

La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*

Mariella Magnani

1. Le ragioni della decretazione d'urgenza nella riforma del lavoro a termine.	468
2. La sostituzione del principio della causalità con quello della acausalità.	468
3. Il significato del comma 01 del d.lgvo 368/2001.	469
4. Dalla fattispecie qualitativa alla fattispecie quantitativa.	470
5. La persistenza del regime degli intervalli nella successione di contratti a termine.	471
6. Il regime sanzionatorio in caso di violazione del limite percentuale.	472
7. L'esclusione dei datori di lavoro fino a cinque dipendenti.	473
8. Il regime intertemporale.	473
9. Dopo il contratto a termine, il cd. Jobs Act?	474

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 212/2014

1. Le ragioni della decretazione d'urgenza nella riforma del lavoro a termine.

Nonostante la portata, che, se non rivoluzionaria, è da definire di svolta, della norma principale contenuta nel d.l. n. 34/2014, oggi convertito nella legge 16 maggio 2014, n. 78 (la previsione di un contratto a termine acausale fino a tre anni), l'impressione è di aver avuto di fronte un dibattito vecchio, come vecchio è stato il dibattito che ha accompagnato la modifica dell'art. 18 St. lav. In quel caso, le contrapposizioni manichee hanno portato a risultati discutibili, che hanno affidato al giudice un ampio potere discrezionale.

C'è da augurarsi che ciò non avvenga pure con la modifica della disciplina del contratto a termine, anche perché l'intendimento perseguito dal Governo prima e dal Parlamento dopo era esattamente l'opposto.

Va notata innanzitutto l'adozione di un decreto-legge (intitolato "Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese"), nonostante di lì a poco sia stato presentato un d.d.l. di riforma del mercato del lavoro¹³⁶⁸, per varare le nuove misure in materia di lavoro a termine e di apprendistato.

E nessuno ha dubitato della ricorrenza dei requisiti per la decretazione di urgenza: il Presidente della Repubblica rinviene i requisiti di cui all'art. 77 della Costituzione nella "straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni volte a semplificare alcune tipologie contrattuali di lavoro, al fine di generare nuova occupazione, in particolare giovanile"¹³⁶⁹.

È interessante che una svolta così significativa, nella normativa e nella stessa concezione del contratto a termine, venga presentata, in tono dimesso, come misura volta a semplificare la tipologia contrattuale, al fine di generare nuova occupazione, in specie giovanile. Ma la rappresentazione non è lontana dal vero, se si considera che il contratto a tempo determinato, visto dall'esterno come viatico per la flessibilità, è stato spesso percepito come una trappola dai datori di lavoro, considerata l'intensità del contenzioso alimentato dalla vecchia clausola a precetto generico.

Ho sottolineato l'uso del decreto-legge, anche se, è appena il caso di evidenziarlo, gli effetti propulsivi o proattivi, nelle intenzioni, immediati, del decreto, sono stati in qualche misura paralizzati dalla talora imprecisa formulazione del testo e dal dibattito subito aperto sulla opportunità di procedere a modifiche, e su punti praticamente non marginali, dello stesso¹³⁷⁰.

2. La sostituzione del principio della causalità con quello della acausalità.

L'analisi delle novità e delle implicazioni sistematiche della nuova disciplina del contratto a termine non è particolarmente agevole, perché la principale innovazione introdotta (previsione della acausalità del contratto a termine fino a trentasei mesi: v. art. 1, 1° comma, d.lgvo 368/2001), si

¹³⁶⁸ Il cd. Jobs Act: si tratta del d.d.l. n. 1428, presentato al Senato il 3 aprile 2014, avente ad oggetto "Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino dei rapporti di lavoro e di sostegno alla maternità e alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro".

¹³⁶⁹ Ed invero, secondo le ultime rilevazioni Istat, se il tasso di disoccupazione generale è pari al 12,7% (contro una media europea pari al 10,5%), il tasso di disoccupazione giovanile è addirittura pari al 42,7% (a fronte di una media europea pari al 27%).

¹³⁷⁰ Dubita infatti, anche sotto questo profilo, sull'effetto shock sull'occupazione da parte del decreto L. MARIUCCI, *La semplificazione che complica il lavoro*, www.lavoceinfo.info, 15 aprile 2014.

innesta su una stratificazione normativa che risale alla storica l. n. 230 del 1962, per poi passare, per citare i provvedimenti più importanti, per la l. n. 56 del 1987, la l. n. 196 del 1997, il d.lgvo n. 368 del 2001, la l. n. 247 del 2007, la l. n. 133 del 2008, la l. n. 92 del 2012, il cd. decreto sviluppo (d.l. n. 83 del 2012, convertito nella l. n. 134 del 2012), il cd. decreto Giovannini (d.l. n. 76 del 2013, convertito nella l. n. 99 del 2013).

Nell'attuale disciplina sul contratto a termine troviamo lasciti di tutte queste stagioni e, perfino, della "vecchia signora"¹³⁷¹, anche se pensionata (la l. n. 230 abrogata).

È per questo che non è così facile, con una semplice incisione chirurgica, come vorrebbe fare il decreto n. 34, sostituire al principio della causalità del contratto a termine quello opposto della acausalità in un impianto normativo che sulla causalità è conformato: è un'operazione che rischia di dare la stura a problemi applicativi in parte evidenti, in parte imprevedibili, con buona pace delle esigenze di semplificazione e di certezza. Certamente la mancanza delle condizioni per un dialogo sociale ha pesato nel produrre questo risultato. E ciò diversamente, ad esempio, da quanto accaduto in Olanda, ove si sta procedendo ad una modifica della disciplina del contratto a termine (anche là "acausale"), che prevede la riduzione del limite massimo di durata di 3 anni a 2 anni, a seguito di un accordo tra le parti sociali.

3. Il significato del comma 01 del d.lgvo 368/2001.

Stando strettamente all'analisi della nuova disciplina del contratto a termine, resta la previsione del comma 01 dell'art. 1 del d.lgvo n. 368 per cui "il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"¹³⁷². È l'equivalente della disposizione contenuta nel preambolo dell'accordo tra le parti sociali europee, tradotto nella direttiva 99/70/CE¹³⁷³.

Si tratta di una disposizione contenuta nel preambolo dell'accordo, che ne illustra le finalità, ma che non entra nel contenuto precettivo del medesimo (e dunque della direttiva). Talora si osserva che questa previsione può essere un mezzo di interpretazione delle disposizioni della direttiva, che, tuttavia, restano solo quelle nella medesima contenuta ed in particolare, per quanto ci riguarda, quelle di cui alla clausola 5, relativa alle "Misure di prevenzione degli abusi"¹³⁷⁴. E non mi consta che in nessuna sentenza della Corte di giustizia il preambolo abbia assunto un ruolo autonomo nella decisione, poggiata invece sempre sulla clausola 5.

¹³⁷¹ Per usare l'espressione icastica di L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, ADL, 2002, 42.

¹³⁷² In questi termini è stato modificato, dalla legge n. 92 del 2012, il comma 01 che, nel testo introdotto dalla l. n. 247 del 2007, disponeva: "Il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato".

¹³⁷³ Così si dispone nel preambolo dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato: "le parti firmatarie dell'accordo riconoscono 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". In un'ottica compromissoria, da tutti riconosciuta, peraltro si aggiunge che "esse inoltre riconoscono che i contratti a tempo determinato rispondono, in alcune circostanze, sia alle esigenze dei datori di lavoro sia a quelle dei lavoratori".

¹³⁷⁴ La clausola 5 prevede che "per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti".

Per inciso, tutto il dibattito sulla sostituzione della fattispecie qualitativa con quella quantitativa ha avuto sullo sfondo la considerazione della normativa europea e dei limiti che ne derivano. Bisogna tuttavia prestare attenzione nel leggere la direttiva europea – tra l'altro essa stessa frutto di un compromesso – e le stesse sentenze della Corte di Giustizia, dalle quali comunque emerge che le misure previste dalla clausola 5 (lett. a), b), c)) sono alternative e non esiste gerarchia tra di esse¹³⁷⁵. E ciò mentre è ormai scontato che la famosa clausola di non regresso non vale a privare gli Stati membri del potere di modificare la normativa vigente, purché questo avvenga al fine di perseguire fini di politica economica e occupazionale: insomma, stando alla giurisprudenza della Corte di Giustizia¹³⁷⁶, essa impone agli Stati membri un onere di trasparenza nell'adozione delle proprie scelte legislative.

4. Dalla fattispecie qualitativa alla fattispecie quantitativa.

La vera rivoluzione si ha con il comma 1 che sgancia la validità della clausola appositiva del termine dalla sussistenza delle ragioni tecniche, produttive, organizzative o sostitutive. Oggi è consentita l'apposizione del termine al contratto di lavoro per lo svolgimento di qualsiasi tipo di mansione nel limite di trentasei mesi, comprensivo di eventuali proroghe.

È sbagliato parlare di "liberalizzazione" del contratto a termine in senso proprio, nel senso cioè di una sua equiparazione al contratto a tempo indeterminato; piuttosto, ad una fattispecie qualitativa si sostituisce una fattispecie quantitativa: la durata massima del contratto e delle relative, eventuali, proroghe, che, appunto, non può eccedere i trentasei mesi. Tali proroghe, a loro volta, non possono essere più di cinque¹³⁷⁷, secondo il testo risultante dalla legge di conversione, per garantire al lavoratore un minimo di stabilità. Nulla prescrive la normativa circa la durata delle proroghe, che possono essere anche brevi, nel rispetto del numero massimo.

Possiamo dire che, già a questo punto, il fine della prevenzione degli abusi, come inteso dalla direttiva comunitaria, è realizzato, prevedendosi un limite massimo di protrazione del rapporto a termine pari a trentasei mesi, che si accompagna anche alla limitazione del numero delle eventuali proroghe, col conseguente rispetto, non solo della lett. b), ma anche della lett. c) della clausola 5 della direttiva.

Ma in più vi è la limitazione – di portata oggettiva – della percentuale dei rapporti di lavoro a tempo determinato instaurabili (soglia prima eventuale e demandata ai contratti collettivi, ai sensi dell'art. 10, comma 7, d.lgvo n. 368 del 2001) pari al 20% del "numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione"¹³⁷⁸: soglia peraltro apparentemente derogabile – in forza del rimando contenuto nel 1° co. dell'art. 1 del d.lgvo n. 368 all'art. 10, co.

¹³⁷⁵ Cfr., tra le altre, Corte Giustizia 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*; Corte Giustizia 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*; Corte Giustizia 26 gennaio 2012, C-586/10, *Küçük*.

¹³⁷⁶ Cfr., tra le tante, Corte Giustizia 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*; Corte Giustizia 23 aprile 2009, *Angelidaki*, cit.

¹³⁷⁷ Il d.l. n. 34/2014 prevedeva invece un limite di otto proroghe.

¹³⁷⁸ Il d.l. n. 34/2014 faceva riferimento alla nozione di "organico complessivo", ritenuta troppo imprecisa e fonte di problemi interpretativi.

7 – in più e in meno, da parte dei contratti collettivi stessi¹³⁷⁹. L'interpretazione potrebbe essere contestabile dopo l'introduzione della normativa transitoria (v. art. 2 *bis*, aggiunto dalla legge di conversione), per la quale solo "in sede di prima applicazione" i limiti previsti dai contratti collettivi¹³⁸⁰, se diversi, trovano applicazione¹³⁸¹. Sul regime intertemporale si tornerà più avanti. Va da sé, comunque, che un punto di così vitale importanza non dovrebbe essere lasciato all'incertezza interpretativa.

5. La persistenza del regime degli intervalli nella successione di contratti a termine.

In questo contesto, restano in vita le disposizioni di cui all'art. 5 del d.lgvo n. 368 del 2001, su "Scadenza del termine e sanzioni. Successione dei contratti", frutto delle diverse stagioni di disciplina del contratto a termine.

Mentre è comprensibile, al fine della completezza della disciplina, la disposizione relativa alla proazione di fatto del rapporto entro rispettivamente i trenta giorni (se il rapporto ha durata inferiore a sei mesi) e i cinquanta giorni (per gli altri casi), di più ardua spiegazione è la disposizione relativa agli intervalli, rispettivamente di dieci e venti giorni¹³⁸², nel caso di successione di contratti.

Si tratta di una disposizione la cui *ratio* non era facilmente intellegibile neppure nel sistema della l. n. 230, se è vero che l'assunzione a termine doveva essere presidiata da ragioni oggettive: essa

¹³⁷⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *Totale liberalizzazione del contratto a termine, ne Il Decreto lavoro. Opinioni a confronto*, LavoroWelfare n. 4/2014, www.lavorowelfare.it, 31; M. GIOVANNONE, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *La disciplina del contratto a termine tra istanze di semplificazione e logiche di sistema*, in *Disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*, Ebook Adapt n. 22/2014, 8.

¹³⁸⁰ Le clausole di contingentamento oggi presenti nei contratti collettivi sono molto variegate. Le percentuali di contingentamento oscillano da un minimo del 7% ad un massimo del 35%; mentre alcuni contratti non prevedono alcun contingentamento: v. ad esempio CCNL Bancari e Metalmeccanici. Inoltre alcuni CCNL individuano solo limiti quantitativi all'utilizzo di contratti a termine (es. CCNL alimentari: 14% in media annua dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'impresa alla data del 31 dicembre dell'anno precedente; CCNL cemento: 12%). Altri, invece, individuano limiti quantitativi sia in relazione al contratto a termine, sia in relazione alla somministrazione a termine. Di questi, alcuni pongono identiche percentuali per entrambe le tipologie contrattuali (es. CCNL chimici: 18% - 30% per aziende operanti nel Mezzogiorno - in media annua dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'impresa alla data del 31 dicembre dell'anno precedente; CCNL elettrici: 7% in media annua dei lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'impresa alla data del 31 dicembre dell'anno precedente; CCNL impianti sportivi: 15%; CCNL lapidei: 25%); altri individuano percentuali distinte (CCNL commercio: contratto a termine - 20% annuo; somministrazione a termine - 15% annuo; CCNL tessili: contratto a termine - 10% per aziende fino a 70 dipendenti; 5% per aziende oltre i 70 dipendenti; somministrazione a tempo determinato - non può superare nell'arco di 12 mesi la media dell'8% dei lavoratori occupati dall'impresa utilizzatrice con contratto di lavoro a tempo indeterminato); altri ancora prevedono un unico limite percentuale sia per i contratti a termine che per i contratti di somministrazione a termine (CCNL autoferrotranvieri: 35% dei lavoratori a tempo indeterminato nelle aziende fino a 50 dipendenti, 25% nelle aziende fino a 500 dipendenti e 20% nelle aziende con più di 500 dipendenti; CCNL edili: 25% dei rapporti di lavoro con contratto a tempo indeterminato dell'impresa; CCNL gomma e plastica: 25%, riferito ai lavoratori con contratto a tempo indeterminato occupati nell'azienda alla data del 31 dicembre dell'anno precedente).

¹³⁸¹ Tant'è che era stato approvato in Commissione lavoro del Senato un ordine del giorno interpretativo (n. G/1464/2/11) volto a dare la priorità in modo "strutturale, anche oltre la fase transitoria" alle disposizioni della contrattazione collettiva.

¹³⁸² V. art. 5, co. 3, d.lgvo n. 368/2001, così come modificato dal d.l. n. 76/2013 convertito nella l. n. 99/2013. L'intervallo non si applica per le attività stagionali (cfr. art. 5, co. 4 *ter*), nonché in relazione alle ipotesi individuate dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati dalle OO.SS. dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (cfr. art. 5, co. 4 *bis*).

infatti era spiegata in una generica ottica “antifraudolenta” nell’ambito di un regime di forte sfavore per il lavoro a termine¹³⁸³.

Ora, è vero che il contratto è divenuto acausale, ma, col limite massimo di trentasei mesi di rapporti a termine tra lo stesso lavoratore e lo stesso datore di lavoro (v. art. 5, co. 4 *bis*¹³⁸⁴) per mansioni equivalenti, francamente non se ne vede l’utilità, senza contare che essa non appare più in sintonia con l’atteggiamento proattivo del legislatore anche nei confronti del contratto a termine.

Quel che si può dire è che probabilmente questa normativa sarà largamente inutilizzata (vista la liberalizzazione delle proroghe) e riguarderà residualmente, se non irrealisticamente, le ipotesi in cui il successivo contratto a termine concerna un’attività lavorativa totalmente diversa. Solo in tal caso, infatti, non si potrà ricorrere alla proroga del contratto inizialmente stipulato.

6. Il regime sanzionatorio in caso di violazione del limite percentuale.

Sul piano sanzionatorio, è interessante la diatriba apertasi in merito alla sanzione in caso di violazione del limite percentuale del 20%. Ed è interessante perché il d.l. n. 34 taceva, nel testo emendato dalla Camera compariva la cd. conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato¹³⁸⁵, mentre ora si prospetta una sanzione amministrativa più lieve nel caso di primo sfornamento e più pesante nei successivi¹³⁸⁶.

Ricordo che tutta la materia delle sanzioni in caso di illegittima apposizione del termine era in un certo senso vergine dopo il d.lgvo n. 368/2001, dal momento che in esso non compariva più la disposizione di apertura dell’art. 1 della l. n. 230/1962 per la quale “il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate”.

Se, ragionando sulla base del diritto comune, si poteva perfino concludere per la nullità del contratto, è però prevalsa la tesi, del tutto ragionevole, per la quale, in caso di illegittima apposizione del termine, dovesse applicarsi la “sanzione” della cd. conversione in contratto a tempo indeterminato. La tesi è stata avallata dalla Corte di Cassazione¹³⁸⁷, ma preparata da un’importante sentenza della Corte Costituzionale in materia di part-time¹³⁸⁸.

¹³⁸³ Cfr., tra i tanti, M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, in M. ROCCELLA, P. A. VARESI, *Le assunzioni. Prova e termine nei rapporti di lavoro (artt. 2096-2097)*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1990, 201; L. MENGHINI, *L'apposizione del termine*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, vol. IV, t. 1, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2012, 230.

¹³⁸⁴ Il comma 4 *bis* è stato introdotto nell’art. 5 dalla l. n. 247/2007 e poi modificato dal d.l. n. 112/2008, convertito nella l. n. 133/2008, nel senso di conferire ai contratti collettivi “nazionali, territoriali e aziendali” il potere di derogarvi e, infine, dalla l. n. 92/2012 nel senso di includere nel termine massimo di trentasei mesi anche i periodi di missione a termine. Come precisato dai commentatori ed anche dalla circolare ministeriale n. 18/2012, la norma poneva un limite unicamente alla stipulazione di contratti a tempo determinato e non invece al ricorso alla somministrazione di lavoro, che si poteva protrarre anche oltre il termine di trentasei mesi.

¹³⁸⁵ V. il d.d.l. n. 1464, presentato al Senato il 24 aprile 2014.

¹³⁸⁶ Si tratta di una sanzione amministrativa pari al 20% della retribuzione, per ciascun mese o frazione di mese superiore a quindici giorni di durata del rapporto di lavoro, se il numero dei lavoratori assunti in violazione di tale limite non sia superiore a uno, e pari al 50% della retribuzione ove il numero dei lavoratori assunti in violazione del limite sia superiore a uno (art. 5, co. 4 *septies*, d.lgvo n. 368/2001, aggiunto in sede di conversione in legge).

¹³⁸⁷ V. Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, FI, 2008, I, 3569 ss.

¹³⁸⁸ V. Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, FI, 1992, I, 3232 ss.

Nel caso in cui però la illegittimità derivasse dalla violazione del limite quantitativo, in ipotesi previsto dal contratto collettivo ai sensi dell'art. 10, co. 7, d.lgvo n. 368, si era posto un problema pratico di non facile soluzione, in relazione all'ipotesi in cui il superamento della soglia fosse determinato da una serie di assunzioni contestuali: quali sarebbero stati i contratti da convertire? E poi perché mai dovrebbe stabilizzarsi il contratto stipulato per ultimo e non quello di maggiore durata nell'azienda? Dove starebbe la ragionevolezza di tale scelta? ¹³⁸⁹

Anche in relazione a questo problema, come al fatto che il porre percentuali di contingentamento non rientra tra le misure imposte dalla direttiva per prevenire abusi ed è piuttosto connesso all'interesse pubblico al controllo sugli stocks di occupazione a tempo determinato¹³⁹⁰, non è irragionevole la previsione della sanzione amministrativa. Tra l'altro, sebbene non sia questo il caso¹³⁹¹, si deve ricordare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia è ferma nel ritenere che le sanzioni per la violazione della direttiva comunitaria non debbano necessariamente consistere nella conversione¹³⁹², ma possano ben essere altre, l'unica condizione essendo che si tratti di sanzione proporzionata, effettiva e sufficientemente dissuasiva¹³⁹³.

7. L'esclusione dei datori di lavoro fino a cinque dipendenti.

Vi sarebbero altri punti da esaminare assumendo un'ottica più analitica: ad esempio, non è per nulla chiarita la portata della specifica disciplina delle micro-imprese, o, meglio, dei datori di lavoro che occupano fino a cinque dipendenti per i quali "è sempre possibile stipulare un contratto di lavoro a tempo determinato" (cfr. art. 1, comma 1). Cosa significa quel "sempre"? Solo l'opportuno riferimento alla soglia di contingentamento, come a me pare, o, come da qualcuno è stato prospettato, tutta la disciplina del 1° co.? Ed il computo dei dipendenti in questo caso come si opera?

8. Il regime intertemporale.

Il regime transitorio non era presente nel testo originario del d.l. n. 34, è stato introdotto nel testo approvato alla Camera e poi modificato in sede di definitiva conversione. In base all'art. 2 *bis*, come infine approvato, della legge di conversione, le nuove disposizioni di cui agli artt. 1 e 2 "si

¹³⁸⁹ L'inapplicabilità della sanzione della conversione è stata sostenuta incisivamente da M. ROCCELLA, *I rapporti di lavoro a termine*, op. cit., 148-149, e, più recentemente, sia pure sulla base di altri argomenti, da S. CIUCCIOVINO, *Il sistema normativo del lavoro temporaneo*, Giappichelli, Torino, 2008, 264. In relazione alla somministrazione, v. V. LECCESE, V. PINTO, *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in E. GHERA (a cura di) *Occupazione e flessibilità*, Jovene, Napoli, 1998, 19. In giurisprudenza, contro la tesi della conversione, v. Cass. 10 aprile 2012, n. 5667, DRI, 2013, 504 ss.; Appello Firenze, 21 gennaio 2005, D&L, 2005, 213; apparentemente a favore, Cass. 19 gennaio 2010, n. 839, ADL, 2010, 1015 ss.; Cass. 12 settembre 2013, n. 20916.

¹³⁹⁰ Così, giustamente, M. ROCCELLA, op. cit., 150.

¹³⁹¹ Il limite percentuale di lavoratori assunibili con contratto di lavoro a tempo determinato non è misura prevista dalla direttiva e, a quanto consta, non è misura presente in altri ordinamenti. Solo nell'ordinamento spagnolo la legge (art. 15, co. 1, lett. b) *Estatuto de los Trabajadores*) attribuisce alla *contratación colectiva* il potere di fissare i limiti percentuali di lavoratori assunti a termine rispetto a quelli assunti a tempo indeterminato.

¹³⁹² Cfr., tra le altre, Corte Giustizia 4 luglio 2006, *Adeneler*, cit.; Corte Giustizia 1° ottobre 2010, C-3/10, *Affatato*; Corte Giustizia 8 marzo 2012, C-251/11, *Huet*.

¹³⁹³ V. Corte Giustizia 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardino*; Corte Giustizia 12 giugno 2008, C-364/07, *Vassilakis*; Corte Giustizia 23 aprile 2009, *Angelidaki*, cit.; Corte Giustizia 1° ottobre 2010, *Affatato*, cit.

applicano ai rapporti di lavoro costituiti a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Sono fatti salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni introdotte dal presente decreto”.

La mancanza, nel d.l. n. 34, di un regime intertemporale aveva già fatto sorgere il problema se, a fronte di un contratto acausale ai sensi dell’art. 1, comma 1 *bis*, del d.lgvo n. 368 del 2001 – ed anche a ben vedere a fronte di un contratto causale –, potesse applicarsi il nuovo regime delle proroghe. In base ai principi, la risposta avrebbe dovuto essere positiva¹³⁹⁴. Una interpretazione difforme, oltre a non porsi in sintonia con i principi e con l’intento di semplificazione della normativa sui contratti a termine, avrebbe finito per penalizzare lo stesso lavoratore che avrebbe visto ridurre la possibilità di prosecuzione del rapporto e che sarebbe stato soggetto alla regola dell’intervallo, per poi proseguire nella attività lavorativa a termine con la stipulazione di un nuovo contratto. Ora invece si prevede la regola, a mio avviso inspiegabile, in base alla quale tutto il nuovo regime è applicabile ai contratti stipulati successivamente all’entrata in vigore del d.l. n. 34. Anche se, con una formulazione criptica, si fanno salvi gli effetti già prodotti dalle disposizioni del decreto. E con ciò pare che si voglia dire che, nel caso in cui, confidando nella entrata in vigore del decreto-legge, le parti abbiano già prorogato il contratto sulla base della nuova normativa, la proroga è valida.

C’è poi il problema della sorte delle clausole di contingentamento attualmente previste dai contratti collettivi. Ora, come si è già accennato, si prevede che “in sede di prima applicazione del limite percentuale, di cui all’articolo 1, comma 1”, conservano efficacia, ove diversi, i limiti percentuali già stabiliti dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro: si deve ritenere che il legislatore abbia inteso chiarire che le vigenti clausole di contingentamento non sono travolte dalle nuove disposizioni fino al rinnovo o, comunque, ad una diversa previsione collettiva. Ma allora ci si può domandare quale senso abbia il terzo comma dell’art. 2 *bis* che, nel prevedere l’obbligo per il datore di lavoro di rientrare entro il 31 dicembre 2014 nel limite del 20%, pena la impossibilità di assumere a termine altri lavoratori, specifica che questo avviene salvo che un contratto collettivo “applicabile nell’azienda” disponga un limite percentuale o un termine più favorevole. Si può ipotizzare che il terzo comma fotografi il caso di mancanza di limiti percentuali nei contratti collettivi (v., ad esempio, CCNL metalmeccanici e bancari), attribuendo ai contratti collettivi, anche aziendali, il compito di gestire questa fase transitoria. Resta sempre naturalmente sullo sfondo il problema dei livelli contrattuali e delle modalità con le quali si può derogare al limite legale percentuale del 20%.

9. Dopo il contratto a termine, il cd. Jobs Act?

In sostanza, riassumendo e proiettandoci verso il futuro, non vi è, nel d.l. n. 34 del 2014, una liberalizzazione in senso proprio del contratto a termine, equiparato quanto alle condizioni d’uso al contratto a tempo indeterminato.

Vi è piuttosto la sostituzione della fattispecie qualitativa con una fattispecie quantitativa, con limiti sia soggettivi, in termini di durata massima del singolo rapporto, sia oggettivi, in termini di percentuale di posti di lavoro complessivi ricopribili con contratti a termine. L’idea sottesa è di dare maggiore certezza alle imprese che vogliono ricorrere al contratto a tempo determinato, sul presupposto che esso possa costituire un efficace strumento per consentire lo sfruttamento di

¹³⁹⁴ Cfr. M. GIOVANNONE, M. TIRABOSCHI, P. TOMASSETTI, *La disciplina del contratto a termine etc.*, op. cit., 4.

qualsiasi opportunità di aumento dei volumi produttivi e degli organici. Si è preso così atto che l'ostracismo, storicamente decretato nei confronti del contratto a termine, indipendentemente dalle sue condizioni d'uso, non è giustificato. Se è vero che una certa quota di rapporti di lavoro non standard, in particolare a termine, subordinati e no, è ormai immanente nel modo attuale di organizzazione delle imprese anche in sistemi a diverso grado di rigidità, più che adottare un'ottica punitiva nei confronti del contratto a termine, si tratta di prevenirne gli "abusi", in modo che il lavoratore non cada nella trappola della precarietà; e, comunque, di assicurare che i lavoratori non standard siano tutelati sul piano del sostegno del reddito (oltreché della conseguente copertura previdenziale) e della formazione professionale in modo da mantenerne inalterate ed anzi aumentarne le capacità professionali.

Resta da stabilire se così, con la riforma della disciplina del contratto a termine e quella contestuale del contratto di apprendistato, il nostro ordinamento sia sufficientemente attrezzato a rispondere, non solo nell'immediato – per cogliere quella timida ripresa del mercato del lavoro che l'ISTAT avrebbe rilevato – ma anche strutturalmente, all'imperativo di creare le regole e le strutture per un mercato del lavoro attivo ed equo (in altre parole sia attrezzato per rispondere alla domanda di flexicurity che, piaccia o non piaccia, è oggetto delle raccomandazioni ripetutamente rivolte anche negli anni più recenti dall'Unione Europea agli Stati membri¹³⁹⁵ ed è una direttiva seguita dai nostri partners europei).

Il cd. Jobs Act (per come si è tradotto nel d.d.l. n. 1428) contiene, tra l'altro, un ampio programma di riforma delle tipologie contrattuali, che "possa anche prevedere l'introduzione, eventualmente in via sperimentale, di ulteriori tipologie contrattuali espressamente volte a favorire l'inserimento nel mondo del lavoro, con tutele crescenti per i lavoratori coinvolti"¹³⁹⁶. E nel preambolo inserito ora nella legge n. 78/2014 si precisa che la nuova normativa sul lavoro a termine viene introdotta "nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente". Nonostante la menzione legislativa, che cosa sia il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti si può desumere solo dal dibattito politico-accademico¹³⁹⁷.

¹³⁹⁵ Cfr., da ultimo, la Comunicazione della Commissione Europea del 3 marzo 2010, *Europa 2020 - Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.

¹³⁹⁶ V. art. 4, co. 1, lett. b), d.d.l. n. 1428.

¹³⁹⁷ Si ricordano, al riguardo, il d.d.l. n. 2630 del 22 luglio 2009 (prima firmataria Madia) che propone l'istituzione di un contratto unico di inserimento formativo, di natura subordinata, con previsione di un periodo di "abilitazione" (di durata da 6 mesi a 3 anni in relazione al tipo di professionalità da conseguire secondo la valutazione del CCNL) seguito dall'assunzione a tempo indeterminato; il d.d.l. n. 1873 dell'11 novembre 2009 (primo firmatario Ichino) che propone un contratto di lavoro dipendente a protezione crescente: salva la sindacabilità dei motivi illeciti e discriminatori, il datore può recedere in qualsiasi momento per motivo oggettivo, pagando un costo di separazione che cresce al crescere dell'anzianità di servizio; d.d.l. n. 2000 del 5 febbraio 2010 (primo firmatario Nerozzi) che prevede il contratto unico di ingresso per il lavoro dipendente a tempo indeterminato articolato con una fase d'ingresso non superiore a 3 anni durante la quale, salva la sindacabilità dei motivi illeciti e discriminatori, il datore può recedere liberamente per motivo oggettivo corrispondendo un'indennità pari a 5 giorni di retribuzione per ogni mese lavorato; il d.d.l. n. 4277 del 7 aprile 2011 (primo firmatario Della Vedova) che prevede l'istituzione di un'indennità di licenziamento a carico del datore di lavoro, da corrispondere al lavoratore alla cessazione del rapporto conseguente a licenziamento non disciplinare, pari almeno a tanti dodicesimi della retribuzione lorda complessivamente goduta nell'ultimo anno di lavoro quanti sono gli anni compiuti di anzianità di servizio in azienda, computandosi anche gli eventuali contratti tra le stesse parti che abbiano preceduto quello a tempo indeterminato; il d.d.l. n. 1006 del 7 agosto 2013 (primo firmatario Ichino) che ricalca il d.d.l. 1873/2009.

È sostanzialmente l'evoluzione dell'idea del "contratto unico". Bisogna sottolineare che è un'evoluzione di quella idea, perché mentre il contratto unico era destinato a soppiantare l'ampio arcipelago dei contratti di lavoro a termine anche non subordinati, questo contratto "a tutele crescenti" in un'ottica sperimentale si affiancherebbe alle tipologie esistenti ed in particolare al nuovo contratto a termine.

Non è agevole individuare la differenza, se non nella logica di incidere – a regime – sull'art. 18 St. lav., tra un contratto a termine e un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, di durata pari a 3 anni nel corso dei quali non si applica il regime di stabilità ma, in caso di risoluzione del rapporto, una modesta indennità economica¹³⁹⁸.

È vero che il modello flessibile del contratto di lavoro a termine, o dei cd. *contingent workers*, mette in crisi l'interesse delle imprese ad investire in formazione: e ciò mentre quello di cui il sistema ha più bisogno è una società meglio educata¹³⁹⁹. Però non è perché il rapporto è a tempo indeterminato, ma instabile, che aumenta l'interesse del datore ad investire in formazione. Peraltro, questa è una questione che attiene alle politiche e alle strutture della formazione professionale (in particolare continua) e che riguarda, a ben vedere, anche con modalità diverse, in generale tutta la forza lavoro, anche i lavoratori a tempo indeterminato¹⁴⁰⁰.

Nell'ottica del breve periodo pure questa sperimentazione del contratto a tutele crescenti potrebbe essere utile. Ma forse è venuto il momento di effettuare una riflessione seria circa il rapporto tra flessibilità tipologica e flessibilità funzionale del rapporto di lavoro standard, a tempo pieno ed indeterminato, che, a mio avviso, come insegna l'esempio di altri paesi virtuosi come la Germania, devono essere viste, non come alternative, ma in un'ottica di complementarità.

Quanto alla flessibilità funzionale, si tratta solo di vedere quanto compete al legislatore e quanto compete alle parti sociali. Nel nostro ordinamento non è sconosciuta la tecnica della flessibilizzazione controllata o negoziata della disciplina dei rapporti di lavoro, che poi si è sublimata, o per qualcuno snaturata, nell'art. 8 della l. n. 148 del 2011, che ha moltissime potenzialità ma frenate dalla sua stessa asistematicità. Ma questo, come è evidente, è tutto un altro discorso.

¹³⁹⁸ È questa l'impostazione dell'emendamento proposto da Ichino al Senato in sede di conversione del d.l. 34/2014: v. www.pietroichino.it.

¹³⁹⁹ Cfr., *amplius*, M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, DLRI, 2004, 165 ss.

¹⁴⁰⁰ Cfr. M. MAGNANI, *Diritto dei contratti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009, 174.