

Introduzione

Le recenti riforme rilanciano il prototipo del lavoro subordinato a tempo indeterminato come figura di riferimento del mercato del lavoro, attraverso una rimodulazione delle tutele ad esso collegate.

Un significativo tassello di tale cambio di rotta è costituito dalla disciplina in materia di contratto a termine, nel cui contesto normativo era già penetrata l'idea, di origine europea, di considerare il rapporto a tempo indeterminato quale forma comune del rapporto di lavoro.

Non a caso la disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato è stata storicamente uno dei banchi di prova che hanno accompagnato, quando non anticipato, le evoluzioni del diritto del lavoro.

Il d.lgs. n. 81/2015, che attualmente rappresenta l'unico ceppo normativo contenente la disciplina generale dell'istituto, ha completato il processo di liberalizzazione qualitativa del contratto di lavoro a tempo determinato, svincolandolo definitivamente dal rispetto di causali giustificative di carattere oggettivo, originariamente introdotte dal d.lgs. n. 368/2001 in attuazione della direttiva europea 1999/70.

È quindi necessario domandarsi se nel nuovo quadro legislativo possa ravvisarsi una piena fungibilità fra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato, visto che il contenimento del lavoro a termine è affidato alla tecnica normativa dei limiti quantitativi determinati *ex ante*.

In questo inedito scenario l'ulteriore interrogativo da porsi è se la liberalizzazione qualitativa del termine e l'introduzione dei limiti puramente quantitativi (considerando anche le aree di esenzione dagli stessi e il potere derogatorio rimesso alla contrattazione collettiva) possano ritenersi conformi all'ordinamento interno ed euro-unitario.

Nell'ottica del legislatore, la previsione di limiti quantitativi e di un termine di durata massima anche in ipotesi di primo contratto, oltre a contenere l'enorme contenzioso determinato dalle causali di carattere oggettivo, dovrebbe contribuire a far sì che la forma comune dei rapporti di lavoro rimanga quella a tempo indeterminato.

È cruciale, dunque, individuare la valenza giuridica del principio, mutuato dalla direttiva europea in materia di lavoro a termine, del contratto di lavoro a tempo indeterminato quale forma comune di rapporto di lavoro, specie a seguito della sua trasposizione nel nostro ordinamento interno. Forma comune

che oggi, dopo l'attuazione del c.d. *Jobs Act* si identifica, come noto, nel contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

In particolare è utile verificare quali siano gli strumenti che l'ordinamento appresta per garantire a livello di diritto interno il rispetto della forma comune.

Nel settore privato tale verifica può avvenire sul piano legislativo esterno alla normativa sul contratto a termine, come nel caso delle leve di natura contributiva e fiscale volte ad incentivare la stipulazione del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Tale valutazione va fatta anche a soprattutto sul piano interno alla disciplina del contratto a termine, esaminando quegli strumenti che permettono di ricondurre (v. la trasformazione) o contribuiscono a ricondurre (v. il diritto di precedenza) il rapporto di lavoro alla forma comune.

Una valutazione più profonda rispetto alla tenuta complessiva del principio della forma comune deve essere però effettuata in merito ai nuovi limiti quantitativi, definiti *ex lege* o dalla contrattazione collettiva, che caratterizzano il nuovo quadro legale.

Occorre infatti chiarire se le conseguenze sanzionatorie scaturenti dalla violazione dei limiti quantitativi possano esaurirsi solo nell'applicazione di una sanzione amministrativa, come emerge dal dato letterale delle norme, o non debba, invece, individuarsi un apparato di tutele che renda effettiva la capacità dissuasiva del limite quantitativo e garantisca il rispetto del principio della forma comune.

Sotto quest'ultimo profilo, la nullità del contratto a termine, in passato sanzione-rifugio capace di assicurare le forme di abuso del contratto a termine non espressamente sanzionate, potrebbe continuare ad assolvere, sia pure in una nuova ottica, la funzione di "cerniera" che assicura la tenuta del sistema.

In quest'ottica è interessante indagare, come avverrà nella parte finale di questo studio, la particolare esperienza che ha interessato il settore pubblico in cui vige tuttora un contenimento qualitativo del lavoro a termine e si sono sedimentate alcune importanti acquisizioni proprio in relazione ai profili sanzionatori e riparatori collegati all'illegittima apposizione del termine. In effetti, nell'area dell'impiego pubblico si è assistito, pur a fronte di perduranti abusi nell'utilizzo di forme flessibili di lavoro, all'impossibilità di accedere, per espresa disposizione normativa (cfr. art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001), alla costituzione di un rapporto a tempo indeterminato. Tuttavia, in questo caso, il citato divieto non ha impedito alla giurisprudenza, pur nella varietà degli indirizzi, di ricercare fonti alternative ed effettive di tutela tali da garantire il contrasto degli abusi perseguito dalla normativa europea.

In questo contesto, a differenza che nel settore privato, la garanzia della forma comune può essere ed è stata spesso perseguita non solo con le limitazioni di natura qualitativa e quantitativa all'apposizione del termine, ma anche attraverso l'intervento di specifiche procedure di "stabilizzazione".

Pur non potendosi sottacere il sempre maggiore allontanamento tra la disciplina del lavoro a termine nel settore privato e quella del lavoro a termine

nel settore pubblico, l'elemento di continuità tra le due sfere regolative può essere rintracciato proprio nel rispetto del principio della forma comune. Principio che in qualche modo assurge ad archetipo ideale suscettibile di esprimersi tanto nelle regole del settore privato quanto nel lavoro pubblico, pur se attraverso un assetto geometrico variabile, mediante forme protettive di natura e contenuto assai diversi tra di loro e profondamente innovativi rispetto al passato.

Capitolo Primo

La liberalizzazione qualitativa del contratto di lavoro a tempo determinato

SOMMARIO: 1. L'apposizione del termine nella direttiva europea 1999/70. – 2. L'attuazione della direttiva europea: la previsione di una norma elastica quale tecnica di contenimento qualitativo del lavoro a termine. – 3. Le specifiche ipotesi di assunzione a termine senza obbligo di giustificazione nella versione originaria del d.lgs. n. 368/2001 ed il graduale abbandono del requisito delle ragioni oggettive dopo gli interventi legislativi del 2012 e del 2013. – 4. Il superamento, ad opera del d.l. n. 34/2014 conv. in l. n. 78/2014 e del d.lgs. n. 81/2015, della regola di giustificazione del termine: le ragioni della riforma. – 5. La nuova tecnica legislativa di contenimento del lavoro a termine mediante l'introduzione di limiti quantitativi. – 6. La conformità al diritto europeo della liberalizzazione qualitativa del termine.

1. L'apposizione del termine nella direttiva europea 1999/70

La direttiva europea n. 1999/70, recependo l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dalle organizzazioni europee delle parti sociali Ceep, Ces ed Unice, impone agli Stati membri la realizzazione di due soli obiettivi: migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il principio di non discriminazione¹; creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato². L'attuazione della direttiva non deve tradursi nella riduzione del livello generale di tutela offerto ai lavoratori a termine nell'ambito coperto dall'accordo stesso (c.d. clausola di non regresso)³.

¹ Cfr. clausola 1, lett. a) dell'accordo quadro. Principio che viene ripreso nella clausola 4, come noto munita di efficacia diretta (C. Giust. 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*, c. *Minister for Agriculture and Food*, punti 62 e 68 della motivazione) ove si prevede che “per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive”.

² Cfr. clausola 1, lett. b) dell'accordo quadro e clausola 5 per quanto concerne le misure di prevenzione degli abusi. In proposito la Corte di Giustizia (citata nella precedente nota) ha affermato che la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro non comporta alcun obbligo incondizionato e sufficientemente preciso che possa essere invocato, in assenza di misure di trasposizione adottate nei termini, da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale (punti 73, 79 e 80).

³ Su cui G. DONDI, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 3, 566 ss.; U. CARABELLI-V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a con-*

Stando alla clausola 2, l'accordo si applica a tutti i lavoratori a tempo determinato anche se assunti in virtù del primo ed unico contratto di lavoro⁴ ed anche se dipendenti pubblici⁵. Tale disposizione fa del resto *pendant* con quella contenuta nella successiva clausola 3, ai sensi della quale è "lavoratore a tempo determinato" la persona con un contratto o un rapporto di lavoro definiti direttamente fra il datore di lavoro e il lavoratore e il cui termine è determinato da condizioni oggettive, quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico.

All'ampiezza dell'ambito di applicazione non corrisponde una precisa definizione sulla natura del contratto a termine e, al riguardo, la direttiva europea si limita a riconoscere che i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori.

Occorre peraltro considerare che la *ratio* ispiratrice della direttiva comunitaria 1999/70, come risulta dal quinto e dal sesto considerando, trova la sua genesi⁶:

- nelle conclusioni del Consiglio europeo di Essen del 1995 ove si sottolineava la necessità di provvedimenti volti ad incrementare l'intensità occupazionale, in particolare mediante una organizzazione più flessibile del lavoro, nel rispetto dei desideri dei lavoratori e delle esigenze della competitività;
- nella risoluzione del Consiglio europeo del 9 febbraio 1999, ove si invitavano le parti sociali a tutti i livelli appropriati a negoziare accordi per modernizzare l'organizzazione del lavoro, comprese forme flessibili di lavoro, al fine di rendere le imprese produttive e competitive e di realizzare il necessario equilibrio tra la flessibilità e la sicurezza.

In altre parole, come si evince dai "considerando" quattordicesimo e diciassettesimo della direttiva 1999/70, nonché dal terzo comma del preambolo, dai punti 7-10 delle considerazioni generali e dalla clausola 1, l'accordo quadro non

fronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali, in *Contratto e impresa. Europa*, 2005, 2, 539 ss.; L. MENGHINI, *Direttive sociali e clausole di non regresso: il variabile ruolo del diritto comunitario nelle decisioni delle Corti Superiori*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, 3, II, 475 ss.; M. MISCIONE, *La Corte di Giustizia sul contratto a termine e la clausola di non regresso*, in *Lav. giur.*, 2009, 5, 437 ss.; S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione del diritto del lavoro"*, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2007, 52, 1 ss.; più di recente, L. CORAZZA, *Il lavoro a termine nel diritto dell'Unione europea*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, 1 ss.

⁴ M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili, anche alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2014, 211, 19. Così come risultano applicabili le clausole 6 e 7 riguardanti il diritto di informazione e formazione ed i criteri di computo ai fini della costituzione di rappresentanze sindacali aziendali.

⁵ C. Giust. 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, punto 56; C. Giust. 11 aprile 2013, *Della Rocca*, C-290/12, punto 34, nonché C. Giust. 13 marzo 2014, *Marquez Samohano*, C-190/13, punto 38.

⁶ Cfr. relazione governativa al d.lgs. n. 368/2001 rinvenibile in *Guida dir.*, 2001, 44, 30 ss.

ha lo scopo di armonizzare tutte le norme nazionali relative ai contratti di lavoro a tempo determinato⁷ né quello di disciplinare espressamente l'apposizione del termine all'unico contratto di lavoro⁸.

Dirimente appare la giurisprudenza europea, la quale ha avuto modo di precisare, in più occasioni, come la direttiva 1999/70 non si riferisca alle ragioni oggettive che legittimano la stipula del primo contratto, bensì ai rinnovi e cioè agli ulteriori contratti⁹. La lett. a) della clausola 5, *ergo*, non assegna nessuna misura di prevenzione alle ragioni che giustificano la prima assunzione¹⁰.

Quanto esposto consente di negare l'esistenza di un principio di giustificazione causale – di matrice europea – della prima assunzione a termine: solo se previsto effettivamente dalla direttiva, infatti, tale principio non sarebbe derogabile da legislazioni nazionali e se ne potrebbe demandare l'interpretazione – mediante rinvio pregiudiziale – alla Corte di giustizia dell'Unione europea¹¹.

Alcune disposizioni della medesima direttiva sembrano tuttavia escludere un totale disinteresse del legislatore europeo verso le singole assunzioni a tempo determinato, in sé considerate¹², perciò meritano di essere analizzate.

Al riguardo, secondo il punto 7 delle considerazioni generali dell'accordo-quadro “*l'utilizzazione di contratti del lavoro a tempo determinato ... è basata su ragioni oggettive*”¹³: la disposizione ha indotto taluni a ritenere che “*tali ragioni sembrano, quindi, elementi essenziali del tipo contrattuale del lavoro a tempo determinato, appunto, e ne confermano la permanente specialità*”¹⁴.

⁷ C. Giust. 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, punti 26 e 36, C. Giust. 15 aprile 2008, *Impact*, C-268/06, punto 111; C. Giust. 11 novembre 2010, *Vino I*, C-20/10, punto 54.

⁸ L. MENGHINI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, Ipsoa, Milano, 2002, 21; G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 655 ss.; G. FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano, 2010, 145 ss.; cfr. sul punto le opinioni critiche di P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, ESI, Napoli, 2013, 82 ss.

⁹ Da ultimo C. Giust. 14 settembre 2016, *Pérez Lopez*, C-16/15, punto 26, C. Giust. 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, punto 63; C. Giust. 23 aprile 2009, *Angelidaki e a.*, da C-378/07 a C-380/07, punto 73, 90 e 107; C. Giust. 26 gennaio 2012, *Kücük*, C-586/10, punto 25; C. Giust. 13 marzo 2014, *Márquez Samohano*, C-190/13, punto 41; C. Giust. 3 luglio 2014, *Fiamingo e a.*, C-362/13, C-363/13 e C-407/13, punto 54; C. Giust. 26 novembre 2014, *Mascolo e a.*, C-22/13, C-61/13, C-63/13 e C-418/13, punto 72.

¹⁰ C. Giust. 11 novembre 2010, *Vino I*, cit., punto 62; C. Giust. 23 aprile 2009, *Angelidaki et al.*, cit., punto 90; C. Giust. 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, punti 41-43, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 266 (con nota di O. Bonardi). Cfr. anche le sentenze 7 settembre 2006, *Marrosu e Sardino*, C-53/04, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 4, 601 ss. (nt. di A. Gabriele) nonché, in Italia, la pronuncia Corte Cost. 4 marzo 2008, n. 44, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 5, 583 ss.

¹¹ M. DE LUCA, *Diritti di lavoratori flessibili*, cit., 19.

¹² C. Giust. 23 aprile 2009, *Angelidaki e a.*, cit., punto 121; Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *Lav. giur.*, 2008, 903, con nota di V. De Michele.

¹³ Cfr. in particolare Trib. Trani, ord. 25 novembre 2009, in *Lav. giur.*, 2010, 4, 368, con nota di V. De Michele.

¹⁴ M. DE LUCA, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso*

Senonché sul punto pare subito possibile formulare una lettura di segno opposto, anzitutto perché, ove ci si soffermi, nel testo della direttiva, sulla nozione di “condizioni oggettive”, esse sono identificate (clausola 3.1) in modo blando e scarsamente selettivo¹⁵, mediante requisiti quali il raggiungimento di una certa data, il completamento di un compito specifico o il verificarsi di un evento specifico, di talché la considerazione introduttiva, privata di una precisa previsione applicativa concreta (solo uno tra i tanti modi di prevenire gli abusi nella successione di contratti), difetta di valore prescrittivo¹⁶ e non trova un referente sul quale esercitare un’influenza interpretativa.

Sotto un diverso profilo, nel preambolo dell’accordo quadro europeo viene espressamente riconosciuto che “*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*” e così pure nel punto 6 delle considerazioni generali “*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 migliorare il rendimento*”.

A tal proposito, la dottrina ha sin da subito evidenziato che la forma comune non è forma giuridica, ma organizzativa – che rappresenta uno stato di fatto e non un giudizio di valore sul contratto a termine¹⁷ – intesa come modalità contrattuale statisticamente prevalente¹⁸ senza portata precettiva perché svuotata, appunto, di qualsivoglia giudizio di valore o disvalore¹⁹.

E tuttavia, soprattutto in alcune riflessioni più recenti, si osservano tentativi di rinvenire nelle espressioni contenute nel preambolo, nonché nel punto 6 e nel punto 7 delle considerazioni generali, un principio giuridico di giustificazione causale per l’apposizione del termine, che renderebbe necessario per il legislatore interno fare corrispondere esigenze oggettive, se non temporanee, ad ogni apposizione di clausole di scadenza, e perciò anche con riferimento alla prima assunzione²⁰.

crece la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su jobs act e dintorni), in WP C.S.D.L.E.it, 2014, 217, 8-9.

¹⁵ A. MARESCA, *Apposizione del termine, successione di contratti a tempo determinato e nuovi limiti legali: primi problemi applicativi dell’art. 5 c. 4-bis e ter, d.lgs. n. 368/2001*, in Riv. it. dir. lav., 2008, I, 302.

¹⁶ V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la direttiva n. 99/70*, in Riv. giur. lav., 2014, 4, 711.

¹⁷ Si vedano G. SANTORO-PASSARELLI, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in Arg. dir. lav., 2002, 177; S. CIUCCIOVINO, *Apposizione del termine*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Attuazione della direttiva n. 70/1999 relativa all’accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall’Unice, dal Ceep e dal Ces*, in Nuove leggi civ. comm., 2002, I, 33.

¹⁸ A. MARESCA, *Apposizione del termine*, cit., 299.

¹⁹ G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, cit., 655-656; R. ROMEI, *Questioni sul contratto a termine*, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2008, 321-324.

²⁰ V. DE MICHELE, *Diritto comunitario e diritto nazionale a confronto sulla flessibilità in en-*

Al riguardo la discussione può essere oggi arricchita di alcune riflessioni.

Senza dubbio la norma pare priva di valore prescrittivo in sé e per sé considerata²¹, ma non si può negare che tale interpretazione condurrebbe a svuotare eccessivamente di contenuto la rilevanza di tali previsioni, soprattutto ove si consideri che la stessa legislazione italiana ormai da anni ed attraverso diverse legislature evidenzia un chiaro obiettivo di raccordo e di assimilazione dei principi espressi dal preambolo della direttiva, nel dichiarare che il contratto a tempo indeterminato è la forma comune di assunzione (cfr. art. 1, comma 39, l. n. 247/2007; art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, dopo le modifiche apportate dalla l. n. 92/2012; art. 1, d.lgs. n. 81/2015: v. *infra*, cap. II, §§ 1, 2)²².

Inoltre, l'evoluzione giurisprudenziale comunitaria successiva è giunta ad attribuire crescente enfasi al principio della forma comune (*infra*, cap. I, § 1) a fini interpretativi non privi di implicazioni sostanziali, seppur con riferimento soltanto alla prevenzione degli abusi nella successione dei contratti (*infra*, cap. II, §§ 1 e 4.2.1) e non anche con riguardo all'apposizione del termine al primo ed unico contratto.

2. L'attuazione della direttiva europea: la previsione di una norma elastica quale tecnica di contenimento qualitativo del lavoro a termine

Sebbene la direttiva non imponga agli Stati membri di limitare il ricorso al primo contratto a termine mediante un obbligo di giustificazione, il legislatore del 2001 ha preferito ancorare l'apposizione della clausola di scadenza a ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

Intento del legislatore del 2001 era quello di ovviare all'inconveniente, proprio della l. n. 230/1962 e di ogni altra ipotesi regolatoria a costruzione casistica, di determinare diacronicamente lacune e incertezze applicative della lettera della legge rispetto alle esigenze della vita reale²³.

La l. n. 230/1962, effettivamente, aveva generato un imponente contenzioso sul significato da attribuire alle ipotesi di cui all'art. 1, comma 1 così come, in

trata nelle modifiche introdotte dalla legge n. 78/2014, in F. CARINCI-G. ZILIO GRANDI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atto I*, Adapt University press, e-book series, 2014, 30, 47 ss.; C. ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 144 ss.

²¹ Cfr. C. Giust. 11 aprile 2013, *Della Rocca*, C-290/12, punto 38: "il preambolo di un atto dell'Unione non ha valore giuridico vincolante e non può essere fatto valere né per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi né per interpretare tali disposizioni in un senso manifestamente contrario alla loro formulazione".

²² È questo l'oggetto dell'indagine di S. BELLOMO, *Contratto a tempo determinato e interventi sul costo del lavoro. I nuovi percorsi orientati alla salvaguardia del "contratto dominante"*, in F. CARINCI (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi*, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014, Adapt University press, e-book series, 2015, 40, 160 ss. e spec. 163 ss.

²³ L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, I, 56 ss.

seguito, alle clausole negoziali scaturite dalla delega alla contrattazione collettiva in virtù dell'art. 23 l. n. 56/1987²⁴.

La tecnica legislativa adottata nel 2001, più che in una clausola generale o clausola generica, si risolveva in una norma elastica o, come è stato correttamente rilevato, in una norma generale²⁵, fattispecie generale²⁶, ossia norma o fattispecie aperta a un numero indeterminato di ipotesi²⁷. Lo strumento adottato – le ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive – pur configurandosi quale fattispecie generale, risultava caratterizzato da completezza ed autosufficienza e, come tale, non bisognoso di integrazione come standard valutativo sul piano valoriale o etico-comportamentale, dovendo tali ragioni sussistere ed essere provate su di un piano meramente oggettivo e fattuale²⁸.

Senonché, già solo su un piano oggettivo e fattuale, la tecnica ha generato un consistente dibattito interpretativo, che ha animosamente polarizzato la giurisprudenza ed ancor più la dottrina su due distinti orientamenti interpretativi²⁹: l'uno, teso a connotare le ragioni oggettive (o, per meglio dire, le esigen-

²⁴ Si veda Cass., S.U., 2 marzo 2006, n. 4588, cit. In dottrina L. MENGHINI, *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di lavoro a termine*, in *Il lavoro a termine*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, 169 ss.

²⁵ A. MARESCA, *Apposizione del termine*, cit., 2008, 292; V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 374; G. PROIA, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 428; S. CIUCCIOVINO, *Apposizione del termine*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368*, cit., 45; ID., *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, 93 ss.

²⁶ G. SANTORO-PASSARELLI, *Note preliminari sulla disciplina del contratto a tempo indeterminato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, I, 179.

²⁷ M. NAPOLI, *Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro a termine*, in A. GARILLI-M. NAPOLI (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Giappichelli, Torino, 2003, 88; A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 372; M. MAGNANI, *Ancora sul contratto di lavoro a termine: tanto rumore per nulla?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, vol. I, Cacucci, Bari, 2008, 635.

²⁸ S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, relazione alle Giornate di Studio AIDLASS su Clausole generali e diritto del lavoro, Roma, Università La Sapienza, 29 e 30 maggio 2014, 60 ss. del dattiloscritto, vedilo anche in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 145, 45 ss.

²⁹ Per un approfondimento cfr. G. SANTORO-PASSARELLI, *Note preliminari*, cit., 180; S. CIUCCIOVINO, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, 99 ss. Per le diverse posizioni si vedano A. VALLEBONA-C. PISANI, *Il nuovo lavoro a termine*, Cedam, Padova, 2001, 25; A. VALLEBONA, *La nullità dei contratti di lavoro atipici*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, II, 527 ss. e cfr. anche ID., *Conseguenze della nullità del termine ingiustificato*, in *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2006, 62-65; cfr. anche F. BIANCHI D'URSO-G. VIDIRI, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 123; M.C. CATAUDELLA, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Giuffrè, Milano, 2008, 59 ss.; R. PESSI, *Il contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 2, 306; G. FERRARO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato rivisitato*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 3, 657; S. GIUBBONI, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 2, 227; A. MARESCA, *Apposizione del termine*, cit., 295; G. PROIA, *Il contratto a tempo determinato: le modifiche del 2008*, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 3, I, 691 ss.;

ze sottese all'assunzione) del requisito della temporaneità, e ciò anche, secondo un orientamento minoritario per le ragioni sopra esposte (*supra*, § 1) in considerazione del preambolo della direttiva europea sulla forma comune del tempo indeterminato; l'altro, a ritenerle meramente oggettive e quindi non necessariamente temporanee, ma tali da rimanere cristallizzate in modo da rendere possibile al giudice il controllo sul nesso causale e limitare lo *jus variandi* del datore³⁰.

Il punto fermo che, riassuntivamente, si rinviene nell'interpretazione della Cassazione è l'esigenza di una "specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive ed organizzative che la stessa sia chiamata a realizzare e la utilizzazione del lavoratore assunto esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata ed in stretto collegamento con la stessa"³¹. Una "specifica connessione" che non va intesa come una "necessaria assoluta temporaneità intrinseca o ontologica della esigenza tecnica, produttiva o organizzativa", bensì come una concezione di "temporaneità relativa sufficientemente oggettivata", attraverso la specificazione per iscritto al fine della trasparenza e della verificabilità delle ragioni³² che rendono necessario, secondo criteri di normalità tecnico-organizzativa, il ricorso alla clausola di durata, piuttosto che all'ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato³³.

Tuttavia, non si può negare che tale tecnica normativa si sia risolta necessariamente in un'invasione o, quantomeno, in una sovrapposizione del giudice sulla sfera riservata o comunque comunemente riconosciuta all'autonomia privata anche collettiva³⁴, prestandosi facilmente a letture di segno opposto, spesso restrittive, a discapito delle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche.

V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2001, 378 ss. e spec. 382 ss., 385-386; ID., *La riforma del contratto a termine dopo la legge 247 del 2007*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 189-196; ID., *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012*, n. 92, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2012, 153; F. LUNARDON, *L'eccezionalità del contratto a termine: dalle causali specifiche alla "specificazione" delle ragioni giustificatrici*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 41; L. DI PAOLA-I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Giuffrè, Milano, 2011; L. MENGHINI, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della corte di giustizia*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 4, 695 ss., cui si rinvia per la rassegna giurisprudenziale italiana e comunitaria.

³⁰ S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368/2001*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 3, 461.

³¹ Cass. 27 aprile 2010, n. 10033, in *Lav. giur.*, 2010, 11, 1096 ss.; Cass. 21 novembre 2011, n. 24479; Cass. 2 novembre 2015, n. 22363; Cass. 27 gennaio 2016, n. 1522.

³² Cass. 13 gennaio 2015, n. 343.

³³ Cass. 24 maggio 2011, n. 11358 e Cass. 11 maggio 2011, n. 10346; Cass. 12 gennaio 2015, n. 208.

³⁴ Cfr. A. VISCOMI, *Intervento*, in *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro flessibile*, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Giuffrè, Milano, 2003, 220.

3. *Le specifiche ipotesi di assunzione a termine senza obbligo di giustificazione nella versione originaria del d.lgs. n. 368/2001 ed il graduale abbandono del requisito delle ragioni oggettive dopo gli interventi legislativi del 2012 e del 2013*

Entro il sistema delineato dal d.lgs. n. 368/2001, erano già previsti margini di scostamento dal principio di necessaria giustificazione dell'apposizione del termine.

Tali eccezioni, tuttavia, erano accomunate dalla riferibilità a particolari situazioni soggettive o qualifiche del lavoratore assunto o, ancora, al settore operativo dell'impresa che effettuasse l'assunzione: si considerino, tra le ipotesi più significative, il lavoro dirigenziale (art. 10, comma 4, d.lgs. n. 368/2001), le assunzioni a termine di lavoratori iscritti nelle liste di mobilità *ex art. 8*, comma 2, l. n. 223/1991, il particolare regime del personale navigante *ex art. 326 cod. nav.*, degli atleti professionisti e del personale artistico e tecnico delle fondazioni di produzione musicale, ma anche, più di recente, le previsioni in materia di *start up* innovative, di cui all'art. 28 del d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012³⁵.

In termini di incidenza, senza dubbio la più rilevante eccezione ha riguardato i contratti a termine stipulati nel rispetto delle condizioni sancite dall'art. 2 del d.lgs. n. 368/2001³⁶ per il settore del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali e per le imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste.

La tecnica dell'art. 2 è consistita nel riconoscimento della legittimità dell'apposizione del termine anche in assenza di specificazione delle ragioni oggettive³⁷, trattandosi di ambito nel quale la valutazione sulla sussistenza della "giustificatazza" ha rappresentato il frutto di un'opzione legislativa predeterminata³⁸ per via della sostanziale e peculiare caratteristica del settore, caratterizzato dall'imprevedibilità e dall'incertezza delle vicende gestionali.

Nell'ottica del potenziamento di misure di c.d. "flessibilità in entrata" del mercato del lavoro, volte a favorire l'occupazione, anche il legislatore del 2012 aveva introdotto una rilevante eccezione alla regola delle ragioni oggettive,

³⁵ Cfr. C. ALESSI, *Le modifiche in tema di lavoro a termine nel "decreto lavoro": alcune osservazioni in tema di "acausalità" e proroga del contratto*, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2013, 188, 6, 12 ss.

³⁶ Disposizione mantenuta transitoriamente in vigore dal d.lgs. n. 81/2015 sino al 31 dicembre 2016 (cfr. art. 55, comma 2).

³⁷ Cass., S.U., 31 maggio 2016, n. 11374. In dottrina A. VALLEBONA, *Il lavoro a termine nei settori delle poste*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, 4, 269 ss.; M. MARAZZA, *Le assunzioni a termine «formalmente acausali», a norma dell'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, sono compatibili con la disciplina comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 3, II, 614 ss.; L. MENGHINI, *Contratto a termine e poste italiane tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, 509 ss.

³⁸ Cass. 2 luglio 2015, 13609, in *Giust. civ. mass.*, 2015; Cass. 26 luglio 2012, n. 13221, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 9, 1070; Cass. 11 luglio 2012, n. 11659, in *Dir. prat. lav.*, 2013, 20, 1323.

questa volta basata su un presupposto generale tanto con riferimento ai lavoratori assunti, quanto alle imprese che avessero effettuato l'assunzione³⁹.

Ciò è avvenuto mediante l'introduzione, all'art. 1 del decreto n. 368/2001, del comma 1-*bis*, che ha escluso il requisito della necessaria indicazione – e, quindi, sussistenza – delle ragioni di cui all'art. 1, comma 1 per l'ipotesi di un contratto a termine per qualsiasi tipo di mansione nell'ambito del primo rapporto a tempo determinato tra le stesse parti e con una durata massima di 12 mesi.

È bene sin da subito chiarire come la deroga riguardasse esclusivamente le ragioni oggettive, ossia il comma 1, lasciando invece intatto il comma 2 e quindi l'obbligatorietà della forma scritta a pena di inefficacia⁴⁰.

Se l'introduzione di un primo contratto a termine "acausale" ha posto dubbi tutto sommato superabili, visto che come osservato (*supra*, § 1)⁴¹ la direttiva non impone agli Stati membri di limitare il ricorso al primo contratto a termine mediante un obbligo di giustificazione⁴², la novella ha sollevato molti dubbi con riferimento all'espressione "primo rapporto a tempo determinato".

L'espressione costituiva il presupposto necessario per la stipulazione del contratto a termine c.d. "acausale" e, a rigore, poteva ritenersi riferibile unicamente ai precedenti contratti a tempo determinato ovvero a precedenti missioni di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato.

Quest'opzione ermeneutica trovava un forte appiglio nella lettera della norma: il legislatore del 2012, infatti, parlava espressamente di "primo rapporto di lavoro a tempo determinato", ricorrendo al termine "rapporto" anziché "contratto", così da poterlo riferire non solo al contratto a termine *ex* decreto n. 368/2001, ma anche alla somministrazione, posto che in quest'ultimo caso – com'è noto – non viene stipulato alcun contratto di lavoro tra utilizzatore e lavoratore, e po-

³⁹ Sulla espansione delle ipotesi acausali, cfr. S. CIUCCIOVINO, *I requisiti sostanziali (soggettivi e oggettivi) dei contratti a termine*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI (a cura di), *I rapporti di lavoro a termine*, Giuffrè, Milano, 2013, 99 ss.; L. MENGHINI, *Contratti a termine: nuove regole*, in F. CARINCI-M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, Supplemento a *Dir. prat. lav.*, 2012, 33, Ipsa, Milano, 93 ss.

⁴⁰ Sul requisito formale e sulle conseguenze in caso di sua inosservanza, cfr. M.P. MONACO, *I vincoli di forma nella conclusione dei rapporti di lavoro a termine*, in R. DEL PUNTA-R. ROMEI (a cura di), *I rapporti*, cit., 89 ss.

⁴¹ Fino a leggere le innovazioni della l. n. 92/2012 (art. 1, comma 1-*bis*) come adattamento dell'ordinamento interno al "diritto vivente" della Corte di Giustizia con riferimento alla "acausalità" del primo contratto a termine: V. SPEZIALE, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2012, 153, 5; M. BROLLO, *La nuova flessibilità "semplificata" del lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, n. 3, I, 570.

⁴² A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 17 ss.; P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2012, 154, e complessivamente è di questo avviso anche L. MENGHINI, *ult. op. cit.*, 98 ss., non senza riflessioni, però, di tenore critico sulle ampie maglie interpretative create dalla giurisprudenza europea in merito alla clausola di non regresso. Pone rilievi critici e dubbi di legittimità costituzionale P. SARACINI, *ult. op. cit.*, 112.

sto che il legislatore del 2012 sembrava accumunare le due discipline⁴³.

Secondo l'orientamento del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (circolare n. 18 del 18 luglio 2012), per "*primo rapporto a tempo determinato*" doveva intendersi qualunque rapporto lavorativo di natura subordinata⁴⁴, in ossequio alla *ratio* della riforma di consentire al datore di lavoro di testare le capacità professionali del lavoratore; esigenza, questa, che sarebbe venuta meno laddove il rapporto fosse stato già "sperimentato" con un precedente rapporto di lavoro subordinato, anche – anzi, *a fortiori* – a tempo indeterminato⁴⁵.

Ma a fronte di una simile *ratio*, il divieto non avrebbe dovuto riguardare i precedenti rapporti di lavoro eseguiti per lo svolgimento di mansioni differenti da quelle da svolgere in virtù del nuovo contratto, poiché in questo caso il datore non avrebbe testato la professionalità necessaria⁴⁶. Inoltre, l'espressione "*primo rapporto*" avrebbe dovuto riferirsi non solo alle tipologie di lavoro subordinato ma a qualsiasi tipo di rapporto di lavoro, anche non subordinato, ivi compreso quindi il rapporto di lavoro a progetto, senz'altro esempio di forma di sperimentazione delle attitudini professionali del singolo lavoratore.

Lo sviluppo di questo ragionamento si prestava a due obiezioni circa l'aperto contrasto con la lettera della norma, stante: *a*) il riferimento a qualsiasi tipo di mansione e non a mansioni equivalenti⁴⁷ come per il limite massimo dei 36 mesi *ex art.* 5 del d.lgs. n. 368/2001; *b*) l'uso di una terminologia propria del lavoro subordinato (datore di lavoro – e non anche committente – e mansioni).

Invero, il significato più rispettoso delle finalità della l. n. 92/2012 (aumentare l'occupazione e allo stesso tempo valorizzare il contratto a tempo indeterminato quale contratto dominante: art. 1, comma 1), sembra quello volto a considerare ostativo alla stipula di tale contratto un qualsivoglia, precedente rapporto di lavoro anche irregolare, sia di natura subordinata che autonoma, con esclusione degli stage e dei lavori socialmente utili, considerato che essi non costituiscono appunto, per espressa previsione di legge, rapporti di lavoro⁴⁸, a meno di non voler leggere il termine rapporti come contatti o esperienze lavorative, nel qual caso la preclusione sarebbe evidentemente totale.

Dal ripudio della tecnica del rinvio alle parti sociali manifestatosi nella versione originaria del d.lgs. n. 368/2001, con il d.l. n. 76/2013 si è invece assistito

⁴³ Infatti, dopo la novella del 2012, anche la missione del lavoratore presso l'utilizzatore per un periodo massimo di 12 mesi diveniva ammissibile in assenza dei presupposti oggettivi in deroga all'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁴ V. anche Circ. Min. Lav. 22 aprile 2013 (c.d. Vademecum).

⁴⁵ In tal senso anche R. VOZA, *Il contratto a tempo determinato*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2012, 76.

⁴⁶ In questo senso infatti L. MENGHINI, *Contratti a termine: nuove regole*, cit., 96.

⁴⁷ Di questo avviso P. TOSI, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2012, 154, 4-5.

⁴⁸ *Contra* A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 19.

al suo temporaneo⁴⁹ recupero, *ergo* ad un rilancio esplicito della autonomia collettiva nella sua funzione di regolare l'utilizzo del contratto a termine secondo il modulo tecnico del "garantismo flessibile"⁵⁰. Alla cauta apertura disposta dalla l. n. 92/2012, attraverso una formulazione vischiosa⁵¹, è infatti seguito l'affidamento ai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale di un vasto potere di individuare, senza vincoli, ipotesi di esenzione dal requisito delle ragioni tecniche organizzative produttive o sostitutive.

Il legislatore aveva dato vita ad un modello "misto", che combinava e coniugava una fattispecie generale di fonte legale atta a soddisfare esigenze di flessibilità valutate al livello dell'autonomia individuale – ulteriormente supportata in termini di certezza dallo schermo del primo rapporto libero *ex art. 1, comma 1-bis, lett. a)* – con la tipizzazione ad opera della contrattazione collettiva che imprimeva certezza alle assunzioni a tempo determinato *ex art. 1, comma 1-bis, lett. b)*.

Le "altre ipotesi" di fonte collettiva in cui non era necessaria la sussistenza di ragioni oggettive potevano consistere o, come si è verificato in alcuni contratti collettivi, in ulteriori condizioni della c.d. "acausalità" in analogia con la lett. a)⁵²; ovvero in ulteriori causali, di natura soggettiva o oggettiva. Eventuali causali "oggettive" altro non erano che esemplificazioni delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, stavolta vincolanti *sic et simpliciter* per il giudice per via della delega in bianco volta non a concretizzare una fattispecie generale bensì ad individuare ulteriori e distinte ipotesi rispetto a quelle di fonte legale.

A una prima prova dei fatti, l'autonomia collettiva ha mostrato una tendenza a muoversi in un quadro di razionalità di sistema. Perciò spesso si è trattato di causali di natura soggettiva legittimanti il ricorso al contratto a termine per lavoratori facenti parte di categorie deboli⁵³. In tal senso, cogliendo e interpre-

⁴⁹ Come noto infatti con l'entrata in vigore del d.l. n. 34/2014 il legislatore ha preferito avocare il governo diretto della flessibilità.

⁵⁰ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, «Garantismo» e «controllo sindacale» negli sviluppi recenti della legislazione del lavoro, in *Riv. giur. lav.*, 1978, I, 656.

⁵¹ S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, relazione alle Giornate di Studio AIDLASS su Clausole generali e diritto del lavoro, Roma, Università La Sapienza, 29 e 30 maggio 2014, 63 del dattiloscritto, vedilo anche in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 145, 45 ss. Nella versione *ante* 2013, si rimetteva alla contrattazione collettiva la possibilità di disciplinare la stipulazione di contratti a tempo determinato acasuali nell'ambito di un processo organizzativo determinato: dall'avvio di una nuova attività; dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente. In ogni caso nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva.

⁵² Cfr. art. 38 del CCNL Alimentari-Panificazione, accordo di rinnovo del 19 novembre 2013; V anche art. 12 CCNL imprese non artigiane fino a 15 dipendenti.

⁵³ Percettori di ammortizzatori in deroga, i disoccupati da almeno un mese, donne con fi-

tando la preoccupazione del legislatore per i dati relativi alla disoccupazione sottesa alle spinte riformatrici, l'autonomia collettiva ha introiettato la vocazione genuinamente occupazionale del contratto a termine, anche con l'intenzione di superare la dimensione meramente "sperimentativa" connotante la lett. a) del comma 1-bis.

La causale ulteriore di fonte collettiva ha rieditato solo in minima parte il problema del controllo sulla legittimità del termine. La "causalità contrattata", in un panorama di liberalizzazione, legittimava in qualche misura *ex ante* l'assunzione: non solo era in grado cioè di apporre un sigillo di qualità ma, come detto, anche di valutare anticipatamente e insindacabilmente la validità di determinate condizioni legittimanti. In altre parole, le previsioni contenute nei contratti collettivi, in tale contesto normativo, sono assurde a presunzioni legali di legittimità del termine, alla stregua di quanto avvenuto con l'art. 23 della l. n. 56/1987⁵⁴.

Il recupero della tecnica di rinvio è stato però solo temporaneo, stante il suo abbandono con l'entrata in vigore del d.l. n. 34/2014 e, poi, del d.lgs. n. 81/2015 alla stregua del quale è stata definitivamente erosa la regola di giustificazione del termine: l'apposizione diviene libera, salvo il rispetto della forma scritta, dei divieti, della regola di durata massima di trentasei mesi e dei limiti quantitativi.

4. *Il superamento, ad opera del d.l. n. 34/2014 conv. in l. n. 78/2014 e del d.lgs. n. 81/2015, della regola di giustificazione del termine: le ragioni della riforma*

È con il d.l. n. 34/2014, conv. in l. n. 78/2014, che si assiste ad una drastica semplificazione della disciplina della materia, caratterizzata dall'eliminazione del requisito delle ragioni per l'apposizione del termine e dell'esatta specificazione delle stesse nell'atto scritto, sostituite o per meglio dire "scambiate" con la legificazione di soglie massime di assunzione a tempo determinato.

Ne segue che, sul piano delle esigenze sottese al rapporto contrattuale, con il passaggio da un sistema di giustificazione causale a un sistema di soglie quantitative di utilizzo, è ravvisabile una sorta di fungibilità fra contratto a termine e contratto a tempo indeterminato.

Le finalità degli ultimi interventi legislativi sono chiare:

- superare le incertezze applicative legate al significato delle ragioni oggettive;
- contenere entro certi margini l'utilizzo di contratti di lavoro a termine (mediante i limiti percentuali ed il mantenimento del disincentivo costituito

gli, giovani fino a trentacinque anni d'età, lavoratori svantaggiati, studenti delle scuole superiori durante gli intervalli di frequenza per realizzare collegamento scuola-lavoro: cfr. art. 28 CCNL Trasporto Aereo del 2 agosto 2013; v. anche art. 23 CCNL Occhialeria del 9 novembre 2013; art. 79 Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro per i dipendenti da aziende del settore turismo – accordo di rinnovo del 18 gennaio 2014.

⁵⁴ V. Cass., S.U., 2 marzo 2006, n. 4588.

dalla maggiorazione dell'1,41% degli obblighi contributivi Inps a carico del datore di lavoro);

– favorire nuove assunzioni a tempo indeterminato (mediante lo sgravio contributivo⁵⁵ e l'inapplicabilità dell'art. 18 della l. n. 300/1970 in relazione al c.d. contratto a tutele crescenti).

A fronte di tali finalità, il legislatore italiano ha operato sul presupposto, per un verso, che il diritto europeo non vietasse il superamento della regola di giustificazione causale del termine originario, sulla base delle ragioni già esposte (*supra*, § 1) ormai ben consolidate nella giurisprudenza europea, e per altro verso, che l'attuazione della clausola 5.1 in tema di prevenzione degli abusi nei rinnovi potesse essere legittimamente contenuta mediante le previsioni sulla durata massima dei rapporti (su cui v. *infra*, cap. II, § 4.2).

Né può esservi dubbio, in merito, sul fatto che ogni tentativo di recuperare attraverso il dato normativo comunitario una qualsivoglia forma di temporaneità dell'esigenza produttiva come principio da salvaguardare, corrisponderebbe a vanificare del tutto l'intento legislativo espresso nella tecnica della fattispecie quantitativa⁵⁶, restituendo al giudice quel sindacato sulle ragioni imprenditoriali retrostanti alla scelta del modello negoziale che nel bilanciamento di valori operato dal d.l. n. 34/2014 e poi dal d.lgs. n. 81/2015 rappresentava l'aspetto da eliminare⁵⁷.

Cionondimeno, a fronte di un sistema retto sulla giustificazione per l'apposizione, oltre che su di un principio europeo ed interno di incentivo della forma comune di dubbia rilevanza giuridica (cap. I, § 1, cap. II, §§ 1-2), ma di sicura ed univoca vocazione politica, la *ratio* legislativa non poteva limitarsi ad una indiscriminata liberalizzazione dell'apposizione del termine, anche solo con riferimento ad un unico contratto.

Così, nell'intento di ridurre i vincoli ai poteri e agli spazi di libertà dell'agire delle imprese mediante lo strumento della "semplificazione", l'elemento attraverso il quale "scambiare" l'eliminazione del requisito qualitativo delle ragioni oggettive, da specificarsi nel contratto come parametro di controllo interno al rapporto, viene individuato nella generalizzazione *ex lege* di quelle soglie massime quantitative e percentuali, destinate ad intervenire quali parametri di valutazione esterni al rapporto⁵⁸.

⁵⁵ Sul tema si veda S. BELLOMO, *Contratto a tempo determinato e interventi sul costo del lavoro*, cit., 160 ss.

⁵⁶ Usa l'espressione "fattispecie quantitativa" M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*, in *WP C.S.D.L.E.it*, 2014, 212, 5.

⁵⁷ Come riassunto da O. RAZZOLINI, *I nuovi confini della discrezionalità del giudice in materia di lavoro a termine e licenziamento*, in *Lav. dir.*, 2016, 3, 424, e v. già C. ZOLI, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento della mansione*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 709; G. SANTORO-PASSARELLI, *Note per un discorso sulla giustizia del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 515 ss.

⁵⁸ M. BROLLO, *La flessibilità del lavoro a termine dopo il "Jobs Act"*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 566.

Di certo la riforma può inserirsi, come è stato correttamente rilevato, entro quel percorso evolutivo del diritto del lavoro recente che vede progressivamente prevalere i valori di certezza e prevedibilità del diritto sull'interpretazione giudiziaria, nella sua accezione negativa di discrezionalità⁵⁹.

Si tratta di un'esigenza di certezza tale da essere stata sostanzialmente riconfermata nei suoi assetti essenziali dal legislatore anche dopo l'introduzione, da parte del d.lgs. n. 23/2015 del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti quasi a configurare in modo contraddittorio, come rilevato dalla dottrina⁶⁰, una sorta di competizione fra le due modalità di assunzione.

Senonché, nel nuovo sistema si può cogliere una possibile conciliazione, laddove il contratto a termine sia inteso come istituto finalizzato ad una prima occasione di lavoro, cui segue la conclusione di un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Contratto, quest'ultimo, dotato di una maggiore, se pur relativa, stabilità, giacché incentivato, dal punto di vista normativo, con un regime di licenziamento più lieve che in passato, nonché, dal punto di vista finanziario, con le esenzioni contributive disposte dalle leggi finanziarie per gli anni 2015 e 2016.

Se alcuni interpreti hanno intravisto nella riforma del 2014 (con considerazioni riproponibili per il 2015) una rottura rispetto al precedente equilibrio tra lotta agli abusi e liberalizzazione dell'apposizione del termine a tutto favore della liberalizzazione, con un risultato in contrasto con il sistema interno e con la normativa europea⁶¹, altri ne hanno sottolineato i profili congiunturali, per spiegare l'assenza di una chiara logica di sistema⁶², sebbene anche la riforma successiva, che avrebbe dovuto ricondurre le previsioni "a sistema" – il d.lgs. n. 81/2015 – abbia come detto confermato l'impianto della norma precedente.

5. *La nuova tecnica legislativa di contenimento del lavoro a termine mediante l'introduzione di limiti quantitativi*

Il contenimento del lavoro a termine viene quindi garantito non più sotto il profilo qualitativo (specificazione delle ragioni oggettive: versione originaria del d.lgs. n. 368/2001; ovvero primo rapporto intercorrente tra le parti: versione del decreto n. 368 *post* l. n. 92/2012) ma sotto quello quantitativo determinato

⁵⁹ O. RAZZOLINI, *I nuovi confini della discrezionalità del giudice in materia di lavoro a termine e licenziamento*, cit., 417 ss. e cfr. già R. DEL PUNTA, *Il giudice e i problemi di interpretazione: una prospettiva giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 373 ss.

⁶⁰ F. CARINCI, *A proposito del Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 6, 1109 ss., § 1.

⁶¹ D. GOTTARDI, *Osservazioni sulla nuova disciplina sul contratto a termine*, in *Lavorowelfare*, 2014, 4, 21-24 e *ivi* anche V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, 30.

⁶² M. TIRABOSCHI-P. TOMASSETTI, *Il nuovo lavoro a termine*, Adapt University press, e-book series, 2014, 25, 2-3; M. MISCIONE, *"Jobs Act" con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge delega*, in *Lav. giur.*, 2014, 4, 305; P. FONTANA-F. FONZO-G. PROIA-A. MARESCA, *Priorità assoluta: creare nuove occasioni di lavoro*, in *Lavoro welfare*, 2014, 4, 19.

ex ante per legge⁶³: il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro non può eccedere il 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione, salve le diverse disposizioni contenute nei contratti collettivi di qualsiasi livello (cfr. *infra*, cap. III).

Nel nuovo sistema di regolamentazione, le condizioni per stipulare un contratto a tempo determinato sono quattro:

- a) la clausola appositiva del termine deve rivestire la forma scritta;
- b) la durata del contratto, comprensiva di proroghe, non può superare i 36 mesi: al riguardo il d.lgs. n. 81/2015 non prescrive più che le proroghe si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato;
- c) il numero complessivo dei contratti a termine stipulati da ciascun datore di lavoro non può superare il limite del 20% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione ed in caso di sfioramento si applicano le sanzioni amministrative introdotte dal comma 4-*septies* dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, poi confluite nell'art. 23, comma 4 con espressa esclusione della sanzione della trasformazione a tempo indeterminato del rapporto;
- d) rimangono fermi i divieti di cui all'art. 3, che confluiscono inalterati nell'art. 20 del d.lgs. n. 81/2015.

Attraverso tale cambio di tecnica, il legislatore ha eliminato, in via generale, ogni necessità di legare l'assunzione a termine ad una ragione oggettiva o soggettiva qualsiasi. Nel regime previgente, l'obbligo di specificazione delle ragioni implicava, per definizione, l'impossibilità di assimilare tali ragioni ai generici motivi di assunzione a tempo indeterminato o a un arbitrario convincimento del datore di lavoro⁶⁴.

In questo modo, pur mantenendo il rapporto tra contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto a termine su un piano di sfavore verso quest'ultimo, poiché il secondo può essere stipulato per definizione entro determinate soglie, sono stati completamente modificati i presupposti applicativi per l'apposizione del termine al contratto di lavoro, che cessano di essere "qualitativamente" diversi rispetto a quelli per l'assunzione a tempo indeterminato.

Lo schema giuridico del contratto a termine è generale ma il suo uso deve essere soggetto ad una serie di limiti che impediscano concretamente la distorsione della funzione occupazionale che l'ordinamento ha pensato e delineato per ciascuna figura contrattuale.

⁶³ Parla, al riguardo, di "passaggio dal sistema causale al sistema numerico" C. ALESSI, *Il lavoro a tempo determinato dopo il d.lgs. n. 81/2015*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, 19 ss. e spec. 23 ss.

⁶⁴ G. SANTORO-PASSARELLI, *Note preliminari*, cit., 179; G. PROIA, *Brevi note sulle ragioni che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, I, 187; S. CIUCCIOVINO, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del D.Lgs. n. 368 del 2001*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 460.

Il contingentamento, del resto, non afferma che uno spazio per questa figura non deve esistere, ma al contrario la legittima sul piano della libertà d'impresa poiché corrisponde alla affermazione che entro quella percentuale esiste una libertà di assunzione (quindi di gestione-organizzazione dell'azienda, *res privata*) intoccabile.

L'innovazione introdotta dal d.l. n. 34/2014, e confermata nel d.lgs. n. 81/2015, è di importanza tale da aver portato autorevoli interpreti a sostenere che il contratto a termine non si prospetti più come un'eccezione, per quanto larga, al tempo indeterminato, ma come una vera e propria alternativa, rimessa alla piena ed incondizionata discrezionalità della controparte datoriale, in spregio ai formali proclami allora contenuti nell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 e poi replicati dal d.lgs. n. 81/2015, circa la forma comune di assunzione a tempo indeterminato/tutele crescenti⁶⁵.

Sembra tuttavia prospettabile una valutazione mediana secondo cui, almeno allo stato, non può ritenersi integrata una piena e completa liberalizzazione dell'istituto, e ciò proprio in virtù della previsione di limiti temporali e quantitativi che continuano a segnalare lo sfavore verso il contratto a termine, ancorché in misura meno stringente rispetto al passato⁶⁶, e nella misura in cui – come si vedrà meglio oltre (*v. infra*, cap. III) la disciplina legale riesca ad assicurarne il rispetto.

6. *La conformità al diritto europeo della liberalizzazione qualitativa del termine*

L'eliminazione del requisito causale per l'apposizione del termine al contratto di lavoro pone interrogativi circa la sua conformità alla direttiva europea 1999/70.

Si è detto che la direttiva persegue come obiettivi la lotta alla discriminazione dei lavoratori a termine e 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 (clausola 1) e che di per sé, rispetto a tale ultimo obiettivo, la disciplina relativa all'apposizione del termine al contratto non rileva in sé e per sé considerata, ma solo nella misura in cui essa in-

⁶⁵ F. CARINCI, *Il diritto del lavoro che verrà. (In occasione del congedo accademico di un amico)*, Relazione Convegno Torino, 11-12 aprile 2014, "Diritto del lavoro e mercato globale", in *Arg. dir. lav.*, 2014, 655 ss., § 4; V. BALLESTRERO, *Così si cambia l'eccezione con la regola*, in *Lavoro welfare*, 2014, 4, 13-14; V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine*, *ivi*, 31; M. MISCIONE, *"Jobs Act" con un primo decreto legge ed un ampio disegno di legge delega*, in *Lav. giur.*, 2014, 4, 309; E. GRAGNOLI, *L'ultima regolazione del contratto a tempo determinato. La libera apposizione del termine*, in *Lav. giur.*, 2014, 5, 434-435.

⁶⁶ L. MENGHINI, *La nuova disciplina del lavoro a termine del 2014: una rivoluzione utile, doverosamente provvisoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 6, 1221 ss., § 7; M. MAGNANI, *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, *cit.*, p. 5.