giorni¹⁵; terza e più accreditata ipotesi, fatta propria anche dal Ministero del Lavoro¹⁶, è quella secondo la quale la conversione *ex tunc* del contratto a termine era collegata

14 ROCCELLA, *Contratti a termine: la nuova disciplina sanzionatoria*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1997, 2352; TAMPIERI, *La nuova disciplina sanzionatoria del contratto a termine, art. 12*, in AA.VV., *Il lavoro temporaneo e in nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, a cura di L. Galantino, Milano, 1997, 313; PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2000, 339.

15 MISCIONE, *Il lavoro interinale fra contratto di lavoro e contratto di formazione*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 30, 1997, 2101; MONTUSCHI, *I principi generali del d. lgs. n. 626 del 1994 (e le successive modifiche)*, 47, in MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente salute e sicurezza*, Torino, 1997, 1; DE ANGELIS, *Contratto a termine e sanzioni tra diritti speciali e diritto comune*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 23, 2000, 45.

16 Circolare del Ministero del Lavoro del 28 novembre 1997, n. 153.

dal fatto che il secondo contratto fosse stipulato senza soluzione di continuità temporale¹⁷.

Il decreto di riforma n. 368/2001 ha fatto propria quest'ultima posizione, precisando all'art. 5, comma 4 che quando si faccia riferimento a "due assunzioni successive a termine" si intendono "quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità".

1.7 IL DECRETO LEGISLATIVO 6 SETTEMBRE 2001, N. 368: IL SUPERAMENTO DEL CRITERIO DI ECCEZIONALITÀ

Avendo esaminato nei paragrafi precedenti quali sono stati gli antecedenti normativi dell'attuale disciplina, e come si è andato evolvendo l'atteggiamento del legislatore nei confronti del contratto di lavoro a tempo determinato, è ora possibile considerare il decreto legislativo n. 368 del 2001, attuale disciplina dell'istituto e recettivo della Direttiva comunitaria 1999/70/CE, come il radicale cambiamento del sistema originariamente concepito.

Infatti, partendo dall'iniziale concezione secondo cui il contratto a termine era visto come un'eccezione alla regola generale del contratto di lavoro a tempo indeterminato, e dall'estrema rigidità impressa a tale tipologia contrattuale dal tassativo elenco della legge n. 230 del 1962, si è ora giunti ad un sistema senza dubbio più liberale, dove anche il ruolo della contrattazione collettiva è svanito, in cui tutto ruota intorno alla libertà contrattuale permessa dalle "ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo" richieste dall'art. 1, comma 1 del decreto di riforma, per la lecita apposizione del termine.

Ora il contratto a termine è addirittura considerato dalla Direttiva 1999/70/CE

¹⁷ PAPALEONI, *Spigolature su alcuni recenti provvedimenti normativi in materia di lavoro*, L. 24 giugno 1997, n. 196; d. lgs. 26 maggio 1997, n. 152, in *Mass. Giur. lav.*, 1997, 756; BIAGI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2001.

come uno strumento di politica attiva del lavoro, e mezzo per aumentare la flessibilità del mercato del lavoro.

L'aspetto quindi che senza dubbio più caratterizza la nuova normativa in materia di contratto di lavoro a termine è proprio il **superamento del criterio di eccezionalità**: l'apposizione del termine alla durata del contratto di lavoro non rappresenta più né una deroga al principio per cui "il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato" (art. 1, comma 1 L. n. 230/1962), né il frutto della contrattazione collettiva, essendo ora il termine uno strumento a disposizione dell'impresa, utile per fronteggiare problemi di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

CAPITOLO II

LA DIRETTIVA 1999/70/CE

2.1 L'ACCORDO QUADRO DEL 18 MARZO 1999 CONCLUSO DA CES, UNICE E CEEP

L'art. 139 del Trattato delle Comunità Europee prevede che, qualora il dialogo fra le organizzazioni intercategoriale a livello europeo sfoci nella conclusione di un accordo, il Consiglio, su richiesta congiunta dei soggetti firmatari e dietro proposta della Commissione, possa decidere di far propria l'intesa raggiunta, trasponendone i contenuti in un atto normativo. Ciò è accaduto nel caso dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 dall'UNICE (Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità Europea), il CEEP (Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica) e il CES (Confederazione europea dei sindacati): infatti la Direttiva 1999/70/CE altro non ha fatto che rinviare al testo dell'accordo, al quale occorrerà dunque far riferimento per individuare le linee portanti dell'intervento comunitario in materia.

Le associazioni intercategoriale a livello comunitario, con l'accordo del 18 marzo 1999, si sono proposte di individuare "i principi generali ed i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato", riservando però la definizione e l'applicazione della normativa agli Stati membri e/o alle parti sociali nazionali in sede attuativa.

Infatti la Direttiva 1999/70/CE è stata poi recepita nel nostro ordinamento tramite il decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, emanato in esecuzione della delega di cui all'art. 1, commi da 1 a 3 e allegato B della legge 29 dicembre 2000, n. 422 (legge finanziaria per il 2001); la nuova normativa è entrata in vigore il 24 ottobre 2001.

Il duplice obiettivo della direttiva è stabilito dalla prima clausola dell'accordo: da

un lato "migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione" (lett. a), dall'altro "creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti a tempo determinato" (lett. b).

Dopo aver affermato nel Preambolo all'accordo che lo stesso rappresenta un "contributo in direzione di un migliore equilibrio fra la flessibilità dell'orario di lavoro e la sicurezza dei lavoratori", al punto 6 delle Considerazioni generali (che seguono il Preambolo) si dichiara che "i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorarne il rendimento".

Tale dichiarazione va tuttavia messa in correlazione col fatto che la direttiva riconosce come "i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori, occupazioni e attività atta a soddisfare sia i datori di lavoro sia i lavoratori" (punto 8 delle Considerazioni generali) ed il fatto che le parti riconoscono inoltre che i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori.

L'aspetto che quindi viene più messo in risalto dall'accordo è la flessibilità del rapporto di lavoro, che però non deve essere tradotta come precarizzazione del lavoratore in nome delle ragioni dell'impresa.

In conclusione, leggendo l'accordo, si ravvisa la volontà delle parti sociali di stabilire un sistema normativo capace di garantire la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, rispetto a quelli a tempo indeterminato, proteggendoli dalle discriminazioni, e di promuovere l'uso del contratto a termine con riguardo sia alle esigenze dei datori di lavoro che dei lavoratori.

2.2 I CONTENUTI DELL'ACCORDO (E DELLA DIRETTIVA): ANALISI DELLA CLAUSOLE

Come abbiamo visto, gli **obiettivi perseguiti** dall'accordo quadro sono indicati chiaramente dalla **clausola 1** dell'accordo stesso; essi sono:

8. il miglioramento della "qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il principio di non discriminazione";
9. la creazione di "un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato".

Il **campo d'applicazione dell'accordo** è oggetto della successiva **clausola 2**, in virtù della quale l'accordo viene applicato ai lavoratori a tempo determinato, purché esso sia regolato dalla legge, dai contratti collettivi o anche dalla prassi vigente all'interno dello Stato membro.

Agli Stati membri è data anche la possibilità di stabilire, previa consultazione delle parti sociali¹⁸, che l'accordo non si applichi a particolari tipologie contrattuali: sono richiamati i rapporti di formazione professionale, i rapporti di apprendistato e comunque quei rapporti di lavoro che facciano riferimento ad uno specifico programma di formazione, inserimento o riqualificazione professionale o un programma che usufruisca di contributi pubblici.

Dal campo di applicazione dell'accordo sono esclusi i contratti di lavoro interinale, "data la specificità del lavoro temporaneo rispetto a quello genericamente a termine¹⁹".

Secondo una diffusa consuetudine dei documenti comunitari, la **clausola 3** dell'accordo dà una serie di **definizioni dei termini**: il *lavoratore a tempo determinato* viene indicato come una "persona con un contratto o un rapporto di

¹⁸ Sulla significativa consultazione delle parti sociali per la non applicazione dell'accordo a determinati contratti si veda MARETTI, *L'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. giur.*, 1999, 1014; ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Tomo II, Milano, 2001, 291.

¹⁹ NUNIN, 2002, *L'accordo quadro del 18 marzo 1999 e la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato: profili regolativi ed obblighi di conformazione per l'Italia*, 46, in MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, IPSOA, 2001.

lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro ed il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una determinata data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico”.

Per permettere un confronto tra lavoratore a termine e lavoratore a tempo indeterminato, utile in sede di accertamento di comportamenti discriminanti, è stata inserita la definizione di *lavoratore a tempo indeterminato comparabile*, inteso come un “lavoratore con un contratto o un rapporto di lavoro di durata indeterminata appartenente allo stesso stabilimento e addetto a lavoro/occupazione identico o simile, tenuto conto delle qualifiche/competenze”.

La **clausola 4** tratta del **principio di non discriminazione**²⁰; è stabilito come i lavoratori a termine non possano essere trattati in maniera diversa rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato, a meno che alla base di eventuali disparità di trattamento non vi siano delle motivazioni oggettive.

Questa è senza dubbio una delle indicazioni più importanti della direttiva europea, poiché chiarisce come il contratto a tempo determinato non debba costituire il pretesto per determinare una condizione di minore tutela dei lavoratori a termine rispetto ai lavoratori *sine die*²¹: l'affermazione di tale principio costituisce una significativa novità per molti Paesi europei, come Spagna e Gran Bretagna, dove il contratto a termine era utilizzato al posto del contratto a tempo indeterminato solo per vantaggi previdenziali e retributivi a favore del datore di lavoro²².

Si può dire che la **clausola 5** costituisca il nucleo centrale dell'accordo europeo in quanto sottolinea la necessità di **prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato**: secondo tale indicazione infatti, in caso di mancanza di disposizioni normative *ad hoc*, gli Stati

²⁰In dottrina si veda RENDINA, *Il principio di non discriminazione nelle direttive europee sul part-time e sul contratto a termine*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 36.

²¹Su tale tema si veda anche MARETTI, *L'accordo europeo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. giur.*, 1999, 1017.

²²Per le condizioni in Spagna prima della Direttiva 1999/70/CE si veda FERRANTE, *Stabilità del rapporto del lavoro a termine in Spagna: una riflessione comparata alla luce della direttiva europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 23, 2000, 237 ss.

membri, previa consultazione delle parti sociali, avranno l'obbligo di introdurre delle particolari misure di regolamentazione, relativamente alle ragioni obiettive giustificanti il rinnovo dei contratti a termine, la durata massima totale dei rapporti di lavoro a tempo determinato successivi ed il numero dei rinnovi dei contratti stessi.

Ciò che si vuole dunque evitare è la ripetizione senza limiti tra le stesse parti di successivi contratti a termine: questo costituirebbe un aggiramento dell'applicazione delle norme proprie di un rapporto a tempo indeterminato²³.

La **clausola 6**, relativa al **diritto di precedenza**, stabilisce invece l'obbligo per i datori di lavoro di informare i lavoratori a termine dei **posti vacanti che si rendano disponibili** all'interno della stessa impresa o stabilimento. Quindi è aumentata la tutela nei confronti dei lavoratori a termine, che vedono aumentare le loro possibilità di ottenere dei posto di lavoro duraturi.

La *ratio* di tale norma è evitare che i posti che si rendano vacanti o comunque le opportunità di lavoro stabili all'interno dell'azienda siano esclusi a priori al lavoratore a termine²⁴.

La comunicazione riguardo ai posti vacanti deve essere data in maniera adeguata, cioè anche tramite annuncio pubblico in un luogo dell'impresa o dello stabilimento a cui abbiano libero accesso tutti i lavoratori.

La clausola 6 contiene anche una "raccomandazione", fatta dal legislatore europeo ai datori di lavoro, i quali nella misura del possibile dovrebbero agevolare l'accesso dei lavoratori a termine a **opportunità di formazione**, al fine di valorizzarne le qualifiche, promuoverne la carriera e migliorarne la mobilità occupazionale.

Il tema del **computo dei lavoratori a termine**, a vari fini legali e/o contrattuali, è affrontato dalla **clausola 7**: si stabilisce che i lavoratori a tempo determinato debbano essere presi in considerazione per il calcolo della soglia oltre la quale possono

²³ MENGHINI, *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di lavoro a termine*, in *Quad. dir. rel. ind.*, n. 23, 2000, 167.

²⁴ ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Tomo I, Milano, 2001, 296.

costituirsì gli organi di rappresentanza sindacale, secondo la normativa nazionale. Spetta poi agli Stati membri definire i tempi e i modi con cui tale rappresentanze si formeranno.

Il terzo comma della clausola 7 affronta invece il tema dell'**informazione** e della **consultazione**, attraverso un richiamo per i datori di lavoro, che dovrebbero informare adeguatamente gli organi sindacali dei lavoratori riguardo al lavoro a tempo determinato all'interno dell'impresa.

La **clausola 8**, l'ultima dell'accordo, detta alcune **disposizioni attuative** di vario contenuto; in primo luogo è lasciato ampio spazio all'iniziativa degli Stati membri e alle parti sociali nazionali per il mantenimento o l'introduzione di disposizioni più favorevoli di quelle stabilite dall'accordo stesso: tali organi hanno inoltre la facoltà di concludere singolarmente ulteriori accordi, anche a carattere comunitario, ma sempre con carattere di miglioramento o completamento delle disposizioni dell'accordo in questione, a patto che questi ultimi non pregiudichino altre disposizioni comunitarie in tema di parità di trattamento e di opportunità uomo-donna.

Si stabilisce poi come l'applicazione dell'accordo non possa determinare una riduzione del livello generale di tutele offerto ai lavoratori dall'accordo stesso. Tale ultima disposizione costituisce una **clausola "di non regresso"**: si vuole evitare un eventuale arretramento delle soglie di tutela nei casi in cui la legislazione nazionale sia più favorevole rispetto alle previsioni comunitarie.

Tale tipo di clausola, il cui utilizzo non è infrequente nelle direttive europee, ha come fine il consentire un effettivo progresso delle disposizioni protettive, così come richiesto dal principio della "parificazione nel progresso" contemplato dal Trattato CE²⁵.

Secondo la clausola 8, punto 5, eventuali controversie relative all'applicazione e all'interpretazione dell'accordo dovranno essere risolte in conformità alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali.

²⁵ Su tale punto si veda LECCESE, *L'orario di lavoro*, Bari, 2001, 199 ss.

L'ultima disposizione applicativa della clausola in esame fissa un termine in cinque anni dalla decisione del Consiglio sul testo dell'accordo, per la verifica della regolare applicazione dell'accordo da parte delle parti firmatarie dello stesso.

2.3 LA CONFORMAZIONE DELLA NORMATIVA ITALIANA AI DETTATI COMUNITARI: DUBBI SULLA NECESSARIETÀ O MENO DEL DECRETO N. 368/2001

Come si è visto, dal punto di vista formale la Direttiva 1999/70/CE è stata recepita nel nostro ordinamento con il **decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368**, emanato dal Governo in attuazione della delega conferitagli dal Parlamento con la legge 29 dicembre 2000, n. 422 (legge comunitaria per il 2001), al fine di rispettare l'impegno di attuare, entro un anno e tramite decreti legislativi, le direttive contenute negli elenchi di cui agli Allegati A e B.

L'ordinamento giuridico italiano comprendeva già prima dell'emanazione del decreto di cui sopra delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato (vedi *supra* cap. I) ispirate ai principi di non discriminazione e di tutela contro gli abusi per i lavoratori a termine: infatti per il principio di non discriminazione l'art. 5, L. n. 230/1962 prevedeva anche per i lavoratori a termine il diritto alle ferie, alla tredicesima mensilità ed ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori *sine die*; per la tutela contro gli abusi l'art. 2 della stessa legge (modificato dalla L. n. 196/1997) regolava un sistema di prevenzione degli stessi in sede di proroga e di successione di contratti a termine.

Questo ha suscitato dubbi sulla necessarietà o meno del D.Lgs. n. 368/2001, anche in virtù del fatto che la **Corte Costituzionale**, chiamata a pronunciarsi nel 2000 sulla legittimità della richiesta di referendum popolare per l'abrogazione della L. n. 230/1962 e successive modifiche, aveva dichiarato, con la **sentenza del 7**

febbraio 2000, n. 41²⁶, come per l'ordinamento italiano vi fosse una situazione di anticipata conformazione ai dettati comunitari. Secondo la Corte infatti, proprio la legge n. 230 del 1962, come risultante dalle successive modifiche ed integrazioni, aveva "da tempo adottato una serie di misure puntualmente dirette ad evitare l'utilizzo della fattispecie contrattuale del lavoro a tempo determinato per finalità elusive degli obblighi nascenti da un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, in particolare circondando di garanzie l'ipotesi della proroga o del rinnovo del contratto (...)".

Quindi un provvedimento legislativo *ad hoc* non sembrava essere necessario, se non eventualmente per alcuni aspetti, come quelli relativi ai diritti di informazione ed il computo dei dipendenti: anche la recente dottrina²⁷ che si è occupata di tali aspetti ha espresso perplessità circa la necessità di un intervento normativo così innovativo.

Il legislatore italiano, considerando la regolamentazione già in vigore come adeguata ai contenuti e ai principi comunitari, avrebbe potuto limitare il proprio intervento alla modifica della L. n. 230/1962 relativamente a pochi profili marginali, come quello dei diritti di informazione.

Secondo la logica dell'intervento comunitario, il Governo era stato delegato a migliorare il livello di tutela dei lavoratori, e non a rendere più accessibile l'utilizzo dei contratti a termine, alle loro proroghe ed alla loro reiterazione, come fatto osservare da autorevole dottrina²⁸.

Tali contrasti hanno avuto riflessi anche sulla firma dell'accordo perfezionato il 4 maggio 2001 dalle contrapposte organizzazioni sindacali italiane²⁹ per il recepimento della Direttiva 1999/70/CE, trasfuso poi quasi interamente dal Governo nel D.Lgs. n. 368/2001: infatti non hanno aderito all'accordo importanti organizzazioni sindacali,

²⁶In *Foro it.*, 2000, 1, 701 ss.; per un commento si veda MENGHINI, *Lavoro a termine, referendum, Direttiva 1999/70/CE, Patto di Milano*, in *Riv. giur. lav.*, I, 2000, 598.

²⁷PERA, *La strana storia dell'attuazione della direttiva CE sui contratti a termine*, in *Lav. giur.*, 2001, 305.

²⁸Per tutti si veda CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. giur.*, 2001, 915.

²⁹Tra le organizzazioni imprenditoriali che hanno aderito all'accordo si ricordino Confindustria, Confartigianato, Casartigiani, AGCI, Confcooperative, UNCI, ANIA, ABI, Confetra, Confagricoltura, Coldiretti, escluse Confcommercio, CISPEL, CNA e Lega Cooperative.

come CGIL e Confcommercio, che, tra le altre ragioni addotte a giustificazione della loro astensione, sostenevano appunto la non necessità di tale intervento.

2.4 LA CLAUSOLA DI "NON REGRESSO": POSSIBILI PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ DEL DECRETO DI RIFORMA

Come indicato al paragrafo 2.2, il comma 3 della clausola 8 dell'accordo europeo sul contratto a termine contiene una c.d. "clausola di non regresso": secondo tale disposizione l'applicazione dell'accordo non può in nessun caso permettere un arretramento del livello generale di tutela, previsto dall'accordo stesso e preesistente negli ordinamenti nazionali, offerto ai lavoratori a termine, in relazione alle specifiche finalità della normativa comunitaria da traspirarsi nella normativa interna.

Parte della dottrina italiana³⁰ ha ritenuto che vi fossero dei punti di contrasto tra il D.Lgs. n. 368/2001 e le disposizioni comunitarie, proprio in relazione alla clausola 8.3 dell'accordo, rilevando come con l'emanazione del decreto il Governo sarebbe incorso in un **eccesso di delega**, violando così l'art. 76 della Costituzione (che stabilisce come "l'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti").

La mancanza di delega deriverebbe dal mancato rispetto dell'art. 2, lett. f) della legge n. 422 del 2000, la quale disponeva che i decreti legislativi avrebbero dovuto assicurare "in ogni caso che, nelle materie trattate dalle direttive da attuare, la disciplina disposta fosse pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive stesse", nonché dal fatto che, per "modificare le garanzie esistenti" (come parte della dottrina³¹

³⁰Per tutti si veda ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, 2001, in www.cgil.it/giuridico

³¹CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, in *Lav. giur.*, 2001, 916; SPEZIALE, *Il contratto a termine*, relazione al Congresso Nazionale A.i.d.la.s.s., Pesaro e Urbino del 24/25 maggio 2002, 19.

ritiene abbia fatto il Governo) sarebbe stata necessaria una delega specifica che indicasse con precisione i criteri da seguire.

Tale dottrina³² ha anche sostenuto come, con la nuova normativa, si sia inteso liberalizzare il ricorso al contratto a termine, facendo così venir meno il suo carattere di eccezionalità e diminuendo il grado di tutela nei confronti di possibili abusi a danno dei lavoratori.

Infatti, dopo l'entrata in vigore del decreto di riforma, è possibile stipulare contratti a tempo determinato in termini più ampi che in passato, e si è visto come le precedenti tipizzazioni legali vigenti in precedenza siano state sostituite dalla più versatile formula di cui all'art. 1, comma 1 del decreto in questione, richiamante ragioni "di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo": questo pare assumere, quantomeno nell'intenzioni del legislatore, una netta valenza liberalizzante.

Dunque appare giustificabile l'orientamento di quella parte della dottrina³³ che, in relazione alle causali legittimanti l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato, ritiene la nuova disciplina peggiorativa rispetto a quella precedente in termini di tutela dei lavoratori, tanto che qualcuno³⁴ ha addirittura parlato di "ritorno alle origini", prospettando parallelismi con l'abrogato art. 2097 Cod. Civ.

Ma sulla base di un'attenta lettura della direttiva, non è possibile sostenere che obiettivo della stessa sia l'incentivazione e la diffusione del lavoro a termine, anche perché, secondo quanto affermato dal legislatore europeo nel preambolo dell'accordo, "i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori"; la normativa comunitaria pare invece essere finalizzata a limitare i possibili abusi derivanti da un utilizzo improprio di tale istituto: ed è quindi alla luce di tali obiettivi che deve essere letta la

32 ROCCELLA, 2001, vedi nota 30; ANGIOLINI, *Sullo "schema" di decreto legislativo in materia di lavoro a tempo determinato (nel testo conosciuto al 6 luglio 2001)*, in www.cgil.it/giuridico/politiche

33 Anche SPEZIALE, *La nuova legge in materia di contratto a termine, Relazione introduttiva al Seminario sulla nuova legge in materia di contratto a termine promosso dal CESRI, Roma, 22 ottobre 2001.*

34 PAPALEONI, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, in *Guida al lavoro*, 2001, 372.

clausola di "non regresso".

Capitolo 3

GLI ASPETTI PRINCIPALI DEL DECRETO LEGISLATIVO

6 SETTEMBRE 2001, N. 368

3.1 LA LECITA APPOSIZIONE DEL TERMINE

L'art. 1, comma 1 del D.Lgs. n. 368/2001 stabilisce che è possibile "l'apposizione di un termine alla durata di un contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Questa è l'ipotesi generale, che è molto simile al concetto di giustificato motivo di licenziamento di cui all'art. 3, L. n. 604/1966, e alle ragioni che debbano sorreggere il trasferimento del lavoratore ex art. 2103 Cod. Civ.

Oltre all'ipotesi generale di apposizione del termine, il legislatore ha previsto poi altre fattispecie, che, al contrario, disciplinano casi particolari: in relazione alla disciplina del trasporto aereo ed ai servizi aeroportuali (art. 2), il legislatore ha riproposto senza varianti il testo della legge n. 84 del 1986, che aveva aggiunto la lettera f) all'art. 1, comma 1 della legge n. 230 del 1962; il caso del lavoro stagionale riaffiora all'art. 10, comma 7, lett. b); allo stesso articolo, ma alla lettera c) si menzionano poi le attività soggette "a punte stagionali", già disciplinate dalla legge n. 18 del 1978, mentre un cenno agli specifici programmi radiofonici e televisivi si trova alla successiva lettera; sono richiamati anche i contratti conclusi "quando l'assunzione abbia luogo per l'esecuzione di un'opera o di un servizio definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario o occasionale" di cui alla lettera d), che riproduce il contenuto della lettera c) dell'art. 1, comma 1 della legge n. 230 del 1962; v'è poi successivamente un cenno alle discipline speciali per l'assunzione diretta non superiore a tre giorni nel settore del turismo e dei pubblici servizi (art. 10, comma 3) e dei

dirigenti.

Come si può notare, in tali casi sono state riproposte norme già esistenti, con variazioni marginali o con adeguamenti alla nuova disciplina. Trattandosi di ipotesi tipizzate dal legislatore per le quali è espressamente consentita l'apposizione del termine al contratto, il rapporto è legittimo anche in mancanza delle ragioni di cui all'art. 1.

Problema interpretativo fondamentale è se il lavoro a termine sia ammesso solo come caso estremo, cioè quando sia inevitabile a causa della particolare occasione di lavoro, oppure anche quando sussista una ragione oggettiva non arbitraria o illecita che renda preferibile un rapporto a termine, pur in presenza di un'occasione permanente di lavoro.

Autorevole dottrina³⁵ sostiene che l'interpretazione più corretta sia quest'ultima ipotesi: infatti la nuova regola generale dell'art. 1 non solo sostituisce le precedenti ipotesi legali, ma anche le vecchie ipotesi di fonte collettiva, che si riferivano, in assenza di vincoli quantitativi, anche ad opportunità permanenti di lavoro.

Tale norma generale deve essere dunque interpretata in modo tale da consentire se non altro la stessa ampiezza di un'utilizzazione del lavoro a termine che vi era prima del decreto n. 368 del 2001, escludendosi che il legislatore abbia voluto un irrigidimento del sistema³⁶. Infatti, l'ampia previsione dell'art. 1 consente di coprire tutte le situazioni di fronte alle quali potrebbe trovarsi l'imprenditore che deve procedere ad assumere nuovo personale a tempo determinato.

Pertanto, il controllo del giudice sul rispetto della clausola generale dovrà limitarsi alla verifica dell'effettiva sussistenza di una ragione oggettiva non arbitraria o illecita di utilizzo del lavoro a tempo determinato, senza che siano sindacate le scelte

³⁵ VALLEBONA, *I requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole generali giustificative ed il problema dell'onere della prova*, in MENGHINI, *La nuova disciplina del contratto a termine*, IPSOA, 2001, 62.

³⁶ Come prospettato da altra autorevole dottrina: PAPALEONI, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, in *Guida al lavoro*, 2001, 372; RUGGIERO, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della Direttiva 1999/70/CE*, in *Giur. lav.*, 2001, II; CENTOFANTI, *Peculiarità generiche...*, cit., 919.

organizzative del datore di lavoro.

Con la generale disposizione dell'art. 1 è inoltre scomparsa l'espressa previsione di eccezionalità del contratto a termine sancita dalla legge n. 230 del 1962.

Tornando alle ragioni della regola generale, problema di non poco conto è l'individuazione pratica e applicativa dei casi in cui tali ragioni sussistano: che fattispecie ha voluto individuare il legislatore con l'espressione "ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo"?

In linea generale, le *ragioni tecniche* potrebbero riguardare le ipotesi di assunzione di personale specializzato o in possesso di particolari attitudini per lo svolgimento di specifiche mansioni che i dipendenti interni stabili non siano in grado di svolgere.

Le *ragioni produttive e organizzative* potrebbero invece individuarsi nei casi in cui l'imprenditore si trovi a dover fronteggiare particolari e temporanee situazioni di mercato o a dover rispondere a commesse eccezionali che non potrebbero essere soddisfatte con il normale organico.

Le *ragioni sostitutive* si verificano, infine, quando il datore di lavoro si trovi nella necessità di sostituire lavoratori stabili. In passato, vigente la legge n. 230 del 1962 era necessario indicare nel contratto a termine scritto anche il nome del soggetto sostituito e la motivazione della sua assenza: ora non vi è più questo obbligo, data l'abrogazione della legge del 1962.

Si ritiene che l'esigenza sostitutiva possa anche riferirsi alla posizione di più soggetti, determinando così l'assunzione di un lavoratore "jolly", come nel caso del prevedibile andamento del periodo feriale, ed interessare anche un lungo periodo di tempo: infatti, è possibile sostituire anche il lavoratore in ferie con un lavoratore a termine³⁷.

37 PAPALEONI, *Forma e contenuto del nuovo contratto a termine*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, 374.

3.2 L'ONERE DELLA PROVA E LA SANZIONE PER LA MANCATA

GIUSTIFICAZIONE

Secondo l'art. 3 dell'ora abrogata legge n. 230 del 1962, l'onere della prova relativa all'esistenza delle ragioni giustificative dell'apposizione del termine ad un contratto di lavoro e della sua eventuale proroga era espressamente a carico del datore di lavoro.

Il nuovo decreto in esame si limita invece ad attribuire al datore di lavoro solamente l'onere dimostrativo relativo alle condizioni che giustificano la proroga (art. 4, comma 2), e tace circa chi debba dimostrare l'esistenza delle ragioni giustificanti l'apposizione del termine.

Secondo autorevole dottrina³⁸, tale omissione sarebbe da attribuire ad una dimenticanza delle parti sociali in sede di formazione dell'accordo su cui si è basato il D.Lgs. n. 368/2001: dimenticanza marginale, tra l'altro, in quanto il legislatore non è ancora intervenuto per colmare tale lacuna, in considerazione del fatto che non avrebbe senso obbligare il datore di lavoro alla dimostrazione degli elementi che giustificano la proroga di un contratto, senza addossargli anche la dimostrazione delle originarie ragioni che hanno giustificato la stipulazione.

Come si sostenuto in dottrina³⁹, all'addossamento dell'onere della prova relativo alle ragioni giustificanti l'apposizione del termine al **datore di lavoro**, si perviene attraverso l'utilizzo del principio generale enunciato dall'art. 2697 Cod. Civ., dettante le regole generali in tema di ripartizione degli oneri probatori, che impone, per ogni fattispecie, di ricercare i criteri per la distinzione dei fatti costitutivi dai fatti impeditivi nel diritto sostanziale.

Nel caso dell'art. 1 del decreto in esame, la legittimità della stipulazione del

³⁸ SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 91, 2001, 397.

³⁹ VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, 65; ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato (dalla L. n. 230/1962 al D.Lgs. n. 368/2001)*, Milano, 2001.

contratto è condizionata all'esistenza della giustificazione della clausola generale: dunque la parte interessata a far valere il termine deve provare la giustificazione. Quindi, il soggetto onerato è il datore di lavoro che intenda resistere in giudizio all'azione del lavoratore per la dichiarazione di nullità del termine (e la conseguente trasformazione del rapporto in contratto a tempo indeterminato). La giustificazione si configura quindi come fatto impeditivo di tale azione.

L'attribuzione dell'onere della prova in questione al lavoratore, oltre ad essere contraria a basilari principi di giustizia sostanziale, aggraverebbe non poco la sua posizione, anche in considerazione delle notevoli difficoltà cui andrebbe incontro nel dimostrare l'illegittimità del contratto: si pensi alla difficoltà nel reperimento dei testimoni, soprattutto tra i colleghi ancora alle dipendenze del datore di lavoro, a causa del loro particolare stato di "sudditanza psicologica" nei confronti di quest'ultimo e per il timore di eventuali ritorsioni sul lavoro.

Quindi in caso di mancata giustificazione delle ragioni di cui all'art. 1, nel silenzio della legge, deve applicarsi il generale principio della nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa (art. 1418 Cod. Civ.). Però, nel caso in esame, la nullità non colpisce l'intero contratto, ma solamente il patto relativo al termine, dato che la necessità di giustificazione e i divieti si riferiscono solamente a tale patto: il contratto rimane dunque valido, con un effetto fin qui identico a quello prima previsto dalla precedente normativa.

Tuttavia una differenza rilevante deriva dall'applicabilità dell'art. 1419 Cod. Civ., secondo cui "la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità": quindi il datore di lavoro potrebbe allegare la volontà ipotetica di non concludere il contratto senza il termine nullo, determinando così la nullità dell'intero contratto.

In conclusione, l'eliminazione della previgente norma sulla conversione automatica

del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato aumenta l'autonomia contrattuale delle parti, ma non a caso proprio e solo in relazione alla disciplina del primo contratto a termine: infatti la Direttiva 1999/70/CE non prevede alcun vincolo per la stipulazione del primo contratto a termine, ma impone invece rigide norme e limitazioni per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di successioni di contratti a termine, considerati dal legislatore europeo come potenzialmente pericolosi per la parità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato.

3.3 LA FORMA

L'art. 1, comma 2, del decreto legislativo n. 368 del 2001 stabilisce che l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato deve risultare, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale devono essere specificate anche le ragioni giustificanti l'apposizione del termine stesso, pena l'inefficacia dello stesso.

L'espressione utilizzata nel decreto delegato ("l'apposizione è priva di effetto se non (...) risulta da atto scritto") è identica a quella utilizzata nella L. n. 230/1962, quindi le conclusioni cui dottrina e giurisprudenza sono giunte per la vecchia normativa sono estensibili alla nuova disciplina. In caso di mancanza di forma scritta si è consolidata l'interpretazione per cui l'atto scritto è requisito di validità del termine, la cui mancanza comporta la conversione del contratto in un rapporto a tempo indeterminato con effetto *ex tunc*⁴⁰.

È considerazione ormai diffusa e generalmente accettata anche l'opinione che la

⁴⁰ ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in VARESI & ROCCELLA, *Le assunzioni: prova e termine nei rapporti di lavoro, Codice Civile, Commentario*, diretto da Schlesinger, Milano, 1990, 172; ALTAVILLA, *I contratti a termine nel mercato differenziato (dalla L. n. 230/1962 al D.Lgs. n. 368/2001)*, Milano, 2001, 166; Cass. 28 gennaio 1987, n. 832; Cass. 12 novembre 1993, n. 11173.

forma scritta debba ritenersi richiesta *ad substantiam*⁴¹.

L'art. 1, comma 2, stabilisce come il termine possa essere indicato "direttamente o indirettamente" nell'atto scritto. Questo significa che il termine non necessariamente deve consistere in una data preventivamente fissata (termine *certus an et certus quando*), ma può essere determinato anche in via indiretta mediante l'esplicito riferimento ad un evento futuro certo nell'*an* ed incerto nel *quando*, come ad esempio il rientro dal servizio militare o dalla malattia del dipendente sostituito.

Secondo consolidata giurisprudenza⁴², l'atto scritto deve essere anteriore o almeno contestuale all'inizio del rapporto. Non essendo intervenuto il legislatore su questo aspetto con la nuova disciplina, occorre far riferimento agli orientamenti giurisprudenziali formatisi vigente la L. n. 230/1962, secondo i quali tale obbligo risulta violato qualora la stipulazione sia avvenuta anche solo poco dopo l'inizio dell'attività lavorativa⁴³.

Inoltre la Suprema Corte ha stabilito come, per il rispetto della forma scritta, sia richiesta la formazione di un vero contratto di lavoro, sottoscritto quindi da entrambe le parti: esso non può dunque essere sostituito né dalla lettera di assunzione non ancora sottoscritta per accettazione dal lavoratore⁴⁴, né dalla richiesta di avviamento all'ufficio del lavoro o dal provvedimento di avviamento di quest'ultimo⁴⁵.

Il terzo comma dell'art. 1 del nuovo decreto impone poi al datore di lavoro l'onere della consegna, "entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione", di una copia del contratto scritto. Tale disposizione ricalca sostanzialmente la precedente disposizione dell'art. 1, comma 3 della L. n. 230/1962, che però non stabiliva alcun termine temporale entro cui effettuare la consegna.

Inoltre, la previsione di un termine per la consegna può rivelarsi utile al fine della

41 A sostegno di tale tesi si veda per tutte Cass. 1 marzo 1986, n. 1317, in *Dir. prat. lav.*, 1986, 1528.

42 Cass. 28 gennaio 1987, n. 832; Cass. 12 novembre 1993, n. 11173; Cass. 27 febbraio 1998, n. 2211.

43 Cass. 13 febbraio 1988, n. 1571.

44 Cass. 16 ottobre 1986, n. 6076; Cass. 14 giugno 1985, n. 3573.

45 Cass. 1 marzo 1986, n. 1317.

distinzione tra tale obbligo del datore di lavoro e un altro onere di consegna, imposto quest'ultimo dal D.Lgs. n. 152/1997: tale norma impone al datore di lavoro di consegnare al lavoratore un documento scritto in cui siano riassunte le condizioni essenziali del rapporti di lavoro. Autorevole dottrina⁴⁶ è d'accordo sul fatto che le norme relative a questi due adempimenti di consegna (che certamente possono confluire in un solo documento), non si sovrappongono, anche perchè la sanzione per la mancata consegna del documento di cui al D.Lgs. n. 152/1997 è di tipo amministrativo – pecuniario, mentre la Corte di Cassazione ha chiarito che la mancata consegna della copia del contratto non determina l'invalidità dell'apposizione del termine⁴⁷.

L'ultimo comma dell'art. 1 (che riprende la disposizione dell'art. 1, comma 5 della L. n. 230/1962) stabilisce che la forma scritta non è necessaria quando il rapporto di lavoro abbia durata non superiore a dodici giorni e sia a carattere puramente occasionale: tale previsione è giustificata in virtù della brevità dell'impegno lavorativo e della conseguente minor responsabilizzazione del consenso delle parti.

3.4 LA DISCIPLINA DELLA PROROGA

La possibilità di prolungare il rapporto di lavoro, attraverso un accordo tra le parti, anche oltre la scadenza del termine, era già stata prevista nella precedente disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: infatti, secondo l'art. 2 della L. n. 230/1962, il termine del contratto poteva essere, "con il consenso del lavoratore, eccezionalmente prorogato, non più di una volta e per un tempo non superiore alla durata del contratto iniziale", nel caso in cui essa fosse richiesta da "esigenze

⁴⁶ LUNARDON, *La Direttiva sull'informazione del lavoratore e l'ordinamento italiano*, in *Europa e Diritto*, n. 2, 1998, 1 ss.; ROCCELLA & TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, 1995, Padova.

⁴⁷ Cass. 2 marzo 1994, n. 207.

contingenti ed imprevedibili” e riguardasse la stessa attività lavorativa per la quale si era inizialmente stipulato il contratto.

La nuova disciplina (art. 4 del D.Lgs. n. 368 del 2001) ha carattere innovativo rispetto al sistema previgente, tanto che qualcuno ha parlato addirittura di “liberalizzazione dell'istituto”⁴⁸; è ancora richiesto il consenso del lavoratore, ma non occorrono più le “esigenze contingenti ed imprevedibili”: è sufficiente che la proroga sia “**richiesta da ragioni oggettive**” che abbiano natura temporanea. La proroga potrà dunque basarsi anche su eventi e motivi che potevano essere previsti anche alla stipulazione del contratto iniziale (come ad esempio la prosecuzione della grave malattia che ha colpito il lavoratore sostituito).

Inoltre, tali ragioni legittimanti devono essere almeno sopravvenute, rispetto al momento della stipulazione del contratto a termine, e non necessariamente devono essere diverse da quelle che hanno legittimato l'apposizione del termine iniziale⁴⁹: quindi la proroga può essere giustificata anche dal perdurare delle esigenze originarie⁵⁰.

Senza dubbio ora è consentito un utilizzo molto più ampio dell'istituto, poiché vi è la possibilità di prolungare il rapporto anche oltre il periodo di “tempo non superiore alla durata del contratto iniziale” prescritto dalla L. n. 230/1962, con il solo vincolo di limitare la **durata massima complessiva** (termine iniziale più eventuale proroga) del rapporto ad un massimo di 3 anni.

In tema di durata massima del contratto a termine, la nuova disciplina non pone limiti massimi, se non per i dirigenti (5 anni): vi è invece la limitazione di durata complessiva massima di 3 anni per tutti gli altri lavoratori. Quindi un contratto di un anno potrà essere prorogato al massimo per altri due; alla stessa maniera si potrà

48 SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 91, 2001, 400.

49 La sussistenza delle ragioni oggettive iniziali è affermata da GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2000, 623.

50 Ad esempio nel caso un'opera inizialmente programmata per essere portata a termine in due anni che non può essere eseguita nei tempi prestabiliti per mancanza di materie prime, o perchè si verificano ritardi nella consegna delle stesse o dei macchinari per la lavorazione.

prorogare un contratto della durata iniziale di due anni e mezzo per altri sei mesi.

Dalla lettura dell'art. 4 si evince dunque che, a parte il caso dei dirigenti, per i contratti a termine non vi è un limite di durata: vi potranno quindi essere rapporti a tempo determinato ben superiori a tre anni⁵¹, anche perchè la disposizione relativa alla proroga è applicabile solamente qualora "la durata iniziale del contratto sia inferiore a tre anni".

Rispetto alla disciplina previgente, restano inalterate le disposizioni relative alla necessità del consenso del lavoratore, l'ammissione della proroga per una sola volta, la necessità che la proroga si riferisca alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato inizialmente e l'onere della prova relativo all'esistenza delle ragioni giustificanti la proroga, sempre a carico del datore di lavoro.

Per quanto riguarda il consenso, esso deve essere prestato in un momento anteriore alla scadenza del termine stabilito, o quantomeno contemporaneo alla scadenza stessa, e può essere desunto anche da comportamenti concludenti.

Problemi sono invece sorti in passato riguardo alla forma in cui esso deve essere prestato. Infatti si tratterebbe pur sempre dell'apposizione di un nuovo termine, e quindi dovrebbero seguirsi le indicazioni di cui all'art. 1, ma è anche vero che tale articolo nulla dice in termini di proroga, quindi appare preferibile seguire la regola generale relativa alla forma dei contratti, secondo cui essa dovrebbe essere libera⁵².

In tema di forma, a differenza di quanto prescritto per la stipulazione del contratto, per la proroga, il decreto n. 368 del 2001 non richiede una forma *ad substantiam*: in osservanza al principio della libertà delle forme e in coerenza con il

⁵¹In tal senso anche CIAMPOLINI, *Proroga, scadenza del termine e successione dei contratti*, in *Guida al lavoro*, n. 41, 2001, 27.

⁵²Da tempo la giurisprudenza si è orientata verso tale posizione: Trib. Bergamo 3 aprile 1982, in *Or. giur. lav.*, 1982, 1147; Cass. 23 novembre 1988, n. 6305, in *Mass. Giur. Lav.*, 1989, 28; Cass. 3 luglio 1990, n. 6796, in *Dir. prat. lav.*, 1990, 2840.

prevalente orientamento dottrinario⁵³ e giurisprudenziale⁵⁴ formatosi negli anni, il legislatore ha optato dunque per nessun obbligo di forma scritta per la proroga.

In virtù dell'espressa attribuzione al datore di lavoro dell'onere della prova circa "l'obiettiva esistenza delle ragioni che giustificano l'eventuale proroga", non v'è dubbio che ragioni di prudenza consiglieranno i titolari del rapporto ad utilizzare la forma scritta per avere la certezza del momento in cui la proroga è stata accettata, del periodo in cui è iniziato il prolungamento della prestazione e delle ragioni che la giustificavano⁵⁵.

Infine si ricordi che dal campo di applicazione della disciplina della proroga vanno esclusi, oltre il già ricordato caso dei dirigenti (art. 10, comma 4), anche quello del personale artistico delle fondazioni di produzione musicale di cui al D.Lgs. n. 367 del 1996 (art. 11, comma 4).

3.5 LA PROSECUZIONE DEL RAPPORTO OLTRE LA SCADENZA DEL TERMINE

L'art. 5 del D.Lgs. n. 368/2001 riproduce il secondo comma dell'art. 2 della L. n. 230/1962, come modificato dal D.Lgs. n. 196/1997.

Oltre all'ipotesi della prosecuzione dell'attività lavorativa oltre la scadenza del termine, tale articolo disciplina anche le fattispecie particolari della riassunzione a termine effettuata senza il rispetto dell'intervallo temporale minimo e della costituzione di due successivi contratti a termine senza interruzione tra essi.

Il primo comma dell'articolo in questione dispone che in caso di prosecuzione del

⁵³Fra tanti CIAMPOLINI, *Proroga, scadenza del termine e successione dei contratti*, in *Guida al lavoro*, n. 41, 2001; CACCIAPAGLIA & DE FUSCO, *Requisiti, forma e sanzioni per la proroga*, in *Guida al lavoro*, n. 41, 2001, 23; FAILLA, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 48, 2001, 3153).

⁵⁴Cass. 28 maggio 1990, n. 4939; Cass. 3 luglio 1990, n. 6797; Cass. 23 novembre 1988, n. 6305.

⁵⁵In tal senso anche FAILLA, *La nuova disciplina del contratto a termine*, in *Dir. Prat. Lav.*, n. 48, 2001, 3153).

rapporto di lavoro oltre la scadenza del termine (sia esso quello inizialmente stabilito o prorogato), il datore di lavoro è tenuto ad una maggiorazione retributiva pari al 20% (dal primo al decimo giorno di lavoro dopo la scadenza del termine) o al 40% (per ogni giorno ulteriore) per ogni giorno in più di lavoro. Intento del legislatore è quindi quello di scoraggiare l'utilizzo del lavoratore per pochi giorni oltre il termine scaduto⁵⁶.

Diverso è invece il caso di continuazione non breve, cioè quella oltre il 20° o 30° giorno (a seconda se si tratti di contratto di durata inferiore o meno a 6 mesi): superati tali limiti, il contratto si trasforma *ex lege* in contratto a tempo indeterminato (art. 5, comma 2). In tale ipotesi, il legislatore ha ritenuto che le ragioni per le quali si era proceduto all'assunzione a termine si siano esaurite, e che l'ulteriore utilizzo del lavoratore rappresenti un'effettivo cambiamento dell'organizzazione politico-economica dell'impresa, all'interno della quale il lavoratore stesso abbia ormai un suo ruolo stabile.

Il terzo comma dell'art. 5 disciplina invece il caso del lavoratore riassunto a termine senza il rispetto degli intervalli temporali minimi entro i quali è vietata la riassunzione a termine, di 10 o 20 giorni (rispettivamente in caso di contratto fino o superiore a sei mesi) dalla data di scadenza del contratto: in tal caso il secondo contratto si considera a tempo indeterminato.

La precedente disciplina, sia in caso di prosecuzione del rapporto che di successive assunzioni a termine senza il rispetto degli intervalli minimi previsti dalla legge, prevedeva invece l'istantanea conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato: tale logica antifraudolenta aveva finito però per penalizzare in modo eccessivo anche eventuali errori od omissioni.

L'art. 5 del decreto delegato non muta il sistema sanzionatorio introdotto dal c.d. "pacchetto Treu", ma introduce due novità.

La prima riguarda il caso della riassunzione effettuata senza rispettare l'intervallo

⁵⁶In tal senso anche ROCCELLA, *Disciplina sanzionatoria del contratto a tempo determinato*, 1998, 1300.

previsto dalla legge: mentre in precedenza si faceva riferimento ad un contratto "inferiore o superiore a sei mesi", ora si stabilisce che gli intervalli (di dieci o venti giorni) si applicano rispettivamente al contratto di durata "fino a sei mesi" o "superiore a sei mesi". Questa differenza, a prima vista di poco conto, chiarisce invece che il termine di dieci giorni riguarda anche i contratti a tempo determinato che durano esattamente sei mesi (che non sono né superiori né inferiori a sei mesi), eliminando così i dubbi interpretativi sul punto⁵⁷.

L'altra innovazione riguarda le "assunzioni successive a termine": il comma 4 dell'art. 5 fornisce una definizione di tale locuzione, stabilendo che con tale espressione si intendono identificare le assunzioni "effettuate senza soluzione di continuità". In pratica, la sanzione della conversione del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato scatta quando vi siano due assunzioni consecutive senza alcun intervallo di tempo, anche se non è mancato chi ha sostenuto che la qualificazione a tempo indeterminato *ab initio* debba operare solamente qualora il secondo contratto sia stipulato ancor prima della scadenza del primo⁵⁸.

3.6 IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

Per discriminazione deve intendersi "una ingiustificata differenza di trattamento dovuta ad un fattore tipizzato dalla legge"; di conseguenza "ogni altra differenza per ragioni atipiche (...) non può essere definita discriminazione in senso tecnico e resta estranea alla relativa disciplina"⁵⁹.

L'art. 6 del D.Lgs. n. 368/2001 mira all'eliminazione di qualsiasi discriminazione a

⁵⁷ CACCIAPAGLIA & DE FUSCO, *Requisiti, forma e sanzioni per la proroga*, in *Guida al lavoro*, n. 41, 2001.

⁵⁸ SUPPIEJ, in SUPPIEJ, DE CRISTOFARO MARC., CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Padova, 1998, 220.

⁵⁹ VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Torino, 2000, 186.

carico dei lavoratori a termine rispetto a quelli a tempo indeterminato: tale finalità costituisce uno dei principali scopi perseguiti dalle parti sociali nell'accordo quadro attuato con la Direttiva 1999/70/CE⁶⁰.

In tema di non discriminazione l'ordinamento italiano era ritenuto da più parti⁶¹, anche prima dell'emanazione del decreto di riforma, come conforme ai dettati della Direttiva 1999/70/CE: infatti, il legislatore ha trasfuso l'art. 5, L. n. 230/1962, che già riconosceva al lavoratore a termine ferie, tredicesima mensilità ed ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori a tempo indeterminato, nell'art. 6 del decreto vigente, senza sostanziali modifiche.

Un'innovazione, comunque non sostanziale, è l'introduzione del concetto di "lavoratore comparabile", da intendersi come il lavoratore inquadrato nello stesso livello dalle indicazioni della contrattazione collettiva.

Secondo la clausola 4 della Direttiva 1999/70/CE il principio di discriminazione può essere temperato, nel caso in cui sussistano ragioni oggettive per la sua non applicazione, dal principio del *pro rata temporis*, che consente di proporzionare qualsiasi trattamento al periodo di lavoro prestato.

A testimonianza dell'importanza e della necessità di tutela del principio di non discriminazione, il legislatore ha previsto, per l'inosservanza degli obblighi derivanti dall'art. 6 del decreto delegato, un sistema sanzionatorio autonomo, regolato dall'art. 12 del decreto stesso, che prevede sanzioni amministrative crescenti in proporzione al numero dei lavoratori oggetto di disparità di trattamento.

3.7 I DIVIETI DI ASSUNZIONE A TERMINE

⁶⁰ Sul punto si vedano MALERBA, *Successione di contratti a termine*, OGL, 1999, I, 391 e BRUN, *Sulla reiterazione di contratti a termine in violazione di legge*, q.Riv., 2000, 505.

⁶¹ PIZZONIA, *Il principio di non discriminazione: accordo europeo e la normativa interna*, in MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, IPSOA, 2002; MENGHINI, *Lavoro a termine, referendum, Direttiva 1999/70/CE, Patto di Milano*, in Riv. giur. lav., 2000, 575.

Il D.Lgs. n. 368/2001, all'art. 3, contiene un elenco di ipotesi nelle quali, pur in presenza delle ragioni giustificative previste dall'art. 1, è vietata la stipulazione di un contratto a termine. Tali divieti erano già stati definiti in sede giurisprudenziale prima dell'emanazione del nuovo decreto (ad esempio quello relativo alla sostituzione dei lavoratori in sciopero), mentre altri sono stati derivati dalla disciplina sul lavoro temporaneo (con riferimento ai licenziamenti collettivi, alla C.I.G. e alla mancata valutazione dei rischi secondo le disposizioni del D.Lgs. n. 626/1994).

Innanzitutto non è ammessa la stipulazione del contratto a termine per la **sostituzione di lavoratori esercitanti il diritto sciopero** (art. 3, comma 1, lett. a): tale divieto risponde all'esigenza di tutelare il diritto fondamentale di sciopero previsto dall'art. 40 della Costituzione. Il divieto è comunque riferito solamente agli scioperi legittimi, mentre non opera in caso di astensioni che mettano in pericolo le persone e gli impianti oppure ledano i diritti degli utenti dei servizi pubblici essenziali⁶². La Cassazione ha affermato inoltre che il diritto di sciopero ex art. 40 Cost. non esclude che il datore di lavoro possa utilizzare ogni mezzo consentito dalla legge che, senza precluderne l'esercizio, ne eviti o attenui gli effetti, anche mediante l'impiego di personale non scioperante o esterno all'azienda⁶³.

Altra limitazione all'utilizzo del contratto a termine stabilita dall'art. 3 riguarda il divieto di assunzione, salvo diversa disposizione degli accordi sindacali, presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, nei sei mesi precedenti, a **licenziamenti collettivi** che abbiano interessato lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto a tempo determinato.

Si tratta di una limitazione non nuova per il nostro legislatore: infatti in precedenza era stata utilizzata anche per i contratti di formazione e lavoro (art. 3,

⁶² VALLEBONA & PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, 2001, 32; PAPALEONI, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, 2001, 384.

⁶³ Cass., sez. lav., 13 marzo 1986, n. 1701.

comma 1, L. n. 863/1984) e per le assunzioni incentivate dalla Cassa Integrazione Guadagni (art. 4, comma 3, L. n. 236/1993).

Nel caso del lavoro a termine però, l'art. 3 stabilisce un periodo, in cui non è possibile assumere, più breve, cioè di sei mesi, mentre negli altri casi⁶⁴ era di un anno.

La *ratio* di tale divieto è da ricercare nella volontà del legislatore di evitare la "destrutturazione di posti di lavoro stabili"⁶⁵, ovvero evitare comportamenti fraudolenti del datore di lavoro che, enfatizzando i momenti di crisi aziendale, effettui dei licenziamenti per sostituire il personale con manodopera a termine in un secondo tempo.

Tale divieto è comunque derogabile attraverso accordi sindacali, anche se il legislatore non ha precisato però il livello territoriale e/o negoziale; uguale possibilità di deroga è ammessa quando si tratti di sostituire lavoratori assenti, o ancora, di contratti stipulati con lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, oppure se il contratto abbia una durata iniziale non superiore a 3 mesi (tale ultima eccezione si spiega solamente in considerazione dell'estrema brevità del rapporto).

Si osservi poi come la norma parli di "licenziamenti collettivi": di conseguenza, devono essere esclusi dal campo di applicazione della presente disposizione i casi di unità produttive in cui siano intervenuti licenziamenti plurimi individuali per giustificato motivo oggettivo⁶⁶. Alla stessa maniera non potrebbe ritenersi operante il divieto in periodi successivi a procedure di mobilità concluse a seguito di accordi sindacali escludenti il ricorso a licenziamento collettivo.

Naturalmente il divieto di contratti a termine nel semestre non potrà essere eluso con trasformazioni simulate, come qualcuno ha cercato di fare attraverso il mutamento della ragione sociale della medesima azienda⁶⁷.

64 I CFL (art. 3, comma 1, L. n. 863/1984) e le assunzioni incentivate dalla Cassa Integrazione Guadagni (art. 4, comma 3, L. n. 236/1993).

65 ALTAVILLA, *I mercati a termine nel mercato differenziato*, Giuffrè, Milano, 2001, 257; RUGGIERO, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della direttiva Ce 1999/70*, in *GL*, 2001, 41.

66 Cass., sez. lav., 24 gennaio 1997, n. 723; Cass., sez. lav., 8 febbraio 2000, n. 1410.

67 Trib. Vicenza 5 gennaio 1998, in *Or. giur. lav.*, 1998, I, 446.

Si osservi peraltro come il divieto di assunzione a termine non sia esteso a tutta l'azienda, ma solo alle *unità produttive* nelle quali si è dovuti intervenire col licenziamento collettivo o con la sospensione del lavoro: in più, il riferimento agli artt. 4 e 24, L. n. 223/1991 comporta che il divieto semestrale si applichi solo ai datori di lavoro assoggettati alla L. n. 223/1991, escludendosi così i datori di lavoro non imprenditori o gli imprenditori con meno di 16 dipendenti, a meno che non vengano dalla CIG ai sensi dell'art. 4 della predetta legge⁶⁸.

Terzo divieto imposto dall'art. 3 del D.Lgs. n. 368/2001 riguarda l'assunzione a termine presso unità produttive nelle quali sia operante una **sospensione del rapporto** o una **riduzione dell'orario** con diritto al trattamento di **integrazione salariale**, che interessino lavoratori adibiti alle mansioni cui si riferisce il contratto a termine⁶⁹.

Quarto ed ultimo divieto riguarda il caso delle imprese che non abbiano effettuato la **valutazione dei rischi** ai sensi del D.Lgs. n. 626/1994 (novellato dal D.Lgs. n. 242/1996 e più recentemente dal D.Lgs. n. 39/2002), che ha avuto il merito di introdurre nel nostro ordinamento due obblighi fondamentali per il datore di lavoro: effettuare la valutazione dei rischi e creare un sistema di gestione della sicurezza.

Proprio la valutazione dei rischi viene richiamata dalla lettera d) dell'art. 3 del D.Lgs. n. 368/2001, che stabilisce il divieto di assunzione a termine da parte delle imprese che non l'abbiano effettuata.

Si può definire la **valutazione dei rischi** come quell'attività, a carico del datore di lavoro, attraverso cui devono essere individuate le misure di prevenzione e protezione per il miglioramento delle condizioni di sicurezza e salute dei lavoratori: in virtù di questa attività deve poi essere elaborato il programma di attuazione di tali misure.

Della limitazione imposta dalla lettera d) dell'art. 3 devono sottolinearsi le finalità

⁶⁸ MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Milano, 2001, 352.

⁶⁹ Tale limitazione vale anche per i CFL (Pret. Como 17 dicembre 1990) e in riferimento ai licenziamenti collettivi (Pret. Alessandria 21 aprile 1989).

sia premiali che sanzionatorie, perseguite dal legislatore. Le prime si riferiscono alla dimostrazione che l'impresa abbia fornito di aver effettuato la valutazione dei rischi, le seconde riguardano invece i datori di lavoro inadempienti: l'apposizione del termine sarebbe inefficace e quindi il contratto sarebbe da considerare come a tempo indeterminato fin dall'inizio della prestazione.

Il legislatore ha comunque taciuto sulle modalità che l'impresa dovrebbe seguire per dimostrare di aver assolto all'adempimento dell'obbligo di valutazione dei rischi. L'art. 4 della L. n. 196/97, prima che venisse modificato dal D.Lgs. n. 276/2003, imponeva all'impresa di dichiarare alla Direzione Provinciale del Lavoro di aver effettuato la prescritta valutazione dei rischi, ma in seguito si è ritenuta insufficiente l'invio alla DPL di una semplice dichiarazione del datore di lavoro attestante l'avvenuta attività di valutazione, richiedendosi che l'impresa utilizzatrice dovesse inviare anche la documentazione comprovante l'adempimento, cioè il documento di valutazione dei rischi, espressamente previsto dall'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 626/1994.

Infatti la relazione sulla valutazione dei rischi di cui sopra non offre di per sé sufficienti garanzie al riguardo; tali garanzie sono invece offerte dal documento di valutazione dei rischi, contenente oltre alla suddetta relazione di valutazione, la specificazione dei criteri adottati per la valutazione (il datore di lavoro è libero di adottare i criteri che ritiene più opportuni), l'individuazione delle misure di prevenzione e di protezione e, soprattutto, il programma di attuazione di tali misure.

3.8 L'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NUOVA NORMATIVA E LE DISCIPLINE ABROGATE

L'art. 10 del decreto in esame, nei commi da 1 a 5, elenca le esclusioni dal campo di applicazione della nuova normativa sul contratto a termine: ciò non rappresenta un

divieto di apposizione del termine, ma significa soltanto che tali contratti a termine sono disciplinati da norme particolari e non da quelle generali del decreto di riforma.

Sono esclusi dal campo di applicazione del decreto, ai sensi dell'art. 10, comma 1, **i rapporti di apprendistato e le tipologie contrattuali legate a fenomeni di formazione attraverso il lavoro**, come stages, tirocinio, ecc. che, pur caratterizzate dall'apposizione di un termine, non costituiscono rapporto di lavoro.

Sono inoltre esclusi i **rapporti di lavoro fra datori di lavoro dell'agricoltura e gli operai a tempo determinato addetti ai lavori agricoli** (art. 10, comma 2): per questi rapporti, comunque vengano chiamati, continuano ad applicarsi le norme della L. n. 533/1949, il cui art. 1 prevede che i contratti individuali fra i datori di lavoro dell'agricoltura ed i salariati fissi comunque denominati non possono avere una durata inferiore a due annate agrarie e, ove l'abbiano, si intendono estese al biennio; è espressamente prevista la nullità di ogni patto contrario e tale disposizione (minimo di due annate agrarie) non ha effetto relativamente ai salariati fissi che convivono con le famiglie diretto-coltivatrici o mezzadrili che abbiano alle proprie dipendenze un solo salariato fisso convivente.

Altro tipo di rapporto escluso dal campo di applicazione del decreto di riforma è il caso previsto al terzo comma dell'art. 10, che stabilisce come nel **settore del turismo e dei pubblici esercizi** sia ammessa l'assunzione diretta di manodopera per l'esecuzione di **speciali servizi di durata non superiore a tre giorni**, determinata da contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale; si ricordi che dell'avvenuta assunzione deve essere data comunicazione all'organo del collocamento entro cinque giorni.

Al comma 4 dell'art. 10 viene enunciata la norma riguardante le assunzioni a tempo determinato dei **dirigenti**, in base alla quale è consentita la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato con tali soggetti, purché di durata non

superiore a cinque anni: i dirigenti possono comunque recedere dal rapporto, trascorso un triennio, dando regolare preavviso. Quindi i dirigenti possono essere assunti a termine anche indipendentemente dalle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui all'art. 1.

Dunque anche i rapporti a termine con i dirigenti sono esclusi dall'applicazione del decreto in esame, salvo quanto disposto in merito al principio di non discriminazione ed al computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione di alcune norme dello Statuto dei lavoratori.

Il comma 5 dell'art. 10 esclude infine dall'applicazione delle norme del decreto legislativo i contratti a termine instaurati con le **aziende esercitanti il commercio di esportazione, importazione e all'ingresso di prodotti ortofrutticoli.**

RINGRAZIAMENTI

Mi sembra doveroso dedicare questo elaborato ai miei genitori, i quali hanno sempre avuto fiducia in me, anche quando i miei risultati scolastici e accademici non erano dei migliori. Hanno saputo sostenermi nei momenti di difficoltà, non solo dal punto di vista psicologico, ma anche tecnico, data la loro dimestichezza con la mia materia di studio.

Mio padre è stato sempre disponibile ad occupare il suo tempo per conversare e ad approfondire con me argomenti di studio, mentre mia madre ha più volte letto il presente scritto al fine di fornirmi preziosi consigli per le correzioni.

Desidero poi ringraziare tutte quelle persone, senza l'aiuto delle quali questa opera, per quanto modesta, non sarebbe mai stata possibile, e in particolar modo il prof. Enrico Gragnoli, che mi ha aiutato nella composizione di questa dissertazione, indicandomi i testi cui far riferimento e rispondendo con solerzia ad ogni mia richiesta di aiuto.

Un grazie infine a tutto il personale, sia tecnico che amministrativo, del Dipartimento di Studi Giuridici e Sociali, Area di Diritto del Lavoro, dell'Università degli Studi di Parma, in eccezionale modo a due persone squisite: la signora Rosangela Bernardi e la signora Gloria Bianchi, le quali, con estrema gentilezza e disponibilità, mi hanno aiutato nello svolgimento delle pratiche relative all'esame di laurea e nella ricerca dei testi bibliografici.

BIBLIOGRAFIA

- ALVARO, *Contratti a termine: prime osservazioni della Corte di Cassazione*, in *Il diritto del lavoro*, n. 1, Roma, 2002.
- ALVARO, *Spunti di riflessione sul contratto a termine nel decreto legislativo n. 368/2001*, in *Il diritto del lavoro*, n. 1, Roma, 2002.
- BULGARELLI, *Le ragioni giustificative dell'apposizione del termine*, in *Il diritto del lavoro*, n. 1, Roma, 2002.
- FONTANA, *Lavori stagionali e parità di trattamento*, in *Il diritto del lavoro*, n. 2, Roma, 2001.
- FONTANA, *Successione di contratti di lavoro "a giornata"*, in *Il diritto del lavoro*, II, Roma, 2001.
- FRAZZETTA, *Effetti della "scadenza" del contratto di lavoro con termine invalido*, in *Il diritto del lavoro*, II, Roma, 2003.
- HERNANDEZ, *Cause giustisifcatrici del contratto a termine ed eventuale nullità del contratto in assenza delle medesime*, in *Il diritto del lavoro*, n. 2, Roma, 2002.
- MENGHINI (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Milano, IPSOA, 2002.
- MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *ADL*, n. 1, 2002.
- NICOLINI, *Compendio di diritto del lavoro*, CEDAM, 2004.
- NICOLINI, *Il lavoro a tempo determinato*, SIMONE, 2003.
- LAZZARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva europea sul contratto a termine: spunti problematici*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 3, 2002.
- PAPALEONI, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, Roma, 2001.

- PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n.1, 2002.
- PIZZUTI, *Sulla proroga del contratto a termine per "punte stagionali"*, in *Il diritto del lavoro*, II, Roma, 2001.
- SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 91, 2001.
- TURSI, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I-III, Roma, 2002.
- VALLEBONA, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Il diritto del lavoro*, I, Roma, 2002.
- VALLEBONA, *Prescrizione della retribuzione e successione di contratti a termine*, in *Il diritto del lavoro*, II, Roma, 2003.