

Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*

Stefano Giubboni

1. Premessa	38
2. I riflessi delle previsioni contenute nell'art. 30 del Collegato lavoro in tema di contratto a termine	39
3. Il nuovo regime delle impugnazioni	43
4. Il nuovo regime sanzionatorio	47
5. Problemi di costituzionalità e di compatibilità col diritto dell'Unione europea	51
6. Conclusioni	55

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 115/2011

1. Premessa

La disciplina del contratto a tempo determinato è, da almeno un decennio, una sorta di cantiere aperto, il vero laboratorio di sperimentazione di ogni tentativo di innovazione regolativa in materia di lavoro cosiddetto flessibile o *non-standard*⁴⁸; ed anche la legge n. 183 del 2010 (nota ormai anche al largo pubblico come “Collegato lavoro”) finisce per confermarne lo scomodo ruolo di banco di prova delle effettive capacità di riforma e di modernizzazione asseritamente perseguite dal legislatore. Filosofie diverse e per taluni aspetti contrapposte della flessibilità del mercato del lavoro (o, come si dice in omaggio al gergo ora in uso nell’Unione europea, della *flexicurity*) vi si sono confrontate in questi ultimi anni in un susseguirsi di interventi legislativi che, con l’intento di razionalizzare o modernizzare la disciplina in vigore, hanno tuttavia inevitabilmente concorso a determinare, accanto al disorientamento di chi opera nel mercato, un contenzioso ipertrofico⁴⁹, che neppure le ripetute pronunce del giudice delle leggi e della Corte comunitaria hanno saputo avviare ad una fase di effettivo assestamento o ridimensionamento⁵⁰. E l’impressione, cui è francamente difficile sottrarsi anche ad una prima considerazione della legge e del vivace dibattito subito suscitato in dottrina⁵¹, è che pure quest’ultimo intervento normativo, contenuto principalmente nelle controverse disposizioni dell’art. 32 della l. n. 183 del 2010, non faccia altro che inserirsi in questo *trend*, per alimentare, con ogni probabilità, e a dispetto dei propositi del legislatore⁵², nuovi filoni di contenzioso, con inevitabile “coinvolgimento” della Corte costituzionale⁵³ e della stessa Corte di giustizia dell’Unione europea⁵⁴.

⁴⁸ Cfr. per tutti M. De Luca, *Flessibilità del lavoro, in funzione della competitività nel mercato globale, e garanzia costituzionale dei diritti dei lavoratori*, in *Dir. lav. Marche*, 2009, fasc. n. 3 - *Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori* (Atti del convegno nazionale del Centro Nazionale di Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” – Sezione Marche, Ascoli Piceno, 20-21 marzo 2009), pp. 231 sgg.

⁴⁹ Assai eloquenti i dati forniti al riguardo da M. Miscione, *Quale arbitrato di equità in materia di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2010, pp. 1298 sgg.

⁵⁰ Un’eccellente rassegna della vastissima giurisprudenza – di merito, legittimità, costituzionale e comunitaria – sul contratto di lavoro a tempo determinato, sino alla riforma operata dalla legge n. 133 del 2008, è reperibile nel volume collettaneo a cura di G. Ferraro, *Il contratto a tempo determinato*, Torino, 2008.

⁵¹ Basti qui il riferimento, tra i primi commenti alla legge specificamente dedicati al tema di questa relazione, a: P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel “collegato lavoro” alla legge finanziaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, p. 473; M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 874; G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. “Collegato lavoro”*, ivi, p. 888; B. Cossu, F. M. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della “conversione” del contratto a tempo determinato*, ivi, p. 895; A. Vallebona, *Il Collegato lavoro: un bilancio tecnico*, ivi, p. 900 (ma già prima Id., *Una buona svolta nel diritto del lavoro: il “collegato” 2010*, sempre in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 210); A. Corvino, *L’impugnazione del contratto a termine*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro. Commento alla legge 4 novembre 2010, n. 183*, Milano, 2010, p. 83; A. Zambelli, *Impugnazioni dei licenziamenti e sanzioni per il lavoro a termine*, in *Collegato lavoro*, suppl. a *Guida al lavoro*, ottobre 2010, p. 39, nonché i contributi di G. Mimmo in *Lavoro - Riforma del contenzioso ed altre novità*, suppl. a *Guida al diritto*, novembre 2010.

⁵² Sui quali v. soprattutto A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione: nuovi ambiti di operatività e “tenuta giudiziaria”*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro*, cit., pp. 4 sgg.

⁵³ V. infatti Tribunale di Trani, ordinanza 20 dicembre 2010, in *Guida al lavoro*, n. 2 del 2011, p. 14, con commento di G. Falasca, *Contratto a termine: le norme al vaglio della Corte Ue e della Consulta*, nonché, ora, Cass., sez. lav., ordinanza 28 gennaio 2011.

⁵⁴ Cfr. in particolare A. Di Florio, *L’applicazione del diritto sovranazionale nella giurisprudenza del lavoro. Il contratto a termine*, in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L’integrazione attraverso i diritti. L’Europa dopo Lisbona*. Atti del I Workshop in Diritto dell’Unione europea e internazionale - Venezia, Palazzo Ducale, 26-27 marzo 2010, Roma, 2010, pp. 369 sgg., spec. p. 380.

A differenza dei precedenti interventi legislativi del 2007 e del 2008⁵⁵, entrambi centrati, quanto meno nelle loro previsioni “a regime”, e sia pure con opposti orientamenti di *policy*, soprattutto sul versante della riconfigurazione delle “condizioni d’uso” del contratto a tempo determinato, le innovazioni introdotte dalla legge n. 183 del 2010 attengono essenzialmente al profilo dei rimedi e dei mezzi di tutela attivabili in sede di impugnazione del termine che si ritenga illegittimamente apposto.

Occorre tuttavia accuratamente rifuggire dall’impressione, che una prima e superficiale lettura della legge n. 183 del 2010 potrebbe invero suggerire, che l’intervento del Collegato lavoro in tema di contratti a tempo determinato si limiti ai pur preponderanti profili, racchiusi nella citata previsione dell’art. 32, concernenti il regime delle impugnazioni e della connesse decadenze nonché quello delle conseguenze in senso lato sanzionatorie ricollegate alle violazioni da cui scaturisca la “conversione” del contratto in rapporto a tempo indeterminato. L’intervento del legislatore sembra, infatti, voler andare più in profondità, e nuovamente lambire il terreno delle causali giustificative (ovvero delle “condizioni d’uso”) del contratto a tempo determinato, come subito rivela una lettura appena più attenta dell’art. 30 della legge e delle potenziali ricadute delle previsioni ivi contenute.

Lo sforzo profuso dal legislatore (anche) con tale ultima norma nel perseguire l’ “obiettivo del contenimento della libertà di accertamento del giudice”⁵⁶ – obiettivo centrale, e in certo modo caratterizzante, nell’ambito del disegno complessivo d’una legge peraltro assai eterogenea nei contenuti⁵⁷ – ha, infatti, sicuri riflessi pure in tema di contratto di lavoro a termine.

2. I riflessi delle previsioni contenute nell’art. 30 del Collegato lavoro in tema di contratto a termine

La discussa previsione dell’art. 30⁵⁸ non contiene, come noto, riferimenti diretti al contratto a termine. I due nuclei normativi in essa contenuti hanno infatti portata generale, riferendosi, da un lato, ai criteri che debbono presiedere alla interpretazione giudiziale delle “clausole generali” (comma 1) e, dall’altro, al potenziamento dell’ambito applicativo e degli effetti della certificazione, anche in relazione alle tipizzazioni contrattuali delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo (commi 2-5). Entrambi i profili paiono tuttavia implicare significative ricadute sull’interpretazione dei presupposti legittimanti l’instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo determinato ai sensi dell’art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001.

⁵⁵ Le leggi nn. 247 del 2007 e 133 del 2008 (di conversione del d.l. n. 112 di quello stesso anno) non esauriscono, peraltro, lo spettro degli interventi normativi sul rapporto a termine nel periodo a cavallo tra le due ultime legislature. L’evoluzione della disciplina dei rapporti flessibili nel settore pubblico – come ben ricorda A. Preteroti, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative, primi riscontri giurisprudenziali e nuovi orizzonti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, pp. 1089 sgg. – è ancora più complessa e aggrovigliata.

⁵⁶ M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., p. 874.

⁵⁷ Per una critica a tale, probabilmente illusorio, obiettivo del legislatore del Collegato lavoro v., con toni fortemente polemici, S. Centofanti, *Le nuove norme, non promulgate, di limitazione della tutela giurisdizionale dei lavoratori*, in *Lav. giur.*, 2010, pp. 329 sgg., nonché, in forma più sfumata, F. Amato, S. Giubboni, *La latitudine della competenza del giudice nazionale secondo la Corte di giustizia di Lussemburgo*, in E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L’integrazione attraverso i diritti*, cit., pp. 329 sgg.

⁵⁸ “Centro pulsante della riforma”, assieme agli artt. 31 e 32, come ha scritto G. Ferraro, *La composizione stragiudiziale delle controversie nel “Collegato lavoro”*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2010, p. 313.

Il primo comma dell'art. 30 ribadisce – generalizzando il contenuto di previsioni peraltro già presenti nel d. lgs. n. 276 del 2003 – il principio generale costantemente affermato dalla giurisprudenza secondo cui, in tutti i casi in cui disposizioni di legge in materia di rapporti di lavoro (anche parasubordinato) contengano “clausole generali”⁵⁹, ivi comprese quelle in tema di instaurazione dei rapporti di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziale deve limitarsi elusivamente all'accertamento “del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente”. La previsione esprime (e quasi dà sfogo a) una valenza ideologica⁶⁰ senza dubbio ampiamente eccedente l'effettivo significato normativo dell'enunciato: che è in effetti ridondante, quando non del tutto inutile⁶¹, nel ribadire un principio generale che lo stesso legislatore intende essere profondamente radicato nel diritto vivente. Essa non rimane, tuttavia, completamente priva di qualche possibile ricaduta operativa; e l'indicazione – vincolante per il giudice – che se ne può ricavare ai fini della interpretazione di quella tipica clausola generale “in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro”, che è appunto espressa dalla formula delle “ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”, di cui all'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001, sembra offrirne una conferma di particolare rilievo.

È noto che uno dei nodi più controversi, specie nella prima fase dell'interpretazione del d. lgs. n. 368 del 2001, nelle contrapposte letture di quella formula, si sia aggrumato intorno alla questione – mai completamente sciolta, almeno in dottrina – della natura necessariamente temporanea o meno dell'occasione di lavoro legittimante l'apposizione del termine al di fuori di esigenze propriamente sostitutive. Si è trattato – quantomeno nella prima fase interpretativa e applicativa del decreto – di questione di centrale pregnanza sistematica⁶², in quanto le tesi volte a negare radicali soluzioni di continuità tra la vecchia e la nuova disciplina legavano proprio alla natura necessariamente od ontologicamente temporanea dell'occasione di lavoro presupposta dalle ragioni tecniche, organizzative o produttive anche la perdurante immanenza, nel sistema, della sanzione della conversione del contratto in un normale rapporto di lavoro a tempo indeterminato ex artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ., tutte le volte in cui fossero carenti i presupposti sostanziali legittimanti l'apposizione del termine⁶³. Mentre, simmetricamente, le letture tese a valorizzare la *ratio* liberalizzante dell'intervento legislativo affidavano principalmente all'assenza di qualsivoglia requisito sostanziale di necessaria temporaneità dell'occasione di lavoro, quale segno di equiparazione funzionale tra contratti a termine e a tempo indeterminato nelle valutazioni del legislatore, anche la illazione della scomparsa, nel sistema, della sanzione della conversione del rapporto (al di fuori

⁵⁹ Nel senso ampio ed atecnico di “qualsiasi norma a precetto generico” (A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 900). Analogamente, tra gli altri, M. Astuto, F. S. Ivella, *Clausole generali, contratti, licenziamenti: i limiti al potere di controllo del giudice*, in *Lavoro - Riforma del contenzioso*, cit., p. 20.

⁶⁰ G. Ferraro, *La composizione stragiudiziale*, cit., p. 313. Di “tipica norma propaganda” parla A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 900.

⁶¹ Sempre A. Vallebona, *op. loc. ult. cit.*

⁶² V. per tutti L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Argomenti dir. lav.*, 2002, pp. 41 sgg., nonché, volendo, S. Giubboni, *Contratto a termine e contrattazione collettiva. Note critiche sul decreto legislativo n. 368 del 2001*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, pp. 505 sgg.

⁶³ Lettura per primo patrocinata, con ampiezza di argomenti, da V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 361 sgg.

dei casi espressamente previsti), con la conseguente applicabilità del solo primo comma dell'art. 1419 cod. civ. (*iuncto* art. 2126 cod. civ.)⁶⁴.

Ora, è pure noto come, almeno nei dilemmatici termini nei quali era stata inizialmente posta in dottrina, la questione sia stata sostanzialmente superata nell'effettiva prassi applicativa, che negli orientamenti dominanti (confortati, infine, dallo stesso legislatore), da un lato ha sciolto la supposta correlazione tra il problema della temporaneità della causale giustificativa e quello delle conseguenze sanzionatorie⁶⁵, e dall'altro, su tale ultimo versante, si è nettamente consolidata nel senso della piena vigenza dell'effetto della conversione del rapporto quale conseguenza tipica generale dell'illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro⁶⁶. Nello stesso tempo, gli interventi legislativi succedutisi e stratificatisi (non senza incoerenze) in questi ultimi anni sul versante delle causali di accesso a tale tipologia contrattuale flessibile si sono incaricati di avviare a soluzione anche la questione della natura intrinsecamente temporanea o meno del presupposto giustificativo sostanziale⁶⁷.

Determinante, in tal senso, è giustamente apparsa l'integrazione, da parte dell'art. 21 della l. n. 133 del 2008, del testo originario del primo comma del d. lgs. n. 368 del 2001, con l'espressa specificazione che le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo consentono l'apposizione del termine "anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro". Tale precisazione, nell'estendere al contratto a termine la formula già impiegata per la somministrazione a tempo determinato, ha invero l'evidente scopo di chiarire che costituisce valido presupposto sostanziale legittimante "qualsiasi ragione oggettiva non arbitraria che renda preferibile in concreto nell'organizzazione aziendale il contratto a termine rispetto a quello a tempo indeterminato, restando del tutto irrilevante che l'occasione di lavoro sia permanente o provvisoria"⁶⁸. Ed altri indici normativi depongono, seppure in termini meno univoci e cogenti del nuovo testo del primo comma dell'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001, nel medesimo senso; tra quelli aggiunti dall'evoluzione legislativa più recente, spicca senz'altro la parallela riformulazione dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001⁶⁹, che nell'imporre il requisito della temporaneità e della eccezionalità nel solo settore pubblico (contrattualizzato), evidentemente implica una netta differenziazione di disciplina (anche sotto tale profilo) rispetto ai rapporti a tempo determinato con datori di lavoro

⁶⁴ Secondo la nota impostazione sostenuta da A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001, pp. 34 sgg., poi diffusamente ribadita in A. Vallebona, *La nullità dei contratti di lavoro atipici*, in *Argomenti dir. lav.*, 2005, pp. 527 sgg., spec. pp. 543 sgg. In dottrina, per un riepilogo della questione orientato nel medesimo senso, v. da ultimo pure C. Cataudella, *Contratto di lavoro e nullità parziale*, Milano, 2008, spec. al cap. II.

⁶⁵ Secondo il suggerimento già formulato da S. Ciucciovino nel suo commento all'art. 1 del decreto, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 - Attuazione della direttiva 1999/70/CE, relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2002, pp. 30 sgg.

⁶⁶ Basti il riferimento a Cass., sez. lav., 21 maggio 2008, n. 12985, ed a Corte cost., 14 luglio 2009, n. 214.

⁶⁷ Questione per la verità dibattuta soprattutto in dottrina e che la giurisprudenza ha raramente affrontato *ex professo*, con tendenza delle corti di merito a privilegiare l'opzione interpretativa più rigorosa in favore del prestatore di lavoro. Si rinvia alle puntuali indicazioni fornite al riguardo da S. Ciucciovino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d. lgs. n. 368 del 2001*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 455 sgg., spec. pp. 471-475.

⁶⁸ Così, prima dell'intervento legislativo, A. Vallebona, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2007, p. 410; nel medesimo senso, dopo la novellazione della disposizione da parte del legislatore del 2008, G. Ferraro, *Ancora sul contratto a tempo determinato*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Lavoro, competitività, welfare. Dal d. l. n. 112/2008 alla riforma del lavoro pubblico*, II, Torino, 2009, pp. 45 sgg., il quale osserva come detta precisazione, "correlata con l'ampia formula di base, che sostanzialmente comprende tutte le possibili esigenze aziendali, sembra consentire un ampio impiego del contratto a termine con esclusione delle sole ragioni meramente soggettive o per meglio dire di quelle che hanno una valenza illecita, frodatrice o discriminatoria" (così a p. 48).

⁶⁹ Da ultimo con l'art. 17 del d.l. n. 78 del 2009, convertito nella legge n. 102 dello stesso anno.

privati, per i quali le ragioni tecniche, organizzative o produttive legittimanti l'apposizione del termine non sono connotate dal medesimo rigore e dalla stessa selettività del presupposto giustificativo, potendo appunto inerire alle medesime esigenze derivanti dallo svolgimento dell'ordinaria attività d'impresa.

L'art. 30, comma 1, del Collegato lavoro contribuisce a dissolvere, su questo punto, ogni residuo dubbio interpretativo. Nel vincolare il giudice – in sede d'interpretazione di clausole generali relative anche al momento della instaurazione del rapporto di lavoro (come, tipicamente, quella dell'art. 1, d. lgs. n. 368 del 2001) – all'accertamento del presupposto di legittimità, senza estendere il controllo giudiziale al merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che spettano all'imprenditore, la norma rafforza, infatti, le conclusioni appena raggiunte sulla scorta dell'evoluzione legislativa in tema di causali giustificative del contratto a termine. Giacché conferma che la scelta di offrire un'assunzione a tempo determinato, anche nell'ipotesi in cui l'occasione di lavoro sia – di per sé – virtualmente stabile in quanto rispondente ad esigenze aziendali non transitorie, inerisce, se sorretta da ragioni non arbitrarie puntualmente specificate nel documento contrattuale, al merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro, le quali restano come tali sottratte al sindacato giudiziale. E questo perché – come ben spiegato ancora nel vigore della originaria formulazione dell'art. 1, d. lgs. n. 368 del 2001 – la temporaneità dell'occasione lavorativa “viene in rilievo come «prodotto» della volontà del datore che, nell'esercizio della iniziativa economica privata, è libero di configurare nel modo più conveniente le diverse posizioni di lavoro in cui si scompone l'organizzazione aziendale”⁷⁰. Onde la scelta organizzativa che fonda l'assunzione a termine – purché specificamente individuata ed indicata per iscritto al momento dell'assunzione⁷¹ – rimane immune da qualsivoglia sindacato sul merito della effettiva temporaneità o meno dell'occasione di lavoro oggetto del contratto. Per cui il giudice limiterà il suo controllo all'accertamento della effettiva sussistenza delle ragioni tecniche, organizzative o produttive in tal modo specificate, ed al collegamento delle stesse, in termini di ragionevole correlazione causale, con la concreta posizione di lavoro a tempo determinato in discussione.

L'eventuale certificazione del contratto di lavoro a termine, ed in particolare della clausola specificativa delle ragioni che ne giustificano l'apposizione, secondo il meccanismo che il legislatore del Collegato ha voluto chiaramente potenziare⁷², non incide, di per sé, sul merito delle conclusioni testé raggiunte, giacché la preclusione del sindacato giudiziale sulle valutazioni compiute

⁷⁰ F. Lunardon, *L'eccezionalità del contratto a termine dalle causali specifiche alla “specificazione” delle ragioni giustificatrici*, in *Argomenti dir. lav.*, 2007, pp. 41 sgg., qui p. 49.

⁷¹ Sui requisiti di specificazione delle ragioni oggettive del termine finale richiesti dal comma 2 dell'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001 al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità della causale giustificativa allegata, oltre che la immodificabilità della stessa nel corso del rapporto, v. da ultimo Cass., sez. lav., 1° febbraio 2010, n. 2279, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 754, con nota di F. Marinelli, *La Cassazione chiarisce la portata dell'onere di specificazione delle ragioni giustificative del termine*. Resta peraltro aperta, nella perdurante diffomità degli indirizzi seguiti dalla Cassazione e dalla Corte costituzionale, la questione del livello di specificazione richiesto ai fini della indicazione delle ragioni sostitutive, in merito in particolare alla necessità o meno di indicare sempre il nominativo del lavoratore sostituito. Questione che la recente sentenza *Sorge* della Corte di giustizia dell'Unione europea (in causa C-98/09), lungi dall'avviare a soluzione, rende, a ben vedere, ancor più complessa ed intricata: cfr. il commento critico di L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine per ragioni sostitutive tra interpretazione costituzionalmente orientata e giudizio sulla violazione della clausola di non regresso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 1050 sgg.

⁷² Cfr. A. Corvino, M. Tiraboschi, *Il rilancio della certificazione*, cit., spec. pp. 18 sgg.

dalle parti nel documento contrattuale in ordine alla ricorrenza di una determinata ragione giustificativa oggettiva deve essere affermata – come si è detto – sulla base della disciplina e dei principi generali applicabili all'istituto, ed a prescindere, quindi, dalla possibilità di invocare gli effetti ora divisati dal disposto di cui all'art. 32, comma 2, della l. n. 183 del 2010. Sennonché è evidente che il ricorso alla certificazione è idoneo a determinare un effetto di stabilizzazione e, per così dire, di “tenuta rafforzata” di tali pattuizioni, anche nei confronti dei terzi (ed in particolare degli enti previdenziali)⁷³, nella misura in cui impone al giudice, nella interpretazione delle relative clausole, di non discostarsi dalla valutazione delle parti, salvi i casi di erronea qualificazione del rapporto ovvero di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione⁷⁴.

3. Il nuovo regime delle impugnazioni

È ad ogni modo indubitabile che le previsioni maggiormente innovative, e che più incideranno sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato, sono quelle contenute nell'art. 32 della legge, in tema di regime delle impugnazioni e di conseguenze dell'accertamento e della dichiarazione giudiziale della nullità del termine apposto al contratto.

Il legislatore del Collegato ha anzitutto voluto estendere anche alle azioni di nullità del termine il nuovo regime di impugnazione previsto per il licenziamento, col doppio termine decadenziale in funzione acceleratoria del giudizio, in virtù della riscrittura dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966 operata col primo comma dell'art. 32 della legge⁷⁵. L'assoggettamento a tale nuovo regime è imposto, anzi, in materia, in forma ancor più incisiva ed avvolgente di quanto non valga per il licenziamento e per le ulteriori fattispecie a questo assimilate, in considerazione sia dell'ampiezza delle ipotesi in cui si contesti la legittimità del termine coinvolte dalla nuova previsione normativa, sia dell'effetto retroattivo chiaramente voluto dall'art. 32, con il disposto del quarto comma.

⁷³ Cfr. l'art. 79 del d. lgs. n. 276 del 2003.

⁷⁴ Quanto detto non implica, beninteso, l'adesione alla tesi, pur problematicamente affacciata in dottrina, secondo cui, in virtù della nuova previsione dell'art. 32, comma 2, del Collegato, “il contratto o l'accordo certificato costituirà un argine all'accertamento del giudice”, anche laddove si tratti di valutare l'esistenza o meno di un contrasto tra l'accordo stesso e “una norma inderogabile di legge al fine di stabilire la validità o l'invalidità del patto” (così M. Marazza, *Effetti e ambito di applicazione più ampi per la certificazione dei contratti di lavoro*, in *Lavoro - Riforma del contenzioso*, cit., p. 24 sgg., qui p. 27; prospettata tale ipotesi, per giungere però alla conclusione negativa che si sta per argomentare, pure M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., p. 877). Una interpretazione costituzionalmente orientata del secondo comma dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010 impone, infatti, di ritenere che anche la nuova certificazione si mantenga dentro un ambito del tutto diverso da quello della tecnica della “volontà assistita”, ovvero della derogabilità, in sede di regolamento contrattuale, delle disposizioni di legge o di contratto collettivo (in dottrina v., per tutte, la ricostruzione critica di R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, spec. al cap. III). Per cui non si può dubitare, anche all'esito della riformulazione degli effetti della certificazione ex art. 32 del Collegato, della nullità delle clausole, pur certificate, che siano in contrasto con norme inderogabili della legge o del contratto collettivo, con la correlata, consueta “efficacia sostitutiva” di queste ultime (così A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 902). Vi è semmai da precisare che la determinazione e specificazione contrattuale, non importa se “sanzionata” o meno con atto di certificazione, della concreta ragione oggettiva che giustifica l'apposizione del termine, anche laddove si tratti di occasione di lavoro virtualmente non temporanea, non implica alcuna violazione della norma inderogabile contenuta nell'art. 1 del d. lgs. n. 368 del 2001, giacché questa non impone, come visto, nel settore del lavoro privato, un siffatto requisito di necessaria temporaneità, rimettendo la valutazione di tale aspetto alle libere scelte organizzative e gestionali dell'imprenditore.

⁷⁵ Su cui v. la diffusa analisi di G. Pellacani, *Il cosiddetto “collegato lavoro” e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 215 sgg.

Il nuovo testo dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966 impone ora, come noto, un onere di impugnazione del licenziamento articolato su due distinti momenti. Il primo consiste nella (conferma dell'onere di) impugnazione a pena di decadenza nei sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione in forma scritta dell'atto di recesso (ovvero dalla comunicazione sempre per iscritto dei motivi dello stesso, ove non contestuale), con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore di contestare la legittimità del licenziamento. Sotto tale primo profilo la disposizione è sostanzialmente confermativa della disciplina previgente⁷⁶, sia pure nel contesto di un ampliamento delle ipotesi ricondotte all'onere di impugnazione, che riguarda ora, per espresso disposto dell'art. 32, comma 2, della l. n. 183 del 2010, "tutti i casi di invalidità del licenziamento"⁷⁷.

Il secondo momento costituisce, invece, una delle più significative novità sostanziali introdotte dalla legge, laddove appunto si stabilisce (con l'aggiunta di un secondo comma all'art. 6 della l. n. 604 del 1966) che quella prima impugnazione resta inefficace se non viene seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta del tentativo di conciliazione o arbitrato. Qualora detto nuovo onere d'impugnazione sia adempiuto optando per la richiesta del tentativo di conciliazione (ora facoltativo, salvo che in materia di contratti certificati⁷⁸) ovvero di arbitrato, la sequenza può arricchirsi, peraltro, di un ulteriore momento in caso di rifiuto della controparte. In detto caso, infatti, come anche nella ipotesi in cui non sia raggiunto l'accordo in sede conciliativa, il ricorso al giudice del lavoro deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo.

Esula dagli scopi di questo contributo un'analisi particolareggiata dei numerosi problemi interpretativi suscitati – anche con riguardo alla "fattispecie madre", per dir così, del licenziamento – dalla disposizione contenuta nel nuovo testo dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966. Ci si limiterà qui, per l'intanto, a dar conto dei problemi esegetici posti dalla estensione dell'onere di impugnazione previsto dalla norma alle fattispecie in cui si contesti la validità del termine, rinviando ad un momento successivo la trattazione delle delicate questioni di legittimità costituzionale e di compatibilità col diritto dell'Unione europea che tale estensione pone⁷⁹.

Le norme sui cui focalizzare qui l'attenzione sono, pertanto, essenzialmente quelle contenute nella lettera d) del terzo comma e nelle lettere a) e b) del quarto dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010, sebbene una compiuta ricostruzione esiga di esplicitare quantomeno il raccordo di tali previsioni con quella dettata nella lettera a) del terzo comma medesimo, alla cui stregua le disposizioni del nuovo art. 6 della l. n. 604 del 1966 si applicano anche "ai licenziamenti che presuppongo

⁷⁶ Su cui v., per tutti, O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2008 (terza ed.), pp. 670 sgg.

⁷⁷ Sulla estensione dell'ambito applicativo dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966, che deriva da tale previsione, v. in particolare G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni nel c.d. "Collegato lavoro"*, cit., spec. pp. 890 sgg.

⁷⁸ Secondo A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 906, l'obbligo del tentativo di conciliazione, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, sussisterebbe anche ove si intenda impugnare un licenziamento nell'area di applicazione della tutela obbligatoria. Si può tuttavia dubitare della sopravvivenza e se si vuole della riviviscenza della previsione, pur mai esplicitamente abrogata, al riguardo contenuta nell'art. 5, comma 1, della l. n. 108 del 1990, che potrebbe dirsi implicitamente superata anche nel nuovo quadro normativo di ripristino generalizzato dalla facoltatività del tentativo di conciliazione.

⁷⁹ V. *infra*, § 5.

la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto”.

Ora, il raccordo tra la previsione testé riprodotta e quella contenuta, in particolare, nella lettera d) del medesimo comma dell'art. 32, e di cui si dirà meglio tra breve, è in effetti suscettibile di essere ricostruito in termini sensibilmente diversi⁸⁰, in ragione, in particolare, della non cristallina formulazione della lettera di apertura del comma in questione. Se, tuttavia, come pare preferibile valorizzando la *ratio* sottesa a detta ultima previsione, si opta per ancorare il riferimento alla contestazione della “legittimità del termine apposto al contratto”, ivi contenuto, al medesimo ambito delle fattispecie in cui si controverte di “licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto”, quel raccordo diventa sufficientemente chiaro. E lo diventa nel senso che la lettera a) del comma terzo è *tutta* da intendersi come riferita a controversie in cui comunque si discuta della corretta qualificazione del rapporto: sia nell'ipotesi in cui la cessazione (o semplicemente l'interruzione *de facto*) di detto rapporto sia dipesa da un atto (o anche soltanto da un comportamento o da un fatto⁸¹) che, in vista della eventuale riqualificazione del rapporto medesimo, il legislatore assimila ad un “licenziamento”; sia nell'ipotesi in cui quella stessa cessazione sia invece da ricondurre allo spirare di un termine convenuto dalle parti, sebbene sempre sulla base di una (asserita) erronea qualificazione del contratto tra le stesse intercorrente.

Se è così, la lettera a) del terzo comma dell'art. 32 fa riferimento (soltanto) “a quelle ipotesi in cui tra le parti si instauri un rapporto di lavoro subordinato senza che sussista alcuna formalizzazione, ovvero venga stipulato un contratto di lavoro di lavoro formalmente autonomo”, ma del quale si assuma la natura effettivamente subordinata, “e tale rapporto di fatto cessi con il licenziamento ovvero con l'eventuale scadenza del termine fissato dalle parti”⁸². Mentre le ipotesi contemplate nella successiva lettera d) del terzo comma (come anche quelle di cui al quarto comma dello stesso articolo) si riferiscono ai casi, più specificamente individuati nei modi dei quali si dirà tra un momento, nei quali *non* sia in discussione la correttezza della qualificazione del rapporto (e, dunque, la riconducibilità della fattispecie al campo della subordinazione), ma unicamente la legittimità della apposizione (o della proroga) del termine contrattualmente convenuto dalle parti.

Occorre dunque ritenere che la sfera applicativa delle previsioni rispettivamente contenute, in punto di onere di impugnazione del “termine”, rispettivamente nella lettera a) e nella lettera d) del terzo comma dell'art. 32 del Collegato, sia diversa e non sovrapponibile.

Chiarito così il raccordo interno alle previsioni contenute nella disposizione in commento, si può passare ad un'analisi di dettaglio delle (uniche) fattispecie in cui venga in questione un'azione di nullità del termine apposto ad un contratto di lavoro (propriamente) subordinato, alla stregua delle previsioni del d. lgs. n. 368 del 2001 richiamate nella lettera d) del terzo comma e quindi nel quarto comma dell'art. 32.

⁸⁰ Come rilevato in dottrina: v. M. Tatarelli, *Le novità del Collegato lavoro*, cit., p. 881.

⁸¹ Ipotesi, questa, che può ingenerare forti incertezze sul *dies a quo* della decorrenza del termine di 60 giorni per la impugnazione in via (anche) stragiudiziale, con conseguenti ricadute negative circa la effettività della tutela dei diritti del lavoratore, valutabili assai problematicamente nell'ottica dell'art. 24 Cost.

⁸² Così, con ricostruzione pienamente condivisibile, G. Mimmo, *Per i ricorsi contro i contratti a termine la scadenza viaggia su “doppio binario”*, in *Lavoro - Riforma del contenzioso*, cit., p. 32.

La lettera d) del terzo comma dell'art. 32 del Collegato stabilisce anzitutto che la disciplina delle impugnazioni previste dal nuovo art. 6 della l. n. 604 del 1966 si applica anche "all'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro, ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e successive modificazioni, con termine decorrente dalla scadenza del medesimo". La disposizione – benché formulata in termini relativamente lineari, almeno a confronto con altri enunciati della legge – ha subito suscitato letture discordanti, in primo luogo in ordine al suo raggio di applicazione materiale.

Una tesi ingiustificatamente estensiva della già ampia portata della disposizione ritiene che essa debba essere riferita anche alle ipotesi, che il legislatore ha evidentemente omesso di considerare, nelle quali l'azione intentata dal lavoratore sia diretta a far valere la nullità del termine apposto in violazione dell'art. 3 del d. lgs. n. 368 del 2001 come pure in quelle considerate dall'art. 5 (di prosecuzione di fatto del rapporto, di rinnovo del contratto senza soluzione di continuità, ovvero senza il rispetto dell'intervallo minimo prescritto dalla legge, e di superamento del periodo massimo complessivo di 36 mesi secondo il precetto dettato dal comma 4-bis, aggiunto dalla l. n. 247 del 2007).

La tesi appare tuttavia infondata, e nessuno degli argomenti su cui fa leva riesce a superare la basilare obiezione che deriva dall'inequivocabile dato testuale contrario, il quale riferisce l'applicazione della regola del nuovo art. 6 della l. n. 604 del 1966 unicamente alle azioni di nullità del termine che sia apposto al contratto ai sensi degli artt. 1, 2 e 4 del d. lgs. n. 368 del 2001: *ergo*, esclusivamente alle azioni volte all'accertamento della carenza delle ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive legittimanti, in via generale, il ricorso alla tipologia contrattuale, ovvero dirette a contestare la ricorrenza delle specifiche condizioni tipizzate per i settori del trasporto aereo e dei servizi postali, ovvero rivolte – infine – a sanzionare la insussistenza delle condizioni che consentono la proroga del contratto.

Non vale a superare questa conclusione una lettura "orientata", e se vogliamo surrettiziamente "correttiva", del *dictum* letterale della disposizione, alla cui stregua questo andrebbe letto a partire dal riferimento all'azione di nullità, e non già alle ipotesi legali nominate di stipulazione del contratto a tempo determinato⁸³. Si può infatti agevolmente replicare che è proprio tale ultimo riferimento a costituire il baricentro della disposizione, in quanto serve appunto a delimitare le ipotesi di azione di nullità del termine apposto al contratto nelle quali il legislatore ha ritenuto opportuno rendere applicabile il nuovo regime delle impugnazioni disegnato dal primo comma dell'art. 32⁸⁴.

Né varrebbe inferire diversamente – come pure è stato autorevolmente argomentato⁸⁵ – dalla pretesa *ratio* della previsione normativa, sostenendo in particolare che, non esistendo reali differenze tra le ipotesi contemplate dagli artt. 1, 2 e 4 e quelle regolate dagli artt. 3 e 5 del d. lgs. n. 368 del 2001, nessuna differenziazione potrebbe ragionevolmente giustificarsi sul piano del trattamento quanto a regime delle impugnazioni. Anche sotto tale profilo può invero replicarsi che le ipotesi di (violazione dei precetti di) cui agli artt. 3 e 5, d. lgs. n. 368 del 2001 sono in realtà contrassegnate da una innegabile specificità (e dunque da una indubbia differenza anche di *ratio*)

⁸³ Questa rilettura è suggerita da P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, cit., p. 474.

⁸⁴ Nel senso qui sostenuto anche A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 903.

⁸⁵ Ancora da P. Tosi, *op. loc. ult. cit.*, e da G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni*, cit., p. 893.

rispetto a quelle nominate dalla lettera d) del terzo comma (e dalla lettera a) del quarto comma) dell'art. 32 del Collegato: quelle dell'art. 3, per il peculiare disvalore che connota le assunzioni a termine effettuate in violazione degli specifici divieti stabiliti a protezione di interessi intensamente qualificati sul piano costituzionale; quelle dell'art. 5, come è stato giustamente rilevato, perché l'esenzione dall'onere d'impugnazione delle azioni di nullità "fondate sulla violazione dei limiti alle successioni dei contratti a termine, che costituiscono, in conformità alla direttiva comunitaria 1999/70, il vero strumento di ingiusta precarizzazione", serve proprio a contrastare le forme deteriori di ricorso abusivo al contratto a tempo determinato.

Occorre pertanto concludere che l'onere d'impugnazione non si estende oltre le ipotesi di azione di nullità intentate per violazione delle disposizioni di cui gli artt. 1, 2 e 4 del d. lgs. n. 368 del 2001⁸⁶: lo impongono argomenti letterali (da soli cogenti, in presenza di norme che, in quanto stabiliscono decadenze, sono comunque di stretta interpretazione), ragioni di carattere sistematico, e – come avremo modo di dire meglio nel prosieguo – esigenze, ineludibili soprattutto nei casi di specie, di conformità ai principi costituzionali ed alla direttiva europea.

La conclusione è del resto confermata dalla previsione di cui alla lettera a) del quarto comma dell'art. 32, la quale pure assoggetta al nuovo regime delle impugnazioni i soli contratti di lavoro a tempo determinato stipulati ai sensi degli artt. 1, 2 e 4 del d. lgs. n. 368 del 2001 in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore della legge, con decorrenza dalla scadenza del termine. Mentre la previsione di cui alla successiva lettera b) impone il medesimo onere con riguardo ai contratti a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al d. lgs. n. 368 del 2001, e già conclusi alla data di entrata in vigore del Collegato, fissando la decorrenza del relativo *dies a quo* da tale data.

Si tratta, con ogni evidenza, di disposizioni di diritto transitorio di non equivoca efficacia retroattiva almeno quanto alla previsione della lettera b)⁸⁷, la quale fa espresso riferimento a contratti già conclusi alla data di entrata in vigore della Collegato, ancorché in ipotesi sorti e regolati per intero da disposizioni di legge non più in vigore in quanto abrogate dal d. lgs. n. 368 del 2001. Per tali fattispecie, il (primo) termine di sessanta giorni per proporre l'impugnazione anche in via stragiudiziale decorre – come ovvio – dalla data di entrata in vigore della legge, non potendo che essere inevitabilmente slegato dalla concreta vicenda del rapporto di lavoro, ormai conclusosi – seppur solo di fatto – tra le parti.

Va da sé come quest'ultima ipotesi presenti in forma aggravata i problemi di legittimità costituzionale che sono stati già da più parti prospettati, più in generale, con riguardo al nuovo regime delle decadenze, e dei quali si dirà meglio più avanti.

4. Il nuovo regime sanzionatorio

Non meno incisiva e problematica – anzitutto sul piano esegetico – risulta del resto l'altra innovazione fondamentale introdotta dal legislatore del Collegato in materia di lavoro a tempo determinato con le previsioni dettate dai commi 5 e 6 dell'art. 32. Chiara nella *intentio legislatoris*, la

⁸⁶ In questo senso anche A. Corvino, *L'impugnazione del contratto a termine*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro*, cit., p. 84, e I. M. Di Biase, *Il nuovo regime delle decadenze*, ivi, spec. p. 97.

⁸⁷ *Contra* P. Tosi, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 477.

previsione del quinto comma lo è assai meno, come si è subito incaricata di dimostrare la primissima prassi applicativa, negli effetti prodotti sul ridisegno del nuovo apparato sanzionatorio e rimediale approntato dall'ordinamento per il lavoro a termine.

Il quinto comma dell'art. 32 dispone, testualmente, che “nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno, stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604”. Il successivo comma 6 contempla un meccanismo di abbattimento della misura massima della predetta indennità in funzione promozionale di soluzioni già da tempo sperimentate in sede contrattuale collettiva, in vista della gestione consensuale del gigantesco contenzioso come noto sedimentatosi, in materia, in alcuni settori produttivi ed in talune realtà aziendali del Paese⁸⁸. Esso prevede, infatti, che in presenza di contratti ovvero di accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal richiamato comma 5 è ridotta alla metà⁸⁹.

Se dipendesse unicamente dall'intento manifestato dal legislatore, la lettura della norma in commento non darebbe in effetti luogo a soverchi problemi interpretativi (salvi, s'intende, i dubbi di illegittimità costituzionale e di contrasto con la disciplina comunitaria di cui si dirà più avanti). Da questo punto di vista, lo scopo – e l'effetto – della disposizione sono invero piuttosto chiari: in tutti i casi in cui si faccia luogo a “conversione” del contratto a termine in rapporto a tempo indeterminato, per il periodo intercorrente tra l'interruzione di fatto del rapporto e la sentenza dichiarativa della nullità del termine, è *comunque* dovuta al lavoratore *unicamente* una indennità onnicomprensiva – e quindi esaustiva di ogni pretesa risarcitoria e/o retributiva⁹⁰ – compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità (ridotte, eventualmente, a sei, ricorrendo l'ipotesi del sesto comma), con graduazione ed effettiva commisurazione giudiziale del *quantum* d'indennizzo ancorata ai criteri di valutazione di cui all'art. 8 della l. n. 604 del 1966.

⁸⁸ Poste Italiane S.p.a., alla cui esperienza contrattuale il comma 6 è chiaramente rivolto (e ispirato), assorbe come noto, da sola, una larga parte dell'assai vasto contenzioso seriale in materia di contratto a termine. Cfr. tra gli altri G. Gentile, *Il contratto a tempo determinato nel contenzioso Poste Italiane*, in G. Ferraro (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., pp. 235 sgg.

⁸⁹ Un meccanismo analogo di “contingentamento” dell'indennizzo dovuto al prestatore di lavoro dentro un importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità di retribuzione, sempre avuto riguardo ai criteri stabiliti dall'art. 8 della l. n. 604 del 1966, è previsto dall'art. 50 del Collegato in materia di collaborazioni coordinate e continuative di cui sia contestata la genuinità della natura effettivamente autonoma. La norma è peraltro formulata in termini particolarmente ambigui (oltre che particolarmente problematici e discutibili sotto il profilo della costituzionalità), giacché non chiarisce se il meccanismo indennitario dalla stessa configurato debba intendersi come collegato in via esclusiva alle forme di stabilizzazione delle collaborazioni coordinate e continuative (riconducibili anche alla tipologia del lavoro a progetto) che la l. n. 296 del 2006 (all'art. 1, commi 1202 e seguenti) affidava al governo della contrattazione collettiva, ovvero se, almeno entro certa misura, e come sembra, si discosti dal modello già regolato dalla legge finanziaria del 2007. Non c'è lo spazio per approfondire qui la discussione sui notevoli dubbi interpretativi sollevati dall'art. 50 del Collegato lavoro, né per sviluppare la critica della scelta in tal guisa compiuta dal legislatore sotto i molteplici profili di sospetta incostituzionalità. Si rinvia, per questo, all'analisi di V. Putignano, *La misura indennitaria per la mancata “conversione” delle collaborazioni a progetto*, in M. Tiraboschi (a cura di), *Collegato lavoro*, cit., pp. 101 sgg.

⁹⁰ La giurisprudenza – a ciò forse indotta per lo più dalla diversa, contingente formulazione del *petitum* da parte dei lavoratori ricorrenti – si dimostra in effetti oscillante in ordine alla natura del credito vantato nei confronti del datore *in mora accipiendi* al quale sia stata debitamente offerta la prestazione lavorativa successivamente alla interruzione di fatto del rapporto a termine. Nei repertori è rinvenibile tanto l'affermazione – invero più corretta – della natura risarcitoria di detto credito (v. ad es. Cass., sez. lav., 27 luglio 2010, n. 17549), quanto quella della natura retributiva (e. g., Cass., sez. lav., 25 ottobre 2010, n. 21815).

La conversione o trasformazione del rapporto, che consegue alla declaratoria di nullità della clausola appositiva del termine, tornerebbe dunque a produrre gli effetti di diritto comune solo successivamente alla sentenza, dovendosi ritenere che in forza della stessa il lavoratore abbia diritto, da un lato, alla riammissione in servizio ed alla ricostituzione della effettiva funzionalità del rapporto e, dall'altro, ove ciò non dovesse avvenire, alle retribuzioni maturande, anche a prescindere da un ulteriore specifico atto di messa in mora con l'offerta della prestazione lavorativa al datore inadempiente al comando giudiziale. Mentre per il periodo precedente all'accertamento il lavoratore, per effetto della sentenza, avrebbe solo diritto di vedersi riconosciuta, col ripristino del rapporto, l'anzianità giuridica matura ai soli fini contrattuali, non potendo contare sul riconoscimento della stessa ai fini previdenziali, dovendosi infatti escludere – in ragione del carattere “onnicomprensivo” della indennità risarcitoria – qualunque obbligo di versamento contributivo sulla somma a tale titolo liquidata dal giudice.

In questa prospettiva, dunque, l'indennità, nella misura standardizzata tra il predetto minimo e massimo, assorbe e sostituisce qualunque pretesa risarcitoria collegata alla eventuale situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro, a prescindere dalla durata del periodo in contestazione come anche – evidentemente – da quella del processo. Mentre il lavoratore, che può comunque contare sull'effetto ripristinatorio pieno della conversione per il periodo successivo alla sentenza⁹¹, si vedrebbe liquidata la predetta indennità, quantomeno nell'importo minimo delle 2,5 mensilità, in ogni caso di dichiarazione giudiziale della nullità del termine, dunque anche a prescindere dalla circostanza che abbia o meno messo in mora il datore di lavoro, offrendogli la propria prestazione, ovvero abbia patito un effettivo danno (l'indennizzo forfetario spetta, infatti, anche nell'ipotesi in cui il lavoratore si sia immediatamente rioccupato, senza subire pregiudizi patrimoniali nella continuità della percezione di redditi da lavoro).

⁹¹ La previsione dell'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, analogamente a quanto vale per quelle che costituiscono l'ossatura della riforma voluta dal legislatore del Collegato, è formulata in termini generali apparentemente inclusivi, come tali, anche dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni a regime contrattualizzato. Sennonché è proprio il riferimento alla “conversione”, quale presupposto applicativo del nuovo regime indennitario forfetario, a far dubitare della applicabilità della norma a tali rapporti di lavoro, visto che per essi vale la regola speciale dettata dall'art. 36, comma 5, del d. lgs. n. 165 del 2001, alla cui stregua, come noto, “in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione”. Detta norma precisa del resto che tali lavoratori hanno diritto al “risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”. Il coordinamento sistematico delle disposizioni in commento alla stregua del principio *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, induce così a ritenere che l'area del lavoro pubblico “privatizzato” resti interamente regolata dalla speciale previsione dell'art. 36 del d. lgs. n. 165 del 2001, per cui – non sussistendo il presupposto applicativo della “conversione” – anche il risarcimento del danno dovuto al lavoratore continuerebbe ad essere determinato secondo i comuni principi civilistici, senza i limiti (e le presunzioni) stabiliti dal quinto comma dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010. Tale conclusione si porrebbe in qualche modo in linea col *trend* legislativo dominante in questi ultimi anni, che in controtendenza con le scelte di fondo operate a partire dal d. lgs. n. 29 del 1993 sta riportando ad una graduale, forte divaricazione delle discipline applicabili ai “mondi” del lavoro pubblico e privato. Essa non sembra tuttavia immune da profili problematici: da un lato perché per tal via si continuerebbe ad affidare agli assai ondivaghi orientamenti della giurisprudenza la determinazione (secondo i criteri di effettività e dissuasività indicati anche dai giudici di Lussemburgo) del risarcimento del danno ex art. 36, comma 5, d. lgs. n. 165 del 2001; dall'altro perché – nonostante le ormai numerose pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Consulta – la questione della totale esclusione della sanzione della conversione del rapporto nel campo del lavoro pubblico non può dirsi ancora del tutto risolta, sussistendo ipotesi in cui lo speciale regime previsto dal testo unico non sembra poter contare su sufficienti ragioni giustificative. Il tema, assai complesso, non può evidentemente essere approfondito in questa sede, per cui si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti al dibattito dottrinale e giurisprudenziale, a A. Preteroti, *Il contratto a termine nel settore pubblico*, cit., pp. 1103 sgg., e a G. Pascarella, *Problematiche applicative del contratto a tempo determinato nel lavoro pubblico*, in G. Ferraro (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., pp. 87 sgg.

Qualificata dal richiamo alla volontà del legislatore (ed alla *ratio* compromissoria da questi perseguita in funzione del contemperamento dei contrapposti interessi in gioco), quella appena delineata è senz'altro l'interpretazione prevalente in dottrina del disposto dell'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010⁹²; ed è, con ogni probabilità, anche quella più lineare, oltre che – si ripete – quella maggiormente coerente col precipitato della *voluntas legislatoris*. Essa non è, però, l'unica lettura possibile, come i suoi stessi sostenitori hanno subito lucidamente avvertito.

Volendo subito sgombrare il campo dalle ipotesi esegetiche che appaiono anche testualmente meno plausibili⁹³, resta, infatti, tra i possibili significati attribuibili in chiave di interpretazione teleologica e costituzionalmente orientata della norma, una lettura rivale ed alternativa, quanto agli esiti di tutela attingibili dal lavoratore, che risulta dotata d'una indubbia forza suggestiva. Si tratta di lettura non a caso subito accreditata da una primissima e diremmo sperimentale pronuncia di merito⁹⁴: una sorta di primo segnale simbolico di quella che – come è stato detto per il d. lgs. n. 368 del 2001 – potrebbe rapidamente trasformarsi in una nuova “vera e propria competizione dei giudici nazionali scesi in campo per smantellare la fragile struttura”⁹⁵ anche di questo nuovo impianto normativo⁹⁶. Un segnale che invita a non sottostimare le molte risorse interpretative messe a disposizione del giudice “comune” dal canone della interpretazione costituzionalmente orientata e/o conforme al diritto comunitario⁹⁷.

⁹² In questo senso si sono autorevolmente espressi, tra gli altri, P. Tosi, *Il contratto di lavoro*, cit., pp. 480 sgg., ed A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 904.

⁹³ Si allude evidentemente alla lettura, davvero contro-intuitiva rispetto al testo della norma, alla cui stregua il richiamo che questa fa in esordio alla “conversione” starebbe ad escluderne *tout court* gli effetti, che sarebbero interamente rimpiazzati dal pagamento della mera indennità risarcitoria, unica conseguenza riconnessa così all'accertamento della illegittimità dell'apposizione, della proroga o della rinnovazione del termine. Lettura invero inammissibile ben oltre il dato testuale e prospettabile più che altro per gusto dialettico, che non si giova neppure del richiamo allo sfortunato precedente dell'art. 4-bis del d. lgs. n. 368 del 2001 che, introdotto dalla l. n. 133 del 2008 e prontamente caducato per eclatante contrasto con l'art. 3 Cost. da Corte cost. n. 214 del 2009, aveva almeno il pregio di prevedere espressamente l'indennizzo come unico obbligo gravante sul datore di lavoro, senza menzionare la conversione, per questo pacificamente esclusa. Cfr. solo G. Ferraro, *Il contratto a tempo determinato nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in legge 6 agosto 2008, n. 133 (c.d. manovra d'estate)*, in Id. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., pp. 44 sgg.

⁹⁴ V. Tribunale di Busto Arsizio, 29 novembre 2010, n. 528, in *Guida al lavoro*, fasc. n. 49 del 2010, p. 18, con commento critico di F. M. Putaturo Donati, *Sulla natura della nuova sanzione per la conversione del contratto a termine*. È di qualche significato che tale interpretazione “adeguatrice” abbia in buona sostanza ricevuto un autorevole avallo nella relazione n. 2 del 12 gennaio 2011 (*Problematice interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*) dell'Ufficio del Massimario della Suprema Corte di Cassazione, nelle cui conclusioni è dato leggere che, “secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata e comunitariamente adeguata, in linea con il principio di effettività e adeguatezza delle sanzioni, con il principio di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele, l'indennità di cui all'art. 32, commi 5-6, della legge n. 183 del 2010 può ritenersi essere aggiuntiva rispetto alle tradizionali tutele (incidendo solo sulla limitazione del danno risarcibile), dovendo escludersi per converso che essa possa essere sostitutiva della conversione del rapporto, o del diritto al pagamento delle retribuzioni da parte del datore che abbia rifiutato la prestazione offerta, pur dopo la scadenza del termine illegittimamente apposto” (p. 81). Anche se – come ricordato (sopra, alla nota 6) e come meglio si dirà tra breve (al § seg.) – la Suprema Corte, nella prima occasione di applicazione della norma, ha ritenuto di dover accogliere l'interpretazione che assegna all'indennità forfetaria, stante il suo carattere “onnicomprensivo”, natura sostitutiva del risarcimento *iure communi*, salvo – per ciò stesso – dubitare della legittimità costituzionale delle disposizioni del quinto e del sesto comma dell'art. 32 e rinviare al giudice delle leggi la relativa questione per sospetto contrasto con gli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost.

⁹⁵ G. Ferraro, *L'evoluzione del quadro legale*, in Id. (a cura di), *Il contratto a tempo determinato*, cit., pp. 3 sgg., qui p. 15.

⁹⁶ Già pende, come si è ricordato (*supra*, nota 6), questione di legittimità costituzionale, sollevata anche in riferimento a rilevanti profili di diritto europeo.

⁹⁷ Sia permesso sul punto il rinvio a F. Amato, S. Giubboni, *La latitudine della competenza del giudice nazionale secondo la Corte di giustizia di Lussemburgo*, cit., spec. pp. 334 sgg. (ove ulteriori riferimenti), cui *adde* almeno V. Piccone, *Effetti diretti, interpretazione*

Secondo questa lettura alternativa e rivale del comma quinto dell'art. 32 della l. n. 183 del 2010, la liquidazione della indennità risarcitoria compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità (giusti i criteri varlevoli *ex lege* n. 604 del 1966) sarebbe aggiuntiva, e non già sostitutiva, rispetto alle conseguenze derivanti, alla stregua del "diritto vivente"⁹⁸, dai comuni principi in tema di "conversione" del contratto e di *mora credendi* *ex art.* 1206 cod. civ., dovendosi ritenere sanzione tipica automatica "correlata esclusivamente al mero accertamento della nullità del termine"⁹⁹. Una "penale sanzionatoria", dunque, "connessa al mero accertamento dell'illegittimità del termine"¹⁰⁰, che si aggiungerebbe sia all'effetto della "conversione" del contratto in applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ. (e, ora, direttamente dell'art. 32, comma 5, l. n. 183 del 2010¹⁰¹), sia alla comune disciplina *ex art.* 1206 cod. civ. delle conseguenze risarcitorie della *mora accipiendi* del datore di lavoro.

Poiché la forza di persuasione di questa lettura "orientata" sta tutta nel preteso rispetto dei vincoli di conformità ai parametri costituzionali e comunitari che essa assicurerebbe a differenza dell'altra, è giunto il momento di misurarci col vaglio critico dell'effettivo rilievo di tali parametri, già invocati in dottrina e in giurisprudenza per contestare la legittimità delle scelte del legislatore del Collegato ben oltre la questione del nuovo assetto dato al regime sanzionatorio del contratto a tempo determinato¹⁰².

5. Problemi di costituzionalità e di compatibilità col diritto dell'Unione europea

Dubbi di legittimità costituzionale, come anche di violazione delle clausole 5 e 8.3 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, sono stati invero prospettati con riguardo a tutte le principali novità in tema di contratto di lavoro a tempo determinato, tanto con riferimento al nuovo regime delle impugnazioni, quanto in relazione alle disposizioni sulle conseguenze dell'accertamento della nullità del termine.

È in primo luogo l'estensione delle novellate previsioni dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966 all'azione di nullità del termine, sia pure nei soli casi indicati dal terzo comma dell'art. 32 del Collegato, a suscitare serie perplessità in ordine al rispetto dei principi di cui all'art. 3 ed all'art. 24 Cost.

È vero, infatti, quanto al primo profilo di sospetta illegittimità costituzionale, che anche le azioni dirette all'accertamento della nullità del termine apposto al contratto pongono problemi analoghi a quelle di impugnazione del licenziamento nell'area di applicazione della tutela reale, giacché in entrambi i casi comportamenti opportunisticamente dilatori del lavoratore nell'introduzione del

conforme e principi generali dell'ordinamento comunitario da Van Gend en Loos a Velasco Navarro, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 157 sgg.

⁹⁸ Che il legislatore avrebbe ribadito enunciando per la prima volta in modo espresso la regola della "conversione" del contratto, così recependo la pur impropria espressione radicata nel diritto giurisprudenziale vivente e tipizzandola come ordinaria conseguenza scaturente sul piano del rapporto dall'accertamento della illegittimità del termine.

⁹⁹ Così B. Cossu e F. M. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della "conversione"*, cit., p. 899, ove ampia illustrazione delle ragioni a sostegno di tale interpretazione costituzionalmente orientata della norma in esame.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ V. quanto si è osservato alla nota 51.

¹⁰² I principali dubbi di legittimità costituzionale sono stati come noto sollevati, anche dopo la riformulazione dell'art. 31 della legge all'esito dell'ulteriore passaggio parlamentare imposto dal rinvio del Presidente della Repubblica, in ordine alla radicale riforma dell'arbitrato recata dal Collegato lavoro. È un tema – centrale peraltro nell'assetto del disegno del legislatore – che evidentemente esula dai limiti di questo contributo: per valutazioni di segno diverso v. ad ogni modo, tra gli altri, A. Vallebona, *Una buona svolta nel diritto del lavoro*, cit. pp. 201 sgg., e G. Ferraro, *La composizione stragiudiziale*, cit., pp. 313 sgg.

giudizio (non diversamente, peraltro, da elementi esterni alla sfera di controllo delle parti, come la durata del processo) possono ingiustamente aggravare le conseguenze risarcitorie a carico del datore di lavoro, ciò che giustificherebbe un'assimilazione delle due fattispecie con riguardo alla disciplina degli oneri di impugnazione a carico del lavoratore ricorrente in funzione acceleratoria e di certezza giuridica. A tale osservazione può, tuttavia, fondatamente replicarsi che è anzitutto la stessa l. n. 183 del 2010, nel ricollegare alla conversione del contratto (secondo la lettura più coerente con l'intento del legislatore) conseguenze meramente indennitarie "costrette" entro una misura massima predeterminata, a togliere argomenti alla tesi della *eadem ratio* che giustificherebbe l'assimilazione delle due fattispecie sotto il comune regime dell'art. 6 della l. n. 604 del 1966.

Ma a tale argomentazione può esser mossa un'obiezione ancor più radicale, che riguarda la diversità della posizione *sostanziale* in cui versa il lavoratore nelle due – appunto diverse – ipotesi del licenziamento illegittimo e della impugnazione del termine nullo. Giacché mentre nel primo caso il rapporto tra le parti è ormai esaurito e definitivamente compromesso, specie se a dettare la decisione di recesso sia una lacerazione del rapporto fiduciario sanzionata col licenziamento disciplinare, nel secondo – come insegna una minima esperienza delle dinamiche sottese alla instaurazione dei rapporti a tempo determinato – il lavoratore coltiverà, il più delle volte, magari incoraggiato dallo stesso datore di lavoro, una ragionevole aspettativa nel rinnovo e nella ripresa, in futuro, del rapporto di collaborazione. Per cui è diversissimo – nei due casi – l'atteggiamento del prestatore di lavoro quale riflesso della sua posizione sostanziale: il lavoratore che intende reagire contro un licenziamento illegittimo, ancorché solo per massimizzare le possibilità risarcitorie che gli mette a disposizione l'art. 18 della l. n. 300 del 1970, non avrà remore ad impugnare il negozio di recesso rispettando la sequenza – che è qui del tutto opportuna, prima ancora che ragionevole – fissata, a pena di decadenza, dal nuovo art. 6 della l. n. 604 del 1966; per contro, il prestatore di lavoro che abbia titolo per proporre l'azione di nullità del termine apposto al contratto sarà costretto a compiere – in una posizione di ovvia debolezza – una scelta difficilissima, dovendo nei sessanta giorni dalla scadenza sciogliere il dilemma tra l'esercizio del diritto e la speranza che il datore lo reimpieghi in cambio di un atteggiamento "collaborativo" e acquiescente (o per meglio dire remissivo). E non è difficile prevedere che il datore di lavoro – tenuto comunque al rispetto dell'intervallo minimo previsto dall'art. 5 del d. lgs. n. 368 del 2001 – possa essere opportunisticamente indotto a prospettare l'eventuale rinnovo del rapporto all'indomani della scadenza del termine decadenziale d'impugnazione introdotto dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010.

È per tali pressanti ragioni che detta norma si espone alla doppia censura di incostituzionalità per contrasto tanto con l'art. 3, quanto con l'art. 24 Cost.¹⁰³. Ed un ulteriore profilo di censura (esso stesso, peraltro, rilevante anche sul piano costituzionale per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost.) è prospettabile, per le medesime ragioni, con riguardo alla violazione dell'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE, ed in particolare alla clausola 5, relativa al divieto di abuso del contratto a tempo determinato (laddove impone, in particolare, un sistema di rimedi comunque

¹⁰³ In tal senso, tra gli altri, seppure in termini meno netti di quelli qui prospettati, G. Ianniruberto, *Le regole per le impugnazioni*, cit., p. 894. In senso risolutamente contrario, sull'assunto della piena ragionevolezza delle scelte effettuate dal legislatore, v. invece, tra le altre, le voci di A. Vallebona, *Il Collegato lavoro*, cit., p. 904, e di P. Tosi, *Il contratto a termine*, cit., p. 476.

effettivo e dissuasivo, a prescindere dalla tipologia di sanzioni discrezionalmente scelta dal legislatore nazionale, mentre qui risulterebbe vanificata, di fatto, la possibilità stessa di avvalersi di un tale sistema), e, verosimilmente, alla clausola 8.3, sul divieto di regresso generalizzato del livello di tutela esistente nell'ordinamento interno, pur nei termini deboli nei quali tale principio (inidoneo a porre un precetto produttivo di effetti diretti) è interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁰⁴.

Il richiamo della clausola di non regresso è utile anche per introdurre la discussione in ordine all'altro nodo problematico, sotto il profilo del rispetto dei principi comunitari e costituzionali, della nuova disciplina del lavoro a termine. È innegabile, infatti, che nel caso in cui non si ritenesse di dover accogliere la lettura correttiva e costituzionalmente orientata in precedenza richiamata, il nuovo regime indennitario introdotto dall'art. 32, comma 5, l. n. 183 del 2010, in luogo dei rimedi già desunti, alla stregua del "diritto vivente", dai comuni principi civilistici in tema di *mora accipiendi* e di risarcimento del danno, sarebbe idoneo a realizzare una drastica riduzione del livello generale di tutela previsto dall'ordinamento nazionale, in violazione della clausola 8.3 dell'accordo quadro allegato alla direttiva europea.

La Corte di giustizia accoglie certamente una interpretazione debole della clausola di non regresso, come ormai emerge chiaramente dalla sua giurisprudenza più recente; talché, come è stato efficacemente osservato, "solo eccezionalmente [essa] pare in grado di limitare le scelte degli Stati membri in sede di trasposizione"¹⁰⁵, dando piena conferma all'opinione espressa dall'Avvocato generale Kokott¹⁰⁶ nel senso che "a fronte di un ampio ambito di applicazione *ratione materiae* della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro [...] il suo contenuto dispositivo risulta, invece, relativamente modesto".

Non per questo, però, la clausola può esser ridotta ad un guscio vuoto privo di qualunque contenuto sostanziale. E l'art. 32, ai commi 5, 6 e 7, del Collegato lavoro sembra varcare quella soglia di "eccezionalità" oltre la quale persino la perplessa e problematica clausola di non regresso della direttiva europea sul contratto a termine riesce a vietare una così incisiva *reformatio in peius* da parte del legislatore nazionale.

¹⁰⁴ Oltre alla recente sentenza *Sorge*, già citata alla nota 24, v. soprattutto le precedenti decisioni della Corte di giustizia UE del 4 luglio 2006, in causa C-212/04, *Adeneler*, e del 23 aprile 2009, nei procedimenti riuniti da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki et al.*, su cui v. tra gli altri M. Delfino, P. Saracini, *Lavoro a termine e clausola di non regresso tra incertezze, conferme e passi avanti*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, pp. 404 sgg. Nella vasta letteratura sul principio di non regresso contenuto nelle direttive europee di nuova generazione v. inoltre, da ultimo e per tutti, con specifico riferimento alla normativa in materia di contratto a termine, M. Lozito, *L'apposizione del termine nell'art. 1, d. lgs. n. 368/2001, fra limiti costituzionali e contrasto con la clausola di non regresso*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, pp. 139 sgg.

¹⁰⁵ C. Kilpatrick, *The European Court of Justice and Labour Law in 2009*, in *Industrial Law Journal*, 2010, p. 287 pp. sgg., qui p. 294.

¹⁰⁶ Al punto 67 delle sue conclusioni nella causa *Angelidaki*. Come ben sintetizza G. Ferraro, *L'evoluzione del quadro legale*, cit., p. 12 (nota 149), le clausole di non regresso operano essenzialmente come "clausole di trasparenza". In tal senso, esse assumono una valenza di tipo prevalentemente procedurale, come suggerisce in maniera piuttosto esplicita la formulazione che si ritrova, da ultimo, nell'art. 9.2 della direttiva 104/2008/CE, alla cui stregua il vincolo del non regresso lascia impregiudicati i diritti degli Stati membri o delle parti sociali, "tenuto conto di eventuali cambiamenti della situazione, di emettere disposizioni legislative, regolamentari o contrattuali diverse" da quelle in essere al momento della approvazione della direttiva, naturalmente nel rispetto dei requisiti minimi dalla stessa dettati.

Da ultimo con la sentenza *Sorge*, la Corte di giustizia ha precisato che il controllo del giudice nazionale sul rispetto della clausola 8.3 della direttiva passa in buona sostanza per un *test* articolato su una triplice scansione.

In primo luogo, occorre verificare – applicando un criterio essenzialmente quantitativo¹⁰⁷ – se la riforma introdotta dal legislatore comporti una riduzione (nel nostro caso) dei rimedi sostanziali disponibili contro la illegittimità del termine “tale da influenzare complessivamente il livello di tutela applicabile nell’ordinamento giuridico interno ai lavoratori con un contratto a tempo determinato”¹⁰⁸. Mentre una tale evenienza è in principio da escludersi allorché la *reformatio in peius* colpisca una “ristretta categoria di lavoratori” (come la Corte sembra suggerire nel caso in discussione in *Sorge*, relativo alla annosa vicenda dei dipendenti a tempo determinato di Poste Italiane), ad opposte conclusioni pare doversi giungere nei casi in cui – come nella specie – la riduzione della tutela è formulata, *ratione personae*, in termini generali ed onnicomprensivi, ed oltretutto riferita, con effetti retroattivi, anche ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore della legge (art. 32, comma 7)¹⁰⁹.

In secondo luogo, la Corte di giustizia, rinviando stavolta a un criterio di tipo prevalentemente qualitativo, esige che la modifica della legislazione nazionale sia “valutata tenendo presenti le altre garanzie previste al fine di assicurare la tutela dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato”¹¹⁰. Esige, in altre parole, di verificare, utilizzando il criterio del conglobamento, “se la riduzione delle tutele garantite ai lavoratori a termine in occasione della trasposizione della direttiva sia stata compensata dall’innalzamento di altre forme di tutela in favore dei lavoratori stessi”¹¹¹. Evenienza che pare francamente di dover escludere senza tentennamenti nel caso di specie, non potendosi certo sostenere che la riduzione delle tutele prevista dal comma 5 dell’art. 32, l. n. 183 del 2010, risulterebbe compensata dal fatto che il legislatore nazionale ha deciso di mantenere la sanzione della conversione del rapporto, pur non essendovi tenuto né in forza dalla direttiva europea né in ossequio ai principi costituzionali¹¹². È infatti sin troppo facile obiettare che la *conferma* del meccanismo della conversione, quale già operante nel sistema alla stregua di un diritto vivente consolidatosi nel vigore della l. n. 230 del 1962, non può fungere da elemento compensativo della *reformatio in peius* attuata dal Collegato. Semmai, l’eventuale soppressione di quel meccanismo avrebbe – all’evidenza – reso ancor più incisiva e manifesta (potremmo dire, conclamata) la riduzione del livello generale di tutela già assicurato dall’ordinamento ai lavoratori a tempo determinato.

¹⁰⁷ V., anche per la giusta sottolineatura dei molti aspetti problematici insiti nell’applicazione d’un siffatto criterio da parte del giudice, L. Zappalà, *Il ricorso al lavoro a termine*, pp. 1055 sgg.

¹⁰⁸ Punto 44 della sentenza.

¹⁰⁹ Per i quali, all’evidenza, si prospettano problemi aggravati anche sul piano della legittimità costituzionale, sempre con inevitabile riferimento ai parametri desumibili dagli artt. 3, 24, 101 e 102 Cost., oltre che (ai fini di cui all’art. 117, comma 1, Cost.) dalla norma interposta dell’art. 6 della Convenzione di Roma. Cfr. le ordinanze (citate *supra*, alla nota 6) con le quali il Tribunale di Trani e la Cassazione hanno sollevato la relativa questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, nonché, in dottrina, B. Cossu e F. M. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della “conversione”*, cit., p. 898.

¹¹⁰ Punto 46 della sentenza.

¹¹¹ L. Zappalà, *op. cit.*, p. 1056.

¹¹² È l’argomento avanzato da P. Tosi, *Il contratto a termine*, cit., p. 476.

Infine, ed è il *test* più problematico¹¹³, occorre verificare (con onere della prova incombente sullo Stato membro) che la riduzione del livello di tutela, ove sussistente nei termini sostanziali appena considerati, non sia collegata alla attuazione della direttiva, ma sia piuttosto rivolta ad attuare un diverso obiettivo di politica sociale o del lavoro legittimamente perseguito, nell'ambito delle proprie valutazioni sovrane, dal legislatore nazionale. Senonché, ci sembra che neppure questo criterio – forse il più duttile e accomodante (e se si vuole il più manipolabile) anche rispetto operazioni di ri-regolazione a forte connotazione politico-ideologica come quella in discussione – possa essere facilmente eluso nel nostro caso.

Qui, infatti, lo scopo del legislatore è – al fondo – null'altro che la riduzione netta e generalizzata delle tutele già riconosciute ai lavoratori in funzione della riduzione dei costi che la violazione delle regole sul contratto a termine impone alle imprese alla stregua del diritto vivente. In altre parole, lo scopo del legislatore è *proprio* la *reformatio in peius* vietata dalla clausola 8.3 della direttiva. Il che significa, comunque, – anche a voler sostenere la prospettiva del corretto e ragionevole ri-bilanciamento degli interessi in gioco, come fanno i difensori della legittimità della scelta del legislatore – che la modifica del regime legale dei contratti a tempo determinato realizzata dalla l. n. 183 del 2010 è collegata all'attuazione dell'accordo quadro europeo.

6. Conclusioni

I rilievi che precedono dimostrano quanto siano fondati i dubbi di legittimità subito sollevati anche con riguardo al nuovo regime d'indennizzo contemplato – oltretutto con applicazione generalizzata anche ai giudizi già pendenti – dall'art. 32 del Collegato lavoro. Poiché la clausola di non regresso di cui all'art. 8.3 dell'accordo quadro non è suscettiva – come chiarito dalla Corte di giustizia¹¹⁴ – di efficacia diretta, il problema del contrasto del quinto, senso e settimo comma dell'art. 32 col diritto dell'Unione europea può essere sostanzialmente risolto in due modi: o – come in effetti propongono i fautori della lettura “correttiva” della disposizione, che si è prima ricordata – esplorando le risorse messe a disposizione del giudice dal canone della interpretazione conforme¹¹⁵; oppure, ove questa strada sia ritenuta impercorribile, facendo valere la violazione della clausola di non regresso come vizio di legittimità costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117, comma 1, Cost.¹¹⁶.

¹¹³ Lo si indica qui per terzo per esigenze di chiarezza analitica, ma a ben vedere questo *test* appartiene a una fase prodromica di verifica della riconducibilità della riforma legislativa alla attuazione stessa della direttiva, e dunque alla sfera di incidenza della clausola di non regresso. Si rinvia sul punto a M. Lozito, *L'apposizione del termine*, cit., pp. 156 e 159 sgg.

¹¹⁴ Da ultimo nella sentenza *Sorge*, al punto 50.

¹¹⁵ V. ancora il punto 51 della sentenza *Sorge*.

¹¹⁶ Nella prospettiva già indicata dalla Corte costituzionale nella sentenza *Granital*, n. 170 del 1984: v. per tutti, G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma e Bari, 2010, p. 195; P. Manzini, *I rapporti tra norme comunitarie e norme italiane*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. IX, *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. Carinci, Torino, 2010, pp. 111 sgg., spec. pp. 124-125, nonché, con ampi riferimenti al dibattito dottrinale in tema, M. Lozito, *L'apposizione del termine*, cit., 159. Ad ogni modo, deve considerarsi sempre la possibilità della attivazione del rimedio della responsabilità dello Stato per violazione della clausola 8.3 della direttiva, sulla base della dottrina *Francovich* (sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90) e dei suoi successivi sviluppi (sui quali v., in sintesi, sempre G. Gaja, A. Adinolfi, *op. cit.*, pp. 179 sgg.).

Il riferimento a tali previsioni costituzionali può del resto valere per un'altra disposizione della direttiva comunitaria, che pure sembra invocabile nella specie quale norma interposta nella valutazione di costituzionalità del "blocco" costituito dai commi 5-7 dell'art. 32 del Collegato. Specie se letto in collegamento coi vincoli derivanti al legislatore nazionale dalla clausola 8.3, anche l'utilizzo del parametro della effettività e del concreto carattere dissuasivo delle sanzioni e dei rimedi in caso di utilizzo abusivo del contratto a termine, quale rigorosamente interpretato dalla Corte di giustizia, contribuisce invero a far dubitare della conformità delle disposizioni in esame alla previsione di cui alla clausola 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva.

Né meno seri appaiono, d'altra parte, i dubbi sulla ragionevolezza del nuovo regressivo apparato di tutela alla luce dell'art. 3 Cost. Le ordinanze più volte evocate¹¹⁷ con cui il Tribunale di Trani e poi la stessa Corte di cassazione hanno rimesso la relativa questione alla Corte costituzionale li hanno puntualmente ed assai efficacemente indicati, onde non pare il caso di diffondersi qui in una loro dettagliata illustrazione.

Sarebbe peraltro prematuro e azzardato tentare di sciogliere, oggi, la questioni sinora prospettate¹¹⁸. In attesa del nuovo intervento della Corte costituzionale, saranno come sempre gli effettivi orientamenti che maturerà la giurisprudenza a fornire – nel tempo – le risposte ai dubbi e agli interrogativi che si sono posti. Quello che sembra certo – e che possiamo assumere a mo' di non consolante conclusione di questa analisi critica – è che la legge n. 183 del 2010 è con ogni probabilità destinata in partenza a frustrare uno degli obiettivi fondamentali perseguiti dal legislatore in funzione della cosiddetta "modernizzazione" del nostro sistema di diritto del lavoro: quello di ridurre il contenzioso, in particolare in materia di contratti a tempo determinato.

¹¹⁷ V. *supra*, in particolare alle note 6 e 62.

¹¹⁸ Come le altre prospettate con riferimento ad altri parametri costituzionali, ed in particolare agli artt. 24, 101 e 102 (v. sempre l'ordinanza del 20 dicembre 2010 del Tribunale di Trani) ovvero ancora, più discutibilmente, all'art. 36 Cost. (su cui v. B. Cossu, F. M. Giorgi, *Novità*, cit., p. 896; l'ordinanza 28 gennaio 2011 della Cassazione, pure citata alla nota 6, esclude la invocabilità nella specie del principio della giusta retribuzione). La Corte di Cassazione ha peraltro sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento, altresì, all'art. 4 Cost., con ragionamento di notevole interesse nella valorizzazione di una norma tanto centrale nell'impianto lavoristico della Costituzione repubblicana quanto controversa nei suoi concreti effetti di vincolo sul legislatore (sia permesso il rinvio a S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *Inf. prev.*, 2006, pp. 287 sgg.). Comune alle due ordinanze di remissione al giudice delle leggi è anche il richiamo degli artt. 11 e 117 Cost. in relazione alla sospetta violazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che nell'attribuire il diritto al giusto processo vieta al potere legislativo di intromettersi nella amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione di una singola controversia ovvero (come in questo caso) di una categoria di controversie.